CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL S. ALBER

van 19 januari 1999 *

A — Inleiding

1. De onderhavige niet-nakomingsprocedure betreft de beoordeling naar gemeenschapsrecht van het plaatsen van een serie opdrachten voor de bouw van een megaproject, omvattende de constructie van regerings- en administratiegebouwen en van een cultureel centrum in het kader van de vestiging van de regeringszetel van de deelstaat Niederösterreich in Sankt Pölten.

2. De niet-nakomingsprocedure is gebaseerd op de volgende feiten. De werken voor de verwezenlijking van dit grote project begonnen, wat het administratief centrum van de deelstaat betreft, in 1992 en wat het cultureel centrum betreft in 1994. Begin februari 1995 kreeg de Commissie naar aanleiding van een klacht kennis van een in het kader van dit project alleen in het *Niederösterreichische Amtsblatt* gepubliceerde offerteaanvraag voor een overheidsopdracht. De Commissie achtte de „Allgemeine Angebots- und Vertragsbedingungen" (hierna: „AAVB"), waarop de offerteaanvraag was gebaseerd, in strijd met het gemeenschapsrecht — wegens schending van, onder meer, de regels inzake bekendmaking, informatieverstrekking en specificaties — en bracht de Oostenrijkse regering bij brief van 12 april 1995 daarvan op de hoogte. Als reactie daarop ontving de Commissie kennisgeving van een door de deelstaat Niederösterreich op 31 mei 1995 uitgevaardigde wet betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten, die eveneens aanleiding gaf tot bezwaren omdat zij een uitzonderingsbepaling inhield voor het project „administratief en cultureel centrum van Sankt Pölten" (de zogenaamde „Lex Sankt Pölten"), waardoor het betrokken project praktisch van de werkingssfeer van de wet werd uitgesloten.

3. Op 27 en 28 november 1995 werden alle problemen tussen de Commissie en de Oostenrijkse diensten besproken in een vergadering waaraan beide partijen deelnamen. De Commissie voerde schendingen aan van richtlijn 93/37/EEG van de Raad van 14 juni 1993 [1] en van richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 [2], alsmede van artikel 30 EG-Verdrag. Toen zij op deze bezwaren werden geattendeerd, verbonden de Oostenrijkse diensten zich ertoe de AAVB te wijzigen, de uitzonderingsclausule in de wet betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten te

1 — Richtlijn betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken (PB L 199, blz. 54).

2 — Richtlijn 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).

* Oorspronkelijke taal: Duits.

schrappen, en wijzigingen aan te brengen in de plaatsingspraktijk van de aanbestedende dienst, de Niederösterreichische Landeshauptstadt-Planungsgesellschaft mbH (hierna: „Nöplan").

4. Op grond van de besprekingen verwachtte de Commissie onverwijld maatregelen vanwege de Oostenrijkse diensten in de vorm van

— een correct verloop van de toekomstige plaatsingsprocedures,

— correcties op de reeds ingeleide procedures die nog niet tot gunningsbesluiten hadden geleid, en

— ongedaanmaking van de in strijd met het gemeenschapsrecht gesloten doch nog niet uitgevoerde overeenkomsten, voor zover zulks mogelijk was.

5. De Oostenrijkse diensten gingen daarmede in beginsel akkoord, doch wezen er wel op, dat zij voor de wijziging van de wettelijke basisvoorwaarden (wet betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en AAVB) over een redelijke overgangstermijn moesten beschikken.

6. De bereidwilligheid van de Oostenrijkse diensten tot aanpassing van hun praktijk bij het plaatsen van overheidsopdrachten ging de Commissie echter niet ver genoeg, zodat zij door middel van een aanmaningsbrief van 15 december 1995 een niet-nakomingsprocedure inleidde. In die brief zette zij uiteen, dat de Oostenrijkse diensten zich ertoe hadden verbonden bij de verantwoordelijke beslissingsbevoegde organen te interveniëren opdat vanaf eind januari 1996 het gemeenschapsrecht zou worden gerespecteerd.[3] In de aanmaningsbrief deelde de Commissie onder meer mede, dat haar bezwaren „uitdrukkelijk ook gelden voor opdrachten waarvoor een beslissing tot plaatsing van de opdracht reeds was genomen doch de aanbestedingsprocedure niet in overeenstemming met het gemeenschapsrecht had plaatsgehad". Zij verlangde van de Republiek Oostenrijk „de inachtneming van het gemeenschapsrecht bij de nog in te leiden plaatsingsprocedures te waarborgen", en „de rechtsgevolgen van de reeds in strijd met het gemeenschapsrecht gegunde opdrachten te schorsen respectievelijk de afwikkeling daarvan tegen te houden, de nog lopende beslissingen voor het plaatsen van opdrachten te schorsen tot de inachtneming van de gemeenschapsrechtelijke voorschriften voor het plaatsen van opdrachten was verzekerd en een onmiddellijke wijziging van de wet van de deelstaat Niederösterreich betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en de AAVB te verzekeren".[4] In de aanmaningsbrief van 15 december 1995 stelde de Commissie een termijn van één week voor de indiening van opmerkingen.

7. De Oostenrijkse regering reageerde bij brief van 22 december 1995. Zij deelde mede, dat ondanks de „in de algemene vergadering meegedeelde termijnproble-

3 — Zie aanmaningsbrief, punt 6.

4 — Zie aanmaningsbrief, punt 10, eerste en vijfde alinea.

men", aan de organen van Nöplan „de problematiek inzake het plaatsen van opdrachten was voorgelegd", en dat was besloten „dat Nöplan *met onmiddellijke ingang* de EU-richtlijnen moest toepassen" [5]. Afsluitend werd nog eens benadrukt, „dat ongeacht bijkomende kosten en vertragingen de EU-richtlijnen *onmiddellijk* voor alle aanbestedingen moeten worden toegepast". [6]

8. In het met redenen omkleed advies van 21 februari 1996 herinnert de Commissie eraan, dat de aanbestedende diensten van de deelstaat Niederösterreich „bij gebreke van een omzetting overeenkomstig het gemeenschapsrecht, het gemeenschapsrecht met directe werking moeten toepassen". [7] De Commissie is overigens van mening, dat het antwoord van de Oostenrijkse regering op het aanmaningsschrijven tekortschiet. Haars inziens had erkend moeten worden, dat maatregelen noodzakelijk waren met betrekking tot lopende procedures, „omdat de mededelingen met betrekking tot de publicatieplicht (...) alleen op de toekomst betrekking hebben". De Commissie herinnert eraan, dat zij had verzocht „haar een lijst met opdrachten ter beschikking te stellen, waarvoor reeds een procedure tot plaatsing van de opdracht was ingeleid of die in de toekomst zullen worden gepubliceerd, alsmede gegevens met betrekking tot de waarde van die opdrachten". Zij stelt vast: „Tot op heden is geen exacte lijst ter beschikking gesteld." Tenslotte verlangt zij van de Oostenrijkse diensten, dat zij „alle passende maatregelen nemen om de vastgestelde inbreuken te verhelpen". [8] Een en ander diende te geschieden binnen een termijn van twee weken vanaf de kennisgeving van deze standpuntbepaling.

9. Intussen had de gunningscommissie van Nöplan in een vergadering van 6 februari 1996 besloten alle lopende procedures te schorsen en de opdrachten die nog moesten worden geplaatst, volgens het gemeenschapsrecht aan te besteden en toe te kennen. Vervolgens werden de bezwaren tegen de wet betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten verholpen en de AAVB overeenkomstig het gemeenschapsrecht gewijzigd. Sedertdien worden opdrachten kennelijk overeenkomstig het gemeenschapsrecht geplaatst.

10. Nochtans stelde de Commissie op 3 oktober 1996 bij het Hof van Justitie beroep in (geregistreerd op 7 oktober 1996) wegens niet-nakoming, ertoe strekkende te doen vaststellen, dat de Republiek Oostenrijk inzake de vóór 6 februari 1996 geplaatste opdrachten, die op 7 maart 1996 — derhalve bij het verstrijken van de in het met redenen omkleed advies van 21 februari 1996 gestelde termijn — nog niet waren uitgevoerd of die redelijkerwijs nog ongedaan konden worden gemaakt, haar gemeenschapsrechtelijke plichten niet was nagekomen. In wezen verwijt de Commissie de Republiek Oostenrijk geen pogingen te hebben aangewend om na de bijeenkomst van 28 november 1995, toen zij derhalve op de hoogte was van de gemeenschapsrechtelijke problemen, de geplaatste opdrachten ongedaan te maken.

11. De Oostenrijkse regering werpt meerdere middelen van niet-ontvankelijkheid op en acht het beroep ook materieel ongegrond.

5 — Zie het antwoord van 22 december 1995, punt 1; cursivering van mij.

6 — Zie het antwoord van 22 december 1995, „Ad punt 8"; cursivering van mij.

7 — Zie het met redenen omkleed advies van 21 februari 1996, punt 15.

8 — Zie voor de citaten het met redenen omkleed advies van 21 februari 1996, punt 16.

12. De Commissie verzoekt het Hof:

1. vast te stellen, dat de Republiek Oostenrijk inzake de opdrachten voor de bouw van het nieuwe administratief centrum en het nieuwe cultureel centrum van Sankt Pölten, die in de periode vóór 6 februari 1996 waren gegund doch op 7 maart 1996 nog niet waren uitgevoerd of redelijkerwijs nog ongedaan konden worden gemaakt, in strijd met haar verplichtingen uit richtlijnen 93/37/EEG van 14 juni 1993 [9] en 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 [10] heeft gehandeld;

2. de Republiek Oostenrijk in de kosten van het geding te verwijzen.

13. De Republiek Oostenrijk verzoekt het Hof:

1. niet-ontvankelijkheid, subsidiair ongegrond te verklaren, het beroep van de Europese Commissie van 7 oktober 1996, strekkende tot vaststelling, dat de Republiek Oostenrijk in het kader van de bouw van het nieuwe administratief centrum en het nieuwe cultureel centrum te Sankt Pölten, bij de gunning van de opdrachten, die in de periode vóór 6 februari 1996 werden toegewezen doch op 7 maart 1996 nog niet waren uitgevoerd of redelijkerwijs nog ongedaan konden worden gemaakt, haar verplichtingen uit richtlijnen 93/37/EEG van 14 juni 1993 en 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989, alsmede uit artikel 30 EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 28 EG) heeft geschonden;

2. de Europese Commissie in de kosten van het geding te verwijzen.

14. Op de argumenten van partijen zal ik in het kader van de juridische beoordeling terugkomen.

B — Bespreking

I — *Ontvankelijkheid*

15. De Oostenrijkse regering acht het beroep op meerdere gronden niet-ontvankelijk.

9 — Richtlijn aangehaald in voetnoot 1.
10 — Richtlijn aangehaald in voetnoot 2.

1. De niet-ontvankelijkheid van het voorwerp van het geding

De Oostenrijkse regering betoogt, dat de grief die het voorwerp van het beroep is, niet-ontvankelijk is. Het voorwerp van procedures wegens niet-nakoming wordt volgens vaste rechtspraak van het Hof afgebakend door de precontentieuze procedure. Het wordt bepaald door het met redenen omkleed advies van de Commissie. Het beroep kan daarom niet zijn gebaseerd op andere grieven dan in het met redenen omkleed advies zijn aangevoerd. Het verzoek overeenkomsten die in strijd met het gemeenschapsrecht zijn gesloten, maar nog niet uitgevoerd, zoveel mogelijk ongedaan te maken, komt niet voor in het met redenen omkleed advies van de Commissie van 21 februari 1996. In de aanmaning van 15 december 1995 is het hoogstens aangestipt. Op grond hiervan is de grief in het verzoekschrift, namelijk „te hebben nagelaten de overeenkomsten zoveel mogelijk ongedaan te maken", waarop het beroep prominent is gebaseerd, niet-ontvankelijk.

16. Aan de Oostenrijkse regering moet worden toegegeven, dat het voorwerp van niet-nakomingsprocedures volgens vaste rechtspraak van het Hof wordt afgebakend door de precontentieuze procedure en het beroepschrift. Het beroep kan daarom geen fundamenteel andere of nieuwe klachten bevatten, die in de precontentieuze procedure niet aan de orde waren. Deze zienswijze volgt uit de structuur van de niet-nakomingsprocedure, die in het kader van de precontentieuze procedure gelegenheid voor een minnelijke schikking biedt alvorens het Hof wordt geadieerd. Bovendien moeten de rechten van de verdediging van de lidstaat worden gerespecteerd, zodat hij niet in het beroepschrift met nieuwe verwijten mag worden geconfronteerd.

17. De vraag is dus, of de grief inzake de nagelaten ongedaanmaking van de vóór 6 februari 1996 gesloten overeenkomsten een nieuw en daardoor niet-ontvankelijk middel vormt. Voor de beantwoording van deze vraag dienen de precontentieuze procedure en het beroepschrift te worden beoordeeld in de context van het daadwerkelijke verloop van de gebeurtenissen.

18. De *aanmaningsbrief* van de Commissie van 15 december 1995, die na de bijeenkomst van 27 en 28 november 1995 tot de Oostenrijkse regering werd gericht, verzet zich, enerzijds, tegen een met het gemeenschapsrecht strijdige rechtstoestand en, anderzijds, tegen een als gevolg daarvan bestaande, eveneens met het gemeenschapsrecht strijdige, gunningspraktijk. De aanmaningsbrief bevat de vordering tot *onmiddellijke aanpassing van de gunningspraktijk aan het gemeenschapsrecht.* [11] Elders breidt de Commissie haar verwijten „uitdrukkelijk ook uit tot die opdrachten die reeds zijn gegund, maar waarvoor een aanbestedingsprocedure conform het gemeenschapsrecht niet heeft plaatsgehad." [12] Tenslotte verlangt de Commissie van de Republiek Oostenrijk, dat zij „de inachtneming van het gemeenschapsrecht bij de nog hangende gunningsbesluiten waarborgt". Zij verlangt van de Republiek Oostenrijk bovendien „de rechtsgevolgen van de in strijd met het gemeenschapsrecht reeds gesloten overeenkomsten op te schorten, respectievelijk de afwikkeling daarvan achterwege te laten [en] de hangende gunningsbesluiten op te schorten tot de inachtneming van het gemeenschapsrecht is gewaarborgd (...)". [13]

11 — Zie aanmaningsbrief, punt 7, eerste alinea.
12 — Zie aanmaningsbrief, punt 10, eerste alinea.
13 — Zie aanmaningsbrief, punt 10, vijfde alinea.

19. Uit deze formuleringen blijkt wel degelijk de vordering van de Commissie om niet slechts terstond een voortzetting van de in strijd met het gemeenschapsrecht zijnde praktijk achterwege te laten, doch eveneens om aan in strijd met het gemeenschapsrecht tot stand gekomen gunningsbesluiten praktisch effect te onthouden. Dit laatste kan echter niets anders betekenen dan dat zij conform het gemeenschapsrecht moeten worden overgedaan. Derhalve blijkt uit de tekst van de aanmaningsbrief, dat de Commissie erop staat dat reeds genomen gunningsbesluiten ongedaan worden gemaakt.

20. Uit het *met redenen omkleed advies* van de Commissie van 21 februari 1996 blijkt niet even duidelijk dat wordt verlangd dat alsnog wordt ingegrepen in overeenkomsten die reeds in de uitvoeringsfase verkeren. Uit het met redenen omkleed advies blijkt echter wel, dat de algemene grief inzake de in strijd met het gemeenschapsrecht zijnde gunningspraktijk ook betrekking heeft op lopende procedures. Wanneer de Commissie de door de Oostenrijkse regering gedane toezeggingen inzake de publicatieplicht voor de toekomst beslist onvoldoende acht, en wanneer zij het betreurt dat „de gunningen in verband waarmee een — bijvoorbeeld nationale — publicatie plaatsvindt" [14] buiten beschouwing blijven, kan niet worden betwist dat de Commissie in de in het verleden gevolgde gunningspraktijk schendingen van het gemeenschapsrecht onderkent en verlangt dat zij worden verholpen. Zo benadrukt de Commissie, „dat de Oostenrijkse instanties *alle* passende maatregelen moeten nemen om de genoemde inbreuken ongedaan te maken". [15]

21. Overigens levert noch het met redenen omkleed advies noch het daadwerkelijk verloop van de gebeurtenissen grond op voor de veronderstelling, dat gevolg zou zijn gegeven aan de reeds in de aanmaningsbrief geformuleerde vordering om in te grijpen in de overeenkomsten die reeds werden uitgevoerd. Er kan van worden uitgegaan, dat de Oostenrijkse regering het verlangen van de Commissie in de hier weergegeven zin heeft verstaan. In haar schriftelijk antwoord van 22 maart 1996 heeft zij zich over deze problematiek uitgelaten in meer dan drienhalve bladzijden onder het opschrift „De reeds gesloten overeenkomsten". [16] Een eventuele grief ontleend aan schending van het recht op wederhoor, die men uit het niet-ontvankelijkheidsmiddel zou kunnen afleiden, ontbeert daarom rechtsgrond.

22. De Oostenrijkse regering is van mening, dat het met redenen omkleed advies een uitdrukkelijk verzoek tot ongedaanmaking van de overeenkomsten inzake reeds gegunde opdrachten had moeten bevatten. De te nemen maatregelen hadden daarin moeten worden gepreciseerd. Nu enige onderwerpen, zoals de wijziging van de wet van Niederösterreich betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en van de AAVB met name waren genoemd, mocht zij ervan uitgaan dat geen verdere maatregelen vereist waren.

23. Ik kan deze zienswijze niet delen. In de rechtspraak van het Hof [17] is reeds erkend, dat de Commissie niet de maatregelen behoeft op te sommen waardoor de verweten niet-nakoming kan worden opgeheven. Deze taakverdeling is bovendien zin-

14 — Vgl. het met redenen omkleed advies, punt 16, vierde alinea.

15 — Vgl. het met redenen omkleed advies, punt 16, zesde alinea; cursivering van mij.

16 — Vlg. het schriftelijk antwoord van de Oostenrijkse regering van 22 maart 1996, hoofdstuk IV.

17 — Arrest van 11 juli 1991, Commissie/Portugal (C-247/89, Jurispr. blz. I-3659).

vol, omdat het tot de verantwoordelijkheid van de lidstaat behoort om vast te stellen hoe en met welke middelen hij aan de vereisten van het gemeenschapsrecht kan voldoen. De aanwijzing door de Commissie van de te nemen maatregelen zou tot bevoegdheidsconflicten leiden telkens wanneer de lidstaat over een beoordelingsmarge beschikt om te bepalen hoe hij een met het gemeenschapsrecht in overeenstemming zijnde situatie tot stand kan brengen.

24. In casu heeft de Commissie ook niet een zodanige situatie gecreëerd, dat de Oostenrijkse instanties daaraan het gerechtvaardigd vertrouwen mochten ontlenen, dat wijziging van de rechtstoestand volstond om de niet-nakoming op te heffen. Integendeel, de Commissie heeft, zoals wij hebben gezien, de lopende procedures in haar aanmaningsbrief betrokken. In het met redenen omkleed advies heeft zij uitdrukkelijk herinnerd aan de „rechtstreeks uit de directe werking van het gemeenschapsrecht" voortvloeiende verplichtingen van de aanbestedende diensten van de deelstaat Niederösterreich „bij gebreke van een omzetting overeenkomstig het gemeenschapsrecht" [18], en heeft zij benadrukt, dat het aan de Oostenrijkse instanties stond alle passende maatregelen te nemen om de gelaakte schendingen op te heffen.

25. In deze context verzet niets zich tegen de vaststelling, dat de grief gebaseerd op het feit dat met het gemeenschapsrecht strijdige overeenkomsten niet ongedaan zijn gemaakt, deel uitmaakt van het voorwerp van het geschil en in het verzoekschrift naar behoren is omschreven.

18 — Vlg. het met redenen omkleed advies, punt 15, tweede alinea.

2. Beëindiging van de inbreuken vóór het verstrijken van de in het met redenen omkleed advies gestelde termijn

26. De Oostenrijkse regering herinnert eraan, dat volgens artikel 169, tweede alinea, van het EG-Verdrag en de desbetreffende rechtspraak, de relevante datum voor de vaststelling van het bestaan van niet-nakoming de datum is waarop de in het met redenen omkleed advies gestelde termijn verstrijkt. Op die datum, 7 maart 1996, had de Republiek Oostenrijk echter alle in het met redenen omkleed advies aan haar verweten inbreuken beëindigd.

27. De AAVB waren in de door de Commissie aangegeven zin gewijzigd, en de nieuwe versie vormde sedert 12 december 1995 de basis van alle offerteaanvragen, die in overeenstemming met de communautaire voorschriften waren gepubliceerd. Bovendien was sedert 6 februari 1996 ook de praktijk met betrekking tot de plaatsing van opdrachten gewijzigd. Met ingang van die datum heeft de aanbestedingscommissie de aanbevelingen voor het plaatsen van opdrachten die aan haar ter beslissing werden voorgelegd, niet meer goedgekeurd, en heeft zij het besluit genomen om met onmiddellijke ingang alle nog lopende procedures, voor zover zij niet voldeden aan de communautaire voorschriften, te beëindigen en een nieuwe EU-conforme aanbesteding te publiceren. Beslissingen met betrekking tot overeenkomsten voor een totaalbedrag van 217 000 000 ATS werden opgeschort, en sedert 7 maart 1996 zijn opdrachten voor een totaalbedrag van ongeveer 470 000 000 ATS in overeenstemming met het gemeenschapsrecht aanbesteed en gegund. Nu de Oostenrijkse autoriteiten op 7 maart 1996 aan de gestelde eisen hadden voldaan, is het beroep niet-ontvankelijk.

28. Volgens de Commissie daarentegen was de situatie op 7 maart 1996 nog niet geheel geregulariseerd. De op 6 februari 1996 reeds geplaatste doch nog niet uitgevoerde opdrachten en de op diezelfde datum reeds geplaatste en gedeeltelijk uitgevoerde opdrachten die redelijkerwijs nog ongedaan hadden kunnen worden gemaakt, zijn gehandhaafd.

29. Het is juist, dat de Commissie met haar beroep wegens niet-nakoming niet meer de met het gemeenschapsrecht in strijd zijnde juridische situatie beoogt recht te zetten en evenmin opkomt tegen de na 6 februari 1996 gevolgde praktijk inzake het plaatsen van opdrachten. Doch het feit dat in strijd met het gemeenschapsrecht gesloten overeenkomsten niet zoveel mogelijk ongedaan worden gemaakt, is haars inziens een voortdurende inbreuk op het Verdrag. Deze grief heeft zij — zoals hierboven reeds vastgesteld — op rechtens ontvankelijke wijze tot voorwerp van haar beroep gemaakt.

30. Waar de Commissie uitgaat van het bestaan van een met het gemeenschapsrecht strijdige toestand, die verder rechtsgevolgen blijft teweegbrengen, en zulks bij het verstrijken van de in het met redenen omkleed advies gestelde termijn vaststelt en staande houdt, moeten de voorwaarden voor de ontvankelijkheid van het beroep geacht worden te zijn vervuld. Of op de gegeven datum inderdaad sprake was van niet-nakoming, is een vraag ten gronde. Ofschoon de Oostenrijkse diensten op 7 maart 1996 dus op tal van punten reeds gevolg hadden gegeven aan de eisen van de Commissie, is het beroep gelet op de resterende bezwaren ontvankelijk.

3. Bepaling van de termijnen in de precontentieuze procedure

31. Vervolgens betoogt de Oostenrijkse regering, dat de in de precontentieuze procedure gestelde termijnen te kort waren, zodat ook op deze grond het beroep wegens niet-nakoming niet-ontvankelijk is. Zij beroept zich op de federale structuur van de Republiek Oostenrijk, die onvermijdelijk tot gevolg heeft dat enige tijd verstrijkt alvorens bepaalde beslissingen kunnen worden genomen. De termijn van een week als gesteld in de aanmaningsbrief, en die van twee weken als gesteld in het met redenen omkleed advies, waren buitengewoon kort. Reeds op 25 januari 1996 heeft de Commissie de internationale pers geïnformeerd over haar besluit een met redenen omkleed advies tot de Republiek Oostenrijk te richten, dat echter eerst op 21 februari 1996 werd verzonden.

32. De Commissie had bij de bepaling van de termijnen eveneens moeten bedenken, dat haar grieven bij uitsluiting op het verleden betrekking hadden, omdat sedert 6 februari 1996, zoals op 7 februari 1996 aan de Commissie was medegedeeld, de Oostenrijkse instanties hun praktijk inzake het plaatsen van opdrachten aan het gemeenschapsrecht hadden aangepast. Tenslotte geeft de termijn van 21 dagen van artikel 3, lid 3, van richtlijn 89/665 een aanwijzing van wat een redelijke termijn is.

33. De Commissie daarentegen is van mening, dat de korte termijnen in de gegeven omstandigheden gerechtvaardigd waren. Volgens de door de Oostenrijkse instanties verschafte inlichtingen, moesten begin december nog opdrachten voor een aanzienlijk bedrag worden geplaatst. Het was derhalve noodzakelijk om zo spoedig mogelijk de verzekering van de Oostenrijkse regering te verkrijgen, dat deze met

inachtneming van het gemeenschapsrecht zouden worden geplaatst en dat een einde zou worden gemaakt aan de bestaande inbreuken.

34. Het antwoord van de Oostenrijkse regering op de aanmaningsbrief liet twijfel bestaan aan haar bereidheid alle ten laste gelegde inbreuken te verhelpen. De beloofde lijst van de opdrachten die nog moesten worden geplaatst, met indicatie van de waarde daarvan, was evenmin toegezonden. Daardoor moest de Commissie er rekening mee houden, dat begin 1996 nog een aanzienlijk aantal opdrachten moest worden geplaatst, en dat voorkomen diende te worden dat zij voor een voldongen feit werd geplaatst. De grieven in het met redenen omkleed advies hadden dus niet alleen betrekking op het verleden. De Commissie heeft zeer zeker afgestemd op de toestand bij het verstrijken van de in het met redenen omkleed advies gestelde termijn. Tenslotte was de Oostenrijkse regering door de berichten in de pers vooraf op de hoogte van de voornemens van de Commissie, zodat zij niet kan stellen dat de termijnen te kort waren.

35. Dit laatste argument dient het uitgangspunt te zijn van het onderzoek van het niet-ontvankelijkheidsmiddel. Er moet van worden uitgegaan, dat voor de precontentieuze fase bij de niet-nakomingsprocedure bepaalde strikte vormvereisten gelden. Daarop wijzen de vereisten inzake de omschrijving van het voorwerp van het geding en de redelijkheid van de in acht te nemen termijnen, die bij niet-inachtneming tot de niet-ontvankelijkheid van het beroep leiden. De elementen die voor de lidstaat beslissend zijn, moeten ondubbelzinnig in de brieven van de Commissie, die de verschillende fasen van de procedure markeren, zijn weergegeven. Voor de lidstaat geldt dus slechts de termijn die in de hem toegezonden brieven is gesteld. In het kader van een formele precontentieuze procedure dient de lidstaat dus niet te reageren op wat hij heeft „horen zeggen". In de reactieperiode kan derhalve niet worden begrepen het tijdperk liggende tussen de kennisneming van de bedoelingen van de Commissie uit de pers, en de formele toezending van het advies.

36. Afgezien van de zuiver juridische beoordeling, vind ik ook dat het publiceren van een perscommuniqué met betrekking tot de aanstaande verzending van een met redenen omkleed advies in een procedure wegens niet-nakoming tegen een lidstaat, van slechte smaak getuigt, wanneer het document eerst bijna vier weken later aan die lidstaat wordt toegezonden. Had de Commissie het met redenen omkleed advies vroeger verzonden, dan had zij een langere termijn kunnen toestaan. Een eerdere toezending was onder de gegeven omstandigheden mogelijk geweest.

37. Voor de verdere beoordeling moet er daarom van worden uitgegaan, dat alleen de in de precontentieuze brieven gestelde termijnen beslissend zijn.

38. Voor de beoordeling van de redelijkheid van een termijn komt het er in de eerste plaats op aan, welke reactie binnen de gestelde termijn wordt verwacht. Een wetswijziging kan zeker niet worden verwacht binnen een tijdperk van enkele weken. In de precontentieuze procedure was zeker ook sprake van een met het

gemeenschapsrecht strijdige bepaling in de wet van Niederösterreich betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten. Vaststaat, dat de wetswijziging nog niet had plaatsgehad op 7 maart 1996, toen de in het met redenen omkleed advies gestelde termijn verliep. De procedure werd eerst in mei 1996 beëindigd. Op dit punt heeft de Commissie echter afgezien van beroep wegens niet-nakoming, omdat de wetswijziging zonder noemenswaardige vertraging van kracht is geworden.

39. Voor de Commissie kwam het er daarentegen op aan, dat de Oostenrijkse regering inzag dat de situatie in strijd was met het gemeenschapsrecht en zulks formeel erkende, teneinde, enerzijds, een nieuwe gunning van opdrachten te voorkomen en, anderzijds, de in strijd met het gemeenschapsrecht gesloten overeenkomsten zoveel mogelijk ongedaan te maken.

40. In antwoord op de aanmaningsbrief van 15 december 1995 heeft de Oostenrijkse regering trouwens binnen de termijn van een week verzekerd, dat de communautaire richtlijnen „onmiddellijk" [19] op alle nog te plaatsen opdrachten zouden worden toegepast. Doch in de praktijk werd doorgegaan met de gunning van de hangende opdrachten. De beslissing van de aanbestedingscommissie om de lopende procedures op te schorten werd, anders dan verwacht, eerst op 6 februari 1996 genomen.

41. Omdat in de eerste plaats moest worden voorkomen dat nieuwe opdrachten werden geplaatst, was de termijn van een week in casu passend. De Oostenrijkse regering heeft trouwens aan de gestelde eis voldaan door middel van de in haar antwoord van 22 december 1995 vervatte mededelingen. De discrepantie tussen woorden en daden moet los daarvan worden beoordeeld.

42. Gelet op de omstandigheden bij de vaststelling van het met redenen omkleed advies, is het opvallend, dat eerst nadat in de pers melding was gemaakt van de formele beslissing om het met redenen omkleed advies te verzenden, de aanbestedingscommissie op 6 februari 1996 de formele beslissing tot, onder meer, de opschorting van de lopende gunningsprocedures heeft genomen. De Commissie mocht dus aannemen, dat de Oostenrijkse instanties haar voor een voldongen feit trachtten te plaatsen, zodat haast was geboden. Aldus gezien, komt ook de in het met redenen omkleed advies gestelde korte termijn van twee weken redelijk voor.

43. Ook de mogelijkheid om voorlopige maatregelen te verzoeken, die in de twee precontentieuze brieven is gesignaleerd en eveneens bij de mondelinge behandeling ter sprake is gekomen, dient in dit verband te worden gezien. Volgens artikel 186 EG-Verdrag kan het Hof alleen in reeds bij hem aanhangige zaken voorlopige maatregelen gelasten. Een beroep wegens niet-nakoming in de zin van artikel 169 van het Verdrag kan echter slechts worden ingeleid na afloop van de precontentieuze procedure. Wanneer vertragingsgevaar bestaat, moet de Commissie die procedure dus spoedig afsluiten om onherstelbare inbreuken zoveel mogelijk te voorkomen.

19 — Antwoord van de Oostenrijkse regering van 22 december 1995, blz. 2 en 7.

44. Ofschoon die situatie als een zwakke plek in het systeem kan worden beschouwd, kan men ze nochtans slechts verhelpen door de relevante wetsbepalingen te wijzigen. Richtlijn 89/665 [20] biedt evenmin een bevredigende oplossing voor dit probleem. Die richtlijn heeft in de eerste plaats betrekking op de verhoudingen tussen de inschrijver en de openbare opdrachtgever. Bovendien zijn de mogelijkheden van de Commissie krachtens artikel 3 van de richtlijn niet voor alle situaties geschikt, en beperken zij daarenboven niet de bevoegdheid van de Commissie om een procedure wegens niet-nakoming in te leiden.

45. Gelet op een en ander, moeten de in de precontentieuze procedure gestelde termijnen onder de gegeven omstandigheden als redelijk worden beschouwd.

4. Duidelijkheid van de conclusies van het beroep

46. De Oostenrijkse regering heeft rechtsbezwaren tegen de tekst van het verzoekschrift voor zover luidende „overeenkomsten die vóór 6 februari 1996 waren gesloten doch die op 7 maart 1996 nog niet waren uitgevoerd of redelijkerwijs nog ongedaan konden worden gemaakt". Door de zinswending „redelijkerwijs nog ongedaan konden worden gemaakt" geeft de Commissie te kennen, dat zij niet uitgaat van een onbeperkte verplichting tot ongedaanmaking, zonder echter te preciseren wat zij onder redelijkheid verstaat. De conclusie is daarom te onnauwkeurig om de grondslag te kunnen vormen voor een verplichting tot handelen krachtens artikel 171 EG-Verdrag, hetgeen tot niet-ontvankelijkheid van het beroep leidt.

47. De Commissie meent, dat het niet aan het Hof staat te beoordelen wat concreet in een lidstaat moet worden geacht al dan niet redelijk te zijn. Zulks komt toe aan de nationale rechterlijke instanties, op grond van het nationale recht. De argumenten over de kwestie van het redelijk karakter zijn derhalve in het kader van de onderhavige procedure voor het Hof van meet af aan irrelevant.

48. Op dit punt dient de Commissie volledig in het gelijk te worden gesteld. Het staat noch aan de Commissie noch aan het Hof om de mogelijkheden van ongedaanmaking van contracten voor overheidsopdrachten te beoordelen. Integendeel, een bevel — van de Commissie of van het Hof — tot ongedaanmaking van een overeenkomst volgens een nader te bepalen rechtsnorm van de betrokken lidstaat zou een overschrijding van de bevoegdheid van de gemeenschapsinstellingen tegenover de autoriteiten van de lidstaat vormen. De vrijheid van de lidstaat met betrekking tot de keuze van de vorm en de middelen moet noodzakelijkerwijs ook in een verzoek van de Commissie om een in strijd met het Verdrag zijnde toestand te beëindigen, tot uitdrukking komen. Deze betrekkelijke onbepaaldheid inzake de te nemen maatregelen vloeit dus in feite voort uit de bevoegdheidsverdeling tussen de Commissie en de lidstaat. De omstreden formulering stelt dus als doel voorop, dat in strijd met het gemeenschapsrecht gesloten overeenkomsten ongedaan moeten worden

20 — Aangehaald in voetnoot 2.

gemaakt, voor zover dit juridisch mogelijk is. Op dit punt kunnen de bezwaren tegen het beroep dus niet worden aanvaard.

5. Procesbelang

49. De vraag inzake het procesbelang in de onderhavige zaak vormt een niet-ontvankelijkheidsmiddel dat weliswaar niet uitdrukkelijk door de Oostenrijkse regering is geformuleerd, doch impliciet besloten ligt in de wél uitdrukkelijk door haar aangevoerde niet-ontvankelijkheidsmiddelen. Waar de Oostenrijkse regering betoogt dat het schendingen betreft die naar hun aard onherstelbaar zijn, kan men zich inderdaad afvragen of de abstracte vaststelling van een niet-nakoming een dergelijk belang vertegenwoordigt. Ik ben het met de Oostenrijkse regering eens, dat de procedure wegens niet-nakoming tot voorwerp noch tot doel heeft een lidstaat aan de kaak te stellen.

50. Voor de beoordeling van het procesbelang is van betekenis, of de Commissie een objectief onmogelijke handeling verlangt, dan wel of er toch nog mogelijkheden en middelen bestaan om aan de eisen van de Commissie te voldoen, waarbij uitgangspunt is dat de beslissende datum die is van het verstrijken van de in het met redenen omkleed advies gestelde termijn. In feite gaat het hier om een vraag die dient te worden beantwoord in het kader van het onderzoek ten gronde. De vraag aangaande het procesbelang zal dus samen met de grond van de zaak worden behandeld.

II — *Ten gronde*

51. De Commissie wijst er om te beginnen op, dat de Republiek Oostenrijk sedert haar toetreding tot de EER met ingang van 1 januari 1994, en a fortiori sedert haar toetreding tot de Europese Unie op 1 januari 1995, het gemeenschapsrecht, waaronder de voorschriften inzake het plaatsen van overheidsopdrachten, moet naleven.

52. De Commissie betoogt, dat de Republiek Oostenrijk in de periode van 27 november 1995 tot 6 februari 1996 bij het plaatsen van opdrachten voor in totaal 360 000 000 ATS, verschillende bepalingen van het gemeenschapsrecht heeft geschonden, met name de artikelen 8, 10, lid 6, 11, leden 6 en 11, 12 en 30 van richtlijn 93/37, artikel 30 van het Verdrag en de artikelen 1, leden 1 en 3, 2, lid 1, sub c, van richtlijn 89/665. De Commissie geeft een gedetailleerd overzicht van de verschillende inbreuken. Voor de in de betrokken periode met betrekking tot de overeenkomsten gevolgde handelwijze, die erin bestond dat „een en ander snel werd geregeld", is in het gemeenschapsrecht geen rechtvaardiging te vinden.

53. Uit het antwoord van de Oostenrijkse regering op het met redenen omkleed advies blijkt, dat de Oostenrijkse autoriteiten bewust „op eigen risico" hebben gehandeld. Anders dan ten aanzien van de wet betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten, was voor de wijziging van de praktijk inzake het plaatsen van opdrachten geen tijdrovende procedure nodig, zoals blijkt uit het later genomen besluit van de

aanbestedingscommissie. Tenslotte had men ook de gunning van enige bestreden opdrachten enigszins kunnen uitstellen zonder schade te berokkenen aan het gehele project. [21]

54. De Oostenrijkse regering plaatst zich op het standpunt, dat de ongedaanmaking van de in strijd met het gemeenschapsrecht gesloten overeenkomsten niet kan worden gevorderd in het kader van de niet-nakomingsprocedure. Artikel 2, lid 6, eerste alinea, van richtlijn 89/665 laat de lidstaat de vrijheid de aanspraken van gelaedeerden te beperken tot een recht op schadevergoeding. Meer kan de Commissie in het kader van de procedure krachtens artikel 169 van het Verdrag in beginsel niet verlangen.

55. De Commissie laat overigens blijken, dat ook zij het bestaan van een algemene verplichting tot ongedaanmaking niet aanvaardt. Ook het vertrouwensbeginsel pleit tegen een dergelijke verplichting. Het vertrouwen van de contractpartijen moet worden beschermd en prevaleert over het verzoek van de Commissie. Tenslotte zou een eventuele ongedaanmaking van de overeenkomsten evenmin de „nuttige werking" van richtlijn 93/37 in de vorm van gelijke mededingingsvoorwaarden verzekeren. De succesvolle inschrijvers hebben maatregelen getroffen die hun duidelijk voordelen verlenen in verhouding tot hun concurrenten. Een ongedaanmaking zou geleid hebben tot stillegging van de werken en dus ook daarom onmogelijk zijn geweest.

21 — Laatste schoonmaak van het administratief centrum van de deelstaat Niederösterreich, plaatsing van een geluidsinstallatie in het winkelcentrum, beplantingen in de bosschages, enz.

56. De Oostenrijkse regering stelt tenslotte twee rechtsvragen van principiële aard aan de orde. Enerzijds stelt zij het probleem van het rechtskarakter van Nöplan ter discussie, en verbindt zij hieraan de vraag in hoeverre particulieren zich jegens die entiteit op een richtlijn kunnen beroepen. Anderzijds ziet zij niet in waarom het megaproject Sankt Pölten reeds vanaf de toetreding van de Republiek Oostenrijk tot de Europese Economische Ruimte aan de richtlijnen inzake het plaatsen van opdrachten moest worden onderworpen. Het project, dat als één enkel werk moet worden gezien en derhalve niet kan worden opgesplitst, heeft een aanvang genomen vóór het in werking treden van het EER-Verdrag en vóór de toetreding van de Republiek Oostenrijk tot de Gemeenschap.

57. De Commissie antwoordt, dat haar bevoegdheden krachtens artikel 169 van het Verdrag los staan van de procedure van richtlijn 89/665. Dat heeft het Hof trouwens in een andere zaak reeds vastgesteld. [22] Met betrekking tot de rol van Nöplan merkt zij op, dat onbetwist is, dat Nöplan als aanbestedende dienst is te beschouwen als een onderdeel van de deelstaat Niederösterreich.

58. Om systematische redenen is het dienstig het onderzoek te beginnen bij laatstbedoelde juridische bezwaren van de Oostenrijkse regering.

22 — Arrest van 24 januari 1995, Commissie/Nederland (C-359/93, Jurispr. blz. I-157, punten 13 en 14).

59. In casu kan worden voorbijgegaan aan de vraag van de toepasselijkheid van het gemeenschapsrecht inzake het plaatsen van overheidsopdrachten vanaf de toetreding van de Republiek Oostenrijk tot de Europese Economische Ruimte, omdat dat recht in ieder geval van dwingende aard is geworden door de toetreding op 1 januari 1995 tot de Europese Unie, en zulks — aangezien geen overgangsperioden uitdrukkelijk zijn overeengekomen — met ingang van de toetreding.

60. De Commissie heeft zich reeds in de precontentieuze procedure op het standpunt gesteld, dat richtlijn 93/37 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, krachtens artikel 6 daarvan op het voorgenomen project van toepassing was. [23]

Artikel 6, leden 1 en 3, luidt:

„1. Deze richtlijn is van toepassing op overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken waarvan het geraamde bedrag, exclusief de belasting over de toegevoegde waarde (BTW), gelijk is aan of meer bedraagt dan 5 000 000 ECU. [24]

(...)

3. Wanneer een werk wordt verdeeld in percelen voor elk waarvan een opdracht is geplaatst, moet de waarde van elk perceel in aanmerking worden genomen om te beoordelen of het in lid 1 vermelde bedrag is bereikt. Wanneer de totale waarde van de percelen gelijk is aan of meer bedraagt dan het in lid 1 aangegeven bedrag, is dit lid van toepassing op alle percelen. De aanbestedende diensten mogen van lid 1 afwijken voor percelen waarvan de geraamde waarde, exclusief BTW, minder dan 1 000 000 ECU bedraagt, mits de totale waarde van deze percelen samen niet meer beloopt dan 20 % van de totale waarde van alle percelen."

61. In het met redenen omkleed advies stelde de Commissie met betrekking tot de overeenkomst inzake het centraal beheerssysteem van het administratieve centrum, die destijds tot het geschil heeft geleid:

„(...) Weliswaar beloopt de waarde van deze uitsluitend regionaal uitgeschreven opdracht betreffende het centraal beheerssysteem van het administratieve centrum circa 26 miljoen schilling, dus minder dan de drempel waarbij de richtlijn in werking treedt, maar deze is volgens artikel 6, lid 3, tweede zin, toch op een dergelijke opdracht van toepassing (voorschrift betreffende het overschrijden van het toepasselijke bedrag bij cumulatie van percelen)". [25]

62. Deze beoordeling rechtens, inhoudende dat de overeenkomst door het gemeenschapsrecht wordt beheerst, is relevant en

23 — Zie het met redenen omkleed advies, punt 13.

24 — 1 ECU is gelijk aan 13,7789 ATS (stand per 1 december 1998).

25 — Zie het met redenen omkleed advies, punt 13.

geldt eveneens voor andere overeenkomsten van het totale project. Afgezien van de verwijzing naar het rechtskarakter van Nöplan, heeft de Oostenrijkse regering overigens bij het Hof niets aangevoerd, dat aan de toepasselijkheid van de relevante richtlijnen in de weg staat.

63. Hierna wordt dieper ingegaan op het rechtskarakter van Nöplan. Dit punt is ook vóór de onderhavige procedure reeds ter sprake gekomen. In bijlage bij het verzoekschrift is een brief van de Oostenrijkse regering aan de Commissie van 12 mei 1995 gevoegd, waarin is gepreciseerd hoe Nöplan wordt gecontroleerd:

„(...) de NÖ Landeshauptstadt Planungsgesellschaft mbH (Nöplan) werd als privaatrechtelijke vennootschap opgericht voor het verrichten van alle in het kader van de vestiging in Sankt Pölten van de hoofdstad van Niederösterreich noodzakelijke ontwerpwerkzaamheden. 51 % van haar kapitaal is in handen van de deelstaat Niederösterreich, 10 % van de stad Sankt Pölten, en 39 % van de NÖ HYPO Leasinggesellschaft mbH. Het aangaan van overeenkomsten met een waarde van meer dan 2 miljoen schilling moet worden goedgekeurd door een aanbestedingscommissie. De leden van deze commissie worden benoemd door de regering van Niederösterreich. De leden van de andere organen van Nöplan (raad van bestuur, algemene vergadering van aandeelhouders en financiële commissie) worden aangesteld door de aandeelhouders (...)." [26]

64. Gedurende de gehele procedure bij het Hof zijn de partijen ervan uitgegaan, dat Nöplan het „verlengstuk" van de regering van de deelstaat Niederösterreich was. Deze weliswaar weinig technische kwalificatie toont duidelijk de afhankelijkheid van de rechtspersoon van de politieke instanties van de deelstaat aan. De fundamentele beslissing van 6 februari 1996 om de lopende procedures op te schorten, dat een keerpunt in de procedure betekende, werd door de „aanbestedingscommissie" genomen.

65. Richtlijn 93/37 geeft de volgende omschrijving van het begrip aanbestedende dienst in artikel 1, sub b: „de staat, zijn territoriale lichamen, publiekrechtelijke

26 — Zie de brief van de Oostenrijkse regering aan de Commissie van 12 mei 1995, bijlage 3 bij het verzoekschrift. In de brief van 22 december 1995 waarmede de Oostenrijkse regering reageerde op de aanmaningsbrief van de Commissie valt te lezen:
„Ad punt 8)
Nöplan is niet slechts een vennootschap die is opgericht met het doel alle ontwerpwerkzaamheden uit te voeren die noodzakelijk zijn in het kader van de vestiging van de hoofdstad van de deelstaat Niederösterreich te Sankt Pölten. Tot haar werkzaamheden behoren naast de realisering van het concrete bouwplan, ook vele andere projecten, waaronder de bouw van woningen en bedrijfsprojecten, ten aanzien waarvan Nöplan moet concurreren met andere ondernemingen."
Het statutair doel kwam bij het Hof van Justitie niet meer ter sprake.

instellingen en verenigingen (...)". Het artikel vervolgt:

„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 ofwel de activiteiten in hoofdzaak door de staat, de territoriale of andere publiekrechtelijke instellingen worden gefinancierd, ofwel het beheer is onderworpen aan toezicht door deze laatsten, ofwel 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.

De lijsten van de instellingen en van de categorieën van publiekrechtelijke instellingen die voldoen aan de in de tweede alinea van dit punt genoemde criteria, staan in bijlage I (...)"

66. De deelstaat Niederösterreich is als territoriaal lichaam zonder enige twijfel een aanbestedende dienst. Zelfs wanneer men zich niet wil beperken tot de constatering dat Nöplan het „verlengstuk" van de deelstaat is, hetgeen niets anders betekent dan dat de verantwoordelijkheid uiteindelijk bij de deelstaat ligt, voert ook het onderzoek van Nöplan als autonoom orgaan tot een vergelijkbaar resultaat. Krachtens de door de Oostenrijkse regering bij brief van 12 mei 1995 [27] gegeven beschrijving van doel, rechtspersoonlijkheid en aandelenbezit van Nöplan voldoet de vennootschap aan de in artikel 1, sub b, tweede alinea, van richtlijn 93/37 genoemde feitelijke criteria [28] van een „publiekrechtelijke instelling". Een dergelijk organisme is te beschouwen als een aanbestedende dienst in de zin van de richtlijn. [29]

67. Welk lichaam tenslotte moet instaan voor eventuele schadevorderingen van potentiële inschrijvers, is een vraag die naar nationaal recht moet worden beantwoord. Jegens de Gemeenschap is in ieder geval de lidstaat verantwoordelijk. [30] Nu aan de

27 — Zie punt 63 supra.

28 — Zie arrest van 15 januari 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria e.a. (C-44/96, Jurispr. blz. I-73, punt 21).

29 — Zie arrest Mannesmann Anlagenbau Austria e.a. (aangehaald in voetnoot 28, punt 29).

30 — Zie laatstelijk het arrest van 17 december 1998, Commissie/Ierland (C-353/96, Jurispr. blz. I-8565, punt 23).

principiële aansprakelijkheid in het kader van het communautaire aanbestedingsrecht geen twijfel bestaat, wordt de door het Hof te beoordelen vraag beperkt tot de juridische en feitelijke voorwaarden waaronder een verplichting bestaat om reeds gesloten overeenkomsten ongedaan te maken.

68. Om te beginnen moet worden ingegaan op het formele argument, dat de bevoegdheden in niet-nakomingsprocedures geen afbreuk mogen doen aan de door het nationale recht aan de lidstaat uitdrukkelijk geboden mogelijkheid om de consequenties van een met het gemeenschapsrecht strijdige gunning van opdrachten te beperken tot het toekennen van schadevergoeding aan de gelaedeerde inschrijver. Het standpunt, dat de procedure krachtens artikel 3 van richtlijn 89/665 en de niet-nakomingsprocedure dezelfde doelstelling hebben, is juist wanneer die doelstelling wordt gedefinieerd als de inachtneming van de gemeenschapsrechtelijke voorschriften voor de plaatsing van overheidsopdrachten. Daarnaast moet er echter van worden uitgegaan, dat de in de richtlijn vereiste controles in de eerste plaats betrekking hebben op de relatie tussen de inschrijver en de aanbestedende dienst. De procedure krachtens artikel 3 van de richtlijn, op grond waarvan de Commissie stappen kan ondernemen, vormt — zoals in de rechtspraak van het Hof reeds uitdrukkelijk is vastgesteld [31] — een preventieve maatregel. De bijzondere procedure krachtens de richtlijn kan niet afdoen aan of in de plaats komen van de bevoegdheden van de Commissie krachtens artikel 169 van het Verdrag. [32] Men kan er derhalve van uitgaan, dat de bevoegdheden die bij richtlijn 89/665 aan de Commissie zijn verleend, de haar principieel toekomende bevoegdheden in de niet-nakomingsprocedure formeel noch inhoudelijk beperken.

69. Het feit, dat in casu bij het verstrijken van de in het met redenen omkleed advies gestelde termijn de in het kader van het totale project nog lopende opdrachten in overeenstemming met het gemeenschapsrecht werden geplaatst, werpt een bijzonder probleem op. Eerst moet dus worden vastgesteld in hoeverre op het genoemde moment nog sprake was van een schending. De gestelde schending kan als volgt worden samengevat: door het sluiten van met het gemeenschapsrecht strijdige overeenkomsten stond de schending vast, maar was deze nog niet beëindigd. De uitvoering van de overeenkomsten moest nog plaatsvinden.

70. Bij de overeenkomsten betreffende de gegunde opdrachten moeten de volgende aantekeningen worden gemaakt. Er kan niet aan worden getwijfeld, dat deze objectief in strijd met het gemeenschapsrecht zijn tot stand gekomen. Dat het nationale recht sterk afweek van de voorschriften van het gemeenschapsrecht, staat naar huidig inzicht vast. De Oostenrijkse regering heeft deze beoordeling destijds als juist erkend en zowel de bekritiseerde AAVB alsook de wettelijke situatie aangepast. Men mag ook aannemen, dat de wetgevende organen van de toepasselijkheid van het gemene aanbestedingsrecht op het megaproject Sankt Pölten zijn uitgegaan toen zij de litigieuze uitzonderingsbepaling in de wet betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten van de deelstaat Niederösterreich opnamen.

31 — Arrest Commissie/Nederland, aangehaald in voetnoot 22, punt 13. Laatstelijk arrest Commissie/Ierland, aangehaald in voetnoot 30, punt 22.

32 — Zie de arresten Commissie/Nederland, aangehaald in voetnoot 22, punt 14, en Commissie/Ierland, aangehaald in voetnoot 30, punt 22.

71. Dit laatste punt is echter niet beslissend. De objectieve schending van het gemeenschapsrecht bij de in het jaar 1995 toegepaste plaatsingsprocedures staat vast. Op de details van de onverenigbaarheid van het toen geldende plaatsingsrecht behoeft hier niet te worden ingegaan, omdat zij door de Oostenrijkse autoriteiten zijn erkend en door de wetswijziging tot aanpassing aan het gemeenschapsrecht zijn verholpen, en daarop door de Commissie in de onderhavige procedure geen beroep meer wordt gedaan.

72. De vraag is echter wat de gevolgen van de bijeenkomst van 27 en 28 november 1995 waren voor de objectieve onverenigbaarheid met het gemeenschapsrecht, en of daaruit in bepaalde gevallen een verplichting om na die data gesloten overeenkomsten ongedaan te maken, kan voortvloeien.

73. De Commissie stelt zich op het standpunt, dat de Oostenrijkse instanties reeds door de correspondentie die in de loop van het jaar 1995 plaats vond, van de gemeenschapsrechtelijke problematiek op de hoogte waren. In de bijeenkomst van 27 en 28 november 1995 was deze nog eens gedetailleerd besproken, zodat de Oostenrijkse instanties bij de daarop volgende gunningen tegen beter weten in hebben gehandeld.

74. De Oostenrijkse regering stelt daar tegenover — zoals haar vertegenwoordiger ter terechtzitting uitdrukkelijk benadrukte —, dat de discussies tijdens bedoelde bijeenkomst van vrijblijvende aard waren. Die discussies brachten geen rechtsgevolgen teweeg. Bovendien hebben de Oostenrijkse instanties op goede gronden eerst een andere mening verkondigd, en zich eerst later naar de zienswijze van de Commissie geschikt.

75. Men kan zich inderdaad afvragen in hoeverre de Oostenrijkse regering ervan moest uitgaan, dat het door de Commissie tijdens bedoelde bijeenkomst verkondigde standpunt voor haar verbindend was. Voor het terstond doen ingaan van rechtsgevolgen is een dergelijke informele vergadering niet geschikt. Echter mag niet uit het oog worden verloren, dat objectief sprake was van een niet-nakoming en het risico bestond van een voortzetting van de met het gemeenschapsrecht strijdige praktijk met aanzienlijke, deels onherstelbare economische consequenties. Ten laatste na de formele inleiding van de niet -nakomingsprocedure door de aanmaningsbrief van 15 december 1995 hadden de Oostenrijkse instanties de verplichting verdere schade te voorkomen. Daarvoor was — zoals reeds aangestipt — een ingewikkelde procedure tot wetswijziging ook niet nodig, omdat de voorlopige opschorting in afwachting van een nader onderzoek van de situatie volstond. Dat een dergelijke stap ook praktisch mogelijk was, wordt aangetoond door het latere besluit van de aanbestedingscommissie van 6 februari 1996.

76. Ik ben daarom van mening, dat het plaatsen van opdrachten vanaf de formele inleiding van de niet-nakomingsprocedure tot aan het besluit van 6 februari 1996 een gekwalificeerde schending van het gemeenschapsrecht oplevert, waaraan heel wel een ongedaanmakingsverplichting kan worden verbonden. Het gaat tenslotte om opdrachten voor een bedrag dat aanzienlijk hoger was dan 300 000 000 ATS, die in een

tijdperk van iets meer dan zes weken werden geplaatst. Voorzover de gedurende dit tijdperk gesloten overeenkomsten op 3 maart 1996 van kracht doch nog niet uitgevoerd waren, bleef de schending bestaan en had de Commissie het recht de ongedaanmaking ervan te verlangen. Dit komt ook niet onredelijk voor, omdat de Oostenrijkse diensten wel degelijk „op eigen risico" [33] hebben gehandeld. Handelen „op eigen risico" kan niet samengaan met het scheppen van voldongen feiten waarop geen sancties staan.

77. Wanneer de Oostenrijkse regering het Hof voorhoudt, dat de ongedaanmaking van de litigieuze opdrachten onmogelijk was, komt het aan op de aard van die onmogelijkheid, te weten of het gaat om een aanvankelijke of latere, juridische dan wel feitelijke onmogelijkheid. Voor zover het gaat om een latere onmogelijkheid op feitelijke gronden, omdat de voorgenomen bouwplannen intussen zijn uitgevoerd, kan deze omstandigheid niet afdoen aan de op 7 maart 1996 in abstracto bestaande verplichtingen. Bovendien is in de rechtspraak van het Hof erkend, dat een lidstaat zich niet kan beroepen op aan hemzelf toe te schrijven voldongen feiten om aan een nietnakomingsprocedure te ontkomen. [34]

78. In deze context moet ook het argument aangaande de aanvankelijke onmogelijkheid van een ongedaanmaking van de overeenkomsten wegens het dringend belang van de voortzetting van het bouwproject worden beoordeeld. De vordering van de Commissie tot ongedaanmaking van de overeenkomsten had slechts betrekking op de overeenkomsten die in het besef van hun eventuele onverenigbaarheid met het gemeenschapsrecht door de openbare opdrachtgever op eigen risico zijn gesloten. De lidstaat had een dergelijke vordering kunnen vermijden wanneer hij terstond maatregelen had getroffen in de vorm van een besluit als dat van 6 februari 1996, teneinde voldongen feiten te voorkomen.

79. Deze zienswijze vindt steun in een overweging die aan richtlijn 93/37 ten grondslag ligt. Artikel 7, lid 3, sub c, van de richtlijn geeft aan de aanbestedende dienst het recht om een opdracht voor de uitvoering van werken onderhands te plaatsen, wanneer wegens dwingende spoed de termijnen niet in acht kunnen worden genomen. Echter moeten de gronden daarvoor berusten op gebeurtenissen, die de aanbestedende diensten niet konden voorzien.

80. Bovenstaande overwegingen slaan op gestelde gevallen van feitelijke onmogelijkheid, waarmee evenwel niets gezegd is over de eventuele consequenties van een juridische onmogelijkheid. Doch hier stuit de gemeenschapsrechtelijke beoordeling op een grens. Zoals de Commissie terecht betoogt, en zoals ik in het kader van het onderzoek van de ontvankelijkheid reeds heb aangegeven, valt een eventuele ongedaanmaking immers onder de bevoegdheid van de lidstaat. De rechtsgrondslag en de omvang van een eventuele ongedaanmaking moeten naar nationaal recht worden beoordeeld, zodat het Hof daarover geen uitspraak kan doen.

33 — Zie de beschikking van 22 april 1994, Commissie/België (C-87/94 R, Jurispr. blz. I-1395, punt 34), waarop de Oostenrijkse regering zich uitdrukkelijk beroept.

34 — Zie het arrest van 7 februari 1973, Commissie/Italië (39/72, Jurispr. blz. 101, punt 10); zie eveneens de conclusie van de advocaat-generaal van 13 maart 1991 bij het arrest Commissie/Portugal (aangehaald in voetnoot 17, Jurispr. blz. I-3670, punt 36); zie eveneens de beschikking Commissie/België (aangehaald in voetnoot 33, punt 40).

81. De uiteenzettingen van de Oostenrijkse regering zijn bijgevolg van fundamenteel belang. Deze bevatten weliswaar een aantal redenen waarom de ongedaanmaking van de overeenkomsten a posteriori onmogelijk was, maar geenszins is aangevoerd, dat zulks op juridische gronden van meet af aan absoluut onmogelijk was. Doordat de Oostenrijkse regering tot voor het Hof heeft volgehouden dat de door de Commissie verlangde ongedaanmaking van de overeenkomsten ongerechtvaardigd was, kan worden aangenomen, dat zij zeker geen poging heeft ondernomen om destijds aan die eis van de Commissie te voldoen.

82. Bij het verder onderzoek moet ervan worden uitgegaan, dat de zienswijze dat overeenkomsten niet meer ongedaan konden worden gemaakt, in ieder geval niet van absolute aard is. Was er slechts *één* mogelijkheid geweest, dan betrof de eis van de Commissie niet een onmogelijke prestatie. Daarom moet worden aangenomen, dat door de eis van de Commissie een rechtsplicht tot handelen ontstond.

83. De Oostenrijkse regering betoogt thans voor het Hof, dat een ongedaanmaking onaanvaardbaar was wegens het gerechtvaardigd vertrouwen van de contractpartijen, dat prevaleert boven het verlangen van de Commissie. Dit argument faalt. De Oostenrijkse regering beroept zich op de rechtsposities van derden, die echter op onrechtmatige wijze door de aanbestedende dienst zijn gecreëerd. Ten aanzien van de fundamentele verplichtingen van de lidstaat jegens de Gemeenschap kan de lidstaat niet met een beroep op de gevolgen van zijn onrechtmatig optreden de betrokken verplichting als zodanig ter discussie stellen. Doch zoals gezegd, staat het in het concrete geval niet aan het Hof te beslissen in hoeverre een ongedaanmaking redelijkerwijs mogelijk was.

84. Tenslotte moet worden ingegaan op het argument van de Oostenrijkse regering, dat de „nuttige werking" van de richtlijnen niet meer kon worden gerealiseerd nadat de gunningen hadden plaatsgehad. De mededingingsverhoudingen waren zodanig beïnvloed, dat een situatie als voordien bestond, niet meer kon worden hersteld. De deelnemende inschrijvers zouden altijd een concurrentieel voordeel tegenover eventuele latere inschrijvers hebben behouden. Wellicht is dit betoog feitelijk juist. Het kan echter niet tot gevolg hebben, dat iedere poging om een einde te maken aan een onrechtmatige handelwijze wordt verijdeld. Door een nieuwe aanbesteding op communautair niveau zouden bijvoorbeeld bedrijven hebben kunnen deelnemen die onder de gegeven omstandigheden in het geheel niet van de aanbesteding op de hoogte waren. Deze potentiële inschrijvers kunnen — a posteriori — niet worden geïndividualiseerd, zodat zij nimmer op enige schadevergoeding aanspraak kunnen maken.

85. Uit een en ander volgt, dat op 7 maart 1996 door de eis van de Commissie een verplichting tot handelen ontstond, en dat niet is gebleken dat het op objectieve gronden a priori onmogelijk was daaraan gevolg te geven.

86. Afsluitend dient nogmaals te worden teruggekomen op de kwestie van het procesbelang, voorzover deze in het kader van het onderzoek van de ontvankelijkheid niet kon worden beantwoord. Omdat ervan

moet worden uitgegaan, dat een abstracte plicht tot handelen bestond, hoewel de Oostenrijkse regering het tegendeel blijft beweren, dient het procesbelang alleen reeds op deze grond te worden erkend. Daarbij komt nog, dat een declaratoire uitspraak in de onderhavige procedure te pas kan komen bij eventuele schadevergoedingsaanspraken, zodat ook op deze grond het procesbelang moet worden erkend.

Kosten

87. Volgens artikel 69, lid 2, van 's Hofs Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen. Nu de Oostenrijkse regering in het ongelijk is gesteld, dient zij in de kosten te worden verwezen.

C — Conclusie

88. Gelet op een en ander, geef ik het Hof in overweging te beslissen als volgt:

„1) In het kader van de opdrachten voor de bouw van het nieuwe administratief centrum en het nieuwe cultureel centrum voor de deelstaat Niederösterreich te Sankt Pölten, die, nadat de procedure wegens niet-nakoming was ingeleid, vóór 6 februari 1996 werden geplaatst doch op 7 maart 1996 nog niet waren uitgevoerd of redelijkerwijs nog ongedaan konden worden gemaakt, is de Republiek Oostenrijk de verplichtingen niet nagekomen die op haar rusten krachtens richtlijn 93/37/EEG van de Raad van 14 juni 1993 en richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989, alsmede krachtens artikel 30 EG-Verdrag.

2) De Republiek Oostenrijk wordt verwezen in de kosten."