ARREST VAN HET HOF (Zesde kamer)

4 februari 1999 *

in zaak C-103/97,

betreffende een verzoek aan het Hof krachtens artikel 177 EG-Verdrag (thans artikel 234 EG) van het Tiroler Landesvergabeamt (Oostenrijk), in het aldaar aanhangige geding tussen

Josef Köllensperger GmbH & Co KG, en

Atzwanger AG

en

Gemeindeverband Bezirkskrankenhaus Schwaz,

om een prejudiciële beslissing over om een prejudiciële beslissing over de uitlegging van artikel 2, lid 8, 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),

* Procestaal: Duits.

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE (Zesde kamer),

samengesteld als volgt: P. J. G. Kapteyn (rapporteur), kamerpresident, G. Hirsch, G. F. Mancini, H. Ragnemalm en R. Schintgen, rechters,

advocaat-generaal: A. Saggio
griffier: H. A. Rühl, hoofdadministrateur

gelet op de schriftelijke opmerkingen ingediend door:

— Gemeindeverband Bezirkskrankenhaus Schwaz, vertegenwoordigd door C. C. Schwaighofer en M. E. Sallinger, advocaten te Innsbruck,

— de Oostenrijkse regering, vertegenwoordigd door W. Okresek, Ministerialrat bij het Bundeskanzleramt, als gemachtigde,

— de Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door haar juridisch adviseur H. van Lier, en C. Schmidt, lid van haar juridische dienst, als gemachtigden,

gezien het rapport ter terechtzitting,

gehoord de mondelinge opmerkingen van de Oostenrijkse regering, ter terechtzitting van vertegenwoordigd door M. Fruhmann, van het Bundeskanzleramt, als gemachtigde, en van de Commissie, vertegenwoordigd door H. van Lier en C. Schmidt, ter terechtzitting van 18 juni 1998,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 24 september 1998,

het navolgende

Arrest

1 Bij beschikking van 7 november 1996, ingekomen bij het Hof op 10 maart daaropvolgend, heeft het Tiroler Landesvergabeamt (dienst overheidsopdrachten van de deelstaat Tirol) krachtens artikel 177 EG-Verdrag twee prejudiciële vragen gesteld over de uitlegging van artikel 2, lid 8, 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).

2 Deze vragen zijn gerezen in een geding tussen enerzijds Josef Köllensperger GmbH & Co. KG (hierna: „Köllensperger") en Atzwanger AG (hierna: „Atzwanger"), en anderzijds Gemeindeverband Bezirkskrankenhaus Schwaz (intercommunale vereniging voor het ziekenhuis te Schwaz) met betrekking tot de toewijzing van de opdracht voor de uitbreidingswerken van het ziekenhuis te Schwaz.

3 Richtlijn 89/665 is bedoeld om ervoor te zorgen, dat de gemeenschapsrichtlijnen inzake overheidsopdrachten zo doeltreffend en zo snel mogelijk worden toegepast. Nu de beroepsmogelijkheden die op dit gebied in het algemeen bestonden, zowel op nationaal als op communautair vlak, blijkbaar niet toereikend waren en de afzonderlijke richtlijnen niet voorzagen in specifieke beroepsmogelijkheden, is bij deze richtlijn de lidstaten de verplichting opgelegd vóór 21 december 1991 in passende beroepsprocedures te voorzien voor het geval van onregelmatigheden bij het plaatsen van overheidsopdrachten (artikelen 1, lid 1, en 5).

4 Artikel 2, lid 8, van richtlijn 89/665 bepaalt:

„Wanneer de voor de beroepsprocedures verantwoordelijke instanties geen gerechten zijn, moeten hun beslissingen steeds schriftelijk met redenen worden omkleed.

Bovendien moeten in dat geval procedures worden gewaarborgd waarmee tegen de door de bevoegde basisinstantie genomen vermoede onwettige maatregelen of vermoede tekortkomingen bij de uitoefening van de haar opgedragen bevoegdheden, beroep kan worden ingesteld bij een rechter of bij een andere instantie die een gerecht is in de zin van artikel 177 van het Verdrag en onafhankelijk is van de aanbestedende diensten en de basisinstantie.

Voor de benoeming en de beëindiging van het mandaat van de leden van deze onafhankelijke instantie gelden dezelfde voorwaarden als voor rechters, voor wat betreft de voor de benoeming bevoegde autoriteit, de duur van hun mandaat en hun afzetbaarheid. Ten minste de voorzitter van deze onafhankelijke instantie moet dezelfde juridische en beroepskwalificaties hebben als een rechter. De onafhankelijke instantie neemt haar besluiten na een procedure op tegenspraak en deze besluiten zijn, met middelen die door elke lidstaat worden vastgesteld, juridisch bindend."

5 In Oostenrijk is richtlijn 89/665 op federaal niveau omgezet bij het Bundesvergabegesetz (federale wet inzake overheidsopdrachten). Deze wet voorziet in twee procedures: een verzoeningsprocedure voor de Bundesvergabekontrollkommission (federale controlecommissie inzake overheidsopdrachten) en een procedure voor het Bundesvergabeamt (federaal bureau voor overheidsopdrachten).

6 In de deelstaat Tirol is de omzetting geschied bij het Tiroler Gesetz über die Vergabe von Aufträgen (wet van de deelstaat Tirol inzake overheidsopdrachten; hierna: „TVergG"). Ingevolge deze wet is het Tiroler Landesvergabeamt bevoegd uitspraak te doen in beroepen in het kader van procedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken.

7 § 6 TVergG bepaalt:

„1) Het Landesvergabeamt wordt ingesteld bij het Amt der Tiroler Landesregierung (administratie van de regering van de deelstaat Tirol). Het bestaat uit de volgende personen:

a) een met overheidsopdrachten vertrouwde persoon als voorzitter,

b) een juridisch medewerker van het Amt der Tiroler Landesregierung als rapporteur,

c) een lid van de rechterlijke macht,

d) een lid van de Wirtschaftskammer Tirol, een lid van de Architekten- und Ingenieurkonsulentenkammer für Tirol und Vorarlberg, een lid van de Kammer für Arbeiter und Angestellte für Tirol, en een lid van het Tiroler Gemeindeverband, telkens voorgedragen door bedoeld orgaan, en vertrouwd met de materie van de overheidsopdrachten.

(...)

3) De leden van het Landesvergabeamt worden benoemd door de regering van de deelstaat voor een duur van vijf jaar. Zij moeten verkiesbaar zijn in de Landtag. Voor wat betreft de leden bedoeld in lid 1, sub d, en in lid 2, nodigt de regering

van de deelstaat de inzake voordrachten bevoegde instanties uit, binnen een nog vast te stellen redelijke termijn een kandidaat voor te dragen. Geschiedt deze voordracht niet binnen de termijn, dan vindt de aanstelling zonder voordracht plaats. Voor de aanstelling van het lid bedoeld in lid 1, sub c, wordt de voorzitter van het Oberlandesgericht Innsbruck gehoord. Voor elk lid wordt een plaatsvervanger aangesteld volgens dezelfde procedure. Een lid dat verhinderd is, wordt vertegenwoordigd door zijn plaatsvervanger.

4) De ambtsuitoefening van een lid of plaatsvervangend lid neemt een einde vóór het verstrijken van de ambtstermijn, wanneer het afstand doet van zijn aanstelling of deze wordt ingetrokken; de ambtsuitoefening van een lid in de zin van lid 1, sub b en c, neemt voorts een einde wanneer het zijn dienst verlaat of zijn ambt neerlegt. Van de afstand dient schriftelijk kennis te worden gegeven aan de regering van de deelstaat. (...) De aanstelling moet worden ingetrokken wanneer aan de voorwaarden daarvoor niet langer is voldaan of wanneer zich omstandigheden voordoen die vermoedelijk voor langere duur een beletsel zullen vormen voor een correcte uitoefening van het ambt. Legt een lid of plaatsvervangend lid voortijdig zijn ambt neer, dan dient onmiddellijk een nieuw lid of plaatsvervangend lid te worden aangesteld voor de rest van diens ambtstermijn.

(...)

6) Het Landesvergabeamt kan beslissingen nemen wanneer alle leden regelmatig zijn uitgenodigd en de voorzitter, de rapporteur, het lid van de rechterlijke macht en ten minste één ander lid aanwezig zijn. Beslissingen worden genomen met eenvoudige meerderheid van stemmen. Bij staking van stemmen, is de stem van de voorzitter beslissend. Onthouding van stemming is niet toegelaten.

7) De leden van het Landesvergabeamt mogen bij de uitvoering van hun ambt geen aanwijzingen aanvaarden. Hun beslissingen kunnen niet via administratieve weg worden opgeheven of gewijzigd.

8) De griffiewerkzaamheden van het Landesvergabeamt worden verricht door de administratie van de regering van de deelstaat Tirol."

8 Op 6 april 1995 stelden Köllensperger en Atzwanger bij het Tiroler Landesvergabeamt beroep in tot nietigverklaring van de toewijzing van de overheidsopdracht voor de uitbreidingswerkzaamheden van het ziekenhuis te Schwaz, wegens schending van het TVergG.

9 Bij beschikking van 27 juni 1995 verwierp het Tiroler Landesvergabeamt het beroep, op grond dat de opdracht was toegewezen aan de vennootschap die de gunstigste offerte had ingediend. Volgens het Tiroler Landesvergabeamt volgt hieruit, dat zelfs indien de toewijzende instantie had voldaan aan de bepalingen van het TVergG, de opdracht hoe dan ook niet zou zijn toegewezen aan Köllensperger en Atzwanger.

10 Daarop stelden deze twee vennootschappen beroep in bij het Verfassungsgerichtshof.

11 Op 12 juni 1996 verklaarde het Verfassungsgerichtshof de beschikking van het Tiroler Landesvergabeamt nietig, op grond dat deze instantie op de datum van haar uitspraak, op 27 juni 1995, qua samenstelling niet voldeed aan de voorwaarden van artikel 2, lid 8, van richtlijn 89/665.

12 Volgens het Verfassungsgerichtshof had de voorzitter van deze instantie — een ingenieur — niet de vereiste juridische en professionele kwalificaties om het ambt van rechter uit te oefenen, zodat de uitspraak van 27 juni 1995 een schending vormde van het door de Grondwet gewaarborgde recht van de verzoekende vennootschappen op een procedure voor de wettelijk bevoegde rechter.

13 Op 16 juli 1996 legde de ten tijde van de bestreden uitspraak zetelende voorzitter van het Tiroler Landesvergabeamt zijn voorzitterschap neer met ingang van 12 juli, waarop door de regering van de deelstaat Tirol een nieuwe voorzitter werd aangesteld.

14 Nadat de procedure voor het Tiroler Landesvergabeamt was hervat, voerde het Gemeindeverband Bezirkskrankenhaus Schwaz aan, dat de samenstelling van deze instantie nog steeds niet voldeed aan richtlijn 89/665.

15 Van mening dat twijfels waren gerezen met betrekking tot de in § 6, lid 1, sub d, van het TVergG bedoelde leden, heeft het Tiroler Landesvergabeamt besloten het Hof om een prejudiciële beslissing te verzoeken over de volgende twee vragen:

„1) Moet artikel 2 van richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 aldus worden uitgelegd, dat het (Tiroler) Landesvergabeamt, ingesteld bij het (Tiroler) Landesgesetz 6 juli 1994 über die Vergabe von Aufträgen van (*LGBl.* nr. 87/1994), een beroepsinstantie is in de zin van artikel 2, lid 8, van de richtlijn?

2) Is door het Gesetz van 6 juli 1994 über die Vergabe von Aufträgen (*LGBl.* nr. 87/1994) de omzetting in nationaal recht verzekerd 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, wat de in artikel 1 ervan bedoelde beroepsprocedures betreft?"

De ontvankelijkheid van de prejudiciële vragen

16 Vooraf dient de vraag aan de orde te worden gesteld, of het Tiroler Landesvergabeamt een rechterlijke instantie is in de zin van artikel 177 van het Verdrag, en dus of zijn vragen ontvankelijk zijn.

17 In dit verband zij eraan herinnerd, dat het Hof volgens zijn vaste rechtspraak, voor de beoordeling of het verwijzende orgaan een rechterlijke instantie in de zin van artikel 177 van het Verdrag is, hetgeen uitsluitend door het gemeenschapsrecht wordt bepaald, rekening houdt met een samenstel van factoren, zoals de wettelijke grondslag van het orgaan, het permanente karakter ervan, de verplichte rechtsmacht, het feit dat uitspraak wordt gedaan na een procedure op tegenspraak, de toepassing door het orgaan van de regelen des rechts, alsmede de onafhankelijkheid van het orgaan (zie laatstelijk arrest van 17 september 1997, Dorsch Consult, C-54/96, Jurispr. blz. I-4961, punt 23, en arresten van 30 juni 1966, Vaassen-Göbbels, 61/65, Jurispr. blz. 257; 11 juni 1987, Pretore di Salò/X, 14/86, Jurispr. blz. 2545, punt 7; 17 oktober 1989, Danfoss, 109/88, Jurispr. blz. 3199, punten 7 en 8; 27 april 1994, Almelo e. a., C-393/92, Jurispr. blz. I-1477, punt 21, en 19 oktober 1995, Job Centre, C-111/94, Jurispr. blz. I-3361, punt 9).

18 Over de eerste vijf criteria bestaat er geen twijfel. Uit de bepalingen van § 6 van het TVergG, betreffende de samenstelling en de werking ervan, volgt namelijk, dat het Tiroler Landesvergabeamt aan deze criteria voldoet.

19 Daarentegen is niet zonder meer duidelijk, dat aan de voorwaarde van onafhankelijkheid is voldaan.

20 Zoals de advocaat-generaal in punt 25 van zijn conclusie heeft opgemerkt, bevat het TVergG immers geen specifieke bepalingen over de wraking of verschoning van leden van het Tiroler Landesvergabeamt.

21 Bovendien is de uitdrukking in § 6, lid 4, van het TVergG, inzake de afzetting van leden „wanneer zich omstandigheden voordoen die vermoedelijk voor langere duur een beletsel zullen vormen voor een correcte uitoefening van het ambt", kennelijk te vaag om garanties te bieden tegen ongeoorloofde tussenkomsten of druk vanwege de uitvoerende macht.

22 Dienaangaande zij er in de eerste plaats op gewezen, dat het TVergG in § 5, lid 2, uitdrukkelijk bepaalt dat, behoudens andersluidende bepaling, het Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz van 1991 (algemene wet inzake administratieve procedure) van toepassing is op de controleprocedure inzake overheidsopdrachten. Deze wet nu bevat zeer precieze bepalingen over de omstandigheden waarin voor de leden verplichte verschoningsgronden gelden. Bovendien is ingevolge de rechtspraak van het Verwaltungsgerichtshof de schending van deze verplichting een vormgebrek waartegen de betrokkenen bij de rechter kunnen opkomen.

23 In de tweede plaats moet worden verwezen naar § 6, lid 7, van het TVergG. Waar deze bepaling aanwijzingen aan de leden van het Tiroler Landesvergabeamt in de uitoefening van hun functies uitdrukkelijk verbiedt, herhaalt zij artikel 20 van de Oostenrijkse federale Grondwet betreffende de onafhankelijkheid van de leden van colleges met de kenmerken van een rechtsprekende instantie, tot welke colleges ook het Tiroler Landesvergabeamt behoort.

24 Deze regels in hun onderlinge samenhang beschouwd, verzetten zich dus tegen de conclusie, dat § 6, lid 4, van het TVergG niet de onafhankelijkheid garandeert van de leden van het Landesvergabeamt. Het staat niet aan het Hof uit te gaan van de veronderstelling, dat de wijze waarop die bepaling wordt toegepast, in strijd zou zijn met de Oostenrijkse Grondwet en met de beginselen van de rechtsstaat.

25 Uit een en ander volgt, dat het Tiroler Landesvergabeamt moet worden beschouwd als een rechterlijke instantie in de zin van artikel 177 van het Verdrag, en dat zijn vragen ontvankelijk zijn.

De prejudiciële vragen

26 Met deze vragen wenst het Tiroler Landesvergabeamt in wezen te vernemen, of bepalingen zoals die welke de samenstelling en werking ervan regelen, voldoen aan de voorwaarden van artikel 2, lid 8, van richtlijn 89/665.

27 Er zij aan herinnerd, dat genoemde bepaling betrekking heeft op de organen die bevoegd zijn inzake de beroepsprocedures tegen besluiten van de basisinstanties belast met de toewijzing van overheidsopdrachten binnen het toepassingsgebied van richtlijn 89/665.

28 Ingevolge artikel 2, lid 8, eerste alinea, hebben de lidstaten de keuze uit twee oplossingen bij de organisatie van een controlestelsel inzake overheidsopdrachten.

29 De eerste oplossing houdt in, dat de bevoegdheid om kennis te nemen van beroepen wordt toegekend aan rechtsprekende instanties. Bij de tweede oplossing wordt deze bevoegdheid toegekend aan organen die geen rechtsprekende instantie zijn. In dat geval moet tegen de beslissingen van deze organen beroep kunnen worden ingesteld bij een rechter, dan wel bij een andere instantie, die dan, om een doeltreffend beroep te verzekeren, moet voldoen aan de bijzondere eisen van artikel 2, lid 8, tweede alinea, van richtlijn 89/665.

30 Hieruit volgt, dat indien, zoals in een geval als het onderhavige, de voor de beroepsprocedure verantwoordelijke instantie een rechterlijke instantie is, deze garantiebepalingen niet van toepassing zijn.

31 Gelet op een en ander, dient aan de verwijzende rechter te worden geantwoord, dat de in artikel 2, lid 8, van richtlijn 89/665 gestelde voorwaarden niet gelden voor bepalingen zoals die welke de samenstelling en de werking van het Tiroler Landesvergabeamt regelen.

Kosten

32 De kosten door de Oostenrijkse regering en de Commissie van de Europese Gemeenschappen 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 het Tiroler Landesvergabeamt bij beschikking van 7 november 1996 gestelde vragen, verklaart voor recht:

De voorwaarden gesteld in artikel 2, lid 8, 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, gelden niet voor bepalingen zoals die welke de samenstelling en de werking van het Tiroler Landesvergabeamt regelen.

Kapteyn Hirsch Mancini

Ragnemalm Schintgen

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 4 februari 1999.

De griffier

R. Grass

De president van de Zesde kamer

P. J. G. Kapteyn