CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL N. FENNELLY

van 2 april 1998 *

I — Inleiding

1. De onderhavige zaak betreft het plaatsen van een overheidsopdracht voor de levering van autobussen voor een regionale snelbuslijndienst in Oostenrijk. Zij doet in het bijzonder de vragen rijzen, welke instanties verantwoordelijk zijn voor de beroepsprocedures ter zake van deze opdrachten, welke rechtsmiddelen ter beschikking staan en hoe nationale termijnen voor het inleiden van een beroepsprocedure moeten worden toegepast wanneer de relevante gemeenschapsrichtlijn niet tijdig is uitgevoerd.

II — Wettelijk en feitelijk kader

A — *Gemeenschapsrecht*

2. Artikel 1 van richtlijn 92/13/EEG van de Raad van 25 februari 1992 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de communautaire voorschriften inzake de procedures voor het plaatsen van opdrachten door diensten die werkzaam zijn in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie [1] (hierna: „richtlijn 92/13"), luidt in haar gewijzigde versie als volgt:

„1. De lidstaten nemen de nodige maatregelen om ervoor te zorgen dat tegen 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 8, op grond van het feit dat door die besluiten het gemeenschapsrecht inzake aanbestedingen of de nationale voorschriften waarin dat gemeenschapsrecht is omgezet, geschonden zijn, voor wat betreft

a) de procedures voor het plaatsen van opdrachten die vallen onder de werkingssfeer van richtlijn 93/38/EEG [2];

* Oorspronkelijke taal: Engels.

1 — PB L 76, blz. 14.

2 — Deze bepaling verwees oorspronkelijk naar 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). Artikel 45, leden 3 en 4, van richtlijn 93/38/EEG van de Raad, hierna aangehaald, bepaalt dat richtlijn 90/531 geen rechtsgevolgen meer sorteert vanaf de datum van toepassing van eerdergenoemde richtlijn door de lidstaten en dat verwijzingen naar richtlijn 90/531 gelden als verwijzingen naar deze richtlijn.

en

b) de inachtneming van artikel 3, lid 2, onder a, van die richtlijn ten aanzien van de aanbestedende diensten waarop die bepaling van toepassing is.

2. De lidstaten zien erop toe dat ondernemingen die een eis wegens in het kader van een procedure voor het plaatsen van opdrachten geleden schade willen indienen, niet worden gediscrimineerd op grond van het in deze richtlijn gemaakte onderscheid tussen nationale voorschriften waarin het gemeenschapsrecht is omgezet, en andere nationale voorschriften.

3. De lidstaten dragen er zorg voor dat de beroepsprocedures, volgens modaliteiten die de lidstaten kunnen bepalen, op zijn minst toegankelijk zijn voor eenieder die belang heeft of heeft gehad bij de gunning van een bepaalde opdracht en die door een beweerde inbreuk 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 inbreuk en van zijn voornemen om beroep in te stellen."

Artikel 2 van richtlijn 92/13 bepaalt voor zover hier van belang:

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

hetzij

a) zo snel mogelijk in kort geding voorlopige maatregelen te nemen om de beweerde inbreuk ongedaan te maken of te voorkomen dat de betrokken belangen verder worden geschaad, met inbegrip van maatregelen om de aanbestedingsprocedure of de tenuitvoerlegging van enig door de aanbestedende diensten genomen besluit, op te schorten c. q. te doen opschorten;

en

b) onwettige besluiten nietig te verklaren c. q. nietig te doen verklaren, met inbegrip van het verwijderen van discriminerende technische, economische of financiële specificaties in de aankondiging, de periodieke indicatieve aankondiging, de mededeling inzake het bestaan van een erkenningssysteem, de uitnodiging tot

inschrijving, de bestekken dan wel in enig ander stuk dat verband houdt met de aanbestedingsprocedure;

hetzij

c) ten spoedigste, zo mogelijk in kort geding en indien noodzakelijk volgens een definitieve procedure ten principale, andere maatregelen dan bedoeld onder a) en b) te nemen om de geconstateerde inbreuk ongedaan te maken en te voorkomen dat de betrokken belangen verder worden geschaad; met name een betalingsopdracht voor een bepaald bedrag uit te schrijven wanneer de inbreuk niet ongedaan gemaakt c. q. voorkomen wordt.

De lidstaten kunnen deze keuze maken hetzij voor alle aanbestedende diensten, hetzij voor aan de hand van objectieve criteria bepaalde categorieën diensten waarbij zij in ieder geval de doeltreffendheid van de vastgestelde maatregelen waarborgen om te voorkomen dat de betrokken belangen worden geschaad;

d) en in de bovengenoemde twee gevallen, schadevergoeding toe te kennen aan degenen die door een inbreuk zijn gelaedeerd.

Wanneer schadevergoeding wordt gevorderd omdat een besluit onwettig is genomen, kunnen de lidstaten, indien hun nationale recht zulks vereist en in de ter zake bevoegde instanties voorziet, bepalen dat het aangevochten besluit eerst moet worden vernietigd of onwettig moet worden verklaard.

2. De in lid 1 bedoelde bevoegdheden kunnen worden opgedragen aan afzonderlijke instanties die verantwoordelijk zijn voor verschillende aspecten van de beroepsprocedures.

(...)

8. De lidstaten zorgen ervoor dat de beslissingen van de instanties die verantwoordelijk zijn voor de beroepsprocedures, op doeltreffende wijze ten uitvoer kunnen worden gelegd.

9. 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 beslissingen na een procedure op tegenspraak en deze beslissingen zijn, met middelen die door elke lidstaat worden vastgesteld, juridisch bindend."

3. Artikel 2 van richtlijn 93/38/EEG van de Raad van 14 juni 1993 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie [3] (hierna: „richtlijn 93/38") luidt, voor zover hier van belang, als volgt:

„1. Deze richtlijn geldt voor de aanbestedende diensten die:

a) overheidsdiensten of openbare bedrijven zijn en die een van de in lid 2 als relevant in de zin van deze richtlijn aangemerkte activiteiten tot taak hebben;

b) of die, indien het geen overheidsdiensten of openbare bedrijven betreft, een van de in lid 2 als relevant in de zin van deze richtlijn aangemerkte activiteiten of een combinatie daarvan tot taak hebben en die bijzondere of uitsluitende rechten genieten die hun door een bevoegde instantie van een lidstaat zijn verleend.

2. Relevante activiteiten in de zin van deze richtlijn zijn:

(...)

c) de exploitatie van netten van openbare dienstverlening op het gebied van vervoer per trein, automatische systemen, tram, trolleybus of bus of kabel.

Ten aanzien van vervoerdiensten wordt ervan uitgegaan dat er een net bestaat, indien de dienst wordt verleend onder voorwaarden die gesteld zijn door een bevoegde instantie van een lidstaat, zoals de te volgen routes, de beschikbaar te stellen capaciteit of de frequentie van de dienst; (...)"

3 — PB L 199, blz. 84.

B — *De tenuitvoerlegging in nationaal recht*

4. Ingevolge artikel 65 van en bijlage XVI bij de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte, die op 2 mei 1992 te Porto werd ondertekend, was de Republiek Oostenrijk verplicht, uiterlijk op 1 januari 1994 [4] een aantal gemeenschapshandelingen op het gebied van openbare aanbestedingen, waaronder richtlijn 90/531 [5] en 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 [6] (hierna: „richtlijn beroepsprocedures") in nationaal recht om te zetten. Deze richtlijnen zijn op federaal niveau uitgevoerd bij het Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz [7]; hierna: „BVergG"), dat op 1 januari 1994 in werking is getreden. In deel 4 van het BVergG, betreffende de rechtsbescherming (Rechtsschutz), is een beroepsprocedure voor het Bundesvergabeamt voorzien. § 92, lid 3, bepaalt, dat tegen het plaatsen van een opdracht door een benadeelde inschrijver bij het Bundesvergabeamt beroep kan worden ingesteld binnen twee weken nadat hij van de gunning van de betrokken opdracht in kennis is gesteld. § 7, lid 2, tweede volzin, BVergG sluit de toepasselijkheid van de bepalingen van deel 4 op de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie uitdrukkelijk uit.

5. Ingevolge artikel 168 van de Akte betreffende de toetredingsvoorwaarden van het Koninkrijk Noorwegen, de Republiek Oostenrijk, de Republiek Finland en het Koninkrijk Zweden en de aanpassing van de verdragen waarop de Europese Unie is gegrondvest, van 24 juni 1994 [8], moesten de richtlijnen 93/38 en 92/13 vóór het tijdstip van toetreding, te weten 1 januari 1995 [9], in Oostenrijks recht worden omgezet. De omzetting van richtlijn 92/13 op federaal niveau vond plaats door een wijziging van het BVergG bij een wet van 30 december 1996 [10], die de beroepsbevoegdheid van het Bundesvergabeamt uitbreidde tot het plaatsen van overheidsopdrachten voor de betrokken diensten, en die op 1 januari 1997 in werking is getreden, zonder de regels die toepasselijk zijn op reeds ingeleide procedures voor het Bundesvergabeamt, te wijzigen.

C — *Feiten en procesverloop*

6. De Niederösterreichische Verkehrsorganisations Gesellschaft mbH (hierna: „NÖVOG") is een privaatrechtelijke ven-

4 — De datum van inwerkingtreding van de EER-overeenkomst. Dit was een jaar later dan de aanvankelijk in artikel 129, lid 3, van deze overeenkomst vastgestelde datum.

5 — Aangehaald in voetnoot 2.

6 — PB L 395, blz. 33.

7 — *Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich*, nr. 462/1993.

8 — PB C 241, blz. 21.

9 — De Republiek Oostenrijk was reeds verplicht, richtlijn 93/38, die richtlijn 90/531 verving, in nationaal recht om te zetten vanaf op zijn vroegst 1 juli 1994, en om richtlijn 92/13 om te zetten vanaf 1 juli 1994, ingevolge de artikelen 1 en 3 van, en bijlage 14, B, punten 4 en 5a, bij het Besluit van het Gemengd Comité van de EER nr. 7/94 van 21 maart 1994 tot wijziging van protocol 47 en sommige bijlagen bij de EER-overeenkomst (PB L 160, blz. 1). De onderhavige zaak heeft echter geen betrekking op de periode van 1 juli 1994 tot 1 januari 1995.

10 — *Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich*, nr. 776/1996.

nootschap. Zij exploiteert buslijndiensten op grond van een concessie van het Amt der Niederösterreichischen Landesregierung. Volgens het Bundesvergabeamt is zij houder van bijzondere rechten, waardoor zij binnen het toepassingsgebied van richtlijn 93/38 valt. [11] Aangezien NÖVOG een net voor de verzorging van een openbare busvervoerdienst exploiteert, beschouwt het Bundesvergabeamt haar als een aanbestedende dienst. [12]

7. Bij brief van 26 april 1996 aan het Bureau voor officiële publicaties der Europese Gemeenschappen leidde NÖVOG een aanbestedingsprocedure in voor de levering van 36 tot 46 autobussen voor een regionale snelbuslijndienst in de deelstaat Niederösterreich. De inschrijving werd op 27 juni 1995 geopend. Inschrijvers wier offerte niet in aanmerking was genomen, werden daarvan in kennis gesteld bij aangetekende brief die op 16 november 1995 blijkt te zijn verzonden. Verzoekster, EvoBus Austria GmbH (hierna: „EvoBus"), verzocht het Bundesvergabeamt op 19 juli 1996 om inleiding van een beroepsprocedure betreffende de procedure voor het plaatsen van de opdracht. EvoBus beklaagde zich erover, dat de succesvolle inschrijver de offerte achteraf had gewijzigd door verhoging van de terugkoopprijs van de betrokken autobussen van 34 % tot 55 %.

8. Het Bundesvergabeamt heeft krachtens artikel 177 EG-Verdrag verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

„1) Kan uit artikel 1, leden 1 tot en met 3, artikel 2, leden 1 en 7 tot en met 9, of andere bepalingen van richtlijn 92/13/EEG worden afgeleid dat er een individueel recht bestaat op inleiding van een beroepsprocedure bij autoriteiten, gerechten of instanties die aan de bepalingen van artikel 2, lid 9, van richtlijn 92/13/EEG voldoen, dat zo volledig duidelijk en concreet is, dat een particulier in geval van niet-omzetting van de betrokken richtlijn door de lidstaat zich in een procedure met succes tegenover de lidstaat op dat recht kan beroepen?

In geval van een bevestigend antwoord op de eerste vraag:

2) Moet een nationale rechterlijke instantie met de kwalificaties van het Bundesvergabeamt in een beroepsprocedure bepalingen van nationaal recht als § 7, lid 2, van het Bundesvergabegesetz juncto § 67, lid 1, van het Bundesvergabegesetz, die zich tegen de inleiding van een beroepsprocedure verzetten, buiten toepassing laten, ook wanneer deze beroepsprocedure volgens de bedoeling van de nationale wetgever uitsluitend ter omzetting van richtlijn 89/665/EEG moet dienen?

11 — Zie artikel 2, lid 1, sub b, van richtlijn 93/38.
12 — Zie artikel 2, lid 2, sub c, van richtlijn 93/38.

In geval van een bevestigend antwoord op de eerste vraag:

3) Moet de geadieerde rechter onder deze omstandigheden deze of vergelijkbare procedureregels van het nationale recht buiten toepassing laten, wanneer zij belemmeren of verhinderen dat daadwerkelijk een beroepsprocedure plaatsvindt?"

9. De Republiek Oostenrijk en de Commissie van de Europese Gemeenschappen hebben schriftelijke en mondelinge opmerkingen gemaakt. NÖVOG heeft eveneens mondelinge opmerkingen gemaakt.

III — Analyse

A — *Bevoegdheid*

10. Om de redenen die ik in mijn conclusie in de zaak Tögel [13] heb vermeld, waarin ik mij beroep op de conclusie van advocaat-generaal Léger en het arrest van het Hof in de zaak Mannesmann Anlagenbau Austria e. a. [14], merk ik allereerst op, dat het Bundesvergabeamt naar mijn mening „een rechterlijke instantie van een der lidstaten" in de zin van artikel 177 van het Verdrag is.

B — *De eerste en de tweede vraag*

11. Partijen zijn het erover eens, dat richtlijn 92/13 in Oostenrijk had moeten zijn uitgevoerd, maar niet was uitgevoerd, op het tijdstip waarop de opdracht werd geplaatst en op het tijdstip waarop EvoBus een beroepsprocedure wilde inleiden overeenkomstig deze richtlijn, te weten op 19 juli 1996. Met de eerste en de tweede vraag wenst de nationale rechter te vernemen, of een justitiabele een rechtstreeks werkend recht heeft om bij het Bundesvergabeamt een beroepsprocedure in te leiden zoals voorzien in artikel 2 van richtlijn 92/13, vergelijkbaar met het beroep dat in het nationale recht is voorzien in deel 4 van het BVergG, ter zake van het plaatsen van een overheidsopdracht in de sector vervoer. In de zaak Tögel [15] is het Hof gevraagd zich uit te spreken over een op vrijwel identieke wijze geformuleerde vraag van het Bundesvergabeamt betreffende artikel 1, lid 1, van richtlijn 89/665 (de pendant van artikel 1, lid 1, van richtlijn 92/13), voor zover deze richtlijn middels artikel 41 van richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van

13 — C-76/97, conclusie van dezelfde datum.

14 — Arrest van 15 januari 1998 (C-44/96, Jurispr. blz. I-73, conclusie van 16 september 1997, punten 34-45).

15 — Reeds aangehaald.

de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening [16] (hierna: „richtlijn dienstverlening") is uitgebreid tot overheidsopdrachten voor dienstverlening. De twee zaken verschillen in zoverre, dat het BVergG zich niet uitspreekt over de bevoegdheid van het Bundesvergabeamt inzake diensten, terwijl de toepassing van deel 4 van deze wet uitdrukkelijk is uitgesloten voor diensten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie. Zoals hierna zal blijken, dient in casu derhalve dieper te worden ingegaan op de tweede vraag, betreffende de verplichtingen en beperkingen die het gemeenschapsrecht oplegt bij de uitlegging van nationale wetgeving die valt onder het toepassingsgebied van een niet in nationaal recht omgezette richtlijn.

12. In wezenlijk vergelijkbare omstandigheden als die van de zaak Tögel had de Duitse Vergabeüberwachungsausschuß des Bundes in de zaak Dorsch Consult [17] de vraag gesteld, of de beroepsinstanties die de lidstaten overeenkomstig de richtlijn beroepsprocedures hebben opgericht ter zake van procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken en voor leveringen, krachtens artikel 41 van de richtlijn dienstverlening tevens bevoegd waren om kennis te nemen van beroepen betreffende procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening. Het Hof antwoordde, dat dit niet uit artikel 41 voortvloeit. [18] Het merkte op, dat de rechtsorde van elke lidstaat de rechterlijke instantie moet aanwijzen die bevoegd is om kennis te nemen van geschillen betreffende individuele rechten die aan de communautaire rechtsorde zijn ontleend. De lidstaten zijn gehouden in alle gevallen een effectieve bescherming van die rechten te verzekeren. Onverminderd dit laatste, dient het Hof zich niet in te laten met de beslechting van bevoegdheidsvragen. [19] Weliswaar verplicht artikel 41 van de richtlijn dienstverlening de lidstaten, ervoor te zorgen dat ter zake van overheidsopdrachten voor dienstverlening doeltreffend beroep kan worden ingesteld, doch dit artikel schrijft niet voor, „aan welke nationale instanties deze bevoegdheid moet worden verleend, noch dat het dezelfde instanties moeten zijn als die welke de lidstaten hebben aangewezen ter zake van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken en voor leveringen". [20] Dit sloot de mogelijkheid uit, dat artikel 41 van de richtlijn dienstverlening een rechtstreeks werkend recht schept op het inleiden van een beroepsprocedure voor de Vergabeüberwachungsausschuß des Bundes, op grond dat een van de wezenlijke elementen ontbrak, namelijk een te identificeren persoon of orgaan op wie de plicht rust, de betrokken beroepsprocedure in te leiden. [21]

13. Het Hof verwees in het arrest Dorsch Consult naar de verplichting voor „alle met overheidsgezag beklede instanties in de lidstaten (...), en dus, *binnen het kader van hun bevoegdheden*, ook voor de rechterlijke instanties" om alle maatregelen te treffen welke geschikt zijn om het met een richtlijn beoogde doel te verwezenlijken, waaruit

16 — PB L 209, blz. 1.

17 — Arrest van 17 september 1997 (C-54/96, Jurispr. blz. I-4961).

18 — Punt 46.

19 — Punt 40. Het Hof haalde het arrest van 18 januari 1996, SEIM (C-446/93, Jurispr. blz. I-73, punt 32), aan. Zie ook arresten van 19 december 1968, Salgoil (13/68, Jurispr. blz. 661, en met name blz. 676), en 9 juli 1985, Bozzetti (179/84, Jurispr. blz. 2301, punt 17).

20 — Punt 41.

21 — Zie arrest van 19 november 1991, Francovich e. a. (C-6/90 en C-9/90, Jurispr. blz. I-5357, punten 12 en 23-27); zie ook punt 48 van de conclusie van advocaat-generaal Tesauro van 15 mei 1997 in de zaak Dorsch Consult.

voor de rechter volgt dat hij het nationale recht „zo veel mogelijk moet uitleggen in het licht van de bewoordingen en het doel van de richtlijn, teneinde het hiermee beoogde resultaat te bereiken". [22] Dit gebiedt de nationale rechter, „na te gaan of aan de desbetreffende bepalingen van *nationaal recht* voor de justitiabelen een recht van beroep ter zake van het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening kan worden ontleend (...) [en] in het bijzonder na te gaan, of dit recht van beroep voor dezelfde instanties kan worden uitgeoefend als die welke zijn voorzien ter zake van het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken". [23]

14. Ik verwijs naar mijn conclusie in de zaak Tögel [24], eveneens van heden, waarin ik nog andere argumenten bespreek voor de mogelijke rechtstreekse werking van artikel 41 van de richtlijn dienstverlening alsmede de doeltreffendheid van de rechtsbescherming, en het Hof voorstel de eerste twee vragen van het Bundesvergabeamt in die zaak in de bewoordingen van het dictum van het arrest Dorsch Consult te beantwoorden.

15. In beginsel geldt hetzelfde voor artikel 1, lid 1, van richtlijn 92/13, hoewel de toepassing van deze bepaling door de nationale rechter kan worden bemoeilijkt doordat ingevolge artikel 2, lid 1, alternatieve rechtsmiddelen beschikbaar moeten zijn, die niet in artikel 2, lid 1, van de richtlijn beroepsprocedures zijn opgenomen. Mijn conclusie in de zaak Tögel moet echter worden aangepast in verband met de door het Bundesvergabeamt in de tweede vraag uitdrukkelijk opgeworpen vraag, of *het ingevolge het gemeenschapsrecht* toegestaan is, bepalingen van nationaal recht als § 7, lid 2, BVergG, die de bevoegdheid van het Bundesvergabeamt uitdrukkelijk uitsluiten ter zake van beroepsprocedures betreffende aanbestedingen in sectoren waarop richtlijn 92/13 van toepassing is, buiten toepassing te laten. [25]

16. Deze uitleggingsplicht van nationale rechters, waarnaar het Hof in de zaak Dorsch Consult verwees, heeft het Hof voor het eerst vastgesteld in de zaak Von Colson en Kamann [26], waarin het Hof ook heeft opgemerkt dat het alleen aan de nationale rechter staat, over een vraag van uitlegging van zijn nationale recht te beslissen [27] en dat hij de verplichting om het nationale recht in overeenstemming met de eisen van het gemeenschapsrecht uit te leggen moet nakomen, „ten volle gebruik makend van de hem door zijn nationale recht toegekende beoordelingsvrijheid". [28]

22 — Punt 43, cursivering van mij. Het Hof haalde de arresten van 19 november 1990, Marleasing (C-106/89, Jurispr. blz. I-4135, punt 8), 16 december 1993, Wagner Miret (C-334/92, Jurispr. blz. I-6911, punt 20), en 14 juli 1994, Faccini Dori (C-91/92, Jurispr. blz. I-3325, punt 26), aan.

23 — Punt 46, cursivering van mij.

24 — Reeds aangehaald.

25 — Deze situatie kan worden vergeleken met de situatie in de zaak Dorsch Consult, reeds aangehaald, punten 18 en 42 van het arrest, waarin de toepasselijke Duitse verordening enkel verwees naar de bevoegdheid van het Bundesvergabeamt ter zake van opdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken, en het Hof opmerkte dat vaststond dat de Bondsregering zijn bevoegdheid beoogde uit te breiden met overheidsopdrachten voor dienstverlening.

26 — Arrest van 10 april 1984 (14/83, Jurispr. blz. 1891, punt 26; hierna: „arrest Von Colson").

27 — Ibidem, punt 25.

28 — Ibidem, punt 28.

17. In het arrest Kolpinghuis Nijmegen [29] heeft het Hof de uitleggingsplicht van de nationale rechter die het eerst had omschreven in het arrest Von Colson, aanzienlijk beperkt. Het overwoog:

„Deze verplichting van de nationale rechter om bij de uitlegging van de ter zake dienende voorschriften van zijn nationale recht te rade te gaan met de inhoud van de richtlijn, vindt evenwel haar begrenzing in de algemene rechtsbeginselen die deel uitmaken van het gemeenschapsrecht, en met name in het rechtszekerheidsbeginsel en het verbod van terugwerkende kracht." [30]

Het Hof stelde, dat zijn uitspraak betrekking had op „de grenzen die het gemeenschapsrecht zou kunnen stellen aan de verplichting *of de bevoegdheid* van de nationale rechter om de voorschriften van zijn nationale recht in het licht van de richtlijn uit te leggen". [31] Hoewel deze zaak betrekking had op de strafrechtelijke aansprakelijkheid van personen die in strijd met de bepalingen van een richtlijn hebben gehandeld, zijn deze beginselen ook van toepassing in situaties waarin het gemeenschapsrecht zuiver civielrechtelijke gevolgen heeft.

18. De grenzen van de uitleggingsplicht van de nationale rechter, die verband houden met de door het nationale recht toegekende beoordelingsvrijheid en de algemene beginselen van gemeenschapsrecht, worden mijns inziens door de essentiële beperking van deze verplichting in het arrest Marleasing en daarop volgende zaken aldus getrokken, dat op de nationale rechter de verplichting rust om het nationale recht „*zo veel mogelijk* uit [te] leggen in het licht van de bewoordingen en het doel van de richtlijn". [32] Het Hof heeft zowel in het arrest Wagner Miret [33] als in het arrest Faccini Dori [34] erkend, dat de nationale rechter soms niet in staat is om nationale bepalingen overeenkomstig een richtlijn uit te leggen; in dergelijke gevallen kan de betrokken lidstaat volgens het arrest Francovich e. a. [35] worden verplicht de schade te vergoeden die door de niet-uitvoering van de richtlijn is veroorzaakt.

19. De grenzen die het Hof in de arresten Von Colson en Kolpinghuis Nijmegen aan de uitleggingsplicht van de nationale rechter heeft gesteld, zijn niet van gelijke aard. Het arrest Von Colson verwijst naar de omvang van de uitleggingsbevoegdheid van de nationale rechter als een kwestie van nationaal recht. In het arrest Kolpinghuis Nijmegen daarentegen leidde het Hof uit het gemeenschapsrecht zelf een beperking van de verplichting en de bevoegdheid van de nationale rechter af, die bijgevolg geldt ongeacht de beoordelingsvrijheid die de nationale uitleggingsregels toekennen. In zijn conclusie bij de zaak Marleasing vestigde advocaat-

29 — Arrest van 8 oktober 1987 (80/86, Jurispr. blz. 3969, punt 12).

30 — Ibidem, punt 13.

31 — Ibidem, punt 15, cursivering van mij.

32 — Arrest Marleasing, reeds aangehaald, punt 8, cursivering van mij; zie ook arrest Wagner Miret, reeds aangehaald, punt 20, en arrest Faccini Dori, reeds aangehaald, punt 26.

33 — Reeds aangehaald, punt 22.

34 — Reeds aangehaald, punt 27.

35 — Reeds aangehaald.

-generaal Van Gerven de aandacht erop, dat de uitleggingsplicht wordt „begrensd door het gemeenschapsrecht zelf". [36] Dit kan worden verklaard doordat de nationale instanties, met inbegrip van de nationale rechter, bij het uitvoeren van gemeenschapsrecht of het uitleggen van nationale bepalingen waarin aan dit gemeenschapsrecht uitvoering wordt gegeven, aan de algemene beginselen van gemeenschapsrecht zijn onderworpen. [37]

20. De gemachtigde van de Republiek Oostenrijk heeft ter terechtzitting gesuggereerd, dat het ingevolge het beginsel van de toedeling van bevoegdheden, dat naar Oostenrijks recht geldt, onwaarschijnlijk is dat het BVergG op zodanige wijze kan worden uitgelegd, dat de bevoegdheid van het Bundesvergabeamt zich ook uitstrekt tot procedures voor het plaatsen van opdrachten waarin de relevante bepalingen niet uitdrukkelijk voorzien, en dat deze redenering a fortiori geldt voor sectoren die uitdrukkelijk zijn uitgesloten. [38] Enkel om uit het oogpunt van het gemeenschapsrecht een zo duidelijk mogelijk antwoord op de tweede vraag te geven, merk ik derhalve op dat het, geheel onafhankelijk van de omvang van de uitleggingsvrijheid naar nationaal recht, in strijd zou zijn met het gemeenschapsrechtelijke rechtszekerheidsbeginsel indien een richtlijn moest worden geacht in nationaal recht te zijn uitgevoerd door wetgeving waarvan de bewoordingen, zoals in § 7, lid 2, BVergG, de toepassing van de relevante wettelijke bepalingen op het gebied dat door de richtlijn wordt bestreken, uitdrukkelijk uitsluiten. Een dergelijke uitlegging zou de justitiabelen in een staat van onzekerheid over hun rechten brengen. Deze onzekerheid is niet alleen in strijd met de algemene beginselen van gemeenschapsrecht, maar brengt ook het bereiken van het door de richtlijn beoogde resultaat in gevaar. Een dergelijke uitlegging kan bijgevolg particulieren niet het uit het arrest Francovich e. a. [39] voortvloeiende recht ontnemen om vergoeding te vorderen van de schade die zij hebben geleden doordat de betrokken richtlijn niet is uitgevoerd.

21. Tot slot van mijn analyse in dit deel geef ik het Hof in overweging, de eerste en de tweede vraag van het Bundesvergabeamt te beantwoorden door herhaling van de eerste twee zinnen van het dictum van het arrest in de zaak Dorsch Consult — aangepast door verwijzing naar artikel 1, lid 1, van richtlijn 92/13 — met de volgende toevoeging:

Het zou echter in strijd zijn met het rechtszekerheidsbeginsel, artikel 1, lid 1, van richtlijn 92/13 te beschouwen als te zijn uitgevoerd in nationale wetgeving die instanties opricht die bevoegd zijn om kennis te nemen van beroepen betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken, indien die

36 — Punt 8 van de conclusie. Advocaat-generaal Van Gerven herhaalde de formulering van punt 13 van het arrest Kolpinghuis Nijmegen, maar voegde daaraan toe dat een niet-omgezette richtlijn geen civielrechtelijke sanctie zoals nietigheid kan scheppen.

37 — Arrest van 13 juli 1989, Wachauf (5/88, Jurispr. blz. 2609, punten 17, 19 en 22).

38 — Zie ook beschikking B 3067/95-9 van het Verfassungsgerichtshof van 11 december 1995, die ik heb besproken in punt 27 van mijn conclusie in de zaak Tögel.

39 — Reeds aangehaald.

wetgeving de toepassing van de relevante bepalingen op het gebied dat door deze richtlijn wordt bestreken, uitdrukkelijk uitsluit.

C — *De derde vraag*

22. De derde vraag heeft hoofdzakelijk betrekking op de termijn waarin § 92, lid 3, BVergG voorziet voor de inleiding van een beroepsprocedure bij het Bundesvergabeambt. Het Bundesvergabeamt heeft deze vraag enkel gesteld voor het geval van een bevestigend antwoord op de eerste vraag. Gelet op mijn standpunt, dat het gemeenschapsrecht de bevoegdheid van het Bundesvergabeamt in de onderhavige zaak uitsluit, is de termijn voor de inleiding van een beroepsprocedure voor deze instantie niet meer van belang. Het is derhalve niet noodzakelijk, een formeel antwoord op de derde vraag te geven. Volledigheidshalve stel ik echter kort aan de orde, dat het volgens de rechtspraak van het Hof bij wijze van uitzondering mogelijk is, dat nationale termijnen voor de inleiding van een beroepsprocedure met betrekking tot rechten die voortvloeien uit een niet-uitgevoerde richtlijn, buiten toepassing worden gelaten.

23. Deze mogelijkheid kwam voor het eerst aan de orde in het arrest Emmott. [40] In deze zaak merkte het Hof op [41], dat de vaststelling van redelijke termijnen, op straffe van verval van recht, in beginsel voldoet aan de voorwaarden zoals die in de arresten Rewe [42] en San Giorgio [43] waren geformuleerd voor de toepassing van nationale procesregels, namelijk dat deze niet ongunstiger mogen zijn dan die voor soortgelijke nationale vorderingen en evenmin van dien aard, dat zij de uitoefening van door de communautaire rechtsorde verleende rechten bemoeilijken of in de praktijk onmogelijk maken. Het Hof oordeelde in het arrest Emmott echter ook, dat „tot het moment waarop een richtlijn naar behoren is omgezet, een gebrekige lidstaat zich niet kan beroepen op termijnoverschrijding door een particulier die een procedure tegen hem instelt ter bescherming van de rechten die de bepalingen van die richtlijn de particulier toekennen, en dat een in het nationale recht vastgelegde beroepstermijn niet vóór dat tijdstip kan gaan lopen". [44]

24. Het Hof heeft echter in een aantal latere zaken, waarvan de meest recente de zaak Fantask e. a. [45] is, verklaard dat „de in het arrest Emmott gevonden oplossing werd gerechtvaardigd door de specifieke omstandigheden van die zaak, waarin als gevolg van verval van recht verzoekster in het hoofdgeding geen enkele mogelijkheid meer had, haar recht op gelijke behandeling ingevolge de richtlijn te doen gelden".

40 — Arrest van 25 juli 1991 (C-208/90, Jurispr. blz. I-4269).

41 — Ibidem, punt 17.

42 — Arrest van 16 december 1976 (33/76, Jurispr. blz. 1989, punt 5).

43 — Arrest van 9 november 1983 (199/82, Jurispr. blz. 3595, punt 12).

44 — Reeds aangehaald, punt 23.

45 — Arrest van 2 december 1997 (C-188/95, Jurispr. blz. I-6783, punt 55). Zie ook arresten van 27 oktober 1993, Steenhorst-Neerings (C-338/91, Jurispr. blz. I-5475, punt 20), en 6 december 1994, Johnson (C-410/92, Jurispr. blz. I-5483, punt 26), alsmede van 17 juli 1997, Haahr Petroleum (C-90/94, Jurispr. blz. I-4085, punt 52), en Texaco en Olieselskabet Danmark (C-114/95 en C-115/95, Jurispr. blz. I-4263, punt 48).

25. Ten behoeve van de onderhavige zaak moet worden opgemerkt, dat de regels inzake het plaatsen van opdrachten door diensten die werkzaam zijn in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie, zoals opgenomen in richtlijn 93/38, op het betrokken tijdstip kennelijk door het BVergG waren uitgevoerd. De gemachtigde van de Republiek Oostenrijk heeft ter terechtzitting opgemerkt, dat bij gebreke van een uitdrukkelijke toedeling van bevoegdheid aan het Bundesvergabeamt de gewone civiele rechter bevoegd is om kennis te nemen van zaken waarin beweerdelijk inbreuk is gemaakt op het BVergG. Indien dat het geval is, en indien deze rechter over een toereikend aantal potentiële maatregelen beschikt, kan, in weerwil van de tweede overweging van de considerans van richtlijn 92/13, dat „de (...) op nationaal (...) niveau bestaande voorzieningen die de toepassing [van richtlijn 93/38] moeten waarborgen, niet altijd adequaat zijn", niet worden gezegd dat EvoBus iedere mogelijkheid wordt ontzegd om de rechten die zij aan richtlijn 93/38 ontleent geldend te maken. De situatie zou vanzelfsprekend anders zijn, wanneer in afwachting van de uitvoering van richtlijn 92/13 geen enkele nationale rechter bevoegd zou zijn geweest om de bepalingen van richtlijn 93/38 te handhaven, hetzij op grond van de omzetting in het BVergG, hetzij krachtens het beginsel van de rechtstreekse werking van richtlijnen, of wanneer een bevoegde nationale rechter niet zorgt voor adequate maatregelen ter bescherming van de rechten die justitiabelen aan richtlijn 93/38 ontlenen, ondanks de verplichtingen die het gemeenschapsrecht hem te dien aanzien oplegt. In een dergelijk geval zou de beste oplossing zijn, de staat overeenkomstig het arrest Francovich e. a. [46] aansprakelijk te stellen.

26. In de omstandigheden van de onderhavige zaak is het niet nodig in te gaan op de afzonderlijke vraag, of de in § 92, lid 3, BVergG gestelde termijn redelijk is.

IV — Conclusie

27. Gelet op het vorenstaande geef ik het Hof in overweging, de door het Bundesvergabeamt gestelde vragen te beantwoorden als volgt:

„Uit artikel 1, lid 1, van richtlijn 92/13/EEG van de Raad van 25 februari 1992 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de communautaire voorschriften inzake de procedures voor het plaatsen

46 — Reeds aangehaald. Zie punt 48 van de conclusie van advocaat-generaal Tesauro van 15 mei 1997 in de zaak Dorsch Consult.

van opdrachten door diensten die werkzaam zijn in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie, volgt niet dat, bij gebreke van uitvoering van deze richtlijn binnen de daartoe gestelde termijn, de beroepsinstanties van de lidstaten die bevoegd zijn op het gebied van procedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken en voor leveringen, tevens bevoegd zijn kennis te nemen van beroepen betreffende procedures inzake het plaatsen van opdrachten in deze sectoren. De vereisten inzake een met richtlijn 92/13 strokende uitlegging van het nationale recht en een effectieve bescherming van de rechten van de justitiabelen, gebieden de nationale rechter evenwel, na te gaan of aan de desbetreffende bepalingen van nationaal recht voor de justitiabelen een recht van beroep ter zake van het plaatsen van opdrachten in deze sectoren kan worden ontleend. Het zou echter in strijd zijn met het rechtszekerheidsbeginsel, artikel 1, lid 1, van voornoemde richtlijn te beschouwen als te zijn uitgevoerd in nationale wetgeving die instanties opricht die bevoegd zijn om kennis te nemen van beroepen betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken, indien die wetgeving de toepassing van de relevante bepalingen op gebieden die door deze richtlijn worden bestreken, uitdrukkelijk uitsluit."