CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL J. MISCHO van 25 februari 2003 [1]

1. Het Bundesvergabeamt (Oostenrijk) verzoekt om uitlegging van artikel 1, lid 3, 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 [2], zoals gewijzigd bij richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening [3] (hierna: „richtlijn 89/665").

2. De zaak betreft een marktdeelnemer die niet een in het Oostenrijkse recht vastgestelde bemiddelingsprocedure heeft gevolgd. Het Bundesvergabeamt vraagt of voornoemde bepaling aldus moet worden opgevat dat een marktdeelnemer slechts belang heeft bij de gunning van een opdracht indien hij alle naar nationaal recht ten dienste staande maatregelen heeft genomen om te verhinderen dat de opdracht aan een andere inschrijver wordt gegund, zodat zijn eigen inschrijving wordt gekozen.

I — Rechtskader

A — *Bepalingen van gemeenschapsrecht*

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

„1. De lidstaten nemen de nodige maatregelen om ervoor te zorgen dat, wat betreft de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten die vallen onder de werkingssfeer van de richtlijnen 71/305/EEG, 77/62/EEG en 92/50/EEG [...], tegen de door de aanbestedende diensten genomen besluiten doeltreffend en vooral zo snel mogelijk beroep kan worden ingesteld overeenkomstig het bepaalde in de volgende artikelen, met name artikel 2, lid 7, op grond van het feit dat door die besluiten het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten of de nationale voorschriften waarin dat gemeenschapsrecht is omgezet, geschonden zijn.

[...]

1 — Oorspronkelijke taal: Frans.
2 — PB L 395, blz. 33.
3 — PB L 209, blz. 1.

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

4. Artikel 2, leden 1 en 6, van deze richtlijn luidt:

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

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

b) onwettige besluiten nietig te verklaren c.q. nietig te doen verklaren, met inbegrip van het verwijderen van discriminerende technische, economische of financiële specificaties in oproepen tot inschrijving, bestekken dan wel in enig ander stuk dat verband houdt met de aanbestedingsprocedure;

c) schadevergoeding toe te kennen aan degenen die door een schending zijn gelaedeerd.

[...]

6. De gevolgen van de uitoefening van de in lid 1 bedoelde bevoegdheden voor een overeenkomst die na de gunning van een opdracht is gesloten, worden door het nationale recht bepaald.

Behalve indien vóór de toekenning van schadevergoeding een besluit vernietigd moet worden, kan een lidstaat bepalen dat na de sluiting van een overeenkomst ingevolge de gunning van een opdracht, de bevoegdheden van de voor beroepsprocedures verantwoordelijke instantie beperkt blijven tot het toekennen van schadevergoeding aan eenieder die door een schending werd gelaedeerd.

[...]"

B — *Bepalingen van nationaal recht*

5. Richtlijn 89/665 is in Oostenrijks recht omgezet bij het Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 1997) (federale wet betreffende het plaatsen van opdrachten, BGBl. I, 1997/56; hierna: „BVergG"). Het BVergG voorziet in de oprichting van een Bundes-Vergabekontrollkommission (federale commissie van toezicht op aanbestedingen; hierna: „B-VKK") en van een Bundesvergabeamt (federaal aanbestedingsbureau).

6. § 109 BVergG, waarin de bevoegdheden van de B-VKK zijn geregeld, bepaalt:

„1. De B-VKK is bevoegd:

1) tot de gunning te bemiddelen bij meningsverschillen tussen de aanbestedende dienst en een of meer gegadigden of inschrijvers over de toepassing van deze federale wet of van de uitvoeringsbesluiten daarvan;

[...]

6. Een verzoek om bemiddeling door de B-VKK overeenkomstig lid 1, punt 1, moet zo snel mogelijk na kennis van het meningsverschil bij de directie van deze instantie worden ingediend.

7. Indien de B-VKK niet op verzoek van de aanbestedende dienst optreedt, stelt zij deze onverwijld op de hoogte.

8. De aanbestedende dienst mag gedurende een termijn van vier weken na de in lid 7 bedoelde kennisgeving niet overgaan tot gunning van de opdracht, op straffe van nietigheid van de aanbesteding. [...]"

7. § 113 BVergG, waarin de bevoegdheden van het Bundesvergabeamt zijn geregeld, bepaalt:

„1. Het Bundesvergabeamt is bevoegd om in beroepsprocedures op verzoek uitspraak te doen overeenkomstig de bepalingen van het volgende hoofdstuk.

2. Het Bundesvergabeamt is tot op het tijdstip van de gunning bevoegd om ter opheffing van overtredingen van dit Bun-

desgesetz en van de uitvoeringsbesluiten daarvan, 1) voorlopige maatregelen te nemen, en 2) onrechtmatige besluiten van de aanbestedende dienst van de opdrachtgever nietig te verklaren.

3. Na gunning van een opdracht of na de beëindiging van de aanbestedingsprocedure is het Bundesvergabeamt bevoegd om vast te stellen of als gevolg van een overtreding van deze federale wet of van de uitvoeringsbesluiten daarvan de opdracht niet aan de beste inschrijver is gegund. [...]"

8. § 115, lid 1, BVergG luidt:

„Een ondernemer die stelt belang te hebben bij het sluiten van een onder deze federale wet vallende overeenkomst, kan een beroepsprocedure op grond van onrechtmatigheid instellen tegen een door de aanbestedende dienst in de aanbestedingsprocedure genomen besluit, voorzover hij door die gestelde onrechtmatigheid schade heeft geleden of dreigt te zullen leiden."

9. Volgens § 122, lid 1, BVergG heeft een afgewezen gegadigde of inschrijver

„in geval van een verwijtbare schending van deze federale wet of van de uitvoeringsbepalingen daarvan door de organen van een aanbestedende dienst, jegens de opdrachtgever waaraan het gedrag van de organen van de aanbestedende dienst moet worden toegerekend, recht op vergoeding van de kosten van de indiening van de inschrijving en van de overige kosten van de deelneming aan de aanbestedingsprocedure".

10. Volgens § 125, lid 2, eerste zin, BvergG is een schadevordering, die bij de burgerlijke rechter moet worden ingesteld, slechts ontvankelijk wanneer het Bundesvergabeamt vooraf een vaststelling in de zin van § 113, lid 3, BVergG heeft gedaan.

II — Het hoofdgeding

11. In het najaar van 1999 schreef Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-AG (hierna: „Asfinag") een aanbesteding uit voor de gunning van een overheidsopdracht voor dienstverlening, te weten „toezicht ter plaatse op de aanleg van de elektrische, bouwkundige en mechanische voorzieningen van de hoofd- en secundaire tolstations alsook van de installatie van het systeem voor gegevensoverdracht in het kader van het project ‚LKW Maut Österreich'". De inschrijvingen werden op 18 november 1999 geopend.

12. Fritsch, Chiari & Partner, Zivil-techniker GmbH (hierna: „verzoekster") diende samen met enkele partners als consortium een inschrijving in. Bij brief van 28 januari 2000 werd aan verzoekster meegedeeld dat bij de beoordeling van de inschrijvingen haar inzending als tweede was geplaatst en dus niet was geselecteerd. Op 8 februari 2001 werd zij in kennis gesteld van de gunning van de opdracht aan een concurrent en van het met de opdracht gemoeide bedrag.

13. Daarop stelde verzoekster krachtens § 113, lid 3, BVergG beroep in bij het Bundesvergabeamt, strekkende tot vaststelling dat de opdracht niet aan de beste inschrijver was gegund, omdat de aanbestedende dienst bij het vaststellen van de gunningscriteria niet had voldaan aan haar verplichting om bij de selectie van de beste inschrijver doorzichtig te werk te gaan overeenkomstig §53 BVergG.

14. Asfinag stelde voor het Bundesvergabeamt dat volgens § 115, lid 1, BVergG slechts een ondernemer die stelt belang te hebben bij de gunning van een binnen de werkingssfeer van deze wet vallende opdracht beroep kan instellen tegen een besluit van de aanbestedende dienst wegens onrechtmatigheid, voorzover hij door de gestelde onrechtmatigheid is of dreigt te worden gelaedeerd. Volgens Asfinag had verzoekster evenwel kennelijk geen belang bij de gunning van de betrokken opdracht, aangezien zij de B-VKK niet om bemiddeling had verzocht, ofschoon § 109, lid 1, BVergG haar die mogelijkheid bood.

15. Asfinag voerde daartoe aan dat het aanbestedingsrecht geen doel op zich heeft, maar de precontractuele verplichtingen van de inschrijvers en de andere partijen bij de gunningsprocedure regelt. Wanneer de criteria voor de gunning van een opdracht volgens een inschrijver niet in overeenstemming met de wet zijn, is hij, met name op grond van § 109, lid 6, BVergG, verplicht om dat zo snel mogelijk — dus in voorkomend geval vóór de opening van de inschrijvingen — bij de B-VKK aan de orde te stellen. Het mededingingsbeginsel verbiedt een inschrijver, wanneer hij van mening is dat de gunningscriteria niet in overeenstemming zijn met de wet, om eerst een bieding te doen om te zien of hij de beste inschrijver is, en vervolgens zijn houding te laten afhangen van de uitkomst van de gunning: indien hij de beste inschrijver is, dient hij geen verzoek in; indien hij echter de opdracht niet krijgt of niet de beste inschrijver is, verzoekt hij de bevoegde instanties om de aanbesteding nietig te verklaren, om aldus een „nieuwe kans" te krijgen.

16. Volgens Asfinag leidt § 109, lid 6, BVergG derhalve tot een verval van recht, zodat het recht om zich te beroepen op gebreken in de aanbesteding waarvan de inschrijver, indien hij voldoende zorgvuldig was geweest, ten tijde van de uitwerking

van zijn offerte op de hoogte had moeten zijn, vervalt indien hij vóór de inschrijving geen verzoek om bemiddeling bij de B-VKK heeft ingediend. Indien verzoekster zich in casu vóór haar inschrijving tot de B-VKK had gewend en de aandacht van Asfinag op de gestelde gebreken had gevestigd, zouden de kosten van het opstellen van de offerte niet zijn ontstaan.

17. Verzoekster heeft het ontbreken van belang bestreden. Volgens de vaste beslissingspraktijk van de instanties die toezicht uitoefenen op gunningen, geeft de tijdige indiening van een inschrijving voldoende blijk van het belang bij de gunning van een opdracht.

III — De prejudiciële vragen

18. Van oordeel dat de in casu toepasselijke Oostenrijkse wetgeving moet worden uitgelegd in het licht van artikel 1, lid 3, van richtlijn 89/665, en dat de oplossing van het geding derhalve afhangt van de uitlegging van deze bepaling, heeft het Bundesvergabeamt bij beschikking van 11 juli 2001 besloten de behandeling van de zaak te schorsen totdat het Hof bij wege van prejudiciële beslissing uitspraak heeft gedaan op de volgende vragen:

„1) Moet artikel 1, lid 3, van richtlijn 89/665 [...] aldus worden uitgelegd, dat iedere ondernemer die heeft ingeschreven op een aanbestedingsprocedure of om deelneming aan een dergelijke procedure heeft verzocht, een beroepsprocedure kan inleiden?

2) Indien de eerste vraag ontkennend wordt beantwoord:

Moet deze bepaling [...] aldus worden opgevat, dat een ondernemer slechts belang heeft of heeft gehad bij de gunning van een bepaalde overheidsopdracht wanneer hij — naast deelneming aan de gunningsprocedure — alle naar nationaal recht ten dienste staande maatregelen neemt of heeft genomen om te verhinderen dat de opdracht aan een andere inschrijver wordt gegund, zodat zijn eigen inschrijving wordt gekozen?"

19. In de verwijzingsbeschikking merkt het Bundesvergabeamt op dat het Verfassungsgerichtshof (Oostenrijks constitutioneel Hof) in zijn arrest van 12 juni 2001 (B 485/01-12, B 584/01-9, B 685/01-6) onder verwijzing naar zijn arrest van 8 maart 2001 (B 707/00) heeft geoordeeld dat, gelet op de rechtspraak van het Hof[4], het recht om op grond van artikel 1 van richtlijn 89/665 een beroepsprocedure in te leiden, ruim moet worden uitgelegd en lijkt

4 — Zie arrest van 28 oktober 1999, Alcatel Austria e.a. (C-81/98, Jurispr. blz. I-7671, punten 34 en 35).

toe te komen aan eenieder die voor een bepaalde aan te besteden overheidsopdracht in aanmerking wenst te komen. De vraag rijst dus of dit geldt ongeacht of de betrokkene gebruik heeft gemaakt van de door de aanbestedende dienst geboden mogelijkheid om de rechtsbeschermingsprocedures van het nationale aanbestedingsrecht uit te putten (eerste vraag), dan wel of dit belang vervalt doordat hij niet alle nationale rechtsbeschermingsmogelijkheden heeft uitgeput (tweede vraag).

IV — Beoordeling

A — *De bevoegdheid van het Hof om de prejudiciële vragen te beantwoorden*

20. De Commissie vraagt zich in haar schriftelijke opmerkingen af of het Hof bevoegd is om de prejudiciële vragen te beantwoorden, nu de beslissingen van het Bundesvergabeamt volgens haar niet de kenmerken van een rechterlijke uitspraak vertonen.

21. Deze vraag is evenwel inmiddels door het Hof in zijn arrest van 14 november 2002, Felix Swoboda [5], beantwoord, althans wat de vragen betreft die het Bundesvergabeamt stelt in de uitoefening van de bevoegdheden die hem in de periode na de gunning van de opdracht toekomen. In dat opzicht beschouwt het Hof het Bundesvergabeamt als een rechterlijke instantie in de zin van artikel 234 EG. [6]

22. Uit de verwijzingsbeschikking volgt dat het Bundesvergabeamt ook in het hoofdgeding zijn bevoegdheden in de periode na de gunning van de opdracht uitoefent. Het geding is immers aanhangig gemaakt op grond van § 113, lid 3, BVergG [7], volgens hetwelk „*[n]a gunning van een opdracht* of na de beëindiging van de aanbestedingsprocedure [...] het Bundesvergabeamt bevoegd [is] om vast te stellen of als gevolg van een overtreding van deze federale wet of van de uitvoeringsbesluiten daarvan de opdracht niet aan de beste inschrijver is gegund. [...]" [8]

23. Derhalve dient de conclusie te luiden dat het Hof bevoegd is om te antwoorden op de prejudiciële vragen van het Bundesvergabeamt.

5 — Zaak C-411/00, Jurispr. blz. I-10567.
6 — Zie arrest Felix Swoboda, punten 26-28.
7 — Zie punt 13.
8 — Cursivering van mij.

B — *De prejudiciële vragen*

24. Evenals de Franse regering stel ik voor de twee prejudiciële vragen gezamenlijk te behandelen.

25. Beide vragen sluiten immers aan bij de stelling van één van de partijen in het hoofdgeding omtrent het punt dat hier in het geding is, namelijk het begrip „belang bij de gunning van een opdracht". De eerste vraag weerspiegelt de stelling van verzoekster, dat reeds door de indiening van een offerte tijdens de aanbestedingsprocedure of van een verzoek om aan een dergelijke procedure deel te nemen eens en voor altijd vaststaat dat de inschrijver een belang heeft bij de gunning van een opdracht. De tweede vraag heeft betrekking op de door Asfinag verdedigde stelling, dat een inschrijver kan worden geacht zijn belang bij de gunning van de opdracht te hebben verloren wanneer hij niet alle naar nationaal recht ten dienste staande maatregelen neemt of heeft genomen om te verhinderen dat de opdracht aan een andere inschrijver wordt gegund, dat wil zeggen, in casu, wanneer hij zich niet tot de B-VKK heeft gewend.

26. Verzoekster en de Oostenrijkse regering hebben ter terechtzitting bevestigd dat verzoekster ten tijde van de feiten die in het hoofdgeding aan de orde zijn, niet wettelijk verplicht was om zich tot de B-VKK te wenden nadat haar bij brief van 28 januari 2000 was meegedeeld dat haar inzending bij de beoordeling van de inschrijvingen als tweede was geplaatst en dus niet was geselecteerd.

27. De verwijzingsbeschikking bevat niets dat deze stelling kan ontkrachten.

28. Het gaat er in de prejudiciële vragen dus in wezen om of richtlijn 89/665 aldus moet worden opgevat dat een inschrijver slechts belang heeft of had bij de gunning van een opdracht indien hij zich vooraf heeft gewend tot een raadgevende commissie, ook al is dit slechts facultatief.

29. Mijns inziens dient deze vraag ontkennend te worden beantwoord.

30. Het is zonder meer duidelijk dat richtlijn 89/665 geenszins de omstandigheden bepaalt waarin een inschrijver zijn belang bij de gunning van de opdracht zou verliezen.

31. Verder zou een bevestigend antwoord op de vraag meebrengen dat de inschrijver op grond van de richtlijn verplicht zou zijn

om zich te wenden tot een raadgevende commissie, hoewel dit volgens het nationale recht slechts facultatief is, en dat hij in geval van niet-nakoming van deze verplichting zijn belang bij de gunning van de overheidsopdracht zou verliezen. Een dergelijk antwoord dient dan ook te worden uitgesloten.

32. De richtlijn verzet zich er zeker niet tegen dat het nationale recht bepaalde verplichtingen oplegt aan de marktdeelnemers.

33. Getuige daarvan is bijvoorbeeld de laatste zin van artikel 1, lid 3, van richtlijn 89/665, volgens welke „de lidstaten [kunnen] verlangen dat degene die van deze [beroepsprocedure] gebruik wenst te maken, de aanbestedende dienst vooraf in kennis heeft gesteld van de beweerde schending en van zijn voornemen om beroep in te stellen".

34. Dit blijkt eveneens uit het arrest van 12 december 2002, Universale-Bau e.a. [9], waarin het Hof heeft geoordeeld dat nationale vervaltermijnen verenigbaar zijn met richtlijn 89/665, voorzover zij redelijk zijn.

35. De richtlijn legt echter niet zelf dergelijke verplichtingen aan de marktdeelnemers op, wat zij bij gebreke van rechtstreekse werking ten opzichte van particulieren [10] ook nooit zou kunnen doen.

36. Ik stel derhalve voor op de prejudiciële vragen te antwoorden dat artikel 1, lid 3, van richtlijn 89/665 op zich *niet inhoudt* dat een ondernemer slechts belang heeft of heeft gehad bij de gunning van een bepaalde overheidsopdracht wanneer hij — naast deelneming aan de gunningsprocedure — alle naar nationaal recht ten dienste staande maatregelen neemt of heeft genomen om te verhinderen dat de opdracht aan een andere inschrijver wordt gegund, zodat zijn eigen inschrijving wordt gekozen.

37. Subsidiair zou ik de prejudiciële vragen echter nog vanuit een andere invalshoek willen onderzoeken.

38. Zij zouden ook aldus kunnen worden opgevat dat het Bundesvergabeamt wil weten of richtlijn 89/665 *zich verzet* tegen een regel van nationaal recht volgens welke een inschrijver zijn belang bij de gunning van de opdracht verliest indien hij niet alle voornoemde hem ten dienste staande maatregelen heeft genomen om te verhinderen dat de opdracht aan een andere inschrijver wordt gegund.

9 — Zaak C-470/99, Jurispr. blz. I-11617.

10 — Arresten van 26 februari 1986, Marshall (152/84, Jurispr. blz. 723, punt 48); 14 juli 1994, Faccini Dori (C-91/92, Jurispr. blz. I-3325, punten 22-25); 13 juli 2000, Centrosteel (C-456/98, Jurispr. blz. I-6007, punt 15), en 26 september 2000, Unilever (C-443/98, Jurispr. blz. I-7535, punten 50 en 51).

39. Ik heb in de verwijzingsbeschikking geen uitdrukkelijke verwijzing gevonden naar een regel van Oostenrijks recht volgens welke een inschrijver die zich niet tot de B-VKK heeft gewend, zijn belang bij de gunning van de opdracht zou verliezen, hoewel slechts de mogelijkheid, maar niet de verplichting bestaat om zich tot de B-VKK te wenden. Aangezien de verwijzende rechter echter als enige bevoegd is tot uitlegging van zijn nationale recht, kan het bestaan van een dergelijke regel niet op voorhand worden uitgesloten. Om het Bundesvergabeamt een zo nuttig mogelijk antwoord te geven, stel ik derhalve voor om subsidiair ook te antwoorden op de prejudiciële vragen zoals ik deze zojuist heb geherformuleerd.

40. Ter terechtzitting hebben de Franse en de Oostenrijkse regering alsook de Commissie terecht betoogd dat het Hof zich bij het beantwoorden van de aldus geformuleerde vragen dient te laten leiden door het reeds aangehaalde arrest Universale-Bau e.a., dat na de indiening van hun schriftelijke opmerkingen is gewezen.

41. In dat arrest heeft het Hof, eveneens op een vraag van het Bundesvergabeamt, geoordeeld:

„[...] [R]ichtlijn 89/665 [verzet] zich niet [...] tegen een nationale regeling die bepaalt dat tegen een besluit van de aanbestedende dienst binnen een daartoe gestelde termijn beroep moet worden ingesteld en dat elke tot staving van het beroep aangevoerde onregelmatigheid van de aanbestedingsprocedure op straffe van verval van dit recht binnen diezelfde termijn moet worden opgeworpen, zodat het na het verstrijken van deze termijn niet langer mogelijk is tegen een dergelijk besluit op te komen of een dergelijke onregelmatigheid op te werpen, mits de betrokken termijn redelijk is." [11]

42. Met voornoemde interveniënten ben ik van mening dat deze uitspraak op het onderhavige geval kan worden toegepast.

43. Waar richtlijn 89/665 immers, zoals het Hof in de zaak Universale-Bau e.a. heeft vastgesteld, geen specifieke bepaling bevat betreffende de termijnen voor de beroepen die zij beoogt in te voeren [12], bevat zij, zoals ik overigens hierboven reeds heb vastgesteld [13], evenmin enige bepaling over de omstandigheden waarin een inschrijver het belang bij de gunning van een opdracht kan verliezen.

44. Artikel 1, lid 3, van richtlijn 89/665 bepaalt immers wel dat de beroepsprocedures toegankelijk moeten zijn voor „eenieder die belang heeft of heeft gehad bij de gunning van een bepaalde overheidsopdracht voor leveringen of voor de uitvoering van werken en die door een beweerde schending is of dreigt te worden gelaedeerd", maar geeft geen nadere

11 — Arrest Universale-Bau e.a., reeds aangehaald, punt 79.
12 — Arrest Universale-Bau e.a., reeds aangehaald, punt 71.
13 — Zie punt 30.

omschrijving van het begrip belang, noch van de mogelijke omstandigheden waarin een inschrijver, door zich te afwachtend op te stellen, het belang bij de gunning van een opdracht zou kunnen verliezen in die zin dat hij zou worden geacht een dergelijk belang niet te hebben en nooit te hebben gehad. Deze punten dienen dus in voorkomend geval door de nationale rechtsorde van elke lidstaat te worden vastgesteld. [14]

45. Ik ben thans zo vrij om de punten 72 tot en met 76 van het arrest in de zaak Universale-Bau e.a. volledig te citeren, die volgens mij mutatis mutandis van toepassing zijn op de onderhavige vraag:

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

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

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

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

76 Voorts voldoet de vaststelling van redelijke vervaltermijnen in beginsel aan het effectiviteitsvereiste van richt-

14 — Zie naar analogie arrest Universale-Bau e.a., reeds aangehaald, punt 71, in fine.

lijn 89/665, aangezien dit een toepassing van het fundamentele rechtszekerheidsbeginsel vormt (zie naar analogie met betrekking tot het gemeenschapsrechtelijk effectiviteitsbeginsel, arresten van 10 juli 1997, Palmisani, C-261/95, Jurispr. blz. I-4025, punt 28, en 16 mei 2000, Preston e.a., C-78/98, Jurispr. blz. I-3201, punt 33)." [15]

46. Zoals in het geval van de vervaltermijnen waarvan sprake was in de zaak Universale-Bau e.a., ben ik ook hier van mening dat een nationale regel volgens welke een inschrijver, wil hij niet het belang bij de gunning van de opdracht verliezen, verplicht is om alle redelijkerwijs ten dienste staande maatregelen te nemen om te verhinderen dat de opdracht aan een andere inschrijver wordt gegund, bijdraagt tot deze doelstelling van richtlijn 89/665, die erin bestaat ervoor te zorgen dat doeltreffend en zo snel mogelijk beroep kan worden ingesteld. [16] Bovendien voldoet deze regel aan het effectiviteitsvereiste van richtlijn 89/665, aangezien hij in het belang van de rechtszekerheid is.

47. Ik benadruk echter dat de inschrijver het belang bij de gunning van de opdracht slechts kan verliezen indien hij niet alle *redelijkerwijs* ten dienste staande maatregelen heeft genomen, zoals de vervaltermijnen ook redelijk moeten zijn. [17]

48. Ter terechtzitting heeft verzoekster immers verklaard dat zij niet de nodige gegevens had om zich op nuttige wijze tot de B-VKK te kunnen wenden nadat haar bij brief van 28 januari 2000 was meegedeeld dat haar inzending bij de beoordeling van de inschrijvingen als tweede was geplaatst en dus niet was geselecteerd.

49. Het is aan de verwijzende rechter om te onderzoeken of verzoekster, gelet op deze omstandigheden, redelijkerwijs gebruik kon maken van de mogelijkheid om zich tot de B-VKK te wenden. Indien dat niet het geval is, kan haar niet worden verweten dat zij deze maatregel niet heeft genomen.

50. Ik stel dus voor op de prejudiciële vragen subsidiair te antwoorden dat artikel 1, lid 3, van richtlijn 89/665 zich niet verzet tegen een regel van nationaal recht volgens welke een ondernemer slechts belang heeft of heeft gehad bij de gunning van een bepaalde overheidsopdracht wanneer hij — naast deelneming aan de gunningsprocedure — alle naar nationaal recht redelijkerwijs ten dienste staande maatregelen neemt of heeft genomen om te verhinderen dat de opdracht aan een andere inschrijver wordt gegund, zodat zijn eigen inschrijving wordt gekozen.

15 — Cursivering van mij.

16 — Zie eveneens arrest Alcatel Austria e.a., reeds aangehaald, punt 34, en arrest van 18 juni 2002, HI (C-92/00, Jurispr. blz. I-5553, punt 52).

17 — Arrest Universale-Bau e.a., reeds aangehaald, punt 79.

V — Conclusie

51. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging de door het Bundesvergabeamt gestelde prejudiciële vragen te beantwoorden als volgt:

„Artikel 1, lid 3, 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, zoals gewijzigd bij richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening, houdt niet in dat een ondernemer slechts belang heeft of heeft gehad bij de gunning van een bepaalde overheidsopdracht wanneer hij — naast deelneming aan de gunningsprocedure — alle naar nationaal recht ten dienste staande maatregelen neemt of heeft genomen om te verhinderen dat de opdracht aan een andere inschrijver wordt gegund, zodat zijn eigen inschrijving wordt gekozen.

Artikel 1, lid 3, van richtlijn 89/665 verzet zich echter niet tegen een regel van nationaal recht volgens welke een ondernemer slechts belang heeft of heeft gehad bij de gunning van een bepaalde overheidsopdracht wanneer hij — naast deelneming aan de gunningsprocedure — alle naar nationaal recht redelijkerwijs ten dienste staande maatregelen neemt of heeft genomen om te verhinderen dat de opdracht aan een andere inschrijver wordt gegund, zodat zijn eigen inschrijving wordt gekozen."