

ARREST VAN HET HOF (Zesde kamer)

12 februari 2004 *

In zaak C-230/02,

betreffende een verzoek aan het Hof krachtens artikel 234 EG van het Bundesvergabeamt (Oostenrijk), in het aldaar aanhangig geding tussen

Grossmann Air Service, Bedarfsluftfahrtunternehmen GmbH & Co. KG

en

Republik Österreich,

om een prejudiciële beslissing over de uitlegging van de artikelen 1, lid 3, en 2, lid 1, sub b, 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

* Procestaal: Duits.

overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken (PB L 395, blz. 33), zoals gewijzigd bij richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening (PB L 209, blz. 1),

HET HOF VAN JUSTITIE (Zesde kamer),

samengesteld als volgt: V. Skouris, waarnemend voor de president van de Zesde kamer, C. Gulmann, J. N. Cunha Rodrigues, J.-P. Puissochet en R. Schintgen (rapporteur), rechters,

advocaat-generaal: L. A. Geelhoed,
griffier: M.-F. Contet, hoofdadministrateur,

gelet op de schriftelijke opmerkingen ingediend door:

- Grossmann Air Service, Bedarfsluftfahrtunternehmen GmbH & Co. KG, vertegenwoordigd door P. Schmutzer, Rechtsanwalt,

- de Oostenrijkse regering, vertegenwoordigd door M. Fruhmann als gemachtigde,

- de Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door K. Wiedner als gemachtigde,

gezien het rapport ter terechtzitting,

gehoord de mondelinge opmerkingen van Grossmann Air Service, Bedarfsluftfahrtunternehmen GmbH & Co. KG, vertegenwoordigd door P. Schmautzer; de Oostenrijkse regering, vertegenwoordigd door M. Winkler als gemachtigde, en de Commissie, vertegenwoordigd door J. C. Schieferer als gemachtigde, ter terechtzitting van 10 september 2003,

het navolgende

Arrest

1 Bij beschikking van 14 mei 2002, ingekomen ter griffie van het Hof op 20 juni daaraanvolgend, heeft het Bundesvergabeamt het Hof krachtens artikel 234 EG drie prejudiciële vragen gesteld over de uitlegging van de artikelen 1, lid 3, en 2, lid 1, sub b, van richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken (PB L 395, blz. 33), zoals gewijzigd bij richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening (PB L 209, blz. 1; hierna: „richtlijn 89/665”).

- 2 Deze vragen zijn gerezen in een geding tussen Grossmann Air Service, Bedarfsluftfahrtunternehmen GmbH & Co. KG (hierna: „Grossmann”), en de Republik Österreich, vertegenwoordigd door het Bundesministerium für Finanzen (hierna: „ministerie”), in verband met een procedure voor de gunning van een overheidsopdracht.

Rechtskader

Communautaire regelgeving

- 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.

[...]

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

4 Artikel 2, lid 1, van richtlijn 89/665 luidt als volgt:

„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.”

Nationale regelgeving

- 5 Richtlijn 89/665 is in Oostenrijks recht omgezet bij het Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz) 1997 (federale wet van 1997 inzake het plaatsen van overheidsopdrachten, BGBl I, 1997/56; hierna: „BVergG”). Het BVergG voorziet in de oprichting van de Bundes-Vergabekontrollkommission (federale commissie van toezicht op aanbestedingen; hierna: „B-VKK”) en van het 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 Bundesgesetz 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 offerte en van de overige kosten van de deelneming aan de aanbestedingsprocedure”.

10 Volgens § 125, lid 2, 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, heeft gedaan. Deze vaststelling is

bindend voor de in verband met een dergelijke schadevordering geadieerde burgerlijke rechter evenals voor de partijen in de procedure voor het Bundesvergabeamt.

Het hoofding en de prejudiciële vragen

- 11 Op 27 januari 1998 heeft het ministerie een aanbesteding uitgeschreven voor „occasionele vluchten voor de Oostenrijkse regering en haar delegaties met privé-jets en vliegtuigen”. Grossmann heeft aan de aanbestedingsprocedure deelgenomen door een offerte in te dienen.
- 12 Op 3 april 1998 heeft het ministerie besloten, deze eerste aanbesteding in te trekken overeenkomstig § 55, lid 2, BVergG, dat bepaalt dat „de aanbesteding kan worden ingetrokken wanneer, nadat offertes op grond van § 52 zijn afgewezen, slechts één offerte overblijft”.
- 13 Op 28 juli 1998 heeft het ministerie een nieuwe aanbesteding uitgeschreven voor occasionele vluchten voor de Oostenrijkse regering en haar delegaties. Grossmann heeft de aanbestedingsdocumenten aangevraagd, maar geen offerte ingediend.
- 14 Bij brief van 8 oktober 1998 heeft de Oostenrijkse regering Grossmann op de hoogte gebracht van haar voornemen, de opdracht aan Lauda Air Luftfahrt AG (hierna: „Lauda Air”) te gunnen. Grossmann heeft deze brief de volgende dag ontvangen. De overeenkomst met Lauda Air is op 29 oktober 1998 gesloten.

- 15 Bij verzoekschrift, gedateerd 19 oktober 1998, gepost op 23 oktober daaraanvolgend en ingekomen bij het Bundesvergabeamt op 27 oktober 1998, heeft Grossmann bij deze rechterlijke instantie beroep ingesteld strekkende tot nietigverklaring van het besluit van de aanbestedende dienst om de opdracht aan Lauda Air te gunnen. Tot staving van haar beroep voerde Grossmann in wezen aan dat de aanbesteding vanaf het begin was toegesneden op één inschrijver, te weten Lauda Air.
- 16 Bij beschikking van 4 januari 1999 heeft het Bundesvergabeamt het beroep van Grossmann krachtens § 115, lid 1, en § 113, leden 2 en 3, BVergG verworpen op grond dat laatstgenoemde niet had aangetoond, juridisch belang te hebben bij gunning van de volledige opdracht, en het Bundesvergabeamt na de gunning van de opdracht hoe dan ook geen bevoegdheid meer heeft om de gunning nietig te verklaren.
- 17 Wat het ontbreken van belang betreft, heeft het Bundesvergabeamt in de eerste plaats vastgesteld dat Grossmann, doordat zij niet over grote vliegtuigen beschikte, niet in staat was de aanbestede opdracht volledig uit te voeren, en in de tweede plaats, dat zij ervan had afgezien een offerte in te dienen in het kader van de tweede aanbestedingsprocedure.
- 18 Grossman heeft tegen de beslissing van het Bundesvergabeamt bezwaar aangetekend bij het Verfassungsgerichtshof (Oostenrijk). Bij arrest van 10 december 2001 heeft deze rechterlijke instantie die beslissing wegens schending van het grondwettelijk recht op een procedure voor de „wettelijke” rechter vernietigd op grond dat het Bundesvergabeamt ten onrechte had nagelaten het Hof ter prejudiciële beslissing de vraag voor te leggen of de door hem gegeven uitlegging van § 115, lid 1, BVergG strookte met het gemeenschapsrecht.
- 19 In zijn verwijzingsbeschikking zet het Bundesvergabeamt uiteen dat de bepalingen van § 109, leden 1, 6 en 8, BVergG tot doel hebben te waarborgen dat geen

overeenkomst wordt gesloten gedurende de bemiddelingsprocedure. Het voegt hieraan toe dat, indien in de loop van deze procedure geen minnelijke schikking wordt getroffen, een ondernemer vóór het sluiten van de overeenkomst nog kan verzoeken om nietigverklaring van elk besluit van de aanbestedende dienst, met inbegrip van het besluit tot gunning van de opdracht, maar dat daarna het Bundesvergabeamt enkel nog bevoegd is om vast te stellen dat de opdracht niet is gegund aan de laagste inschrijver wegens schending van het BVergG of de uitvoeringsbepalingen daarvan.

- 20 De verwijzende rechter merkt op dat in casu het door Grossmann ingestelde beroep tot nietigverklaring van het besluit tot gunning van de opdracht aan Lauda Air, weliswaar bij hem is ingekomen voordat de overeenkomst tussen laatstgenoemde en de aanbestedende dienst werd gesloten, maar dat hij dit beroep, binnen de te eerbiedigen termijn, pas na de sluiting van de overeenkomst heeft kunnen behandelen. Hij beklemtoont tevens dat bedoeld beroep pas op 23 oktober 1998 is gepost, ofschoon de opdrachtgever Grossmann bij brief van 8 oktober 1998, door deze onderneming ontvangen op 9 oktober, op de hoogte heeft gebracht van haar voornemen de opdracht aan Lauda Air te gunnen.
- 21 Het Bundesvergabeamt stelt bijgevolg vast dat Grossmann een periode van twee weken heeft laten verstrijken tussen het moment waarop zij in kennis is gesteld van het besluit tot gunning (op 9 oktober 1998) en de instelling van haar beroep (op 23 oktober 1998), zonder dat een verzoek om bemiddeling werd ingediend bij de B-VKK (waardoor de termijn van vier weken als bedoeld in § 109, lid 8, BVergG waarbinnen de aanbestedende dienst de opdracht niet mag gunnen, zou zijn ingegaan) of, in geval van mislukking van de bemiddelingsprocedure, zonder dat hem om voorlopige maatregelen en nietigverklaring van het gunningbesluit is verzocht. De verwijzende rechter vraagt zich dan ook af of Grossmann procesbelang heeft volgens artikel 1, lid 3, van richtlijn 89/665, nu deze onderneming niet in staat was de betrokken diensten te leveren wegens de haars inziens discriminerende specificaties, in de zin van artikel 2, lid 1, sub b, van genoemde richtlijn, in de oproep tot inschrijving, en derhalve geen offerte heeft ingediend.

- 22 In deze omstandigheden heeft het Bundesvergabeamt besloten de behandeling van de zaak te schorsen en het Hof de volgende prejudiciële vragen voor te leggen:

„1) Moet artikel 1, lid 3, van richtlijn 89/665 [...] aldus worden uitgelegd, dat de beroepsprocedure toegankelijk is voor iedere ondernemer die in een aanbestedingsprocedure een offerte heeft ingediend respectievelijk aan een aanbestedingsprocedure heeft willen deelnemen?

Indien deze vraag ontkennend wordt beantwoord:

2) Moet de hiervóór genoemde bepaling [...] aldus worden uitgelegd, dat een ondernemer slechts belang heeft of heeft gehad bij de gunning van een bepaalde overheidsopdracht, wanneer hij — naast zijn deelneming aan de aanbestedingsprocedure — alle hem naar nationaal recht ter beschikking staande maatregelen neemt om te verhinderen, dat aan een andere inschrijver wordt gegund?

3) Moet artikel 1, lid 3, juncto artikel 2, lid 1, sub b, van richtlijn 89/665 [...] aldus worden uitgelegd, dat een ondernemer rechtens de mogelijkheid moet hebben beroep in te stellen tegen een aanbesteding die zijns inziens onrechtmatig respectievelijk discriminerend is, ook wanneer hij niet in staat is de te plaatsen opdracht volledig uit te voeren en dus in deze aanbestedingsprocedure geen offerte heeft ingediend?”

De eerste en de derde vraag

- 23 Gelet op de door de verwijzende rechter uiteengezette feiten moeten de eerste en de derde vraag samen worden behandeld en in die zin worden begrepen, dat deze rechter in hoofdzaak wenst te vernemen of de artikelen 1, lid 3, en 2, lid 1, sub b, van richtlijn 89/665 aldus moeten worden uitgelegd, dat zij eraan in de weg staan dat een persoon, na de gunning van een overheidsopdracht, wordt geacht geen toegang meer te hebben tot de beroepsprocedures als bedoeld in genoemde richtlijn wanneer deze persoon niet heeft deelgenomen aan de aanbestedingsprocedure, zulks op grond dat hij wegens gestelde discriminerende specificaties in de aanbestedingsdocumenten, waartegen hij evenwel geen beroep heeft ingesteld vóór de gunning van de opdracht, niet in staat zou zijn geweest de te plaatsen opdracht volledig uit te voeren.
- 24 Om te beoordelen of een persoon die zich in een situatie bevindt als bedoeld in de aldus geherformuleerde vragen, procesbelang heeft in de zin van artikel 1, lid 3, van richtlijn 89/665, moet achtereenvolgens worden ingegaan op de omstandigheid dat hij niet heeft deelgenomen aan de in het hoofdgeding aan de orde zijnde procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht en de omstandigheid dat hij evenmin beroep heeft ingesteld tegen de oproep tot inschrijving vóór de gunning van deze opdracht.

De niet-deelname aan de aanbestedingsprocedure

- 25 Dienaangaande dient in herinnering te worden gebracht dat de lidstaten er ingevolge artikel 1, lid 3, van richtlijn 89/665 zorg voor moeten dragen dat de in deze richtlijn vervatte beroepsprocedures, „althans” toegankelijk zijn voor eenieder die belang heeft of heeft gehad bij de gunning van een bepaalde overheidsopdracht en die door een beweerde schending van het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten of van nationale uitvoeringsbepalingen daarvan, is of dreigt te worden gelaedeerd.

- 26 Hieruit volgt dat de lidstaten niet verplicht zijn deze beroepsprocedures open te stellen voor eenieder die voor de gunning van een overheidsopdracht in aanmerking wenst te komen, maar dat zij als voorwaarde mogen stellen dat de betrokkene door de door hem gestelde schending is of dreigt te worden gelaedeerd (zie arrest van 19 juni 2003, Hackermüller, C-249/01, Jurispr. blz. I-6319, punt 18).
- 27 Zoals de Commissie in haar schriftelijke opmerkingen heeft verklaard, kan de deelname aan een aanbestedingsprocedure dus in beginsel, gelet op artikel 1, lid 3, van richtlijn 89/665, een voorwaarde vormen die moet zijn vervuld om aan te tonen dat de betrokken persoon belang heeft bij de gunning van de betrokken opdracht of door de beweerde onrechtmatigheid van het besluit tot gunning van deze opdracht, is of dreigt te worden gelaedeerd.
- 28 Indien een onderneming evenwel geen offerte heeft ingediend wegens beweerde discriminerende specificaties in de aanbestedingsdocumenten of in het bestek, die haar juist zouden hebben belet de te plaatsen opdracht volledig uit te voeren, heeft zij het recht rechtstreeks tegen deze specificaties beroep in te stellen, en zulks zelfs vóór sluiting van de procedure voor het plaatsen van de betrokken overheidsopdracht.
- 29 Enerzijds zou het immers buitensporig zijn, te verlangen dat een onderneming die beweerdelijk gelaedeerd is door discriminerende clausules in de aanbestedingsdocumenten, voordat zij gebruik kan maken van de beroepsprocedures als bedoeld in richtlijn 89/665 tegen dergelijke specificaties, een offerte moet indienen in het kader van de aanbestedingsprocedure, ofschoon de kans dat die opdracht aan haar wordt gegund nihil is wegens deze specificaties.

30 Anderzijds blijkt duidelijk uit de bewoordingen van artikel 2, lid 1, sub b, van richtlijn 89/665 dat de beroepsprocedures, waarin de lidstaten overeenkomstig genoemde richtlijn moeten voorzien, het met name mogelijk moeten maken „onwettige besluiten nietig te verklaren [...], met inbegrip van het verwijderen van discriminerende technische, economische of financiële specificaties [...]”. Een onderneming moet dus rechtstreeks beroep kunnen instellen tegen dergelijke discriminerende specificaties, zonder het einde van de aanbestedingsprocedure af te wachten.

Het uitblijven van beroep tegen de oproep tot inschrijving

31 In casu verwijt Grossmann de aanbestedende dienst, in het kader van een aanbesteding voor irregulier luchtvervoer, vereisten op te leggen waaraan alleen een luchtvaartmaatschappij die lijnvluchten aanbiedt kan voldoen, hetgeen tot gevolg heeft dat het aantal gegadigden dat de te plaatsen opdracht volledig kan uitvoeren, beperkt is.

32 Blijkens het dossier heeft Grossmann evenwel geen rechtstreeks beroep ingesteld tegen het besluit van de aanbestedende dienst houdende vaststelling van de specificaties van de oproep tot inschrijving, maar heeft zij gewacht op de kennisgeving van het besluit tot gunning van de opdracht aan Lauda Air, alvorens bij het Bundesvergabeamt beroep tot nietigverklaring van dit besluit in te stellen.

33 In dat verband herinnert het Bundesvergabeamt er in zijn verwijzingsbeschikking aan dat een ondernemer krachtens § 115, lid 1, BVergG een beroepsprocedure kan inleiden tegen een door de aanbestedende dienst genomen besluit, wanneer hij beweert belang te hebben bij de sluiting van een overeenkomst in het kader van een aanbestedingsprocedure en hij door de gestelde onrechtmatigheid schade heeft geleden of dreigt te zullen leiden.

- 34 De verwijzende rechter wenst bijgevolg in wezen te vernemen of artikel 1, lid 3, van richtlijn 89/665 aldus moet worden uitgelegd, dat het eraan in de weg staat dat een persoon die niet alleen niet heeft deelgenomen aan een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht, maar bovendien geen beroep heeft ingesteld tegen het besluit van de aanbestedende dienst houdende vaststelling van de specificaties van de oproep tot inschrijving, wordt geacht geen belang meer te hebben bij de gunning van die opdracht en dus geen toegang meer heeft tot de beroepsprocedures als bedoeld in genoemde richtlijn.
- 35 Deze vraag moet worden onderzocht aan de hand van de doelstelling van richtlijn 89/665.
- 36 Dienaangaande zij eraan 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 communautaire 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 (zie met name arresten van 28 oktober 1999, Alcatel Austria e.a., C-81/98, Jurispr. blz. I-7671, punten 33 en 34; 12 december 2002, Universale-Bau e.a., C-470/99, Jurispr. blz. I-11617, punt 74, en 19 juni 2003, Fritsch, Chiari & Partner e.a., C-410/01, Jurispr. blz. I-6413, punt 30).
- 37 Vastgesteld moet worden dat wanneer een persoon geen beroep instelt tegen een besluit van de aanbestedende dienst houdende vaststelling van de specificaties van een oproep tot inschrijving, ofschoon hij zich daardoor gediscrimineerd acht omdat zij hem beletten op zinvolle wijze deel te nemen aan de betrokken aanbestedingsprocedure, en de kennisgeving van het besluit tot gunning van de opdracht afwacht vooraleer deze juist op grond van de discriminerende aard van

genoemde specificaties aan te vechten voor de verantwoordelijke instantie, zulks niet beantwoordt aan de doelstellingen van snelheid en doeltreffendheid van richtlijn 89/665.

- 38 Een dergelijke handelwijze belemmert immers de daadwerkelijke toepassing van de communautaire richtlijnen inzake het plaatsen van overheidsopdrachten, omdat zij de instelling van beroepsprocedures, waarvoor de lidstaten ingevolge richtlijn 89/665 moeten zorgen, zonder objectieve reden kan vertragen.
- 39 In deze omstandigheden doet het niet af aan de nuttige werking van genoemde richtlijn, wanneer een persoon die noch heeft deelgenomen aan de aanbestedingsprocedure, noch beroep heeft ingesteld tegen het besluit van de aanbestedende dienst houdende vaststelling van de specificaties van de oproep tot inschrijving, wordt geacht geen belang te hebben bij de gunning van de betrokken opdracht en bijgevolg geen toegang heeft tot de beroepsprocedures als bedoeld in richtlijn 89/665.
- 40 Gelet op hetgeen voorafgaat moet op de eerste en de derde vraag worden geantwoord dat de artikelen 1, lid 3, en 2, lid 1, sub b, van richtlijn 89/665 aldus moeten worden uitgelegd dat zij er niet aan in de weg staan dat een persoon, na de gunning van een overheidsopdracht, wordt geacht geen toegang meer te hebben tot de beroepsprocedures als bedoeld in genoemde richtlijn, wanneer deze persoon niet heeft deelgenomen aan de aanbestedingsprocedure, zulks op grond dat hij wegens gestelde discriminerende specificaties in de aanbestedingsdocumenten, waartegen hij evenwel geen beroep heeft ingesteld vóór de gunning van de opdracht, niet in staat zou zijn geweest de te plaatsen opdracht volledig uit te voeren.

De tweede vraag

- 41 Gelet op de door hem weergegeven feiten in het hoofdgeding, wenst de verwijzende rechter met de tweede vraag in wezen te vernemen of artikel 1, lid 3, van richtlijn 89/665 aldus moet worden uitgelegd, dat het eraan in de weg staat dat een persoon die heeft deelgenomen aan een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht, wordt geacht geen belang meer te hebben bij de gunning van deze opdracht omdat hij, alvorens een beroepsprocedure als bedoeld bij genoemde richtlijn in te leiden, heeft nagelaten een bemiddelingscommissie als de B-VKK te adieren.
- 42 Dienaangaande volstaat het in herinnering te brengen dat het Hof in de punten 31 en 34 van het arrest Fritsch, Chiari & Partner e.a., reeds aangehaald, heeft gesteld dat, hoewel artikel 1, lid 3, van richtlijn 89/665 de lidstaten uitdrukkelijk toestaat om de modaliteiten te regelen volgens welke de in deze richtlijn voorziene beroepsprocedures toegankelijk zijn voor eenieder die belang heeft of heeft gehad bij de gunning van een bepaalde overheidsopdracht en die door een beweerde schending is of dreigt te worden gelaedeerd, dit niet betekent dat zij daarbij aan het begrip „belang bij de gunning van een overheidsopdracht” een uitlegging mogen geven die afbreuk kan doen aan de nuttige werking van deze richtlijn. Het zou in strijd zijn met de doelstellingen van snelheid en doeltreffendheid van deze richtlijn, indien de toegang tot de beroepsprocedures als bedoeld in de richtlijn afhankelijk was van de voorwaarde, dat eerst een bemiddelingscommissie als de B-VKK wordt geadieerd.
- 43 Derhalve moet op de tweede vraag worden geantwoord dat artikel 1, lid 3, van richtlijn 89/665 aldus moet worden uitgelegd, dat het eraan in de weg staat dat een persoon die heeft deelgenomen aan een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht, wordt geacht geen belang meer te hebben bij de gunning van deze opdracht omdat hij, alvorens een beroepsprocedure als bedoeld bij genoemde richtlijn in te leiden, heeft nagelaten een bemiddelingscommissie als de B-VKK te adieren.

Kosten

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

HET HOF VAN JUSTITIE (Zesde kamer),

uitspraak doende op de door het Bundesvergabeamt bij beschikking van 14 mei 2002 gestelde vraag, verklaart voor recht:

- 1) De artikelen 1, lid 3, en 2, lid 1, sub b, 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, moeten aldus worden uitgelegd dat zij er niet aan in de weg staan dat een persoon, na de gunning van een overheidsopdracht, wordt geacht geen toegang meer te hebben tot de beroepsprocedures als bedoeld in genoemde richtlijn, wanneer deze persoon niet heeft deelgenomen aan de aanbestedingsprocedure, zulks op grond dat hij wegens gestelde discriminerende specificaties in de aanbestedingsdocumenten, waartegen hij evenwel geen beroep heeft ingesteld vóór de gunning van de opdracht, niet in staat zou zijn geweest de te plaatsen opdracht volledig uit te voeren.

- 2) Artikel 1, lid 3, van richtlijn 89/665, zoals gewijzigd bij richtlijn 92/50, moet aldus worden uitgelegd dat het eraan in de weg staat dat een persoon die heeft deelgenomen aan een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht, wordt geacht geen belang meer te hebben bij de gunning van deze opdracht omdat hij, alvorens een beroepsprocedure als bedoeld in genoemde richtlijn in te leiden, heeft nagelaten een bemiddelingscommissie te adriëren als de Bundes-Vergabekontrollkommission (federale commissie van toezicht op aanbestedingen) die is opgericht bij het Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz) 1997 (federale wet van 1997 inzake het plaatsen van overheidsopdrachten).

Skouris

Gulmann

Cunha Rodrigues

Puissochet

Schintgen

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 12 februari 2004.

De griffier

De president

R. Grass

V. Skouris