

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL
J. MISCHO
van 25 februari 2003¹

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 werken², 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 (hierna: „richtlijn 89/665”).³

2. Het Bundesvergabeamt wil in het bijzonder weten of deze bepaling aldus moet worden opgevat, dat wanneer een inschrijver niet door de opdrachtgever is uitgesloten, doch naar het oordeel van de beroepsinstantie in de beroepsprocedure onmiskenbaar door de aanbestedende dienst had moeten worden uitgesloten, die inschrijver is gelaedeerd of dreigt te worden gelaedeerd door de door hem gestelde schending.

I — Toepasselijke bepalingen

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, 4 en 6, van richtlijn 89/665 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.

[...]

4. De lidstaten kunnen bepalen dat de verantwoordelijke instantie, wanneer deze beziet of het dienstig is voorlopige maatregelen te treffen, rekening kan houden met de vermoedelijke gevolgen van deze maatregelen voor alle belangen die kunnen zijn geschaad, alsmede met het algemeen belang, en kan besluiten deze maatregelen niet toe te staan wanneer hun negatieve gevolgen groter zouden kunnen zijn dan hun voordelen. Een besluit om geen voorlopige maatregelen toe te staan laat de andere rechten die worden opgeëist door degene die om deze maatregelen verzoekt, onverlet.

[...]

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.

6. § 113 BVergG bepaalt:

„1. Het Bundesvergabeamt is bevoegd om op verzoek recht te spreken in de beroepsprocedure met inachtneming van de bepalingen van het volgende hoofdstuk.

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.

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 wet of van de uitvoeringsbesluiten daarvan de opdracht niet aan de beste inschrijver is gegund. [...]”

B — *Bepalingen van nationaal recht*

7. §115, lid 1, BVergG luidt:

5. Richtlijn 89/665 is in Oostenrijks recht omgezet bij het Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 1997, federale wet van 1997 betreffende het plaatsen van opdrachten, BGBl. I, 1997/56, hierna: „BVergG”).

„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 aan-

bestedende dienst in de aanbestedingsprocedure genomen besluit, voorzover hij door die gestelde onrechtmatigheid schade heeft geleden of dreigt te zullen leiden.”

8. Overeenkomstig artikel II, lid 2, sub C, punt 40 a, van het Einführungsgesetz zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen 1991 (wet van 1991 tot invoering van de wetten inzake administratieve rechtspleging, BGBl. 1991/50) is het Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 (algemene wet van 1991 inzake administratieve rechtspleging, BGBl. 1991/51, hierna: „AVG”) van toepassing op de administratieve procedure voor het Bundesvergabeamt.

II — Het hoofdgeding

9. Bundesimmobiliengesellschaft mbH (BIG) en Wiener Entwicklungsgesellschaft mbH für den Donauraum AG (WED) (hierna: „verweersters”) hebben een aanbesteding in verschillende fasen uitgeschreven met het oog op het verzamelen van bouwontwerpen en het vaststellen van besliscingscriteria voor het gunnen van de algemene planning van de nieuwbouw van de faculteit machinebouw van de TU-Wenen. In de eerste fase van de procedure werd een open wedstrijd gehouden om „belangstellenden te zoeken en ideeën te verzamelen”.

10. Diverse belangstellenden, waaronder Hackermüller, ingenieur-architect, en de vennootschap Dipl.-Ing. Hans Lechner-ZT GmbH (hierna: „Lechner”) dienden projecten in. Tijdens de tweede fase van de procedure, de onderhandelingsfase, werd door het Beratungsgremium (adviescommissie) aanbevolen de procedure op korte termijn voort te zetten met Lechner. Bij brief van 10 februari 1999 werd aan de overige vier tot de onderhandelingsprocedure toegelaten inschrijvers, waaronder Hackermüller, meegedeeld dat de adviescommissie op 8 februari 1999 had besloten hun project niet aan te bevelen.

11. Op 29 maart 1999 heeft Hackermüller bij het Bundesvergabeamt een beroepsprocedure ingesteld overeenkomstig § 113, lid 2, BVerG en onder meer verzocht om nietigverklaring van 1) het besluit van 8 februari 1999 van de adviescommissie en/of verweersters om de inschrijving van een concurrent als voordeligste in aanmerking te nemen en aan te bevelen om de onderhandelingsprocedure op korte termijn met de betrokkene voort te zetten en 2) het besluit om de inschrijvingen niet te selecteren volgens de in het aanbestedingsbericht vastgestelde criteria.

12. Bij beslissing van 31 mei 1999 wees het Bundesvergabeamt alle vorderingen van Hackermüller af wegens het ontbreken van procesbevoegdheid aangezien zijn in-

schrijving reeds in de eerste fase van de procedure had moeten worden uitgesloten volgens § 52, lid 1, punt 8, BVergG.

13. Ter motivering van zijn beslissing stelde het Bundesvergabeamt om te beginnen dat een ondernemer slechts beroep kan instellen krachtens § 115, lid 1, BVergG indien hij schade of een ander nadeel kan lijden. Voorts herinnerde het eraan dat de aanbestedende dienst volgens § 52, lid 1, punt 8, BVergG, alvorens een offerte te selecteren, op basis van het resultaat van het onderzoek van de inschrijvingen de met de aanbestedingsvoorwaarden strijdige of onvolledige en onjuiste inschrijvingen onverwijld dient uit te sluiten indien deze gebreken niet zijn gecorrigeerd dan wel niet kunnen worden gecorrigeerd.

14. Vervolgens wees het Bundesvergabeamt erop dat punt 1.6.7 van het aanbestedingsbericht met betrekking tot de uitsluiting van een project van de gunningsprocedure uitdrukkelijk verwijst naar § 36, lid 4, van de Wettbewerbsordnung der Architekten (mededingingscode voor architecten; hierna: „WOA”), volgens welke het betrokken project moet worden uitgesloten wanneer er een uitsluitingsgrond in de zin van § 8 WOA is, en dat volgens § 8, lid 1, sub d, onder meer van deelneming aan architectenwedstrijden zijn uitgesloten, degenen die op basis van de vermeldingen in hun dossier kunnen worden geïdentificeerd.

15. Ten slotte stelde het Bundesvergabeamt vast dat Hackermüller, door het opgeven van zijn naam onder de rubriek „voorzienere organisatie van de algemene planning”, viel onder de uitsluitingsgrond van § 8, lid 1, sub d, WOA, zodat zijn project overeenkomstig § 52, lid 1, punt 8, BVergG juncto § 36, lid 4, WOA had moeten worden uitgesloten. Het besliste derhalve dat het project van Hackermüller niet meer in aanmerking kon komen voor de gunning van de opdracht, zodat Hackermüller niet kon worden gelaedeerd door eventuele schendingen van het beginsel van de beste inschrijver en van de regels van de onderhandelingsprocedure, en dus niet gerechtigd was om de gestelde onrechtmatigheden aan te voeren.

16. Op 7 juli 1999 heeft Hackermüller bij het Verfassungsgerichtshof (Oostenrijks constitutioneel Hof) beroep tot nietigverklaring van het besluit van het Bundesvergabeamt van 31 mei 1999 ingesteld. In zijn arrest van 14 maart 2001 (B 1137/99-9) oordeelde het Verfassungsgerichtshof onder verwijzing naar een eerder arrest van 8 maart 2001 (B707/00) dat het, geleid op de in de rechtspraak van het Hof⁴ aanvaarde ruime uitlegging van het recht om op grond van artikel 1, lid 3, van richtlijn 89/665 een beroepsprocedure in te leiden, twijfelachtig is of de in de §§ 115, lid 1, juncto 52, lid 1, BVergG gestelde voorwaarden voor het instellen van een beroepsprocedure aldus kunnen worden uitgelegd

4 — Zie met name arresten van 17 september 1997, Dorsch Consult, (C-54/96, Jurispr. blz. I-4961, punt 46), en 28 oktober 1999, Alcatel Austria e.a. (C-81/98, Jurispr. blz. I-7671, punten 34 en 35).

dat een inschrijver die in feite niet door de aanbestedende dienst is uitgesloten, door de geadieerde instantie van de beroepsprocedure kan worden uitgesloten door afwijzing van zijn verzoek om rechtsbescherming, wanneer deze instantie in limine litis vaststelt dat er een grond tot uitsluiting van de inschrijver bestond. Het Verfassungsgerichtshof vernietigde derhalve de aangevochten beslissing van het Bundesvergabeamt wegens schending van het grondwettelijke recht op een procedure bij de door de wet aangewezen rechter, daar het Bundesvergabeamt krachtens artikel 234, derde alinea, EG hierover een prejudiciële vraag aan het Hof had moeten voorleggen.

- 2) Indien de eerste vraag ontkennend wordt beantwoord:

Moet deze bepaling aldus worden opgevat, dat wanneer een inschrijver niet door de opdrachtgever is uitgesloten, doch naar het oordeel van de beroepsinstantie in de beroepsprocedure onmiskenbaar door de aanbestedende dienst had moeten worden uitgesloten, die inschrijver is gelaedeerd of dreigt te worden gelaedeerd door de door hem gestelde schending — in casu het besluit van de aanbestedende dienst om de inschrijving van een concurrent als de voordeligste te beschouwen — zodat hij gebruik moet kunnen maken van de beroepsprocedure?”

III — De prejudiciële vragen

17. Derhalve heeft het Bundesvergabeamt bij beschikking van 25 juni 2001 besloten het Hof de volgende prejudiciële vragen te stellen:

IV — Analyse

A — De bevoegdheid van het Hof om de door het Bundesvergabeamt gestelde vragen te beantwoorden

- „1) Moet artikel 1, lid 3, van richtlijn 89/665 [...] aldus worden uitgelegd, dat eenieder die in aanmerking wenst te komen voor de gunning van een overheidsopdracht, een beroepsprocedure kan inleiden?

18. Om te beginnen moet worden stilgestaan bij een vraag die in de recente

rechtspraak⁵ is behandeld, namelijk of het Bundesvergabeamt een rechterlijke instantie is in de zin van artikel 234 EG.

19. Deze vraag is met name door de Commissie in de reeds aangehaalde zaak Felix Swoboda opgeworpen naar aanleiding van de verwijzingsbeschikking van het Bundesvergabeamt van 11 juli 2001 in de zaak Siemens en Arge Telekom & Partner⁶, waarin die laatste instantie had erkend dat haar beslissingen „geen voor tenuitvoerlegging vatbare bevelen aan de aanbestedende dienst”⁷ bevatten.

20. In die zaak Felix Swoboda, waarin het Bundesvergabeamt zijn bevoegdheden uitoefende in de periode *na* de gunning van de opdracht, heeft het Hof het Bundesvergabeamt als een rechterlijke instantie in de zin van artikel 234 EG aangemerkt.

21. In de punten 27 en 28 van het betrokken arrest was het Hof namelijk van oordeel dat:

„[...] het hoofdgeding betrekking [heeft] op de periode na de gunningsprocedure. Vaststaat dat naar Oostenrijks recht zowel partijen als de burgerlijke rechter bij wie gedurende deze periode een verzoek om schadevergoeding wordt ingediend, in elk geval gebonden zijn aan de vaststellingen van het Bundesvergabeamt.

In deze omstandigheden kan het dwingend karakter van de beslissing van het Bundesvergabeamt in het hoofdgeding niet ter discussie worden gesteld.”

22. De vraag die nu rijst is of deze conclusie ook geldt voor de onderhavige zaak, waarin het Bundesvergabeamt zijn bevoegdheden uitoefent in de periode *voor* de gunning van de opdracht.

23. Volgens mij is dat ontegenzeggelijk het geval.

24. Anders dan de periode na de gunning van de opdracht, waarin het Bundesvergabeamt krachtens § 113, lid 3, BVerG bevoegd is om „*vast te stellen* of [...] de opdracht niet aan de beste inschrijver is gegund”, wordt de periode *vóór* die gunning gekenmerkt door het feit dat het

5 — Zie arrest van 14 november 2002, Felix Swoboda (C-411/00, Jurispr. blz. I-10567), de conclusie van advocaat-generaal Léger in de zaak Mannesmann Anlagenbau Austria e.a. (arrest van 15 januari 1998, C-44/96, Jurispr. blz. I-73), mijn conclusie van 18 april 2002 in de reeds aangehaalde zaak Felix Swoboda, alsook de conclusie van advocaat-generaal Geelhoed van 10 oktober 2002 in de zaak GAT (C-315/01), arrest van 19 juni 2003, Jurispr. blz. I-6351, blz. I-6354).

6 — C-314/01, aanhangig bij het Hof.

7 — Arrest Felix Swoboda, reeds aangehaald, punt 25.

Bundesvergabeamt krachtens § 113, lid 2, BVerG bevoegd is om „1) voorlopige maatregelen te nemen, en 2) onrechtmatige besluiten van de aanbestedende dienst van de opdrachtgever nietig te verklaren”.

25. Heeft de bevoegdheid tot „vaststellen” al een dwingend karakter, dan lijkt mij dat a fortiori te gelden voor de bevoegdheid om voorlopige maatregelen te nemen en onrechtmatige besluiten nietig te verklaren.

26. Het Bundesvergabeamt is dus een rechterlijke instantie in de zin van artikel 234 EG. Het Hof is dan ook bevoegd de door hem gestelde prejudiciële vragen te beantwoorden.

B — *De eerste prejudiciële vraag*

27. Met de eerste prejudiciële vraag wil het Bundesvergabeamt weten of artikel 1, lid 3, van richtlijn 89/665 aldus moet worden uitgelegd, dat eenieder die een overheidsopdracht wenst binnen te halen, een beroepsprocedure kan inleiden.

28. Hacker Müller stelt voor deze vraag bevestigend te beantwoorden, want volgens hem lijdt eenieder die wordt uitgesloten van de gunningsprocedure schade.

29. Verweersters, de Oostenrijkse en de Italiaanse regering en de Commissie stellen daarentegen voor de eerste vraag in wezen ontkennend te beantwoorden.

30. Ik sluit mij daarbij aan.

31. Uit de bewoordingen van artikel 1, lid 3, van richtlijn 89/665 volgt namelijk duidelijk dat de beroepsprocedures „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 gelaedeerd of dreigt te worden gelaedeerd”.⁸

32. Richtlijn 89/665 staat dus de lidstaten toe om de toegang tot beroepsprocedures aan twee cumulatieve voorwaarden te onderwerpen, namelijk ten eerste het belang van een inschrijver bij de gunning van een overheidsopdracht, en ten tweede de omstandigheid dat hij is gelaedeerd of dreigt te worden gelaedeerd.

⁸ — Cursivering van mij.

33. Daarom is de Commissie terecht van mening dat „[h]et enkele belang bij de gunning van een opdracht op zich niet voldoende is”.

34. Deze uitlegging wordt overigens, zoals de Oostenrijkse regering terecht opmerkt, gestaafd door de ontstaansgeschiedenis van richtlijn 89/665.

35. Waar het op 1 juli 1987 door de Commissie voorgelegde voorstel voor een richtlijn (87/C 230/05) van de Raad 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 ⁹, geen bepaling bevatte over de hoedanigheid van degene die een beroepsprocedure mocht inleiden, gaf artikel 1 van het gewijzigde voorstel van 25 november 1988 ¹⁰ daarentegen wel aan dat „iedere aannemer of leverancier die deelneemt aan een procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen of voor de uitvoering van werken en iedere bevoegde derde” de beroepsprocedure moest kunnen instellen.

36. Daar deze formulering echter niet in richtlijn 89/665 is gehandhaafd, moet wor-

den geconcludeerd dat de Raad welbewust de lidstaten heeft willen toestaan om het instellen van beroepsprocedures afhankelijk te stellen van beide hierboven vermelde voorwaarden.

37. Ik stel daarom voor op de eerste prejudiciële vraag te antwoorden dat artikel 1, lid 3, van richtlijn 89/665 aldus moet worden uitgelegd dat eenieder die belang heeft of heeft gehad bij de gunning van een overheidsopdracht, een beroepsprocedure moet kunnen inleiden, voorzover hij bovendien is gelaedeerd of dreigt te worden gelaedeerd door de gestelde schending.

C — *De tweede prejudiciële vraag*

38. Aangezien ik voorstel de eerste vraag ontkennend te beantwoorden, moet ik nu ook de tweede vraag behandelen. Daarin vraagt het Bundesvergabeamt of artikel 1, lid 3, van richtlijn 89/665 aldus moet worden opgevat, dat wanneer een inschrijver niet door de opdrachtgever is uitgesloten, doch naar het oordeel van de beroepsinstantie in de beroepsprocedure onmiskenbaar door de aanbestedende dienst had moeten worden uitgesloten, die inschrijver is gelaedeerd of dreigt te worden gelaedeerd door de door hem gestelde schending — in casu het besluit van de aanbestedende dienst om de inschrijving van een concurrent als de voordeligste te beschouwen — zodat hij gebruik moet kunnen maken van de beroepsprocedure.

⁹ — PB C 230, blz. 6.

¹⁰ — PB 1989, C 15, blz. 8.

39. Hackermüller meent dat indien de eerste vraag ontkennend wordt beantwoord, de tweede vraag in elk geval bevestigend moet worden beantwoord, omdat anders een inschrijver nooit een beroepsprocedure kan inleiden wanneer hij door de aanbestedende dienst om welke redenen dan ook is uitgesloten.

40. Verweersters, de Oostenrijkse regering en de Commissie stellen daarentegen voor, deze vraag ontkennend te beantwoorden. De opmerkingen van de Italiaanse regering kunnen aldus worden begrepen dat ook deze regering voorstelt de vraag ontkennend te beantwoorden, op voorwaarde althans dat het Bundesvergabeamt kan worden beschouwd als een rechterlijke instantie.

41. Zij beroepen zich daarbij op de doelstelling van de beroepsprocedure, de nuttige werking van richtlijn 89/665 en het beginsel van gelijke behandeling, die zich ertegen zouden verzetten dat aan een verzoeker een opdracht dan wel schadevergoeding wordt toegekend wanneer hij zelf niet aan de voorwaarden van de aanbesteding voldoet of de bepalingen op het gebied van overheidsopdrachten heeft geschonden.

42. Om te beginnen dient te worden vastgesteld dat het Bundesvergabeamt in zijn beslissing van 31 mei 1999 ervan uitging dat Hackermüller geen beroep kon instellen, omdat zijn inschrijving reeds in de eerste fase van de procedure had moeten

worden uitgesloten ingevolge § 52, lid 1, punt 8, BVerG.¹¹

43. Met zijn prejudiciële vraag wil het Bundesvergabeamt dus in wezen weten of richtlijn 89/665 en meer in het bijzonder artikel 1 ervan, zich verzet tegen een bepaling van nationaal recht als de door hem toegepaste.

44. Zoals de Oostenrijkse regering echter terecht in haar schriftelijke opmerkingen stelt, „[...] bevat de beroepsrichtlijn geen bepaling aangaande de door de betrokken beroepsinstantie toe te passen beoordelingscriteria. [...] Het is daarom aan de lidstaten om de vereiste bepalingen vast te stellen, die ontegenzeggelijk in overeenstemming dienen te zijn met de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht, zoals de plicht tot transparantie en het verbod van discriminatie. Die bepalingen mogen ook niet in strijd zijn met de doelstelling van de beroepsrichtlijn [...].”

45. In diezelfde zin oordeelde het Hof aangaande een onderwerp dat niet specifiek door richtlijn 89/665 wordt geregeld — namelijk de bepaling van het beslissende tijdstip voor de beoordeling van de wettigheid van het besluit tot intrekking van de aanbesteding — dat dit tijdstip door de interne rechtsorde van elke lidstaat dient te

11 — Zie boven, punt 12.

worden bepaald, „[...] mits de toepasselijke nationale voorschriften niet ongunstiger zijn dan die welke voor soortgelijke verordeningen krachtens nationaal recht gelden (gelijkwaardigheidsbeginsel) en de uitoefening van de door de communautaire rechtsorde verleende rechten in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk maken (effectiviteitsbeginsel) (zie, naar analogie, arresten van 20 september 2001, Banks, C-390/98, Jurispr. blz. I-6117, punt 121, en Courage en Crehan, C-453/99, Jurispr. blz. I-6297, punt 29).”¹²

46. Derhalve rijst de vraag of de hierboven genoemde, door het Bundesvergabeamt in zijn beslissing van 31 mei 1999 toegepaste bepaling de uitoefening van de door de communautaire rechtsorde verleende rechten in de praktijk al dan niet onmogelijk of uiterst moeilijk maakt.¹³

47. Dienaangaande wil ik verwijzen naar een overweging in het arrest van het Verfassungsgerichtshof van 8 maart 2001¹⁴, die de Oostenrijkse regering heeft weergegeven als volgt: „[...] er bestaat onzekerheid over de vraag of het gemeenschapsrechtelijk toelaatbaar is — zoals in de doctrine wordt gesteld — om de rechts-

bescherming van de inschrijver in het hoofdgeding te ‚vermindere[n]’, *daar die laatste geen beroepsmogelijkheid heeft tegen het besluit tot uitsluiting dat het Bundesvergabeamt in plaats van de opdrachtgever heeft genomen*”.¹⁵

48. Mocht de inschrijver op grond van het betrokken criterium inderdaad geen beroepsmogelijkheid hebben tegen een beslissing die een besluit tot uitsluiting blijkt te zijn, dan zou ik van mening zijn dat dit criterium de uitoefening van de door de communautaire rechtsorde en meer in het bijzonder richtlijn 89/665 verleende rechten uiterst moeilijk maakt.

49. Het lijkt namelijk geen twijfel dat een besluit tot uitsluiting van een inschrijver een besluit is in de zin van artikel 1, lid 1, van richtlijn 89/665, waartegen beroep moet openstaan.

50. Volgens vaste rechtspraak voorziet artikel 1, lid 1, van richtlijn 89/665 in geen enkele beperking ter zake van de aard en inhoud van de daarin bedoelde besluiten.¹⁶ In zijn conclusie van 7 februari 2002 in de

12 — Arrest van 18 juni 2002, HI (C-92/00, Jurispr. blz. I-5553, punt 67). Zie in dezelfde zin arrest van 12 december 2002, Universale-Bau e.a. (C-470/99, Jurispr. blz. I-11617, punt 72).

13 — Aangenomen wordt dat er geen verschil in behandeling is tussen beroepsprocedures in de zin van richtlijn 89/665 en soortgelijke nationale beroepsprocedures.

14 — Zie boven, punt 16.

15 — Cursivering van mij.

16 — Zie reeds aangehaalde arresten Alcatel Austria e.a., punt 35, en HI, punt 49.

zaak Santex¹⁷ leidt advocaat-generaal Alber hieruit af dat het besluit tot uitsluiting een besluit is waartegen beroep in de zin van richtlijn 89/665 moet openstaan.¹⁸

51. Is het echter juist om in een situatie als die van het hoofdgeding te stellen dat „de inschrijver geen beroepsmogelijkheid heeft tegen het besluit tot uitsluiting dat het Bundesvergabeamt in plaats van de opdrachtgever heeft genomen”?

52. Volgens mij hangt alles af van de vraag of de beroepsinstantie na een procedure op tegenspraak, dat wil zeggen na de inschrijver de mogelijkheid te hebben gegeven zich uit te spreken over de reden van een eventuele uitsluiting, tot de conclusie is gekomen dat de inschrijver had moeten worden uitgesloten.

53. Uit artikel 2, lid 8, van richtlijn 89/665, volgens hetwelk „[...] de onafhankelijke instantie [...] haar besluiten [neemt] na een procedure op tegenspraak [...]”, blijkt namelijk dat dit tegensprekelijke karakter een wezenlijk kenmerk vormt van een beroepsprocedure in de zin van richtlijn 89/665.

17 — C-327/00, (arrest van 27 februari 2003, Jurispr. blz. I-1877, blz. I-1879).

18 — Zie punten 80-86 van de reeds aangehaalde conclusie van advocaat-generaal Alber.

54. Ook wanneer de beroepsinstantie na een procedure op tegenspraak tot de hierboven genoemde conclusie komt, blijft het echter nog steeds de vraag of het Bundesvergabeamt ambtshalve de schending van een verplichting als die om de eigen anonimiteit niet prijs te geven, in aanmerking kan nemen.

55. Het lijkt volgens mij geen twijfel dat, in het hypothetische geval dat de aanbestedende dienst eerst de inschrijving van Hackermüller had verkozen en een andere inschrijver, die op de hoogte was van een eventuele schending door Hackermüller van de anonimiteitsverplichting, beroep had ingesteld wegens schending door de aanbestedende dienst van de geldende regels inzake overheidsopdrachten, het Bundesvergabeamt had kunnen besluiten dat Hackermüller van de aanbestedingsprocedure had moeten worden uitgesloten, *zonder dat de aanbestedende dienst dit tevoren had vastgesteld.*

56. Het enige verschil tussen deze situatie en die van het hoofdgeding is dus dat de schending van de anonimiteitsregel in het eerste geval door een partij wordt aangevoerd, terwijl zij in het tweede geval ambtshalve door de beroepsinstantie wordt opgeworpen.

57. Ik deel in deze de mening van advocaat-generaal Geelhoed in zijn conclusie van

10 oktober 2002 in de zaak GAT¹⁹, dat „[r]ichtlijn 89/665 [...] niet [verbiedt] dat de instantie die bevoegd is voor de uitvoering van de beroepsprocedures [...] ambtshalve en onafhankelijk van de door partijen in de beroepsprocedure aangevoerde middelen relevante omstandigheden in aanmerking kan nemen”.²⁰

58. Een dergelijke aanpak lijkt mij overigens zowel in overeenstemming met de doelstelling van richtlijn 89/665 als met het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers.

59. Wat de doelstelling betreft, moet erop worden gewezen dat „[...] artikel 1, lid 1, van richtlijn 89/665 de lidstaten de verplichting [oplegt], ervoor te zorgen dat *doeltreffend en zo snel mogelijk beroep* kan worden ingesteld, teneinde de inachtneming van de gemeenschapsrichtlijnen inzake overheidsopdrachten te verzekeren.”²¹

60. Het lijkt mij echter in strijd met deze doelstelling dat doeltreffend en zo snel mogelijk beroep kan worden ingesteld, indien in een situatie als de onderhavige de beroepsinstantie verplicht werd te wachten totdat een van de partijen haar een door haarzelf onderkend probleem betreffende de rechtmatigheid van de aanbesteding voorlegt.

61. Wat de gelijke behandeling van de inschrijvers betreft — de hoofddoelstelling van de richtlijnen inzake overheidsopdrachten²² — deze brengt mee dat alle inschrijvers er recht op hebben dat hun eigen offerte alsook die van de andere inschrijvers worden behandeld met inachtneming van de aanbestedingsvoorwaarden en de voor overheidsopdrachten geldende voorschriften.

62. Daarom kan de gunning niet aan een inschrijver worden verleend als hij zelf niet voldoet aan de aanbestedingsvoorwaarden of de voor overheidsopdrachten geldende voorschriften heeft geschonden. Hieraan wordt niet afgedaan door het feit dat, zoals Hacker Müller ter terechtzitting heeft aangevoerd, andere inschrijvers eventueel ook inbreuken hebben gepleegd, omdat een inschrijver niet kan stellen dat hij de dupe is van een discriminatie met het argument dat andere inschrijvers profijt trekken uit een onrechtmatigheid.

63. Dat de beroepsinstantie die inbreuk ambtshalve kan opwerpen, lijkt overigens vanuit het oogpunt van het beginsel van gelijke behandeling temeer gerechtvaardigd daar, zoals de Oostenrijkse regering terecht opmerkt, de inschrijvers meestal niet weten of er gronden zijn om hun concurrenten van de aanbesteding uit te sluiten.

19 — C-315/01, reeds aangehaald in voetnoot 5.

20 — Punt 67, voorgesteld antwoord 1, sub a, in de reeds aangehaalde conclusie van advocaat-generaal Geelhoed.

21 — Arrest Alcatel Austria e.a., reeds aangehaald, punt 34. Zie ook reeds aangehaalde arresten HI, punt 52, en Univer-sale-Bau, punt 74. Cursivering van mij.

22 — Arrest van 17 september 2002, Concordia Bus Finland (C-315/99, Jurispr. blz. I-7213).

64. Ik ben daarom van mening dat een nationale bepaling volgens welke een verzoeker geen beroep mag instellen op grond dat zijn inschrijving reeds door de aanbestedende dienst had moeten worden uitgesloten, de uitoefening van de door de communautaire rechtsorde verleende rechten in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk maakt, voorzover de verzoeker zich tevoren over de gestelde uitsluitingsgrond heeft kunnen uitspreken.

65. Wordt hem daarentegen die mogelijkheid niet verleend, dan is de beslissing van de beroepsinstantie in feite een besluit tot uitsluiting waartegen geen beroep mogelijk is, hetgeen in strijd zou zijn met richtlijn 89/665.

66. Ik stel daarom voor op de tweede prejudiciële vraag te antwoorden dat artikel 1, lid 3, van richtlijn 89/665 zich er niet tegen verzet dat wanneer een inschrijver niet door de opdrachtgever is uitgesloten, doch naar het oordeel van de beroepsinstantie onmiskenbaar door de aanbestedende dienst had moeten worden uitgesloten, die inschrijver geacht wordt niet te zijn gelaedeerd door de door hem gestelde schending — in casu het besluit van de aanbestedende dienst om de inschrijving van een concurrent als de voordeligste te beschouwen —, voorzover de aan de inschrijver tegengeworpen uitsluitingsgrond in een procedure op tegenspraak aan de orde is gesteld.

V — Conclusie

67. Gelet op het bovenstaande, geef ik het Hof in overweging te antwoorden als volgt:

— op de eerste prejudiciële vraag:

„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, moet aldus worden uitgelegd dat eenieder die belang heeft of heeft gehad bij de gunning van een overheidsopdracht, de beroepsprocedures moet kunnen inleiden, voorzover hij bovendien is gelaedeerd of dreigt te worden gelaedeerd door de gestelde schending.”

— op de tweede prejudiciële vraag:

„Artikel 1, lid 3, van richtlijn 89/665, zoals gewijzigd bij richtlijn 92/50/EEG, verzet zich er niet tegen dat wanneer een inschrijver niet door de opdrachtgever is uitgesloten, doch naar het oordeel van de beroepsinstantie onmiskenbaar door de aanbestedende dienst had moeten worden uitgesloten, die inschrijver geacht wordt niet te zijn gelaedeerd door de door hem gestelde schending — in casu het besluit van de aanbestedende dienst om de inschrijving van een concurrent als de voordeligste te beschouwen —, voorzover de aan de inschrijver tegengeworpen uitsluitingsgrond in een procedure op tegenspraak aan de orde is gesteld.”