

FABRICOM

ARREST VAN HET HOF (Tweede kamer)

3 maart 2005 *

In de gevoegde zaken C-21/03 et C-34/03,

betreffende verzoeken om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 234 EG, ingediend door de Raad van State (België), bij beslissingen van 27 december 2002, ingekomen bij het Hof op respectievelijk 29 en 22 januari 2003, in de procedures

Fabricom NV

tegen

Belgische Staat,

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE (Tweede kamer),

samengesteld als volgt: C. W. A. Timmermans (rapporteur), kamerpresident, C. Gulmann, J.-P. Puissochet, N. Colneric en J. N. Cunha Rodrigues, rechters,

advocaat-generaal: P. Léger,

griffier: R. Grass,

* Procestaal: Frans.

gezien de stukken,

gelet op de opmerkingen van:

- Fabricom NV, vertegenwoordigd door J. Vanden Eynde en J.-M. Wolter, advocats,
- de Oostenrijkse regering, vertegenwoordigd door M. Fruhmann als gemachtigde,
- de Finse regering, vertegenwoordigd door T. Pynnä als gemachtigde,
- de Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door K. Wiedner en B. Stromsky als gemachtigden,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 11 november 2004,

het navolgende

Arrest

¹ De verzoeken om een prejudiciële beslissing betreffen de uitlegging van 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), zoals gewijzigd bij richtlijn 97/52/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 oktober 1997 (PB L 328, blz. 1; hierna: „richtlijn 92/50”), in het bijzonder artikel 3, lid 2, ervan, van richtlijn 93/36/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen (PB L 199, blz. 1), zoals gewijzigd bij richtlijn 97/52 (hierna: „richtlijn 93/36”), in het bijzonder artikel 5, lid 7, ervan, van richtlijn 93/37/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken (PB L 199, blz. 54), zoals gewijzigd bij richtlijn 97/52 (hierna: „richtlijn 93/37”), in het bijzonder artikel 6, lid 6, ervan, alsmede 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 (PB L 199, blz. 84), zoals gewijzigd bij richtlijn 98/4/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 februari 1998 (PB L 101, blz. 1; hierna: „richtlijn 93/38”), in het bijzonder artikel 4, lid 2, ervan, in samenhang met het evenredigheidsbeginsel, de vrijheid van handel en nijverheid en het eigendomsrecht. De verzoeken betreffen bovendien de uitlegging 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), in het bijzonder de artikelen 2, lid 1, sub a, en 5 ervan, alsmede 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 (PB L 76, blz. 14), in het bijzonder de artikelen 1 en 2 ervan.

- 2 Deze verzoeken zijn ingediend in het kader van een geding tussen Fabricom NV (hierna: „Fabricom”) en de Belgische Staat betreffende de rechtmatigheid van nationale bepalingen die, onder bepaalde voorwaarden, eraan in de weg staan dat een persoon die in het kader van een overheidsopdracht met voorbereidende werkzaamheden is belast, of een onderneming die gebonden is aan die persoon, deelneemt aan die opdracht.

Het rechtskader

De communautaire regeling

- 3 Artikel VI, lid 4, van de Overeenkomst inzake overheidsopdrachten, die als bijlage is gevoegd bij besluit 94/800/EG van de Raad van 22 december 1994 betreffende de sluiting, namens de Europese Gemeenschap voor wat betreft de onder haar bevoegdheid vallende aangelegenheden, van de uit de multilaterale handelsbesprekingen in het kader van de Uruguayronde (1986-1994) voortvloeiende overeenkomsten (PB L 336, blz. 1; hierna: „Overeenkomst inzake overheidsopdrachten”), bepaalt:

„De instanties onthouden zich ervan, bij het opstellen van specificaties voor een bepaalde opdracht, op een manier die de mededinging zou uitschakelen advies te vragen of te aanvaarden van een onderneming die een commercieel belang zou kunnen hebben bij de opdracht.”

- 4 Artikel 3, lid 2, van richtlijn 92/50 luidt als volgt:

„De aanbestedende diensten zorgen ervoor dat tussen verschillende dienstverleners niet wordt gediscrimineerd.”

- 5 Artikel 5, lid 7, van richtlijn 93/36 bepaalt:

„De aanbestedende diensten zorgen ervoor dat er geen discriminatie tussen leveranciers plaatsvindt.”

6 Artikel 6, lid 6, van richtlijn 93/37 luidt als volgt:

„De aanbestedende diensten zorgen ervoor dat er geen discriminatie tussen leveranciers plaatsvindt.”

7 Artikel 4, lid 2, van richtlijn 93/38 bepaalt:

„De aanbestedende diensten zorgen ervoor dat er geen discriminatie tussen leveranciers, aannemers of dienstverrichters plaatsvindt.”

8 In de tiende overweging van de considerans van richtlijn 97/52, waarvan de bewoordingen in wezen overeenkomen met die van de dertiende overweging van de considerans van richtlijn 98/4, wordt verklaard dat:

„[...] de aanbestedende instanties bij het opstellen van specificaties voor een bepaalde opdracht advies mogen vragen of aanvaarden, mits een dergelijk advies niet leidt tot uitschakeling van de mededinging”.

9 Artikel 2 van richtlijn 89/665 bepaalt:

„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;

[...]"

10 Artikel 1 van richtlijn 92/13 bepaalt:

„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 90/531/EEG; en
- b) de inachtneming van artikel 3, lid 2, sub 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.”

11 Artikel 2 van richtlijn 92/13 bepaalt:

„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 erkenningsstelsel, 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 sub 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;

[...]"

De nationale regeling

- 12 Artikel 32 van het koninklijk besluit van 25 maart 1999 tot wijziging van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken (*Belgisch Staatsblad* van 9 april 1999, blz. 11690; hierna: „koninklijk besluit van 25 maart 1999 tot wijziging van het koninklijk besluit van 8 januari 1996”) bepaalt:

„[...]”

§1. Mag geen aanvraag tot deelneming aan of offerte voor een overheidsopdracht voor aanneming van werken, leveringen of diensten indienen, de persoon die belast geweest is met het onderzoek, de proeven, de studie of de ontwikkeling van die werken, leveringen of diensten.

§2. De onderneming die gebonden is aan een persoon bedoeld in § 1, mag geen aanvraag tot deelneming of geen offerte indienen, behalve wanneer zij het bewijs levert dat zij daardoor geen ongerechtvaardigd voordeel geniet dat de normale mededingingsvoorwaarden kan vervalsen.

In de zin van dit artikel verstaat men onder ‚gebonden onderneming’ elke onderneming waarop de persoon bedoeld in § 1 rechtstreeks of onrechtstreeks een overheersende invloed kan uitoefenen, of elke onderneming die een overheersende invloed kan uitoefenen op deze persoon of die, zoals deze laatste, onderworpen is aan de overheersende invloed van een andere onderneming omwille van eigendom, financiële deelneming of op haar van toepassing zijnde voorschriften. De overheersende invloed wordt vermoed wanneer een onderneming, rechtstreeks of onrechtstreeks, ten opzichte van een andere onderneming:

- 1° de meerderheid van het geplaatste kapitaal van de onderneming bezit, of;
- 2° beschikt over de meerderheid van de stemmen die verbonden zijn aan de door de onderneming uitgegeven aandelen, of;
- 3° meer dan de helft van de leden van het bestuurs-, leidinggevend of toezichthoudend orgaan van de onderneming kan aanwijzen.

De aanbestedende overheid dient, vooraleer zij eventueel een onderneming uitsluit wegens het ongerechtvaardigde voordeel dat deze vermoed wordt te genieten, deze onderneming per aangetekende brief uit te nodigen om binnen een termijn van twaalf kalenderdagen, tenzij, in voorkomend geval, de uitnodiging een langere termijn toestaat, rechtvaardigingen te leveren die met name betrekking hebben op haar bindingen, haar zelfstandigheidsgraad en op elke omstandigheid die het mogelijk maakt om vast te stellen dat de overheersende invloed niet bestaat of geen invloed heeft op de beschouwde opdracht.

§ 3. Paragrafen 1 en 2 zijn niet van toepassing op:

- 1° de overheidsopdrachten die tegelijkertijd betrekking hebben op het opmaken van een ontwerp en zijn uitvoering;
- 2° de gevallen van onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking bij de aanvang van de procedure in de zin van artikel 17, § 2, van de wet.”

- 13 Artikel 26 van het koninklijk besluit van 25 maart 1999 tot wijziging van het koninklijk besluit van 10 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten in de sectoren water, energie, vervoer en telecommunicatie (*Belgisch Staatsblad* van 28 april 1999, blz. 14144; hierna: „koninklijk besluit van 25 maart 1999 tot wijziging van het koninklijk besluit van 10 januari 1996”) is in wezen in dezelfde bewoordingen geformuleerd als artikel 32 van het koninklijk besluit van 25 maart 1999 tot wijziging van het koninklijk besluit van 8 januari 1996.

Het hoofdgeding en de prejudiciële vragen

- 14 Fabricom is een aannemingsbedrijf dat regelmatig offerten voor overheidsopdrachten indient, met name in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie.

Zaak C-21/03

- 15 Bij een op 25 juni 1999 bij de Raad van State ingediend verzoekschrift heeft Fabricom nietigverklaring gevorderd van artikel 26 van het koninklijk besluit van 25 maart 1999 tot wijziging van het koninklijk besluit van 10 januari 1996.
- 16 Zij stelt dat deze bepaling met name in strijd is met het beginsel van gelijke behandeling van alle inschrijvers, het beginsel dat doeltreffend beroep in rechte moet kunnen worden ingesteld, zoals gewaarborgd door richtlijn 92/13, het evenredigheidsbeginsel, de vrijheid van handel en nijverheid, alsmede het eigendomsrecht als bedoeld in artikel 1 van het aanvullend protocol bij het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, dat op 4 november 1950 te Rome is ondertekend.

- 17 De Belgische Staat betwist de door Fabricom aangevoerde middelen.
- 18 Met betrekking tot artikel 26 van het koninklijk besluit van 25 maart 1999 tot wijziging van het koninklijk besluit van 10 januari 1996 verklaart de Raad van State dat, volgens de aanhef van dit koninklijk besluit van 25 maart 1999 en volgens het Verslag aan de Koning dat eraan voorafgaat, deze bepaling tot doel heeft, te verhinderen dat een persoon die een overheidsopdracht wil krijgen, een met de vrije mededinging strijdig voordeel geniet dankzij onderzoek, proeven, studie of ontwikkeling van werken, leveringen of diensten met betrekking tot een dergelijke opdracht.
- 19 Volgens de Raad van State verzet deze bepaling zich algemeen en zonder onderscheid tegen deelname aan de opdracht of het indienen van offerten door de persoon die met dat onderzoek, die proeven, die studie of die ontwikkeling belast is geweest, en derhalve ook door de onderneming die geacht wordt aan die persoon gebonden te zijn. Bovendien biedt de bepaling aan deze persoon, in tegenstelling tot wat voor de gebonden onderneming geldt, geen enkele mogelijkheid om aan te tonen dat hij in de omstandigheden van het concrete geval door geen van deze bezigheden een voordeel geniet dat de gelijkheid van de inschrijvers zou kunnen verstoren. Zij voorziet evenmin uitdrukkelijk in een verplichting voor de aanbestedende overheid om zich binnen een bepaalde termijn uit te spreken over de door de gebonden onderneming gegeven rechtvaardigingen dat de overheersende invloed niet bestaat of geen invloed heeft op de beschouwde opdracht.
- 20 Van oordeel dat voor de oplossing van het bij hem aanhangig gemaakte geding de uitlegging is vereist van een aantal bepalingen van de richtlijnen inzake overheidsopdrachten, heeft de Raad van State de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen gesteld:
- „1) Verzetten richtlijn 93/38[...], in het bijzonder artikel 4, lid 2, ervan, en richtlijn 98/4[...] in samenhang met het evenredigheidsbeginsel, de vrijheid van handel en nijverheid en de eerbiediging van het eigendomsrecht, zoals met name

gewaarborgd door het aanvullend protocol van 20 maart 1952 bij het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, zich ertegen dat een persoon die belast is geweest met het onderzoek, de proeven, de studie of de ontwikkeling van aan te besteden werken, leveringen of diensten, geen aanvraag tot deelname of geen offerte mag indienen voor een overheidsopdracht voor deze aanneming van werken, leveringen of diensten, zonder dat hem de mogelijkheid wordt geboden om aan te tonen dat in de omstandigheden van het concrete geval de door hem opgedane ervaring de mededinging niet kon vervalsen?

- 2) Zou het antwoord op de vorige vraag anders luiden indien bovengenoemde richtlijnen, gelezen in samenhang met het evenredigheidsbeginsel, de vrijheid van handel en nijverheid en de eerbiediging van het eigendomsrecht, aldus worden uitgelegd dat zij alleen van toepassing zijn op particuliere ondernemingen of op ondernemingen die prestaties onder bezwarende titel hebben verricht?

- 3) Kan richtlijn 92/13[...], in het bijzonder de artikelen 1 en 2 ervan, aldus worden uitgelegd dat de aanbestedende dienst, tot aan het einde van de procedure van onderzoek van de offerten, kan weigeren dat een onderneming die gebonden is aan een persoon die belast is geweest met het onderzoek, de proeven, de studie of de ontwikkeling van de aan te besteden werken, leveringen of diensten, deelneemt aan de procedure of een offerte indient, wanneer deze onderneming, hierover ondervraagd door de aanbestedende overheid, verklaart dat zij hierdoor geen ongerechtvaardigd voordeel geniet dat de normale mededingingsvoorwaarden kan vervalsen?"

Zaak C-34/03

- 21 Bij een op 8 juni 1999 bij de Raad van State ingediend verzoekschrift vordert Fabricom nietigverklaring van artikel 32 van het koninklijk besluit van 25 maart 1999 tot wijziging van het koninklijk besluit van 8 januari 1996.

- 22 De door Fabricom aangevoerde middelen zijn in wezen dezelfde als die welke in zaak C-21/03 zijn aangevoerd. De door de Raad van State over artikel 32 verstrekte informatie is identiek aan die welke in zaak C-21/03 is gegeven over artikel 26 van het koninklijk besluit van 25 maart 1999 tot wijziging van het koninklijk besluit van 10 januari 1996.
- 23 Onder deze omstandigheden heeft de Raad van State de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen gesteld:

- „1) Verzetten richtlijn 92/50[...], in het bijzonder artikel 3, lid 2, ervan, richtlijn 93/36[...], in het bijzonder artikel 5, lid 7, ervan, richtlijn 93/37[...], in het bijzonder artikel 6, lid 6, ervan, en richtlijn 97/52[...], in het bijzonder de artikelen 2, lid 1, sub b, en 3, lid 1, sub b, ervan, in samenhang met het evenredigheidsbeginsel, de vrijheid van handel en nijverheid en de eerbiediging van het eigendomsrecht, zoals met name gewaarborgd door het aanvullend protocol van 20 maart 1952 bij het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, zich ertegen dat een persoon die belast is geweest met het onderzoek, de proeven, de studie of de ontwikkeling van aan te besteden werken, leveringen of diensten, geen aanvraag tot deelname of geen offerte mag indienen voor een overheidsopdracht voor deze aanneming van werken, leveringen of diensten, zonder dat hem de mogelijkheid wordt geboden om aan te tonen dat in de omstandigheden van het concrete geval de door hem opgedane ervaring de mededinging niet kon vervalsen?
- 2) Zou het antwoord op de vorige vraag anders luiden indien bovengenoemde richtlijnen, gelezen in samenhang met het evenredigheidsbeginsel, de vrijheid van handel en nijverheid en de eerbiediging van het eigendomsrecht, aldus worden uitgelegd dat zij alleen van toepassing zijn op particuliere ondernemingen of op ondernemingen die prestaties onder bezwarende titel hebben verricht?
- 3) Kan richtlijn 89/665[...], in het bijzonder de artikelen 2, lid 1, sub a, en 5 ervan, aldus worden uitgelegd dat de aanbestedende overheid, tot aan het einde van de

procedure van onderzoek van de offerten, kan weigeren dat een onderneming die gebonden is aan een persoon die belast is geweest met het onderzoek, de proeven, de studie of de ontwikkeling van de aan te besteden werken, leveringen of diensten, deelneemt aan de procedure of een offerte indient, wanneer deze onderneming, hierover ondervraagd door de aanbestedende overheid, verklaart dat zij hierdoor geen ongerechtvaardigd voordeel geniet dat de normale mededingingsvoorwaarden kan vervalsen?"

- 24 Bij beschikking van de president van het Hof van 4 maart 2003 zijn de zaken C-21/03 en C-34/03 gevoegd voor de schriftelijke en de mondelinge behandeling en voor het arrest.

Beantwoording van de prejudiciële vragen

De eerste vraag in de zaken C-21/03 en C-34/03

- 25 Met zijn eerste vraag in de zaken C-21/03 en C-34/03 wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of de bepalingen van gemeenschapsrecht waarnaar hij verwijst, zich verzetten tegen een regel zoals die van artikel 26 van het koninklijk besluit van 25 maart 1999 tot wijziging van het koninklijk besluit van 10 januari 1996 en artikel 32 van het koninklijk besluit van 25 maart 1999 tot wijziging van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, volgens welke een persoon die belast is geweest met het onderzoek, de proeven, de studie of de ontwikkeling van werken, leveringen of diensten, geen aanvraag tot deelname of geen offerte mag indienen voor een overheidsopdracht voor die werken, leveringen of diensten, zonder dat hem de mogelijkheid wordt geboden om aan te tonen dat in de omstandigheden van het concrete geval de door hem opgedane ervaring de mededinging niet kan vervalsen (hierna: „regel aan de orde in het hoofdgeding”).

- 26 In dit verband zij eraan herinnerd dat de eerbiediging van het gelijkheidsbeginsel de hoofddoelstelling is van de richtlijnen inzake overheidsopdrachten, die er met name op gericht zijn de ontwikkeling van een daadwerkelijke mededinging op de betrokken gebieden te bevorderen, en die gunningcriteria vaststellen die deze mededinging moeten waarborgen (arrest van 17 september 2002, Concordia Bus Finland, C-513/99, Jurispr. blz. I-7213, punt 81 en aangehaalde rechtspraak).
- 27 Volgens vaste rechtspraak vereist het gelijkheidsbeginsel dat, behoudens objectieve rechtvaardiging, vergelijkbare situaties niet verschillend en verschillende situaties niet gelijk worden behandeld (arresten van 14 december 2004, Arnold André, C-434/02, Jurispr. blz. I-11825, punt 68 en aangehaalde rechtspraak, alsmede Swedish Match, C-210/03, Jurispr. blz. I-11893, punt 70 en aangehaalde rechtspraak).
- 28 Een persoon die belast is geweest met het onderzoek, de proeven, de studie of de ontwikkeling van werken, leveringen of diensten met betrekking tot een bepaalde opdracht (hierna: „persoon die bepaalde voorbereidende werkzaamheden heeft verricht”) bevindt zich echter, wat de deelname aan de gunningprocedure voor die opdracht betreft, niet noodzakelijkerwijs in dezelfde situatie als een persoon die dergelijke werkzaamheden niet heeft verricht.
- 29 Enerzijds kan een persoon die heeft deelgenomen aan bepaalde voorbereidende werkzaamheden, bij het formuleren van zijn offerte bevoordeeld zijn wegens de informatie die hij bij het verrichten van de voorbereidende werkzaamheden over de overheidsopdracht heeft kunnen verkrijgen. Alle inschrijvers moeten bij het formuleren van hun offerte echter dezelfde kansen hebben (zie in die zin arrest van 25 april 1996, Commissie/België, C-87/94, Jurispr. blz. I-2043, punt 54).

- 30 Anderzijds kan die persoon zich in een situatie bevinden die kan uitmonden in belangenverstremgeling in die zin dat, zoals de Commissie van de Europese Gemeenschappen terecht opmerkt, hij — zelfs zonder daartoe de bedoeling te hebben —, indien hij zelf inschrijft voor de overheidsopdracht, de voorwaarden van de betrokken overheidsopdracht in voor hem gunstige zin kan beïnvloeden. Een dergelijke situatie zou de mededinging tussen inschrijvers kunnen vervalsen.
- 31 Gelet op deze situatie waarin de persoon die bepaalde voorbereidende werkzaamheden heeft verricht, zich zou kunnen bevinden, kan derhalve niet worden volgehouden dat het gelijkheidsbeginsel ertoe verplicht deze persoon op dezelfde wijze te behandelen als iedere andere inschrijver.
- 32 Fabricom en de Oostenrijkse en de Finse regering betogen echter in wezen dat het verschil in behandeling vervat in een regel als aan de orde in het hoofdgeding, die onder alle omstandigheden verbiedt dat een persoon die bepaalde voorbereidende werkzaamheden heeft verricht, deelneemt aan een gunningprocedure voor de betrokken overheidsopdracht, niet objectief gerechtvaardigd is. Een dergelijk verbod voldoet immers niet aan het evenredigheidsbeginsel. Volgens hen wordt de gelijke behandeling van alle inschrijvers even goed gewaarborgd door een procedure volgens welke in elk concreet geval wordt beoordeeld, of het verrichten van bepaalde voorbereidende werkzaamheden de persoon die deze werkzaamheden heeft verricht, een concurrentievoordeel heeft opgeleverd ten opzichte van de andere inschrijvers. Een dergelijke maatregel is minder restrictief voor de persoon die bepaalde voorbereidende werkzaamheden heeft verricht.
- 33 Vaststaat in dit verband dat een regel als aan de orde in het hoofdgeding aan de persoon die bepaalde voorbereidende werkzaamheden heeft verricht, niet de mogelijkheid biedt, aan te tonen dat in zijn bijzondere geval de in de punten 29 en 30 van dit arrest genoemde problemen zich niet voordoen.
- 34 Een dergelijke regel gaat verder dan noodzakelijk is om het doel van gelijke behandeling van alle inschrijvers te bereiken.

35 Toepassing van deze regel kan namelijk tot gevolg hebben dat personen die bepaalde voorbereidende werkzaamheden hebben verricht, van de gunningprocedure worden uitgesloten zonder dat hun deelname hieraan enig gevaar voor de mededinging tussen de inschrijvers meebrengt.

36 In deze omstandigheden dient op de eerste vraag in de zaken C-21/03 en C-34/03 te worden geantwoord dat richtlijn 92/50, in het bijzonder artikel 3, lid 2, ervan, richtlijn 93/36, in het bijzonder artikel 5, lid 7, ervan, richtlijn 93/37, in het bijzonder artikel 6, lid 6, ervan, alsmede richtlijn 93/38, in het bijzonder artikel 4, lid 2, ervan, zich verzetten tegen een regel als die van artikel 26 van het koninklijk besluit van 25 maart 1999 tot wijziging van het koninklijk besluit van 10 januari 1996, en artikel 32 van het koninklijk besluit van 25 maart 1999 tot wijziging van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, volgens welke een persoon die belast is geweest met het onderzoek, de proeven, de studie of de ontwikkeling van werken, leveringen of diensten, geen aanvraag tot deelname of geen offerte mag indienen voor een overheidsopdracht voor die werken, leveringen of diensten, zonder dat hem de mogelijkheid wordt geboden om aan te tonen dat in de omstandigheden van het concrete geval de door hem opgedane ervaring de mededinging niet kan vervalsen.

De tweede vraag in de zaken C-21/03 en C-34/03

37 Met de tweede vraag in de zaken C-21/03 en C-34/03 wenst de verwijzende rechter te vernemen of het antwoord op de eerste vraag anders luidt indien de richtlijnen 92/50, 93/36, 93/37 en 93/38, gelezen in samenhang met het evenredigheidsbeginsel, de vrijheid van handel en nijverheid en het eigendomsrecht, aldus worden uitgelegd dat zij alleen van toepassing zijn op particuliere ondernemingen of ondernemingen die prestaties onder bezwarende titel hebben verricht.

- 38 Opgemerkt zij dat deze vraag is gebaseerd op een hypothese die niet kan worden aanvaard.
- 39 Er is namelijk geen enkele aanwijzing dat genoemde richtlijnen met betrekking tot de toepasselijkheid ervan op ondernemingen die aan een aanbestedingsprocedure deelnemen of overwegen deel te nemen, aldus kunnen worden uitgelegd dat zij alleen doelen op particuliere ondernemingen of ondernemingen die prestaties onder bezwarende titel hebben verricht. Overigens verzet het gelijkheidsbeginsel zich ertegen dat alleen particuliere ondernemingen of de ondernemingen die prestaties onder bezwarende titel hebben verricht, welke bepaalde voorbereidende werkzaamheden hebben verricht, worden onderworpen aan een regel als aan de orde in het hoofdeding, terwijl zulks niet het geval is voor ondernemingen die niet deze hoedanigheid hebben, maar eveneens dergelijke voorbereidende werkzaamheden hebben verricht.
- 40 De tweede vraag in de zaken C-21/03 en C-34/03 behoeft derhalve niet te worden beantwoord.

De derde vraag in de zaken C-21/03 en C-34/03

- 41 Met de derde vraag in de zaken C-21/03 en C-34/03 wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of richtlijn 89/665, in het bijzonder de artikelen 2, lid 1, sub a, en 5 ervan, alsmede richtlijn 92/13, in het bijzonder de artikelen 1 en 2 ervan, zich ertegen verzetten dat de aanbestedende dienst tot aan het einde van de procedure van onderzoek van de offerten kan weigeren dat een onderneming die gebonden is aan een persoon die bepaalde voorbereidende werkzaamheden heeft verricht, deelneemt aan de procedure of een offerte indient, wanneer deze onderneming, hierover ondervraagd door de aanbestedende overheid, verklaart dat zij hierdoor geen ongerechtvaardigd voordeel geniet dat de normale mededingingsvoorwaarden kan vervalsen.

- 42 In dit verband zij eraan herinnerd dat procedurele regels voor beroepen in rechte ter bescherming van de rechten die het gemeenschapsrecht aan de door besluiten van aanbestedende overheden gelaedeerde gegadigden en inschrijvers verleent, geen afbreuk mogen doen aan de nuttige werking van richtlijn 89/665 (arrest van 12 december 2002, *Universale-Bau e.a.*, C-470/99, *Jurispr.* blz. I-11617, punt 72).
- 43 Overigens hebben de bepalingen van de richtlijnen 89/665 en 92/13 tot doel de inschrijvers te beschermen tegen willekeur van de aanbestedende overheid en de bestaande voorzieningen te versterken teneinde een daadwerkelijke naleving van de communautaire voorschriften inzake het plaatsen van overheidsopdrachten te waarborgen, in het bijzonder in een stadium waarin de schendingen nog ongedaan kunnen worden gemaakt. Een dergelijke bescherming kan niet doeltreffend zijn, indien de inschrijver niet de mogelijkheid heeft om zich jegens de aanbestedende overheid op die voorschriften te beroepen (arrest van 24 juni 2004, *Commissie/Oostenrijk*, C-212/02, nog niet gepubliceerd in de *Jurisprudentie*, punt 20 en aangehaalde rechtspraak).
- 44 De mogelijkheid voor de aanbestedende overheid om tot in een vergevorderd stadium van de procedure te wachten met de beslissing over de mogelijkheid voor een onderneming die gebonden is aan een persoon die bepaalde voorbereidende werkzaamheden heeft verricht, om deel te nemen aan de procedure of een offerte in te dienen, terwijl zij beschikt over alle gegevens om deze beslissing te nemen, ontnemt deze onderneming de mogelijkheid om jegens de aanbestedende overheid een beroep te doen op de communautaire voorschriften inzake gunning van overheidsopdrachten gedurende een periode die alleen ter beoordeling van die overheid staat en die in voorkomend geval kan voortduren tot het moment waarop de schendingen niet meer nuttig ongedaan kunnen worden gemaakt.
- 45 Een dergelijke situatie kan afbreuk doen aan het nuttig effect van de richtlijnen 89/665 en 92/13 doordat zij kan leiden tot een ongerechtvaardigd uitstel van de mogelijkheid voor de belanghebbenden om de rechten uit te oefenen die hun door het gemeenschapsrecht zijn verleend. Bovendien is zij strijdig met het doel van de richtlijnen 89/665 en 92/13, namelijk de inschrijvers te beschermen ten opzichte van de aanbestedende overheid.

- 46 Op de derde vraag in de zaken C-21/03 en C-34/03 dient derhalve te worden geantwoord dat richtlijn 89/665, in het bijzonder de artikelen 2, lid 1, sub a, en 5 ervan, alsmede richtlijn 92/13, in het bijzonder de artikelen 1 en 2 ervan, zich ertegen verzetten dat de aanbestedende dienst tot aan het einde van de procedure van onderzoek van de offerten kan weigeren dat een onderneming die gebonden is aan een persoon die belast is geweest met het onderzoek, de proeven, de studie of de ontwikkeling van werken, leveringen of diensten, deelneemt aan de procedure of een offerte indient, wanneer deze onderneming, hierover ondervraagd door de aanbestedende overheid, verklaart dat zij hierdoor geen ongerechtvaardigd voordeel geniet dat de normale mededingingsvoorwaarden kan vervalsen.

Kosten

- 47 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. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof van Justitie (Tweede kamer) verklaart voor recht:

- 1) Richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening, zoals gewijzigd bij richtlijn 97/52/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 oktober 1997, in het bijzonder artikel 3, lid 2, ervan, richtlijn 93/36/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen, zoals gewijzigd bij richtlijn 97/52, in het bijzonder artikel 5, lid 7, ervan, richtlijn 93/37/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, zoals gewijzigd bij richtlijn 97/52, in het bijzonder artikel 6, lid 6, ervan, alsmede 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, zoals gewijzigd bij richtlijn 98/4/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 februari 1998, in het bijzonder artikel 4, lid 2, ervan, verzetten zich tegen een regel als die van artikel 26 van het koninklijk besluit van 25 maart 1999 tot wijziging van het koninklijk besluit van 10 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten in de sectoren water, energie, vervoer en telecommunicatie, en artikel 32 van het koninklijk besluit van 25 maart 1999 tot wijziging van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, volgens welke een persoon die belast is geweest met het onderzoek, de proeven, de studie of de ontwikkeling van werken, leveringen of diensten, geen aanvraag tot deelname of geen offerte mag indienen voor een overheidsopdracht voor die werken, leveringen of diensten, zonder dat hem de mogelijkheid wordt geboden om aan te tonen dat in de omstandigheden van het concreet geval de door hem opgedane ervaring de mededinging niet kan vervalsen.

- 2) 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, in het bijzonder de artikelen 2, lid 1, sub a, en 5 ervan, alsmede 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, in het bijzonder de artikelen 1 en 2 ervan, verzetten zich ertegen dat de aanbestedende dienst tot aan het einde van de procedure van onderzoek van de offerten kan weigeren dat een onderneming die gebonden is aan een persoon die belast is geweest met het onderzoek, de proeven, de studie of de ontwikkeling van werken, leveringen of diensten, deelneemt aan de procedure of een offerte indient wanneer deze onderneming, hierover ondervraagd door de aanbestedende overheid, verklaart dat zij hierdoor geen ongerechtvaardigd voordeel geniet dat de normale mededingingsvoorwaarden kan vervalsen.

ondertekeningen