

ARREST VAN HET HOF (Derde kamer)

30 september 2010\*

In zaak C-314/09,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 234 EG, ingediend door het Oberste Gerichtshof (Oostenrijk) bij beslissing van 2 juli 2009, ingekomen bij het Hof op 7 augustus 2009, in de procedure

**Stadt Graz**

tegen

**Strabag AG,**

**Teerag-Asdag AG,**

\* Procestaal: Duits.

**Bauunternehmung Granit GesmbH,**

in tegenwoordigheid van:

**Land Steiermark,**

wijst HET HOF (Derde kamer),

samengesteld als volgt: K. Lenaerts (rapporteur), kamerpresident, E. Juhász, G. Arestis, T. von Danwitz en D. Šváby, rechters,

advocaat-generaal: V. Trstenjak,  
griffier: K. Malacek, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 24 juni 2010,

gelet op de opmerkingen van:

— Stadt Graz, vertegenwoordigd door K. Kocher, Rechtsanwalt,

- Strabag AG, Teerag-Asdag AG en Bauunternehmung Granit GesmbH, vertegenwoordigd door W. Mecenovic, Rechtsanwält,
  
- Land Steiermark, vertegenwoordigd door A. R. Lerchbaumer, Rechtsanwält,
  
- de Oostenrijkse regering, vertegenwoordigd door M. Fruhmann als gemachtigde,
  
- de Europese Commissie, vertegenwoordigd door B. Schima en C. Zadra als gemachtigden,

gelet op de beslissing, de advocaat-generaal gehoord, om de zaak zonder conclusie te berechten,

het navolgende

### **Arrest**

- <sup>1</sup> Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van de artikelen 1, lid 1, en 2, leden 1, sub c, en 7, 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 (PB L 209, blz. 1; hierna: „richtlijn 89/665”).

- 2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen Stadt Graz [stad Graz (Oostenrijk)] enerzijds en Strabag AG, Teerag-Asdag AG en Bauunternehmung Granit GesmbH (hierna samen: „Strabag e.a.”) anderzijds, na de onrechtmatige gunning van een overheidsopdracht door die stad.

## **Toepasselijke bepalingen**

### *Unierecht*

- 3 De derde en de zesde overweging van de considerans van richtlijn 89/665 luiden:

„[...] de openstelling van aanbestedingen voor mededinging uit de gehele Gemeenschap [vereist] een aanzienlijke uitbreiding van de garanties inzake doorzichtigheid en non-discriminatie [...] en [...] wil deze openstelling tot concrete resultaten leiden,

[moeten] er doeltreffende en snelle beroepsprocedures [...] bestaan in geval van schending van het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten of van nationale voorschriften waarin dit recht is omgezet;

[...]

[...] in alle lidstaten moet worden gezorgd voor adequate procedures om onwettige besluiten nietig te kunnen verklaren en een schadevergoeding te kunnen toekennen aan degenen die door schending van bovenbedoelde voorschriften zijn gelaedeerd”.

4 Artikel 1, lid 1, van die richtlijn bepaalt:

„De lidstaten nemen de nodige maatregelen om ervoor te zorgen dat, wat betreft de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten die vallen onder de werkings-sfeer 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.”

5 In artikel 2, leden 1 en 5 tot en met 7, van richtlijn 89/665 is bepaald:

„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.

[...]

5. De lidstaten kunnen bepalen dat, wanneer schadevergoeding wordt gevorderd omdat het besluit onwettig is genomen, het aangevochten besluit eerst moet worden vernietigd door een instantie die daartoe bevoegd is.

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

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

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

### *Nationaal recht*

6 Het Unierecht inzake overheidsopdrachten is in het Land Steiermark uitgevoerd bij het Steiermärkisches Vergabegesetz 1998 (wet van Stiermarken van 1998 inzake overheidsopdrachten; hierna: „StVergG”).

7 § 115, lid 1, StVergG luidt:

„Bij verwijtbare schending van de onderhavige wet of van de uitvoeringsbepalingen daarvan door de organen van een aanbestedende dienst, heeft een afgewezen gegadigde of inschrijver 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. Schadevorderingen, daaronder begrepen tot vergoeding van eventueel gederfde winst, worden bij de gewone rechter ingesteld.”

- 8 § 1298 van het Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch (Oostenrijks burgerlijk wetboek; hierna: „ABGB”) bepaalt:

„Wie stelt buiten zijn schuld verhinderd te zijn geweest om zijn contractuele of wettelijke verplichtingen na te komen, moet dit bewijzen. Indien contractueel is overeengekomen dat hij alleen voor grove nalatigheid aansprakelijk is, dient hij ook te bewijzen dat niet aan deze voorwaarde is voldaan.”

- 9 § 1299 ABGB luidt:

„Wie openlijk een ambt, kunst, ambacht of handwerk belijdt, of wie zonder meer vrijwillig een zaak overneemt, waarvan de uitvoering kunstkennis of een ongebruikelijke vlijt vereist, geeft daarmee te kennen dat hij de noodzakelijke vlijt en de vereiste ongebruikelijke kennis bezit. Hij moet zich dan ook verantwoorden voor het ontbreken daarvan. Indien echter degene die hem de zaak heeft overgelaten, op de hoogte was van zijn onervarenheid of daarvan bij normale oplettendheid op de hoogte had kunnen zijn, staat hij in voor diens fouten.”



## Aan het hoofdgeding ten grondslag liggende feiten en prejudiciële vragen

- 10 Stadt Graz schreef in 1998 op het niveau van de Europese Unie en volgens de bepalingen van het St. VergG een openbare aanbesteding uit voor de productie en levering van warm bitumenmengsel. Het in het *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen* en in de *Grazer Zeitung* gepubliceerde aanbestedingsbericht vermeldde als plaats van uitvoering „Graz, Oostenrijk” en als „korte beschrijving (soort werkzaamheden, algemene kenmerken, doel van het bouwwerk of de bouwwerkzaamheden)” de levering van warm bitumenmengsel in 1999. Ook preciseerde het in de rubriek „Termijn van uitvoering” „begin: 1 maart 1999, einde: 20 december 1999”.
  
- 11 Er zijn 14 offertes ingediend. De beste inschrijver was de bouwonderneming Held & Franck Bau GmbH (hierna: „HFB”). Indien geen rekening was gehouden met deze onderneming, zou volgens de verwijzingsbeslissing de opdracht aan de gezamenlijk inschrijvende Strabag e.a. zijn gegund.
  
- 12 HFB had bij haar inschrijving een begeleidende brief gevoegd, waarin zij „aanvullend” meedeelde dat haar nieuwe asfaltmenginstallatie, die in de komende weken in de gemeente Großwilfersdorf zou worden opgericht, vanaf 17 mei 1999 bedrijfsklaar zou zijn. Strabag e.a. kenden deze brief niet.
  
- 13 Strabag e.a. stelden op 5 mei 1999 beroep in bij de Vergabekontrollsenat des Landes Steiermark (commissie van toezicht op aanbestedingen van Stiermarken), waarin zij betoogden dat HFB in Stiermarken niet over warm-mixinstallaties beschikte, waardoor de uitvoering van de betrokken opdracht technisch onmogelijk was. De inschrijving van deze onderneming diende derhalve buiten beschouwing te worden gelaten.

- 14 Strabag e.a. hebben parallel een verzoek in kort geding ingediend, waaraan de Vergabekontrollsenat des Landes Steiermark gevolg heeft gegeven bij besluit van 10 mei 1999, op grond waarvan Stadt Graz de opdracht niet mocht gunnen in afwachting van de beslissing ten gronde.
- 15 Bij besluit van 10 juni 1999 wees de Vergabekontrollsenat des Landes Steiermark het beroep van Strabag e.a. in zijn geheel af, waaronder de vorderingen om een beroeps-procedure in te stellen en om HFB van de opdracht uit te sluiten. Hij was van oordeel dat deze onderneming over een vergunning beschikte voor de vervaardiging van asfalt en dat het stellen van de eis dat de warm-mixinstallatie ten tijde van de opening van de inschrijvingen al bestaat, onevenredig zou zijn aan het doel van de opdracht en in strijd met de gebruiken in het bedrijfsleven.
- 16 Op 14 juni 1999 heeft Stadt Graz de opdracht gegund aan HFB.
- 17 Het Verwaltungsgerichtshof verklaarde bij beslissing van 9 oktober 2002 na een beroep van Strabag e.a. het besluit van de Vergabekontrollsenat des Landes Steiermark nietig op grond dat de offerte van HFB afweek van de voorwaarden van de aanbesteding omdat de werkzaamheden tussen 1 maart en 20 december 1999 moesten worden verricht, maar de nieuwe asfaltmenginstallatie van deze onderneming pas vanaf 17 mei 1999 beschikbaar zou zijn.
- 18 Bij beslissing van 23 april 2003 oordeelde de Unabhängige Verwaltungssenat für die Steiermark (onafhankelijke administratieve kamer voor Stiermarken), dat in 2002 de bevoegdheden van de Vergabekontrollsenat des Landes Steiermark heeft overgenomen, dat Stadt Graz het StVergG had geschonden en de opdracht dus onrechtmatig had gegund.

- 19 Strabag e.a. hebben bij de gewone rechter een vordering ingesteld tot veroordeling van Stadt Graz tot betaling van een schadevergoeding van 300 000 EUR. Ter onderbouwing van hun vordering hebben zij betoogd dat de offerte van HFB op grond van een onherstelbaar gebrek had moeten worden uitgesloten en dat hun offerte dus had moeten worden aanvaard. Stadt Graz heeft onjuist gehandeld omdat zij niet heeft geconstateerd dat de offerte van HFB onverenigbaar was met de voorwaarden van de aanbesteding. Het besluit van de Vergabekontrollsenat des Landes Steiermark kan Stadt Graz niet vrijpleiten aangezien zij op eigen risico heeft gehandeld.
- 20 Stadt Graz voert aan dat het besluit van de Vergabekontrollsenat des Landes Steiermark voor haar bindend was en dat eventuele onrechtmatigheid van dat besluit toe te rekenen is aan het Land Steiermark, onder de bevoegdheid waarvan het Vergabekontrollsenat des Landes Steiermark valt. Haar eigen organen hebben daarentegen geen schuld.
- 21 De rechter in eerste aanleg stelde bij tussenvonnis vast dat de schadevordering van Strabag e.a. gegrond was. Stadt Graz had schuldig gehandeld omdat zij de offertes niet had onderzocht en de opdracht aan HFB had gegund ondanks het duidelijke gebrek in de offerte van deze onderneming, gedurende de termijn voor het instellen van beroep tegen het besluit van de Vergabekontrollsenat des Landes Steiermark.
- 22 De rechter in hoger beroep bevestigde dit vonnis. Hij verklaarde echter dat een gewoon beroep in Revision openstond tegen zijn arrest, aangezien er geen rechtspraak van het Oberste Gerichtshof is over de aansprakelijkheid wegens schuld van de aanbestedende dienst in een situatie waarin er, zoals in casu, op de datum waarop de opdracht aan de beste inschrijver is gegund, een besluit van de Vergabekontrollsenat des Landes Steiermark bestond waarbij het standpunt van die aanbestedende dienst werd bevestigd.

- 23 De rechter in hoger beroep was van mening dat hoewel de gewone rechter gebonden is aan de beslissing van de Unabhängige Verwaltungssenat für die Steiermark van 23 april 2003 waarin is vastgesteld dat de gunning onrechtmatig was, en er een causaal verband is vastgesteld tussen het onrechtmatige gedrag van Stadt Graz en de door Strabag e.a. geleden schade, de schuld van Stadt Graz moest worden onderzocht in verband met haar beslissing om reeds op 14 juni 1999 de opdracht aan HFB te gunnen zonder daarbij rekening te houden met de — niet in het besluit van de Vergabekontrollsenat des Landes Steiermark van 10 juni 1999 vermelde — omstandigheid dat uit de begeleidende brief bij de offerte van deze onderneming bleek dat zij de termijnen voor de uitvoering van de aan de orde zijnde opdracht niet kon nakomen.
- 24 Stadt Graz heeft bij het Oberste Gerichtshof beroep in Revision van het in beroep gewezen arrest ingesteld.
- 25 In de eerste plaats heeft de verwijzende rechter twijfel over de verenigbaarheid van § 115, lid 1, StVergG met richtlijn 89/665. Met een beroep op de arresten van 14 oktober 2004, Commissie/Portugal (C-275/03), en 10 januari 2008, Commissie/Portugal (C-70/06, Jurispr. blz. I-1), vraagt hij zij af of elke nationale regeling die het recht van de inschrijver op schadevergoeding op de een of andere manier afhankelijk stelt van het bestaan van schuld van de aanbestedende dienst strijdig is met die richtlijn, dan wel of uitsluitend een regeling die de last van het bewijs van deze schuld op de inschrijver doet rusten, in strijd met de richtlijn is.
- 26 Die rechter benadrukt in dit verband dat § 1298 ABGB voorziet in een bewijslastomkering, op grond waarvan de schuld van de organen van de aanbestedende dienst wordt vermoed. Bovendien mag deze laatste zich niet beroepen op het ontbreken van individuele bekwaamheden omdat zijn aansprakelijkheid die van een deskundige in de zin van § 1299 ABGB is. Stadt Graz zou echter rechtens afdoende aan de bewijslast kunnen voldoen indien zij daadwerkelijk en volledig gebonden was aan het formeel uitvoerbare besluit van de Vergabekontrollsenat des Landes Steiermark.

- 27 Gesteld dat richtlijn 89/665 zich niet verzet tegen een nationale regeling als die in het hoofdgeding, vraagt de verwijzende rechter, die, net als het Verwaltungsgerichtshof en de rechter van beroep in de onderhavige zaak, betwist dat de aanbestedende dienst gebonden is aan een besluit als dat van de Vergabekontrollsenat des Landes Steiermark van 10 juni 1999, zich in de tweede plaats echter af of de veronderstelling dat die dienst niet gebonden is aan dat besluit en de opdracht aan een andere inschrijver had kunnen of zelfs had moeten gunnen, niet indruist tegen de in artikel 2, lid 7, van die richtlijn vermelde doelstelling van doeltreffendheid van de tenuitvoerlegging van de besluiten van de instanties die verantwoordelijk zijn voor de beroepsprocedures.
- 28 Gesteld dat die tweede vraag bevestigend moet worden beantwoord, merkt de verwijzende rechter in de derde plaats op dat Strabag e.a. en de rechter in beroep Stadt Graz verwijten de opdracht aan HFB te hebben gegund zonder rekening te hebben gehouden met de — niet in het besluit van de Vergabekontrollsenat des Landes Steiermark van 10 juni 1999 vermelde — omstandigheid dat deze onderneming volgens haarzelf die opdracht niet binnen de in het aanbestedingsbericht gestelde termijn kon uitvoeren. In die omstandigheden vraagt hij zich gelet op artikel 2, lid 7, van richtlijn 89/665 af of zelfs indien de aanbestedende dienst gebonden was geweest aan het besluit van een orgaan als de Vergabekontrollsenat des Landes Steiermark, deze dienst toch dat besluit op zijn juistheid en/of de volledigheid van de beoordeling waarop het berustte, kon of zelfs moest onderzoeken.
- 29 Daarop heeft het Oberste Gerichtshof de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen gesteld:
- „1) Verzetten de artikelen 1, lid 1, en 2, lid 1, sub c, van richtlijn 89/665 [...] of andere bepalingen van deze richtlijn zich tegen een nationale regeling die het recht op schadevergoeding bij schending van het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten door de opdrachtgever afhankelijk stelt van het vereiste van schuld, ook wanneer deze regeling aldus wordt toegepast dat de schuld van de organen van

de opdrachtgever in beginsel wordt vermoed en zijn beroep op het ontbreken van individuele bekwaamheden, en daarmee op het in zoverre ontbreken van subjectieve verwijtbaarheid, wordt uitgesloten?

2) Indien de eerste vraag ontkennend wordt beantwoord:

Moet artikel 2, lid 7, van richtlijn 89/665 [...] aldus worden uitgelegd dat de daarin voorgeschreven waarborging van de doeltreffendheid van de tenuitvoerlegging van de besluiten in beroepsprocedures meebrengt dat het besluit van een commissie van toezicht op de gunning van overheidsopdrachten bindend is voor alle aan de procedure deelnemende partijen, derhalve eveneens voor de opdrachtgever?

3) Indien de tweede vraag bevestigend wordt beantwoord:

Is het in overeenstemming met artikel 2, lid 7, van richtlijn 89/665 [...] dat de opdrachtgever een uitvoerbaar besluit van een commissie van toezicht op de gunning van overheidsopdrachten naast zich neerlegt, of is hij daartoe zelfs verplicht, en, zo ja, onder welke voorwaarden?”

## Beantwoording van de prejudiciële vragen

### *Eerste vraag*

- 30 Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of richtlijn 89/665 aldus moet worden uitgelegd dat zij zich verzet tegen een nationale regeling die het recht op schadevergoeding wegens schending door een aanbestedende dienst van het recht inzake overheidsopdrachten doet afhangen van de vraag of deze dienst schuld had aan de schending wanneer de toepassing van die regeling berust op een vermoeden van schuld van de aanbestedende dienst en op de onmogelijkheid voor deze dienst om zich op het ontbreken van individuele bekwaamheden en daarmee op subjectieve verwijtbaarheid van de gestelde schending te beroepen.
- 31 In dit verband moet om te beginnen worden opgemerkt dat de lidstaten volgens artikel 1, lid 1, van richtlijn 89/665 de nodige maatregelen nemen om ervoor te zorgen dat tegen de door de aanbestedende diensten genomen besluiten doeltreffend en vooral zo snel mogelijk beroep kan worden ingesteld op grond van het feit dat door die besluiten het unierecht inzake overheidsopdrachten of de nationale voorschriften waarin dat recht is omgezet, „geschonden” zijn. De derde overweging van de considerans van die richtlijn benadrukt dat er doeltreffende en snelle beroepsprocedures moeten bestaan in geval van „schending” van dat recht of van die voorschriften.
- 32 Wat in het bijzonder de beroepsprocedure tot verkrijging van schadevergoeding betreft, bepaalt artikel 2, lid 1, sub c, van richtlijn 89/665 dat de lidstaten ervoor zorgen dat de maatregelen betreffende het in artikel 1 bedoelde beroep de nodige bevoegdheden behelzen om schadevergoeding toe te kennen aan degenen die door een schending zijn gelaedeerd.

- 33 Richtlijn 89/665 stelt echter enkel de minimumvoorwaarden vast waaraan de beroepsprocedures in de nationale rechtsorden moeten voldoen om de eerbiediging van de Unierechtelijke regels inzake overheidsopdrachten te verzekeren (zie met name arresten van 27 februari 2003, *Santex*, C-327/00, Jurispr. blz. I-1877, punt 47, en 19 juni 2003, *GAT*, C-315/01, Jurispr. blz. I-6351, punt 45). Aangezien ter zake geen specifieke bepaling bestaat, dient elke lidstaat bijgevolg in zijn nationale rechtsorde de nodige maatregelen te bepalen om te waarborgen dat aan de hand van de beroepsprocedures daadwerkelijk schadevergoeding kan worden toegekend aan degenen die door een schending van het recht inzake overheidsopdrachten zijn gelaedeerd (zie naar analogie arrest *GAT*, reeds aangehaald, punt 46).
- 34 Weliswaar maakt de uitvoering van artikel 2, lid 1, sub c, van richtlijn 89/665 dan ook in beginsel deel uit van de procedurele autonomie van de lidstaten, begrensd door de beginselen van gelijkwaardigheid en effectiviteit, maar er dient toch te worden onderzocht of die bepaling, uitgelegd tegen de achtergrond van de algemene context en doelstelling van de beroepsprocedure tot verkrijging van schadevergoeding, zich er tegen verzet dat een nationale bepaling als die in het hoofdgeding onder de in punt 30 van het onderhavige arrest vermelde voorwaarden die toekenning doet afhangen van de vraag of de aanbestedende dienst schuld had aan de schending van het recht inzake overheidsopdrachten.
- 35 In dit verband moet om te beginnen worden opgemerkt dat uit de bewoordingen van de artikelen 1, lid 1, en 2, leden 1, 5 en 6, en van de zesde overweging van de considerans van richtlijn 89/665 niet blijkt dat de schending van de regeling inzake overheidsopdrachten die de gelaedeerde recht op schadevergoeding kan geven, bijzondere kenmerken moet hebben, zoals samengaat met — bewezen of vermoede — schuld van de aanbestedende dienst, of het ontbreken van een grond voor vrijstelling van aansprakelijkheid.



- 36 Die analyse wordt bevestigd door de algemene context en doelstelling van het in richtlijn 89/665 bepaalde beroepsmiddel tot verkrijging van schadevergoeding.
- 37 Het is immers vaste rechtspraak dat de lidstaten weliswaar dienen te voorzien in beroepsprocedures aan de hand waarvan een met de regeling inzake overheidsopdrachten strijdig besluit van een aanbestedende dienst kan worden nietig verklaard, maar het staat hen gelet op de door richtlijn 89/665 nagestreefde doelstelling van voortvarendheid vrij op straffe van verval redelijke beroepstermijnen op te leggen teneinde te voorkomen dat de gegadigden en de inschrijvers op ieder moment inbreuken op die regeling kunnen opwerpen, waardoor de aanbestedende dienst verplicht zou worden om de volledige procedure opnieuw te beginnen om deze inbreuken te herstellen [zie in die zin met name arrest van 12 december 2002, *Universale-Bau e.a.*, C-470/99, Jurispr. blz. I-11617, punten 74-78; arrest *Santex*, reeds aangehaald, punten 51 en 52; arresten van 11 oktober 2007, *Lämmerzahl*, C-241/06, Jurispr. blz. I-8415, punten 50 en 51, en 28 januari 2010, *Uniplex (UK)*, C-406/08, Jurispr. blz. I-817, punt 38].
- 38 Bovendien kan een lidstaat op grond van artikel 2, lid 6, tweede alinea, van richtlijn 89/665 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 de toekenning van schadevergoeding.
- 39 In die context kan het in artikel 2, lid 1, sub c, van richtlijn 89/665 bepaalde beroep tot schadevergoeding in voorkomend geval slechts een procedureel alternatief vormen dat verenigbaar is met het effectiviteitsbeginsel dat ten grondslag ligt aan de door die richtlijn nagestreefde doelstelling van doeltreffendheid van de beroepen [zie in die zin met name arrest *Uniplex (UK)*, reeds aangehaald, punt 40], indien de mogelijkheid om schadevergoeding toe te kennen bij schending van de regels inzake overheidsopdrachten evenmin als de overige in artikel 2, lid 1, bepaalde beroepsprocedures afhangt van de vaststelling dat de aanbestedende dienst schuld treft.

- 40 Zoals de Europese Commissie heeft aangevoerd, is het in dit verband weinig relevant dat, anders dan de nationale regeling waarop het reeds aangehaalde arrest van 14 oktober 2004, Commissie/Portugal, betrekking heeft, de in het hoofdgeding aan de orde zijnde regeling de gelaedeerde niet belast met het bewijs dat de aanbestedende dienst schuld treft, maar de aanbestedende dienst verplicht het op hem rustende vermoeden van schuld te weerleggen en de daartoe inroepbare gronden beperkt.
- 41 Laatstgenoemde regeling houdt immers ook het gevaar in dat de inschrijver die door een onrechtmatig besluit van een aanbestedende dienst is gelaedeerd, toch het recht op vergoeding van de door dat besluit veroorzaakte schade wordt ontnomen indien de aanbestedende dienst erin slaagt het op hem rustende vermoeden van schuld te weerleggen. Volgens de onderhavige verwijzingsbeslissing en zoals de debatten ter terechtzitting hebben bevestigd, is die mogelijkheid in casu niet uitgesloten, aangezien Stadt Graz zich erop kan beroepen dat de onjuiste rechtsopvatting waarvan zij blijkt zou hebben gegeven, verschoonbaar is omdat de Vergabekontrollsenat des Landes Steiermark bij besluit van 10 juni 1999 het beroep van Strabag e.a. heeft verworpen.
- 42 Die inschrijver loopt op zijn minst op grond van diezelfde regeling het risico dat hij pas laat schadevergoeding ontvangt, aangezien een civiele procedure tot vaststelling van de verwijtbaarheid van de gestelde schending lang kan duren.
- 43 In beide gevallen zou de situatie in strijd zijn met de in artikel 1, lid 1, en in de derde overweging van de considerans van richtlijn 89/665 bedoelde doelstelling van deze richtlijn, te waarborgen dat tegen de door de aanbestedende diensten in strijd met het recht inzake overheidsopdrachten genomen besluiten doeltreffend en zo snel mogelijk beroep kan worden ingesteld.

- 44 Ook moet worden benadrukt dat, gesteld al dat Stadt Graz in de onderhavige zaak in juni 1999 kon oordelen dat zij, gelet op de aan het verloop van procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten inherente doelstelling van doeltreffendheid, gehouden was onmiddellijk gevolg te geven aan het besluit van de Vergabekontrollsenat des Landes Steiermark van 10 juni 1999 zonder het verstrijken van de voor het beroep tegen dat besluit gestelde termijn af te wachten, de vaststelling van de gegrondheid van een beroep tot schadevergoeding ingesteld door de inschrijver die is afgewezen na de nietigverklaring van dat besluit door een administratieve rechter, zoals de Commissie ter terechtzitting heeft bevestigd, niet in weerwil van de bewoordingen, de context en de doelstelling van de bepalingen van richtlijn 89/665 die in het recht op schadevergoeding voorzien, kan afhangen van een beoordeling van de schuld van de betrokken aanbestedende dienst.
- 45 Gelet op het voorgaande dient op de eerste vraag te worden geantwoord dat richtlijn 89/665 aldus moet worden uitgelegd dat zij zich verzet tegen een nationale regeling die het recht op schadevergoeding wegens schending door een aanbestedende dienst van het recht inzake overheidsopdrachten doet afhangen van de vraag of deze dienst schuld had aan de schending, ook wanneer de toepassing van die regeling berust op een vermoeden van schuld van deze aanbestedende dienst en op de onmogelijkheid voor deze dienst om zich op het ontbreken van individuele bekwaamheden en daarmee op subjectieve verwijtbaarheid van de gestelde schending te beroepen.

### *Tweede en derde vraag*

- 46 Gelet op het antwoord op de eerste vraag, behoeven de twee andere gestelde vragen niet te worden beantwoord.

## Kosten

- <sup>47</sup> 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 (Derde kamer) verklaart voor recht:

**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, moet aldus worden uitgelegd dat zij zich verzet tegen een nationale regeling die het recht op schadevergoeding wegens schending door een aanbestedende dienst van het recht inzake overheidsopdrachten doet afhangen van de vraag of deze dienst schuld had aan de schending, ook wanneer de toepassing van die regeling berust op een vermoeden van schuld van deze aanbestedende dienst en op de onmogelijkheid voor deze dienst om zich op het ontbreken van individuele bekwaamheden en daarmee op subjectieve verwijtbaarheid van de gestelde schending te beroepen.**

ondertekeningen