

ARREST VAN HET HOF (Zesde kamer)

15 mei 2003 *

In zaak C-214/00,

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door G. Valero Jordana als gemachtigde, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verzoekster,

tegen

Koninkrijk Spanje, vertegenwoordigd door S. Ortiz Vaamonde als gemachtigde, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verweerder,

* Procestaal: Spaans.

betreffende een verzoek aan het Hof om vast te stellen dat het Koninkrijk Spanje, door niet de maatregelen vast te stellen die noodzakelijk zijn om te voldoen aan de bepalingen van de artikelen 1 en 2 van richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken (PB L 395, blz. 33), zoals gewijzigd bij richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening (PB L 209, blz. 1), en met name door

- na te laten het door die richtlijn voorziene stelsel van beroepsmogelijkheden van toepassing te verklaren op de besluiten van alle aanbestedende diensten in de zin van artikel 1, sub b, van richtlijn 92/50, 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) en 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), daaronder begrepen de privaatrechtelijke instellingen die zijn opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang andere dan die van industriële of commerciële aard, die rechtspersoonlijkheid hebben en waarvan de activiteiten in hoofdzaak door de staat of andere publiekrechtelijke lichamen worden gefinancierd, waarvan het beheer is onderworpen aan toezicht door deze laatste of waarvan de leden van het bestuurs-, het leidinggevende of het toezichthoudende orgaan voor meer dan de helft door de staat of andere publiekrechtelijke lichamen zijn aangewezen,
- niet te voorzien in beroepsmogelijkheden tegen alle besluiten van de aanbestedende diensten, daaronder begrepen alle procedurele handelingen, in de loop van de procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht, en
- niet te voorzien in de mogelijkheid alle conservatoire maatregelen te nemen in verband met de door de aanbestedende diensten genomen besluiten, daaronder begrepen maatregelen strekkende tot opschorting van een administra-

tief besluit, en daartoe alle moeilijkheden en belemmeringen weg te nemen, inzonderheid de noodzaak om vooraf tegen het besluit van de aanbestedende dienst beroep in te stellen,

de krachtens die richtlijn op hem rustende verplichtingen niet is nagekomen,

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE (Zesde kamer),

samengesteld als volgt: R. Schintgen, waarnemend voor de president van de Zesde kamer, V. Skouris (rapporteur), F. Macken, N. Colneric en J. N. Cunha Rodrigues, rechters,

advocaat-generaal: P. Léger,
griffier: L. Hewlett, hoofdadministrateur,

gezien het rapport ter terechtzitting,

gehoord de pleidooien van partijen ter terechtzitting van 14 maart 2002,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 13 juni 2002,

het navolgende

Arrest

- 1 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Hof op 30 mei 2000, heeft de Commissie van de Europese Gemeenschappen krachtens artikel 226 EG beroep ingesteld strekkende tot vaststelling dat het Koninkrijk Spanje, door niet de maatregelen vast te stellen die noodzakelijk zijn om te voldoen aan de bepalingen van de artikelen 1 en 2 van richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken (PB L 395, blz. 33), zoals gewijzigd bij richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening (PB L 209, blz. 1; hierna: „richtlijn 89/665”), en met name door
 - na te laten het door die richtlijn voorziene stelsel van beroepsmogelijkheden van toepassing te verklaren op de besluiten van alle aanbestedende diensten in de zin van artikel 1, sub b, van richtlijn 92/50, 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) en 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), daaronder begrepen de privaatrechtelijke instellingen die zijn opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang andere dan die van industriële of commerciële aard, die rechtspersoonlijkheid hebben en waarvan de activiteiten in hoofdzaak door de staat of andere publiekrechtelijke lichamen worden gefinancierd, waarvan het beheer is onderworpen aan toezicht door deze laatste of waarvan de leden van het bestuurs-, het leidinggevende of het toezichthoudende orgaan voor meer dan de helft door de staat of andere publiekrechtelijke lichamen zijn aangewezen,

- niet te voorzien in beroepsmogelijkheden tegen alle besluiten van de aanbestedende diensten, daaronder begrepen alle procedurele handelingen, in de loop van de procedure inzake het plaatsen van overheidsopdrachten; en
- niet te voorzien in de mogelijkheid om voorlopige maatregelen te nemen in verband met de door de aanbestedende diensten vastgestelde besluiten, daaronder begrepen maatregelen strekkende tot opschorting van een administratief besluit, en daartoe alle moeilijkheden en belemmeringen weg te nemen, inzonderheid de noodzaak om vooraf tegen het besluit van de aanbestedende dienst beroep in te stellen,

de krachtens die richtlijn op hem rustende verplichtingen niet is nagekomen.

Rechtskader

De gemeenschapsregeling

- 2 Blijkens de eerste en de tweede overweging van de considerans van richtlijn 89/665 maakten de ten tijde van de vaststelling van de richtlijn zowel op nationaal als op gemeenschapsniveau bestaande voorzieningen die de daadwerkelijke toepassing moesten waarborgen van de richtlijnen inzake overheidsopdrachten, met name richtlijn 71/305/EEG van de Raad van 26 juli 1971 betreffende de coördinatie van de procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken (PB L 185, blz. 5) en richtlijn 77/62/EEG van de Raad van 21 december 1976 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen (PB 1977, L 13, blz. 1), het niet altijd mogelijk te waken over de naleving van de communautaire voorschriften, in het bijzonder in een stadium waarin de schendingen nog ongedaan konden worden gemaakt.

- 3 De derde overweging van de considerans van richtlijn 89/665 luidt als volgt:
„Overwegende dat de openstelling van aanbestedingen voor mededinging uit de gehele Gemeenschap een aanzienlijke uitbreiding van de garanties inzake doorzichtigheid en non-discriminatie vereist en dat, wil deze openstelling tot concrete resultaten leiden, er doeltreffende en snelle beroepsprocedures moeten bestaan ingeval van schending van het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten of van nationale voorschriften waarin dit recht is omgezet.”
- 4 Uit de vijfde overweging van de considerans van de richtlijn blijkt, dat „de bevoegde beroepsinstanties, gelet op de korte duur van aanbestedingsprocedures, met name gerechtigd dienen te zijn om voorlopige maatregelen te nemen om de aanbestedingsprocedure of de uitvoering van besluiten die door de aanbestedende dienst zijn genomen, op te schorten” en dat „de korte duur van de aanbestedingsprocedures een spoedbehandeling van de hierboven bedoelde inbreuken noodzakelijk maakt”.
- 5 Artikel 1, leden 1 en 3, van richtlijn 89/665 luidt:

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

[...]

3. De lidstaten dragen er zorg voor dat de beroepsprocedures, volgens modaliteiten die de lidstaten kunnen bepalen, althans toegankelijk zijn voor

een ieder die belang heeft of heeft gehad bij de gunning van een bepaalde overheidsopdracht voor leveringen of voor de uitvoering van werken en die door een beweerde schending is of dreigt te worden gelaedeerd [...]"

6 Artikel 2, leden 1, sub a, 3 en 4, 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;

[...]

3. De beroepsprocedures behoeven niet per se een automatische opschortende werking te hebben voor de aanbestedingsprocedures waarop zij betrekking hebben.

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.”

- 7 Richtlijn 71/305 en richtlijn 77/62 zijn respectievelijk ingetrokken bij richtlijn 93/37 en richtlijn 93/36. De verwijzingen naar de ingetrokken richtlijnen in de eerste overweging van de considerans en in artikel 1, lid 1, van richtlijn 89/665 moeten worden gezien als verwijzingen naar de richtlijnen 93/37 en 93/36.
- 8 Luidens artikel 1, sub b, van richtlijn 92/50, dat inhoudelijk nagenoeg identiek is met artikel 1, sub b, van richtlijnen 93/36 en 93/37,

„worden als ‚aanbestedende diensten’ beschouwd: de staat, de territoriale lichamen, publiekrechtelijke instellingen en verenigingen gevormd door een of meer van deze lichamen of instellingen.

Onder publiekrechtelijke instelling wordt verstaan, iedere instelling die:

- is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang andere dan die van industriële of commerciële aard,

en

- rechtspersoonlijkheid heeft

en

- waarvan of wel de activiteiten in hoofdzaak door de staat of de territoriale of andere publiekrechtelijke instellingen worden gefinancierd, ofwel het beheer is onderworpen aan toezicht door deze laatste, ofwel de leden van de directie, de raad van bestuur of de raad van toezicht voor meer dan de helft door de staat, de territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen zijn aangewezen.

[...]"

- 9 Artikel 1, punten 1 en 2, 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) luidt:

„In de zin van deze richtlijn wordt verstaan onder:

1. „overheidsdiensten”: de staat, zijn territoriale overheden, publiekrechtelijke lichamen en verenigingen bestaande uit een of meer van deze overheden of publiekrechtelijke lichamen.

Een lichaam wordt als publiekrechtelijk lichaam aangemerkt, indien het

— is ingesteld met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang en niet van industriële of commerciële aard is, en

— rechtspersoonlijkheid heeft,

en

— in hoofdzaak door de staat, door territoriale overheden of door andere publiekrechtelijke lichamen wordt gefinancierd, dan wel indien het beheer ervan onderworpen is aan het toezicht van die lichamen, of ook indien de leden van het bestuurs-, het leidinggevende of toezichthoudende orgaan voor meer dan de helft worden aangesteld door de staat, door territoriale overheden of door andere publiekrechtelijke lichamen;

2. 'openbaar bedrijf': bedrijf waarover overheidsdiensten rechtstreeks of middellijk een dominerende invloed kunnen uitoefenen uit hoofde van eigendom, financiële deelneming of het bedrijf betreffende voorschriften. Een dominerende invloed wordt geacht aanwezig te zijn, wanneer de overheidsdiensten, al dan niet rechtstreeks, ten aanzien van een bedrijf:

— de meerderheid van het geplaatste kapitaal van dat bedrijf bezitten,

of

- over de meerderheid van de stemrechten verbonden aan de door het bedrijf uitgegeven aandelen beschikken,

of

- meer dan de helft van de leden van het bestuurs-, leidinggevende of toezichthoudende orgaan van het bedrijf kunnen aanstellen.”

- ¹⁰ De beroepsprocedures tegen besluiten van aanbestedende diensten in het kader van richtlijn 93/38 zijn geregeld in 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 de vierde overweging van de considerans van die richtlijn wordt erop gewezen dat richtlijn 89/665 alleen van toepassing is op aanbestedingsprocedures die vallen onder de richtlijnen 71/305 of 77/62.

De nationale regeling

- ¹¹ De personele werkingssfeer van de Spaanse wettelijke regeling inzake overheidsopdrachten is gedefinieerd in artikel 1 van Ley 13/1995 de Contratos de las Administraciones Públicas (wet inzake overheidsopdrachten) van 18 mei 1995 (BOE nr. 119 van 19 mei 1995, blz. 14601; hierna: „wet nr. 13/1995”), en omvat

alle territoriale overheden, ongeacht of het gaat om de staat, de autonome gemeenschappen of de plaatselijke overheden. Lid 3 van dat artikel bepaalt:

„Eveneens overeenkomstig deze wet moeten worden geplaatst de overheidsopdrachten van alle autonome instellingen en van de andere publiekrechtelijke lichamen met rechtspersoonlijkheid die verbonden zijn met een overheidsinstantie of daarvan afhangen en die beantwoorden aan de volgende criteria:

- a) zij zijn opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang andere dan die van industriële of commerciële aard,
- b) hun activiteiten worden in hoofdzaak door de staat of door andere publiekrechtelijke lichamen gefinancierd, of het beheer is onderworpen aan het toezicht van deze laatste, of de leden van het bestuurs-, het leidinggevende of het toezichthoudende orgaan worden voor meer dan de helft aangewezen door de staat of door andere publiekrechtelijke lichamen.”

- 12 De zesde aanvullende bepaling van die wet, met als opschrift „Beginselen voor de plaatsing van opdrachten in de overheidssector”, luidt als volgt:

„Handelsvennootschappen waarvan de meerderheid van het kapitaal al dan niet rechtstreeks in handen is van de overheid of haar autonome instellingen, of van publiekrechtelijke lichamen, eerbiedigen bij de plaatsing van opdrachten de beginselen van openbaarheid en concurrentie, behalve indien de aard van de opdracht met die beginselen onverenigbaar is.”

- 13 Opgemerkt moet worden dat het Koninkrijk Spanje sinds de instelling van het onderhavige beroep bij Real Decreto Legislativo 2/2000 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (koninklijk besluit nr. 2/2000 tot goedkeuring van de gecodificeerde tekst van de wet inzake overheidsopdrachten) van 16 juni 2000 (BOE nr. 148 van 21 juni 2000, blz. 21775) een nieuwe, gecodificeerde versie van die wet heeft vastgesteld, die echter enkel de vroegere bepalingen bijeenbrengt en ordent, zonder inhoudelijke wijzigingen aan te brengen.
- 14 Op bestuurlijk niveau kan ingevolge artikel 107 van Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (wet op het rechtsregime van de staat en de gemeenschappelijke bestuurlijke procedure) van 26 november 1992, zoals gewijzigd bij Ley 4/1999 van 13 januari 1999 (BOE nr. 12 van 14 januari 1999, blz. 1739; hierna: „wet nr. 30/1992”), rechtstreeks bezwaar worden ingediend tegen „procedurele handelingen die al dan niet rechtstreeks de grond van de zaak raken, de voortzetting van de procedure beletten, het voeren van verweer onmogelijk maken of onherstelbare schade berokkenen aan rechten of gewettigde belangen”.
- 15 Met betrekking tot beroepen bij de administratieve rechter bevat artikel 25, lid 1, van Ley 29/1998 reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (wet betreffende het bestuursprocesrecht) van 13 juli 1998 (BOE nr. 167 van 14 juli 1998, blz. 23516; hierna: „wet nr. 29/1998”) een identieke regeling als wet nr. 30/1992:

„Bij de administratieve rechter kan beroep worden ingesteld tegen bepalingen van algemene strekking en uitdrukkelijke en stilzwijgende handelingen van de overheid die de administratieve behandeling beëindigen, ongeacht of dit definitieve dan wel procedurele handelingen zijn, indien zij al dan niet rechtstreeks de grond van de zaak raken, de voortzetting van de procedure beletten, het voeren van verweer onmogelijk maken of onherstelbare schade berokkenen aan rechten of gewettigde belangen.”

16 Artikel 111 van wet nr. 30/1992, met als opschrift „Schorsing”, luidt:

„1. Tenzij anders bepaald, heeft de instelling van beroep geen schorsende werking.

2. Niettegenstaande de bepalingen van het vorige lid kan het orgaan dat zich over het beroep moet uitspreken, na een afdoende gemotiveerde afweging van het nadeel dat schorsing zou meebrengen voor het algemeen belang of voor derden en het nadeel dat de onmiddellijke inwerkingtreding van de bestreden handeling aan de verzoeker zou berokkenen, in de volgende gevallen ambtshalve of op verzoek van de verzoekende partij de bestreden handeling schorsen:

- a) indien de uitvoering niet of moeilijk herstelbare schade kan veroorzaken;
- b) indien de betwisting is gebaseerd op een van de gronden van nietigheid van rechtswege [...]

[...]

3. Wanneer de bevoegde instantie binnen dertig dagen na de inschrijving van het verzoek op de rol geen uitdrukkelijke uitspraak heeft gedaan over de schorsing van de bestreden handeling, wordt deze geacht te zijn geschorst.”

17 Uit de toelichting bij wet nr. 29/1998 blijkt, dat „gelet op de in de laatste jaren opgedane ervaring en op het toenemende belang van het beroep bij de administratieve rechter, schorsing van de bestreden bepaling of handeling niet langer de enige voorlopige maatregel mag zijn” en dat „de wet dus de mogelijkheid invoert om eender welke voorlopige maatregel te treffen, met inbegrip van positieve maatregelen”.

18 Artikel 129, lid 1, van wet nr. 29/1998 luidt:

„De belanghebbenden kunnen in elke stand van de procedure verzoeken om maatregelen die de doeltreffendheid van het te wijzen vonnis kunnen waarborgen.”

19 Artikel 136 van die wet bepaalt:

„1. In de gevallen bedoeld in de artikelen 29 en 30 zal de conservatoire maatregel worden getroffen tenzij blijkt dat er geen sprake is van de in die artikelen bedoelde situaties of dat de maatregel het algemeen belang of de belangen van derden ernstig schaadt, hetgeen de rechter omstandig moet motiveren.

2. In de in het vorige lid bedoelde gevallen kan ook reeds vóór het instellen van het beroep om de maatregelen worden verzocht, welk verzoek wordt onderzocht overeenkomstig de bepalingen van het vorige artikel. In dat geval moet de belanghebbende zijn verzoek bevestigen bij de instelling van het beroep, welke moet plaatsvinden binnen een termijn van tien dagen te rekenen vanaf de betekening van de vaststelling van de conservatoire maatregelen [...]

Indien geen beroep wordt ingesteld, vervallen de toegestane maatregelen vanzelf en moet de verzoeker de door de voorlopige maatregel ontstane schade vergoeden.”

- 20 Hieraan moet worden toegevoegd dat de artikelen 29 en 30 van wet nr. 29/1998 in de eerste plaats zien op gevallen waarin het bestuurslichaam krachtens een voorschrift, een overeenkomst of een handeling gehouden is tot een concrete prestatie ten gunste van één of meer personen, in de tweede plaats op gevallen waarin het bestuurslichaam zijn definitieve handelingen niet uitvoert en in de derde plaats op feitelijkheden.

De precontentieuze procedure

- 21 Bij brief van 18 december 1991 deed de Spaanse regering de Commissie de teksten mee van de destijds geldende wetten die volgens haar richtlijn 89/665 omzetten in nationaal recht, namelijk de Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (wet op het bestuursprocesrecht) van 27 december 1956, de Ley de Procedimiento Administrativo (wet op de bestuurlijke procedure) van 18 juli 1958, de Ley de Contratos del Estado (wet inzake overheidsopdrachten) en de Spaanse Grondwet.
- 22 Op 21 juni 1994 zonden de diensten van de Commissie de permanente vertegenwoordiger van Spanje bij de Europese Unie hun eerste opmerkingen over de inhoud van de nationale omzettingsmaatregelen.
- 23 De Commissie achtte het antwoord van de Spaanse autoriteiten van 13 september 1994 ontoereikend. Zij zond de Spaanse regering daarom op 29 mei 1996 een aanmaningsbrief waarin zij stelde dat de werkingssfeer van de nationale maatregelen niet overeenstemde met die van richtlijn 89/665, dat volgens die

maatregelen tegen zogenoemde „procedurele” handelingen slechts in uitzonderlijke gevallen rechtstreeks beroep kon worden ingesteld en dat die maatregelen slechts voorzagen in de mogelijkheid om een bestuurshandeling te schorsen indien daartegen beroep was ingesteld.

- 24 In haar antwoord van 9 oktober 1996 stelde de Spaanse regering met betrekking tot het eerste punt, dat het begrip „publiekrechtelijke instelling” in wet nr. 13/1995 letterlijk was overgenomen uit de richtlijnen 93/36, 93/37 en 92/50. Aangaande de andere twee punten bracht zij in herinnering in welke gevallen rechtstreeks beroep kan worden ingesteld tegen een procedurele handeling en beklemtoonde zij het wettelijk vereiste dat eerst beroep moet worden ingesteld alvorens een handeling kan worden geschorst.

- 25 Na een vergadering tussen de bevoegde Spaanse autoriteiten en de diensten van de Commissie in oktober 1997 zonden genoemde autoriteiten de Commissie op 30 januari 1998 een nieuwe brief, waarin zij hun in het antwoord van 9 oktober 1996 verdedigde standpunten volledig handhaafden.

- 26 Tijdens een vergadering in oktober 1998 en in een brief van 14 januari 1999 bevestigden de Spaanse autoriteiten hun standpunt betreffende de werkingssfeer en de voorlopige maatregelen. Met betrekking tot de voor beroep vatbare handelingen verwezen zij naar wet nr. 29/1998, waarbij de regeling van de procedurele handelingen ten dele was gewijzigd.

- 27 Op 2 februari 1999 deelden de Spaanse autoriteiten de Commissie ten slotte officieel de wetten nrs. 29/1998 en 4/1999 mee. Na onderzoek van die nieuwe teksten kwam de Commissie tot de conclusie dat het Koninkrijk Spanje de niet-nakoming van richtlijn 89/665 niet had beëindigd. Op 25 augustus 1999 bracht zij een met redenen omkleed advies uit waarin zij het Koninkrijk Spanje verzocht de noodzakelijke maatregelen te nemen om hieraan binnen een termijn van twee maanden na betekening te voldoen.

- 28 De Spaanse regering beantwoordde dit met redenen omkleed advies bij brief van 8 november 1999, waarin zij de analyse van de Commissie betwistte.
- 29 In die omstandigheden heeft de Commissie het onderhavige beroep ingesteld.

Ten gronde

De omzetting van richtlijn 89/665 wat de personele werkingssfeer betreft

Argumenten van partijen

- 30 De Commissie brengt allereerst in herinnering, dat de lidstaten bij de omzetting van richtlijnen in nationaal recht de betekenis van de daarin voorkomende termen en begrippen moeten eerbiedigen, ten einde de uniforme uitlegging en toepassing van de communautaire teksten in de verschillende lidstaten te waarborgen. De Spaanse autoriteiten moeten aan de uitdrukking „publiekrechtelijke instelling”, zoals gebruikt in de richtlijnen 92/50, 93/36 en 93/37, dan ook de betekenis geven die zij in het gemeenschapsrecht heeft.
- 31 Die richtlijnen vermelden niet of de publiekrechtelijke instellingen zijn opgericht onder het publiekrecht of het privaatrecht, noch in welke rechtsvorm, maar gaan veeleer uit van andere criteria, waaronder het doel waarvoor de betrokken instellingen zijn opgericht. Met name impliceert de functionele uitlegging van het begrip „aanbestedende dienst” en dus van „publiekrechtelijke instelling” in de

vaste rechtspraak van het Hof, dat dit laatste begrip de door de overheid gecontroleerde handelsvennootschappen omvat, uiteraard mits zij voldoen aan de voorwaarden van artikel 1, sub b, tweede alinea, van die richtlijnen. De rechtsvorm van de betrokken entiteiten is irrelevant.

- 32 Hoewel artikel 1 van wet nr. 13/1995 een nagenoeg letterlijke weergave is van de overeenkomstige bepalingen van de richtlijnen 92/50, 93/36 en 93/37, is er toch een wezenlijk verschil, nu privaatrechtelijke entiteiten worden uitgesloten van de werkingssfeer van de wet. Wet nr. 13/1995 voegt namelijk een in de gemeenschapswetgeving niet voorziene voorafgaande voorwaarde toe die betrekking heeft op de wijze van oprichting van de betrokken entiteiten, namelijk dat zij publiekrechtelijk moeten zijn.
- 33 De uitsluiting in artikel 1, lid 3, van wet nr. 13/1995 wordt bevestigd door de zesde aanvullende bepaling van die wet, waarvan de enige bestaansreden is dat de daarin genoemde opdrachten anders geheel buiten de werkingssfeer van de wet zouden vallen.
- 34 Nu privaatrechtelijke entiteiten zijn uitgesloten van de personele werkingssfeer van de Spaanse regeling inzake overheidsopdrachten, vallen zij evenmin onder de bepalingen betreffende de aanbestedingsprocedures noch derhalve onder de regeling voor de beroepsprocedures inzake overheidsopdrachten. Deze uitsluiting druist dan ook in tegen de bepalingen van de richtlijnen 92/50, 93/36 en 93/37 die de werkingssfeer daarvan afbakenen en tegen richtlijn 89/665 voorzover zij de toepassing van de in deze richtlijn voorziene procedurele waarborgen belet. De Commissie leidt daaruit af dat richtlijn 89/665 niet correct is omgezet in Spaans recht, aangezien dit niet de beroepsmogelijkheden biedt waarin de richtlijn voor haar gehele personele werkingssfeer voorziet.

- 35 De Spaanse regering stelt primair dat deze grief kennelijk ongegrond is. Hoewel de Commissie haar schending van richtlijn 89/665 verwijt, maakt zij verder geen melding van die richtlijn, maar van de personele werkingssfeer van andere richtlijnen, namelijk de materiële richtlijnen inzake het plaatsen van overheidsopdrachten. In feite stelt de Commissie in casu dus de omzetting van artikel 1 van de richtlijnen 92/50, 93/36 en 93/37 aan de orde, en niet een onjuiste omzetting van richtlijn 89/665, waarvan zij de schending stelt.
- 36 Richtlijn 89/665 bevat immers geen regels betreffende de procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten, en definieert derhalve niet de personele werkingssfeer van de procedureregels in de richtlijnen 92/50, 93/36 en 93/37. Verder komt die richtlijn pas in een later stadium aan de orde, aangezien zij vereist dat de lidstaten doeltreffende en snelle beroepsprocedures invoeren in geval van schending van de regels van de richtlijnen inzake de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten. Zo het Hof dit middel aanvaardt, moet in casu dus worden onderzocht of richtlijn 89/665 correct is omgezet, hoewel zij niet eens de materie regelt die volgens de Commissie onjuist is omgezet. De Commissie had een afzonderlijke procedure moeten inleiden om te doen vaststellen of het Koninkrijk Spanje de richtlijnen 92/50, 93/36 en 93/37, die concrete elementen en regels ter afbakening van hun personele werkingssfeer bevatten, correct heeft omgezet.
- 37 Subsidiair stelt de Spaanse regering dat de richtlijnen 92/50, 93/36 en 93/37 correct zijn omgezet wat de personele werkingssfeer betreft.
- 38 Het begrip „publiekrechtelijke instelling” wordt in de verschillende lidstaten niet uniform uitgelegd en het is dus niet mogelijk een definitieve, algemeen geldende oplossing te vinden. Ten einde uit te maken of een instelling al dan niet voldoet aan de voorwaarden om binnen de personele werkingssfeer van de betrokken richtlijnen te vallen, is derhalve in elk afzonderlijk geval een gedetailleerd onderzoek noodzakelijk.

- 39 De uitdrukking „publiekrechtelijke instelling” in de betrokken richtlijnen verwijst naar een publiekrechtelijke entiteit; in de Spaanse rechtsorde worden de uitdrukkingen „publiekrechtelijke entiteit” en „publiekrechtelijke instelling” door elkaar gebruikt.
- 40 In de richtlijnen 92/50, 93/36 en 93/37 omvat het begrip „publiekrechtelijke instelling” niet de door de overheid gecontroleerde handelsvennootschappen. Dat in richtlijn 93/38 onderscheid wordt gemaakt tussen dat begrip, dat in de vier richtlijnen identiek is, en het begrip „openbaar bedrijf”, waarvan de definitie overeenstemt met die van „publieke handelsvennootschap”, bewijst dat het om twee verschillende begrippen gaat.
- 41 Ten einde het begrip „publiekrechtelijke instelling” af te bakenen, moet allereerst de commerciële of industriële aard van de betrokken „behoefte van algemeen belang” worden verduidelijkt. In de Spaanse rechtsorde hebben openbare handelsvennootschappen in beginsel tot taak, te voldoen aan behoeften van algemeen belang, hetgeen verklaart waarom zij door de overheid worden gecontroleerd. Die behoeften zijn evenwel van commerciële of industriële aard; zo dat niet het geval was, zou daarvoor geen handelsvennootschap zijn opgericht.
- 42 Het kan immers moeilijk worden betwist dat commerciële of industriële vennootschappen of de behoeften waaraan zij voldoen, commercieel of industrieel van aard zijn, aangezien zij in alle opzichten van die aard zijn. De Spaanse regering verwijst in dat verband naar hun rechtsvorm, die privaatrechtelijk is, de op hun activiteiten toepasselijke rechtsregeling, de handelsrechtelijke, het feit dat die vennootschappen steeds een commerciële activiteit uitoefenen, en hun doel, een winst oogmerk dat vreemd is aan het algemeen belang dat wordt nagestreefd door verenigingen, stichtingen en publiekrechtelijke instellingen, en dat nooit van invloed is op de particuliere belangen van de leden.

- 43 In antwoord op het betoog van de Spaanse regering dat haar eerste grief kennelijk ongegrond is, stelt de Commissie dat richtlijn 89/665 in artikel 1, lid 1, zelf haar werkingssfeer definieert onder verwijzing naar de werkingssfeer van de richtlijnen 92/50, 93/36 en 93/37. Om de werkingssfeer van richtlijn 89/665 te definiëren, had de gemeenschapswetgever in die richtlijn de nodige bepalingen van de drie andere richtlijnen kunnen overnemen. Dat hij dat niet heeft gedaan, maar voor een andere techniek heeft gekozen om de inhoud van richtlijn 89/665 nietodeloos te overladen, kan niet worden aangevoerd om het Hof te beletten de omzetting van die richtlijn in de Spaanse rechtsorde te toetsen.
- 44 Wat het onderscheid betreft dat in richtlijn 93/38 zou worden gemaakt tussen de begrippen „publiekrechtelijk instelling” en „openbaar bedrijf”, stelt de Commissie dat deze richtlijn het in de vier betrokken richtlijnen identiek gedefinieerde begrip publiekrechtelijke instelling niet expliciteert, maar de werkingssfeer van de gemeenschapsrechtelijke bepalingen inzake overheidsopdrachten uitbreidt tot bepaalde sectoren (water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie) die van de richtlijnen 92/50, 93/36 en 93/37 zijn uitgesloten, om ook bepaalde entiteiten te omvatten met een belangrijke activiteit in die sectoren, namelijk openbare bedrijven en bedrijven die door de overheid verleende bijzondere of uitsluitende rechten hebben. Voorts heeft het begrip openbaar bedrijf altijd verschild van het begrip publiekrechtelijke instelling, daar publiekrechtelijke instellingen zijn opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang andere dan die van industriële of commerciële aard, terwijl openbare bedrijven handelen om te voorzien in behoeften van industriële of commerciële aard.
- 45 Aangaande de opvatting van de Spaanse regering dat van geval tot geval moet worden onderzocht of een instelling al dan niet voldoet aan de voorwaarden om onder de richtlijnen 92/50, 93/36 of 93/37 te vallen, stelt de Commissie dat niet op voorhand — zoals in de Spaanse regeling — een hele groep van instellingen van de werkingssfeer van richtlijn 89/665 kan worden uitgesloten, namelijk de privaatrechtelijke entiteiten die voldoen aan de drie voorwaarden van voormelde richtlijnen, ook als die uitsluiting van geval tot geval opnieuw moet worden onderzocht.

- 46 Deze uitlegging strookt bovendien met de structuur van de betrokken bepalingen. Zo de gemeenschapswetgever de niet-commerciële of niet-industriële aard had willen verbinden aan de rechtsvorm van de instelling in plaats van aan het door die instelling nagestreefde belang, zou de formule „niet van industriële of commerciële aard” niet zijn opgenomen in het streepje betreffende de behoeften, maar in het daaraan voorafgaande zinsdeel, ten einde de instelling rechtstreeks nader te definiëren.

Beoordeling door het Hof

- 47 Vaststaat dat ingevolge artikel 1, lid 3, van wet nr. 13/1995 juncto de zesde aanvullende bepaling van die wet, overheidsinstellingen met een privaatrechtelijk statuut — een categorie die in de Spaanse rechtsorde wordt gevormd door handelsvennootschappen onder overheidscontrole — buiten de personele werkingssfeer van de Spaanse regeling betreffende aanbestedingsprocedures en dus ook buiten de regeling betreffende beroepen inzake overheidsopdrachten vallen.
- 48 Ten einde te beoordelen of deze uitsluiting een juiste omzetting van artikel 1, lid 1, van richtlijn 89/665 oplevert, moet derhalve worden onderzocht of het begrip „aangebestedende dienst” in die bepaling enkel ziet op instellingen die door het publiekrecht worden beheerst, zoals de Spaanse regering stelt, dan wel of ook organen met een privaatrechtelijk statuut onder dat begrip kunnen vallen.
- 49 In dat verband zij eraan herinnerd dat richtlijn 89/665 volgens de eerste en de tweede overweging van haar considerans de zowel op nationaal als op gemeenschapsniveau bestaande voorzieningen wil versterken die de daadwerkelijke toepassing van de richtlijnen inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening, leveringen en de uitvoering van werken moeten waarborgen, in het bijzonder in een stadium waarin schendingen nog ongedaan kunnen worden

gemaakt. Daartoe verplicht artikel 1, lid 1, van de richtlijn de lidstaten ervoor te zorgen dat tegen onwettige besluiten van de aanbestedende diensten in het kader van binnen de werkingssfeer van de richtlijnen 92/50, 93/36 en 93/37 vallende aanbestedingsprocedures doeltreffend en zo snel mogelijk beroep kan worden ingesteld.

- 50 Nu richtlijn 89/665 van toepassing is op beroepsprocedures tegen besluiten van aanbestedende diensten in de zin van de richtlijnen 92/50, 93/36 en 93/37, valt de personele werkingssfeer daarvan noodzakelijkerwijs samen met die van die richtlijnen.
- 51 Ten einde uit te maken of de ter uitvoering van artikel 1, lid 1, van richtlijn 89/665 vastgestelde Spaanse regeling een juiste omzetting van het begrip „aangebestede dienst” in dat artikel oplevert, moet dus worden gekeken naar de definitie van dat begrip en meer in het bijzonder van het begrip „publiekrechtelijke instelling” dat in nagenoeg identieke bewoordingen voorkomt in artikel 1, sub b, tweede alinea, van de richtlijnen 92/50, 93/36 en 93/37.
- 52 Met betrekking tot artikel 1, sub b, tweede alinea, van richtlijn 93/37 heeft het Hof reeds gepreciseerd dat om als publiekrechtelijke instelling in de zin van die bepaling te worden gekwalificeerd, een entiteit moet voldoen aan de daarin genoemde drie cumulatieve voorwaarden, namelijk dat zij een instelling is die is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang andere dan die van industriële of commerciële aard, rechtspersoonlijkheid heeft en in grote mate afhankelijk is van de staat, van territoriale lichamen of van andere publiekrechtelijke instellingen (arrest van 15 januari 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria e.a., C-44/96, Jurispr. blz. I-73, punten 20 en 21).
- 53 Verder heeft het Hof bij herhaling geoordeeld, dat het begrip „publiekrechtelijke instelling”, gelet op de dubbele doelstelling van openstelling voor concurrentie en transparantie die de richtlijnen betreffende de coördinatie van de procedures voor

het plaatsen van overheidsopdrachten nastreven, een functionele uitlegging moet krijgen (zie met name arresten van 1 februari 2001, Commissie/Frankrijk, C-237/99, Jurispr. blz. I-939, punten 41-43, en 12 december 2002, Universale-Bau e.a., C-470/99, Jurispr. blz. I-11617, punten 51-53). Het Hof heeft verder gepreciseerd dat het begrip „publiekrechtelijke instelling”, gelet op deze dubbele doelstelling, in ruime zin moet worden opgevat (arrest van 27 februari 2003, Adolf Truley, C-373/00, Jurispr. blz. I-1931, punt 43).

- 54 Om de vraag betreffende de mogelijke kwalificatie van verschillende privaatrechtelijke entiteiten als publiekrechtelijke instellingen te beantwoorden, heeft het Hof zich er in die optiek in vaste rechtspraak toe beperkt na te gaan of die entiteiten voldeden aan de drie cumulatieve voorwaarden van artikel 1, sub b, tweede alinea, van de richtlijnen 92/50, 93/36 en 93/37, waarbij het de wijze waarop de betrokken entiteit was opgericht, in dat verband irrelevant achtte (zie in die zin met name arrest Mannesmann Anlagenbau Austria e.a., reeds aangehaald, punten 6 en 29; arrest van 10 november 1998, BFI Holding, C-360/96, Jurispr. blz. I-6821, punten 61 en 62, en arrest Commissie/Frankrijk, reeds aangehaald, punten 50 en 60).
- 55 Uit de aldus in de rechtspraak van het Hof ontwikkelde beginselen volgt dat het privaatrechtelijk statuut van een entiteit geen criterium is aan de hand waarvan de kwalificatie als aanbestedende dienst in de zin van artikel 1, sub b, van de richtlijnen 92/50, 93/36 en 93/37, en derhalve van artikel 1, lid 1, van richtlijn 89/665, kan worden uitgesloten.
- 56 Verder moet worden beklemtoond dat het nuttig effect zowel van de richtlijnen 92/50, 93/36 en 93/37 als van richtlijn 89/665 niet geheel zou worden gewaarborgd indien de toepassing van die richtlijnen op een entiteit die aan de drie genoemde voorwaarden voldoet, kon worden uitgesloten op de enkele grond dat haar rechtsvorm en rechtsstatuut volgens het nationale recht waaraan zij onderworpen is van privaatrechtelijke aard zijn.

- 57 Gelet op die overwegingen kan het begrip „publiekrechtelijke instelling” in artikel 1, sub b, tweede alinea, van de richtlijnen 92/50, 93/36 en 93/37 niet aldus worden uitgelegd dat de lidstaten van meet af aan handelsvennootschappen die onder overheidscontrole staan, zouden kunnen uitsluiten van de personele werkingssfeer van die richtlijnen en derhalve van richtlijn 89/665.
- 58 Voor het overige kan niet worden gesteld dat deze conclusie neerkomt op miskenning van de industriële of commerciële aard van de behoeften van algemeen belang waarin die ondernemingen voorzien, aangezien dat element noodzakelijkerwijs in aanmerking wordt genomen bij de beoordeling van de vraag of de betrokken entiteit al dan niet voldoet aan de voorwaarde van artikel 1, sub b, tweede alinea, eerste streepje, van de richtlijnen 92/50, 93/36 en 93/37.
- 59 Aan die conclusie wordt evenmin afgedaan door het ontbreken van een uitdrukkelijke vermelding in de richtlijnen 92/50, 93/36 en 93/37 van de specifieke categorie van „openbare bedrijven”, die wel voorkomt in richtlijn 93/38. In dat verband volstaat het eraan te herinneren dat de beroepsprocedures tegen besluiten van aanbestedende diensten in het kader van richtlijn 93/38 niet worden beheerst door richtlijn 89/665, maar door richtlijn 92/13.
- 60 Uit een en ander volgt dat voorzover de betrokken Spaanse regeling privaatrechtelijke vennootschappen van meet af aan uitsluit van de personele werkingssfeer van richtlijn 89/665, zij geen juiste omzetting oplevert van het begrip „aangebestede dienst” in artikel 1, lid 1, van die richtlijn, zoals gedefinieerd in artikel 1, sub b, van de richtlijnen 92/50, 93/36 en 93/37.
- 61 Derhalve moet de eerste grief van de Commissie worden aanvaard.

De omzetting van de materiële werkingssfeer van richtlijn 89/665

Argumenten van partijen

- 62 De Commissie stelt dat de materiële werkingssfeer van richtlijn 89/665 ten onrechte is beperkt, nu de Spaanse bepalingen inzake beroepen, te weten artikel 107 van wet nr. 30/1992 en artikel 25, lid 1, van wet nr. 29/1998, het onmogelijk maken bepaalde onwettige besluiten van de aanbestedende diensten aan te vechten. Met name beperken zij de mogelijkheid om op te komen tegen procedurele handelingen, dat wil zeggen bestuurshandelingen die niet een bestuurlijke procedure afsluiten. Zoals het Hof in het arrest van 28 oktober 1999, Alcatel Austria e.a. (C-81/98, Jurispr. blz. I-7671), heeft gesteld, bevat de richtlijn dienaangaande evenwel geen enkele uitzondering.
- 63 Tot staving van haar standpunt verwijst de Commissie naar de artikelen 1, lid 1, en 2, leden 1, sub b, en 8, van richtlijn 89/665, volgens welke tegen vermoede onwettige maatregelen doeltreffend en vooral zo snel mogelijk beroep moet kunnen worden ingesteld.
- 64 Volgens de Commissie moet het eerste deel van die zin („vermoede onwettige maatregelen”) aldus worden begrepen dat het ziet op elke soort vermoede onwettige handelingen, en niet enkel op definitieve handelingen. Verder noopt het tweede deel van de zin („doeltreffend en [...] zo snel mogelijk beroep”) tot de conclusie dat de mogelijkheid om beroep in te stellen tegen procedurele handelingen, een van de beste technieken is om de doeltreffendheid en de snelheid van de beroepen te waarborgen, aangezien het afwachten van de uitkomst van de aanbestedingsprocedure het beste middel is om afbreuk te doen aan de door richtlijn 89/665 voorgeschreven doeltreffendheid en snelheid van de beroepen of die zelfs geheel teniet te doen.

- 65 Bij wijze van voorbeeld haalt de Commissie een arrest aan van het Spaanse Tribunal Supremo van 28 november 1994 betreffende een procedure van gunning via onderhandelingen, waarin deze Spaanse rechterlijke instantie heeft beslist dat niet kan worden opgekomen tegen het besluit van een aanbestedende dienst, de inschrijvers om aanvullende stukken te verzoeken om hun situatie te regulariseren, en dat de rechtmatigheid daarvan slechts kan worden bestreden in een procedure tot herziening van de definitieve handeling die de procedure van gunning via onderhandelingen afsluit. Dat het verzoek om overlegging van stukken als een procedurele handeling wordt gekwalificeerd, heeft dus tot gevolg dat het slechts kan worden aangevochten indien de betrokken onderneming van de procedure wordt uitgesloten omdat zij de gevraagde aanvullende stukken niet heeft overgelegd. De Commissie meent dat deze onderneming, zonder van de procedure te zijn uitgesloten, toch in een zwakke positie kan staan tegenover de andere inschrijvers, en dat zij dus beroep moet kunnen instellen tegen het verzoek om overlegging van aanvullende stukken.
- 66 De Spaanse regering verwerpt deze grief en stelt dat de Commissie niet heeft aangetoond dat er sprake is van niet-nakoming. Zij heeft immers enkel geëist dat het onderscheid tussen definitieve handelingen en procedurele handelingen wordt afgeschaft, maar heeft geen enkel voorbeeld gegeven waaruit kan worden afgeleid dat dit onderscheid het doel van richtlijn 89/665 daadwerkelijk in gevaar brengt, zodat zij niet heeft aangetoond dat de Spaanse wettelijke regeling kan beletten dat de richtlijn haar doel bereikt.
- 67 Het standpunt van de Commissie is gebaseerd op een misvatting over het begrip procedurele handeling. Volgens de Spaanse regering kan een procedurele handeling de betrokkene per definitie geen schade berokkenen, maar hooguit een voor hem gunstig of ongunstig definitief besluit voorbereiden. Een procedurele handeling impliceert geen standpuntbepaling, maar maakt deel uit van een besluitvormingsprocedure. Zo een handeling die een procedurele handeling lijkt te zijn, zelf een standpuntbepaling inhoudt, houdt zij op een procedurele handeling in strikte zin te zijn en is zij vatbaar voor beroep.

- 68 De door de Commissie vermelde bepalingen van Spaans recht betreffende de mogelijkheid om op te komen tegen procedurele handelingen gelden niet alleen voor het plaatsen van overheidsopdrachten, maar voor alle procedures. Deze techniek, die moet vermijden dat procedures worden verlamd door opeenvolgende klachten en beroepen in de fase van voorbereidende handelingen die de rechten van de betrokkenen nog niet definitief beïnvloeden, is niet alleen diep ingeworteld in de Spaanse rechtsorde, maar is ook gemeen aan alle rechtsstelsels van de lidstaten.
- 69 Onder verwijzing naar met name het arrest van 18 maart 1997, *Guérin automobiles/Commissie* (C-282/95 P, Jurispr. blz. I-1503), beklemtoont de Spaanse regering dat dit idee ook is overgenomen in de communautaire rechtspraak. Het Hof heeft eveneens beslist dat de voorbereidende aard van de handeling waartegen het beroep is gericht, één van de gronden van niet-ontvankelijkheid van het beroep tot nietigverklaring is, en dat het Hof deze grond ambtshalve kan onderzoeken (arrest van 14 februari 1989, *Bossi/Commissie*, 346/87, Jurispr. blz. 303).
- 70 Wat bijvoorbeeld steunmaatregelen betreft, herinnert de Spaanse regering eraan dat noch de verdragsbepalingen inzake steunmaatregelen noch verordening (EG) nr. 659/99 van de Raad van 22 maart 1999 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 93 van het EG-Verdrag (PB L 83, blz. 1), uitdrukkelijk bepalen dat tegen louter procedurele handelingen die voor de betrokkenen geen definitieve gevolgen hebben, geen afzonderlijk beroep kan worden ingesteld. In beginsel is een beroep tegen het besluit van de Commissie om de procedure van artikel 88, lid 2, EG in te leiden, evenwel niet-ontvankelijk, onverminderd de middelen die tegen dat besluit — een procedurele handeling — kunnen worden aangevoerd wanneer de tijd gekomen is om beroep in te stellen tegen de eindbeschikking. Er was dus geen reden om in richtlijn 89/665 dit elementaire onderscheid op te nemen op grond waarvan alle stelsels van administratief beroep of beroep in rechte kunnen functioneren.
- 71 Voor het overige heeft de Commissie evenmin enig element aangevoerd om te rechtvaardigen dat de criteria die het Tribunal Supremo in het door haar

aangehaalde arrest heeft toegepast, in strijd zijn met het doel van richtlijn 89/665. In dat arrest heeft het Tribunal Supremo uiteengezet dat het verzoek om overlegging van aanvullende documenten een procedurele handeling was, omdat het de aanbesteding niet afsloot, maar slechts een loutere voorbereiding van het gunningsbesluit was. De Spaanse regering preciseert nog dat de uiteindelijke gunning van de opdracht is betwist omdat de begunstigde niet de door het bestuurslichaam gevraagde documentatie had verstrekt. Volgens dit laatste was de ontbrekende documentatie niet van wezenlijk belang en was het ontbreken daarvan een gebrek dat kon worden verholpen. In een procedure van gunning via onderhandelingen, die niet openbaar is en die geen uitsluitingsfase omvat, is wegens de aard zelf van de procedure enkel de definitieve gunning relevant voor een eventueel beroep, en behoeft derhalve geen onderscheid te worden gemaakt tussen procedurele en definitieve handelingen.

- 72 De Commissie antwoordt dat het argument van de Spaanse regering dat de onmogelijkheid om beroep in te stellen tegen procedurele handelingen, een techniek is die diep is ingeworteld in de Spaanse rechtsorde en gemeen is aan alle rechtsstelsels van de lidstaten, niet kan worden aanvaard, omdat het een richtlijn uitlegt aan de hand van het nationale recht. De materiële werkingssfeer van de in richtlijn 89/665 bedoelde beroepen wordt echter bepaald door de richtlijn zelf en niet door nationale bepalingen. Anders zou de richtlijn in de lidstaten niet uniform worden toegepast, hetgeen de op communautair vlak nagestreefde harmonisatie haar effect zou kunnen ontnemen.
- 73 Aangaande de argumenten die de Spaanse regering ontleent aan de communautaire rechtspraak betreffende de betwisting van besluiten van de Commissie op het gebied van het mededingingsrecht en van steunmaatregelen, beklemt de Commissie dat het hier gaat om arresten en bepalingen die geen verband houden met richtlijn 89/665 en die derhalve niet kunnen worden aangevoerd ter rechtvaardiging van de overeenstemming van de Spaanse rechtsorde met deze richtlijn. In dat verband beklemt zij dat een rechtsorde meerdere regels bevat die de problemen verschillend oplossen naar gelang van de betrokken sector, en dat eenheid van de rechtsorde niet kan leiden tot eenvormigheid daarvan, noch tot gevolg kan hebben dat de wil van de uitlegger in de plaats komt van die van de wetgever.

Beoordeling door het Hof

- 74 Allereerst zij eraan herinnerd dat volgens artikel 107 van wet nr. 30/1992 en artikel 25, lid 1, van wet nr. 29/1998 slechts een bezwaarschrift kan worden ingediend of beroep bij de administratieve rechter kan worden ingesteld tegen procedurehandelingen die al dan niet rechtstreeks de grond van de zaak raken, de voortzetting van de procedure beletten, het voeren van verweer onmogelijk maken of onherstelbare schade berokkenen aan rechten of gewettigde belangen.
- 75 Vaststaat dat deze bepalingen tot gevolg hebben dat procedurele handelingen van de materiële werkingssfeer van richtlijn 89/665 worden uitgesloten, tenzij zij voldoen aan een van de hiervoor genoemde voorwaarden.
- 76 Nu richtlijn 89/665 niet uitdrukkelijk de strekking definieert van het in artikel 1, lid 1, daarvan gebruikte begrip „door de aanbestedende diensten genomen besluiten”, moet de vraag of procedurele handelingen die niet aan een van de hiervoor vermelde voorwaarden voldoen besluiten zijn ten aanzien waarvan de lidstaten beroepsmogelijkheden in de zin van deze richtlijn moeten waarborgen, worden onderzocht in het licht van het doel van deze laatste, waarbij geen afbreuk mag worden gedaan aan haar nuttig effect.
- 77 In dit verband zij eraan herinnerd dat richtlijn 89/665 volgens de zesde overweging van de considerans en artikel 1, lid 1, ervan ertoe strekt dat in alle lidstaten wordt gezorgd voor adequate procedures volgens welke onwettige besluiten van aanbestedende diensten, die het gemeenschapsrecht inzake het plaatsen van overheidsopdrachten of de nationale bepalingen ter omzetting daarvan schenden, nietig kunnen worden verklaard en schadevergoeding kan worden toegekend aan degenen die door een dergelijke schending zijn gelaedeerd.

- 78 Blijkens artikel 1, leden 1 en 3, van de richtlijn moeten bedoelde beroeps-procedures doeltreffend en zo snel mogelijk zijn en toegankelijk zijn voor een ieder die belang heeft of heeft gehad bij de gunning van een bepaalde overheidsopdracht en die door een beweerde schending is of dreigt te worden gelaedeerd.
- 79 Dienaangaande zij erop gewezen dat de Spaanse regeling, zoals in punt 74 van dit arrest is vermeld, de betrokkenen de mogelijkheid biedt niet alleen op te komen tegen definitieve handelingen, maar ook tegen procedurele handelingen die al dan niet rechtstreeks betrekking hebben op de grond van de zaak, de voortzetting van de procedure beletten, het voeren van verweer onmogelijk maken of onherstelbare schade berokkenen aan rechten of gewettigde belangen.
- 80 De Commissie heeft niet aangetoond dat deze regeling particulieren die door schendingen van de relevante regels van het gemeenschapsrecht of van nationale regels ter omzetting daarvan worden gelaedeerd, geen afdoende rechtsbescherming biedt.
- 81 Derhalve moet de tweede grief van de Commissie worden afgewezen.

De omzetting van de in richtlijn 89/665 vervatte regeling inzake voorlopige maatregelen

Argumenten van partijen

- 82 De Commissie stelt dat de nationale bepalingen ter omzetting van artikel 2, lid 1, sub a, van richtlijn 89/665 in de Spaanse rechtsorde, te weten de artikelen 111

van wet nr. 30/1992 en 129 tot en met 136 van wet nr. 29/1998, niet waarborgen dat een van het instellen van een beroep onafhankelijke spoedprocedure kan worden ingeleid tot opschorting van de procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten of van de uitvoering van enig besluit van de aanbestedende diensten.

- 83 Behalve in het uitzonderlijke geval van artikel 136, lid 2, van wet nr. 29/1998, voorziet de Spaanse regeling met name in geen enkele mogelijkheid om voorlopige maatregelen te treffen indien geen beroep ten gronde is ingesteld. Blijkens punt 11 van het arrest van 19 september 1996, Commissie/Griekenland (C-236/95, Jurispr. blz. I-4459), moeten alle voorlopige maatregelen evenwel kunnen worden getroffen los van elke voorafgaande vordering.
- 84 Verder beklemtoont de Commissie dat in het kader van de administratieve bezwaren de enige mogelijke voorlopige maatregel schorsing is. In het kader van beroepen bij de administratieve rechter is de kortgedingrechter ook geneigd geen andere maatregelen te treffen dan schorsing. Blijkens vaste rechtspraak van het Tribunal Supremo kunnen voorlopige maatregelen geen betrekking hebben op de grond van de zaak, aangezien zij niet mogen vooruitlopen op de uitkomst van de hoofdzaak. Dit beginsel van neutraliteit van de voorlopige maatregelen ten aanzien van de hoofdzaak ten gronde, heeft tot gevolg dat de kortgedingrechter, anders dan artikel 2, lid 1, sub a, van richtlijn 89/665 vereist, niet alle maatregelen kan nemen om een schending ongedaan te maken.
- 85 De Spaanse regering betwist niet dat zowel de regels van de administratieve procedure als die van de administratieve rechtspraak tot gevolg hebben dat de vaststelling van een voorlopige maatregel afhankelijk is van de voorafgaande instelling van beroep, en dat daar in geen geval afzonderlijk om kan worden verzocht.

- 86 Met betrekking tot artikel 136 van wet nr. 29/1998 preciseert zij, dat zo in de daarin bedoelde gevallen de voorlopige maatregelen kunnen worden aangevraagd en toegestaan voordat beroep is ingesteld, deze bepaling niet impliceert dat die maatregelen los staan van het beroep, daar de betrokkene noodzakelijkerwijs beroep tegen de door hem onwettig geachte handeling moet instellen binnen een termijn van tien dagen na de betekening van de beschikking waarbij de gevraagde maatregelen worden toegestaan. Hij moet dan om bevestiging van die maatregelen verzoeken en indien hij niet tijdig beroep instelt, vervallen de voorlopige maatregelen vanzelf.
- 87 Wat de schorsing door de rechter betreft, beklemtoont de Spaanse regering dat de procedure bij de administratieve rechter niet wordt ingeleid bij verzoekschrift, maar bij een eenvoudig geschrift waarin de betwiste handeling dan wel het stilzitten van de administratie wordt vermeld en waarin de betrokkene om schorsing van de bestreden handeling kan verzoeken zonder dat hij daarvoor noodzakelijkerwijs zijn verzoekschrift moet opstellen. Wanneer het beroep eenmaal is ingesteld, verzoekt de rechter het bestuurslichaam om het dossier; pas nadat de verzoeker over dat dossier beschikt, begint de termijn te lopen waarbinnen hij zijn verzoekschrift moet opstellen en de middelen van zijn beroep moet uiteenzetten.
- 88 Wat het ontbreken van die mogelijkheid in het kader van de wettelijke regeling inzake de schorsing langs administratieve weg betreft, stelt de Spaanse regering dat inzake de plaatsing van overheidsopdrachten slechts bij wijze van hoge uitzondering een bezwaarschrift moet worden ingediend, en dat in het onwaarschijnlijke geval dat de administratieve rechtsmiddelen moeten worden uitgeput, de termijn van artikel 111, lid 3, van wet nr. 30/1992 zeer kort is. Deze laatste bepaling bevat ter zake een zeer vooruitstrevende regeling, die inhoudt dat indien het bestuurslichaam niet binnen dertig dagen uitdrukkelijk beslist op het verzoek om schorsing, deze wordt geacht te zijn toegestaan.
- 89 Met betrekking tot de rechtvaardiging van de verplichting om beroep in te stellen tegen de handeling waarvan de onwettigheid ten grondslag ligt aan het verzoek om schorsing, merkt de Spaanse regering op dat de in artikel 2, lid 1, sub a, van

richtlijn 89/665 bedoelde maatregelen juist „voorlopig” worden genoemd omdat zij ertoe strekken de resultaten van een geding te waarborgen door het creëren van een overgangssituatie tot de afloop van dat geding, en dat deze richtlijn altijd uitgaat van de veronderstelling dat om voorlopige maatregelen wordt verzocht door degene die de geldigheid van de handeling betwist. De door de Commissie verlangde absolute onafhankelijkheid heeft dus geen zin, aangezien elke voorlopige maatregel per definitie een ondergeschikte maatregel is.

- 90 Gelet op het feit dat beroepen bij de administratieve rechter worden ingesteld bij eenvoudige brief, is het trouwens ondenkbaar dat een dergelijke wijze van instelling van die beroepen bij teleologische uitlegging van richtlijn 89/665 als een belemmering of obstakel kan worden beschouwd, aangezien de betrokkene om de door hem verlangde voorlopige maatregel kan verzoeken en die kan verkrijgen alvorens hij de middelen van zijn beroep tegen de onwettig geachte handeling concretiseert.
- 91 De Spaanse regering verwijst ook naar de artikelen 242 EG en 243 EG en naar artikel 83 van het Reglement voor de procesvoering van het Hof, waaruit blijkt dat het verzoek om voorlopige maatregelen in de communautaire rechtsorde geen zelfstandig rechtsmiddel is, maar veeleer een aan het beroep tot nietigverklaring ondergeschikt verzoek.
- 92 Aangaande de conclusie die de Commissie trekt uit het arrest Commissie/Griekenland, reeds aangehaald, meent de Spaanse regering dat zo de geïsoleerde verklaring van het Hof in punt 11 van dat arrest de gevolgen heeft die de Commissie daaraan verbindt, richtlijn 89/665 vereist dat de rechter voorlopige maatregelen kan vaststellen zonder dat hem daarom is verzocht. Zelfs als het Hof het woord „vordering” heeft gebruikt in de technische betekenis van procedure-handeling, betekent dat nog niet dat dit arrest het standpunt van de Commissie bevestigt. De door deze verlangde autonome maatregelen impliceren namelijk ook een vordering in rechte. De Spaanse regering stelt hoe dan ook vast dat het Hof in het arrest geen uitspraak heeft gedaan over de grond van de verweten niet-nakoming, aangezien de verwerende lidstaat had erkend dat hij de bepalingen van richtlijn 89/665 niet binnen de in het met redenen omkleed advies gestelde termijn in zijn nationale rechtsorde had omgezet.

- 93 Aangaande de mogelijkheid om positieve maatregelen te treffen, wijst de Spaanse regering erop dat blijkens de toelichting en artikel 129 van wet nr. 29/1998 deze wet de mogelijkheid heeft ingevoerd om eender welke voorlopige maatregel te vragen en te verkrijgen, met inbegrip van positieve maatregelen, en dat het aan de aangezochte rechter is om naar gelang van de omstandigheden te beslissen welke maatregelen noodzakelijk zijn. In dat verband heeft het Spaanse Tribunal Constitucional geoordeeld dat het recht om voorlopige maatregelen te verkrijgen deel uitmaakt van het grondrecht op een doeltreffende rechtsbescherming. In een arrest van 29 april 1993, betreffende een besluit waartegen beroep was ingesteld omdat het een ruimere minimumdienstverlening oplegde dan noodzakelijk was, heeft deze rechterlijke instantie meer bepaald voor recht verklaard dat de rechter op grond van artikel 24 van de Spaanse Grondwet, waarin het recht op een doeltreffende rechtsbescherming is neergelegd, bij wege van voorlopige maatregel elk besluit dat is vastgesteld om bij een algemene staking een minimumdienstverlening te verzekeren, kan herformuleren.
- 94 Ten slotte verklaart de Spaanse regering dat zij het argument van de Commissie, dat de verplichting om bij het aanvechten van de wettigheid van een handeling van de aanbestedende dienst tegelijkertijd een verzoek om voorlopige maatregelen in te dienen, het stelsel zijn doeltreffendheid ontnemt, niet begrijpt, aangezien elk verzoek om voorlopige maatregelen een — weze het slechts oppervlakkig — onderzoek ten gronde meebrengt.

Beoordeling door het Hof

- 95 Vaststaat dat de Spaanse regeling, met uitzondering van de gevallen voorzien in artikel 136, lid 2, van wet nr. 29/1998, het verzoek om voorlopige maatregelen afhankelijk stelt van de voorafgaande instelling van beroep ten gronde.
- 96 Ten einde de verenigbaarheid van die regeling met richtlijn 89/665 te beoordelen, zij er allereerst aan herinnerd dat blijkens de vijfde overweging van de considerans van deze richtlijn de korte duur van aanbestedingsprocedures een

spoedbehandeling verlangt van inbreuken op de relevante regels van gemeenschapsrecht of van de nationale regels ter omzetting daarvan die die procedures aantasten.

- 97 Daartoe verplicht artikel 2, lid 1, sub a, van de richtlijn de lidstaten om de beroepsinstanties te machtigen 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 of te doen opschorten.
- 98 In het arrest Commissie/Griekenland, reeds aangehaald, dat betrekking had op de verenigbaarheid met richtlijn 89/665 van een nationale regeling die de voorlopige rechtsbescherming beperkte tot de procedures van schorsing van een bestuurs-handeling en die schorsing afhankelijk stelde van het instellen van beroep tot nietigverklaring van de bestreden handeling, heeft het Hof de draagwijdte van de verplichtingen van de richtlijn verduidelijkt. Het heeft met name vastgesteld dat krachtens artikel 2 van de richtlijn de lidstaten hun beroepsinstanties meer in het algemeen de bevoegdheid moeten verlenen om los van elke voorafgaande vordering, alle voorlopige maatregelen te nemen, met inbegrip van maatregelen om de aanbestedingsprocedure op te schorten c.q. te doen opschorten (arrest Commissie/Griekenland, reeds aangehaald, punt 11).
- 99 In dat verband moet worden opgemerkt dat ofschoon de Spaanse regeling voorziet in de mogelijkheid om voorlopige maatregelen van positieve aard te treffen, zij niettemin niet kan worden beschouwd als een stelsel van voorlopige rechtsbescherming dat geschikt is om doeltreffend het hoofd te bieden aan

eventuele inbreuken van de aanbestedende diensten, aangezien zij voor de vaststelling van een voorlopige maatregel tegen een besluit van een aanbestedende dienst doorgaans als voorwaarde stelt dat vooraf beroep ten gronde is ingesteld.

- 100 Aan deze vaststelling wordt niet afgedaan door het feit dat in het kader van de gerechtelijke schorsing beroep kan worden ingesteld bij eenvoudig geschrift en dat het inleidend verzoekschrift kan worden geformuleerd na het verzoek om de voorlopige maatregel, aangezien het vereiste van de voorafgaande vervulling van die formaliteit evenmin verenigbaar kan worden geacht met de voorschriften van richtlijn 89/665, zoals gepreciseerd in het arrest Commissie/Griekenland, reeds aangehaald.
- 101 De derde grief van de Commissie moet dan ook worden aanvaard.
- 102 Op grond van het voorgaande moet worden vastgesteld dat het Koninkrijk Spanje, door niet de maatregelen vast te stellen die noodzakelijk zijn om te voldoen aan de bepalingen van de artikelen 1 en 2 van richtlijn 89/665, en met name door
 - na te laten het door die richtlijn voorziene stelsel van beroepsmogelijkheden van toepassing te verklaren op de besluiten van de privaatrechtelijke instellingen die zijn opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang andere dan die van industriële of commerciële aard, die rechtspersoonlijkheid hebben en waarvan de activiteiten in hoofdzaak door de staat of andere publiekrechtelijke lichamen worden gefinancierd, of waarvan het beheer is onderworpen aan toezicht door deze laatste, of waarvan de leden van het bestuurs-, het leidinggevende of het toezichthoudende orgaan voor meer dan de helft door de staat of andere publiekrechtelijke lichamen zijn aangewezen; en

- de mogelijkheid om voorlopige maatregelen te nemen in verband met de door de aanbestedende diensten vastgestelde besluiten in het algemeen afhankelijk te stellen van de voorwaarde, dat vooraf tegen het besluit van de aanbestedende dienst beroep wordt ingesteld,

de krachtens die richtlijn op hem rustende verplichtingen niet is nagekomen.

¹⁰³ Het beroep wordt voor het overige verworpen.

Kosten

¹⁰⁴ Volgens artikel 69, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voorzover dit is gevorderd. Ingevolge artikel 69, lid 3, van het Reglement kan het Hof de proceskosten over de partijen verdelen indien zij onderscheidenlijk op een of meer punten in het ongelijk worden gesteld. Aangezien de Commissie op één punt in het ongelijk is gesteld, dient zij in een derde van de kosten en het Koninkrijk Spanje in twee derde van de kosten te worden verwezen.

HET HOF VAN JUSTITIE (Zesde kamer),

rechtdoende, verstaat:

- 1) Door niet de maatregelen vast te stellen die noodzakelijk zijn om te voldoen aan de bepalingen van de artikelen 1 en 2 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, en met name door

— na te laten het door die richtlijn voorziene stelsel van beroepsmogelijkheden van toepassing te verklaren op de besluiten van de privaatrechtelijke instellingen die zijn opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang andere dan die van industriële of commerciële aard, die rechtspersoonlijkheid hebben en waarvan de activiteiten in hoofdzaak door de staat of andere publiekrechtelijke lichamen worden gefinancierd, waarvan het beheer is onderworpen aan toezicht door deze laatste of waarvan de leden van het bestuurs-, het leidinggevende of het toezichthoudende orgaan voor meer dan de helft door de staat of andere publiekrechtelijke lichamen zijn aangewezen, en

— de mogelijkheid om voorlopige maatregelen te nemen in verband met de door de aanbestedende diensten vastgestelde besluiten in het algemeen afhankelijk te stellen van de voorwaarde, dat vooraf tegen het besluit van de aanbestedende dienst beroep wordt ingesteld,

is het Koninkrijk Spanje de krachtens die richtlijn op hem rustende verplichtingen niet nagekomen.

2) Het beroep wordt voor het overige verworpen.

3) De Commissie van de Europese Gemeenschappen wordt verwezen in een derde van de kosten en het Koninkrijk Spanje in twee derde van de kosten.

Schintgen

Skouris

Macken

Colneric

Cunha Rodrigues

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 15 mei 2003.

De griffier

De president van de Zesde kamer

R. Grass

J.-P. Puissochet