CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL P. LÉGER

van 13 juni 2002 [1]

1. Met het onderhavige beroep verzoekt de Commissie het Hof vast te stellen dat het Koninkrijk Spanje de krachtens de artikelen 1 en 2 van richtlijn 89/665/EEG [2] op hem rustende verplichtingen niet is nagekomen. Zij verwijt het in wezen die artikelen onjuist en niet volledig in zijn nationale rechtsorde te hebben omgezet, omdat de nationale omzettingsmaatregelen:

— op voorhand overheidsinstellingen met een privaatrechtelijk statuut van hun werkingssfeer uitsluiten;

— het instellen van beroep tegen bepaalde door de aanbestedende diensten tijdens de aanbestedingsprocedure genomen besluiten uitsluiten; en

— de mogelijkheid uitsluiten om voorlopige maatregelen te nemen in verband met de door de aanbestedende diensten vastgestelde besluiten, door de vaststelling van dergelijke maatregelen afhankelijk te stellen van de voorafgaande instelling van beroep ten gronde tegen de onwettige handeling.

I — Rechtskader

De gemeenschapsregeling

2. Richtlijn 89/665 beoogt de daadwerkelijke naleving te waarborgen van de richtlijnen inzake aanbestedingen [3] en met name van richtlijn 71/305/EEG [4], ingetrokken en vervangen bij richtlijn 93/37/EEG [5], richtlijn 77/62/EEG [6], ingetrokken en vervangen bij richtlijn 93/36/EEG [7], en richtlijn

1 — Oorspronkelijke taal: Frans.

2 — Richtlijn 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; hierna: „richtlijn beroepsprocedures").

3 — Zie de eerste, de derde en de vierde overweging van de considerans.

4 — Richtlijn 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).

5 — Richtlijn van de Raad van 14 juni 1993 (PB L 199, blz. 54).

6 — Richtlijn 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).

7 — Richtlijn van de Raad van 14 juni 1993 (PB L 199, blz. 1).

92/50/EEG [8]. De richtlijnen 92/50, 93/36 en 93/37 hebben tot doel de procedures voor het plaatsten van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, leveringen en dienstverlening in de lidstaten te coördineren.

3. Artikel 1, lid 1, van richtlijn 89/665, zoals gewijzigd door artikel 41 van richtlijn 92/50, luidt:

„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 [9], op grond van het feit dat door die besluiten het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten of de nationale voorschriften waarin dat gemeenschapsrecht is omgezet, geschonden zijn."

4. Artikel 2, lid 1, van de richtlijn beroepsprocedures preciseert:

„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".

8 — Richtlijn 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). De richtlijnen 92/50, 93/36 en 93/37 worden hierna „procedurerichtlijnen" of „procedurerichtlijnen voor de zogenoemde 'traditionele' sectoren" genoemd (zie voor de betekenis van die laatste uitdrukking punt 48 van deze conclusie).

9 — Volgens deze bepaling zorgen „de lidstaten [...] ervoor dat de besluiten van de instanties die verantwoordelijk zijn voor de beroepsprocedures, op doeltreffende wijze ten uitvoer kunnen worden gelegd".

5. Artikel 2, lid 8, van richtlijn 89/665 luidt:

„Wanneer de voor de beroepsprocedures verantwoordelijke instanties geen gerechten zijn, moeten hun beslissingen steeds schriftelijk met redenen worden omkleed. Bovendien moeten in dat geval procedures worden gewaarborgd waarmee tegen de door de bevoegde basisinstantie genomen vermoede onwettige maatregelen of vermoede tekortkomingen bij de uitoefening van de haar opgedragen bevoegdheden, beroep kan worden ingesteld [...]".

6. Het begrip „aanbestedende diensten" is gedefinieerd in de richtlijnen 92/50, 93/36 en 93/37.

7. Luidens artikel 1, sub b, van richtlijn 93/37, dat inhoudelijk nagenoeg identiek is met artikel 1, sub b, van richtlijnen 92/50 en 93/36, moet men onder „aanbestedende diensten" verstaan:

„de Staat, zijn 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, de territoriale of andere publiekrechtelijke instellingen worden gefinancierd, of wel het beheer is onderworpen aan toezicht door deze laatsten, of wel 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".

De nationale regeling

8. De werkingssfeer ratione personae van de Spaanse wetgeving inzake overheidsopdrachten is gedefinieerd in artikel 1 van Ley 13/1995 de Contratos de las Administraciones Públicas [10] en omvat alle territoriale overheden, ongeacht of het gaat om de Staat, de autonome gemeenschappen of de plaatselijke overheden. Dat artikel bepaalt in lid 3:

„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".

9. De zesde aanvullende bepaling van wet nr. 13/1995, 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".

10. Sinds de instelling van het onderhavige beroep heeft het Koninkrijk Spanje een nieuwe, gecodificeerde versie van bovenvermelde wet [11] vastgesteld, die echter enkel de vroegere bepalingen bijeenbrengt en ordent, zonder inhoudelijke wijzigingen aan te brengen.

10 — BOE nr. 119 van 19 mei 1995, blz. 14601; hierna: „wet nr. 13/1995".

11 — Het gaat om de Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (BOE nr. 148 van 21 juni 2000, blz. 21775).

11. Op bestuurlijk niveau bepaalt artikel 107 van Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, zoals gewijzigd bij Ley 4/1999 [12], dat rechtstreeks bezwaar kan 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 [...]".

12. Met betrekking tot beroepen bij de administratieve rechter bevat artikel 25, lid 1, van Ley 29/1998 reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa [13] (wet betreffende het bestuursprocesrecht) 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".

13. Artikel 111 van wet nr. 30/1992, met als opschrift „Schorsing", bepaalt:

„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 [...].

12 — BOE nr. 12 van 14 januari 1999, blz. 1739 (hierna: „wet nr. 30/1992").

13 — BOE nr. 167 van 14 juli 1998, blz. 23516 (hierna: „wet nr. 29/1998").

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".

14. De artikelen 129 en volgende van wet nr. 29/1998 voeren een stelsel in voor het snel treffen van voorlopige maatregelen. 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".

15. 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".

16. De artikelen 29 en 30 van wet nr. 29/1998 zien op: a) 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; b) gevallen waarin het bestuurslichaam zijn definitieve handelingen niet uitvoert; en c) feitelijkheden.

II — Procedureel kader

A — *De precontentieuze fase*

17. Bij brief van 18 december 1991 deelde 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.

18. Nadat in de loop van 1994 verscheidene brieven waren gewisseld tussen de diensten van de Commissie en de Spaanse autoriteiten over de overeenstemming van de nationale wetteksten met de gemeenschapsrechtelijke bepalingen, zond de Commissie de Spaanse regering op 29 mei 1996 een aanmaningsbrief, omdat zij van mening was dat de door die autoriteiten gegeven antwoorden ontoereikend waren.

19. In die brief verweet de Commissie de Spaanse omzettingsmaatregelen het volgende:

— hun werkingssfeer stemt niet overeen met die van de richtlijn beroepsprocedures;

— tegen zogenoemde „procedurele" handelingen kan slechts in uitzonderlijke gevallen rechtstreeks beroep worden ingesteld; en

— de schorsing van een onwettige bestuurshandeling is afhankelijk van het instellen van beroep ten gronde tegen die bestuurshandeling.

20. Op 9 oktober 1996 stelde de Spaanse regering in antwoord op de aanmaningsbrief met betrekking tot het eerste punt, dat het begrip „publiekrechtelijke instelling" in wet nr. 13/1995 letterlijk was overgenomen uit de richtlijnen 92/50, 93/36 en 93/37. Aangaande de andere twee punten bracht zij in herinnering in welke gevallen rechtstreeks beroep kan worden ingesteld tegen een procedurele handeling en benadrukte zij het wettelijk vereiste dat tegen het onwettige besluit eerst beroep ten gronde moet worden ingesteld alvorens dat besluit kan worden geschorst.

21. Ondanks de verscheidene brieven die in de loop van 1998 werden gewisseld, handhaafden de Spaanse autoriteiten en de Commissie hun respectieve standpunt met betrekking tot de eerste en de derde grief, betreffende de werkingssfeer en de voorlopige maatregelen. Met betrekking tot de tweede grief, gebaseerd op onjuiste omzetting van het begrip „voor beroep vatbare handelingen", lieten die autoriteiten op 14 januari 1999 aan de Commissie weten dat de nieuwe wet op het bestuursprocesrecht de op procedurele handelingen toepasselijke regeling ten dele had gewijzigd.

22. Op 2 februari 1999 deelden de Spaanse autoriteiten de Commissie officieel de wetten nrs. 29/1998 en 4/1999 mee.

23. Omdat zij van mening was dat zij op grond van deze nieuwe teksten nog steeds niet kon concluderen dat het Koninkrijk Spanje de hem in de aanmaningsbrief verweten niet-nakoming had beëindigd, zond de Commissie het Koninkrijk Spanje op 25 augustus 1999 een met redenen omkleed advies. In dat advies herhaalde zij de inhoud van de aanmaningsbrief en verzocht zij het Koninkrijk Spanje de noodzakelijke maatregelen te nemen om daaraan binnen een termijn van twee maanden na kennisgeving ervan te voldoen.

24. In antwoord op het met redenen omkleed advies bestreed de Spaanse regering op 8 november 1999 de aangevoerde niet-nakoming en betwistte zij de analyse van de Commissie.

25. Omdat zij van mening was dat zij op grond van het aldus gegeven antwoord niet kon concluderen dat het Koninkrijk Spanje had voldaan aan de uit de bepalingen van de richtlijn beroepsprocedures voortvloeiende verplichtingen, besloot de Commissie het onderhavige beroep in te stellen.

B — *Conclusies van de partijen*

26. Het beroep van de Commissie is op 30 mei 2000 ter griffie van het Hof ingeschreven.

27. De Commissie concludeert dat het het Hof behage:

„1) 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, 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, lid 1, van de richtlijnen 92/50/EEG, 93/36/EEG en 93/37/EEG, 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 het gemeenschapsrecht op hem rustende verplichtingen niet is nagekomen;

2) het Koninkrijk Spanje in de kosten te verwijzen."

28. Het Koninkrijk Spanje concludeert dat het het Hof behage:

„— het beroep te verwerpen en

— de Commissie in de kosten te verwijzen."

III — Het eerste middel, ontleend aan onjuiste omzetting van de werkingssfeer ratione personae van de richtlijn beroepsprocedures (schending van artikel 1, lid 1, van die richtlijn)

A — *De argumenten van partijen*

1) De argumenten van de Commissie

29. De Commissie verwijt het Koninkrijk Spanje, ten onrechte te hebben gemeend dat privaatrechtelijke entiteiten op voorhand waren uitgesloten van de personele werkingssfeer van de richtlijn beroepsprocedures.

30. Zij brengt in herinnering dat de lidstaten bij de omzetting van richtlijnen in nationaal recht de betekenis van de daarin voorkomende termen en begrippen moeten eerbiedigen, teneinde de uniforme uitlegging en toepassing van de communautaire teksten in de verschillende lidstaten te waarborgen.

31. De Spaanse autoriteiten moeten aan de uitdrukking „publiekrechtelijke instelling", zoals gebruikt in de procedurerichtlijnen, dan ook de betekenis geven die zij in het gemeenschapsrecht heeft. De richtlijnen 92/50, 93/36 en 93/37 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. Die lezing is bevestigd in het arrest van 15 januari 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria e.a. [14]. Het Hof heeft daarin immers geoordeeld dat die uitdrukking functioneel uitgelegd moet worden. De rechtsvorm van een entiteit is dus irrelevant.

32. Artikel 1 van wet nr. 13/1995, dat een nagenoeg letterlijke weergave is van de overeenkomstige bepalingen van de procedurerichtlijnen, bevat toch een wezenlijk verschil. Volgens die bepaling worden privaatrechtelijke entiteiten uitgesloten van de werkingssfeer van die wet. Dienaangaande benadrukt de Commissie dat in het Spaanse recht het begrip „publiekrechtelijke instelling" is gekoppeld aan de wijze van oprichting van die entiteiten. Zij leidt daaruit af, dat wet nr. 13/1995 juncto de zesde aanvullende bepaling van die wet, een in de gemeenschapswetgeving niet voorziene voorafgaande voorwaarde toevoegt, namelijk dat de entiteit publiekrechtelijk moet zijn. Dientengevolge zijn privaatrechtelijke entiteiten per definitie altijd uitgesloten van de werkingssfeer van wet nr. 13/1995, zelfs als zij voor het overige in alle opzichten voldoen aan het in artikel 1, lid 3, van die wet bepaalde.

33. Nu overheidsinstellingen met een privaatrechtelijk statuut zijn uitgesloten van de werkingssfeer van deze Spaanse wetgeving, vallen zij evenmin onder de werkingssfeer van de bepalingen betreffende aanbestedingsprocedures noch derhalve onder de regeling voor de beroepsprocedures inzake overheidsopdrachten, of zij nu zijn opgericht om te voldoen aan behoeften van algemeen belang dan wel aan louter commerciële of industriële behoeften. 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 belet van de procedurele waarborgen waarin deze richtlijn voorziet.

34. Aangaande de opvatting van de Spaanse regering, dat de oplossing van de uitleggingsproblemen met betrekking tot de uitdrukking „behoeften van algemeen belang andere dan die van industriële of commerciële aard" een gedetailleerd onderzoek van geval tot geval vereist, om vast te stellen of een instelling of een entiteit al dan niet voldoet aan de voorwaarden om onder de richtlijnen te vallen, merkt de Commissie op, dat die problemen niet kunnen rechtvaardigen dat men, zoals deze regering doet, een hele groep instellingen — namelijk de privaatrechtelijke entiteiten die voldoen aan de drie voorwaarden van de

14 — C-44/96, Jurispr. blz. I-73 (punten 17-35).

richtlijnen 92/50, 93/36 en 93/37 — op voorhand van de werkingssfeer van richtlijn 89/665 uitsluit, ook als die uitsluiting van geval tot geval opnieuw moet worden onderzocht.

2) De argumenten van het Koninkrijk Spanje

35. De Spaanse regering stelt primair, dat het beroep van de Commissie ongegrond is en dat deze dus ten onrechte betoogt dat het begrip „aanbestedende diensten" in artikel 1 van de richtlijn beroepsprocedures onjuist is omgezet in de Spaanse rechtsorde.

36. Waar de Commissie haar formeel verwijt artikel 1 van de richtlijn beroepsprocedures te hebben geschonden, beklaagt zij zich in feite over de slechte omzetting van artikel 1 van de procedurerichtlijnen. Door haar verzuim de schending van laatstgenoemde bepalingen bij het Hof aanhangig te maken, heeft de Commissie zich echter de mogelijkheid ontzegd om van het Hof een uitspraak op dit punt te verkrijgen. Het is dus aan de Commissie om op correcte wijze beroep in te stellen, en dus een afzonderlijke procedure in te leiden om schending van de richtlijnen 92/50, 93/36 en 93/37 te doen vaststellen, als zij het Koninkrijk Spanje wil vervolgen voor een slechte omzetting van de personele werkingssfeer van deze richtlijnen.

37. Artikel 1 van de procedurerichtlijnen is in ieder geval irrelevant voor de uitlegging van het begrip „aanbestedende diensten" in artikel 1 van de richtlijn beroepsprocedures, en wel om twee redenen. Ten eerste hebben de richtlijn beroepsprocedures en de procedurerichtlijnen niet hetzelfde doel. Ten tweede komen zij in verschillende fases van de aanbestedingsprocedure aan de orde. Richtlijn 89/665 bepaalt uitdrukkelijk dat de lidstaten doeltreffende en snelle beroepsprocedures invoeren in geval van schending van de regels van de richtlijnen inzake de aanbestedingsprocedures. Richtlijn 89/665 komt dus na de procedurerichtlijnen aan de orde. Het begrip „aanbestedende diensten" in richtlijn 89/665 kan dus niet uitgelegd worden in het licht van het begrip „publiekrechtelijke instelling" dat eerder is gedefinieerd in de procedurerichtlijnen.

38. Subsidiair stelt de Spaanse regering, dat de personele werkingssfeer van de procedurerichtlijnen correct is omgezet.

39. Wat in de eerste plaats de uitlegging van de toepasselijke regels betreft, benadrukt zij dat de in de procedurerichtlijnen gebruikte uitdrukking „publiekrechtelijke instelling" verwijst naar een publiekrechtelijke entiteit en dat in Spanje de uitdrukkingen „publiekrechtelijke entiteit" en „publiekrechtelijke instelling" door elkaar worden gebruikt.

40. Het begrip „publiekrechtelijke instelling" leent zich niet voor een autonome en algemene definitie.

41. In de richtlijnen 92/50, 93/36 en 93/37 omvat het begrip „publiekrechtelijke instelling" niet de door de overheid gecontroleerde handelsvennootschappen. Het feit dat in richtlijn 93/38 [15], inzake de plaatsing van overheidsopdrachten in specifieke sectoren, onderscheid wordt gemaakt tussen het begrip „publiekrechtelijke instelling", 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. Handelsvennootschappen met hoofdzakelijk overheidskapitaal vallen onder het begrip „openbaar bedrijf", waarop enkel richtlijn 93/38 van toepassing is. Die vennootschappen kunnen nooit binnen de werkingssfeer van de richtlijnen 92/50, 93/36 en 93/37 vallen, aangezien het begrip „openbaar bedrijf" enkel in richtlijn 93/38 voorkomt, terwijl dat begrip ook in de twee andere, op dezelfde dag aangenomen richtlijnen (namelijk de richtlijnen 93/36 en 93/37) had kunnen worden opgenomen, indien de wetgever dat had gewild.

42. Ook moet, teneinde het begrip „publiekrechtelijke instelling" af te bakenen, 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, wat verklaart waarom zij door de overheid worden gecontroleerd. Die behoeften zijn evenwel van commerciële of industriële aard, want anders zou daarvoor geen handelsvennootschap zijn opgericht. Met andere woorden, in Spanje is de rechtsvorm van de entiteit van doorslaggevend belang voor de bepaling van de op haar activiteit toepasselijke regeling. Zo wordt in Spanje een publiekrechtelijke entiteit, die onder een publiekrechtelijke rechtsvorm is opgericht, beheerst door het publiekrecht. Een privaatrechtelijke entiteit, die onder een privaatrechtelijke rechtsvorm is opgericht, wordt daarentegen beheerst door het privaatrecht. Zij kan niet worden beschouwd als een publiekrechtelijke instelling en valt in beginsel niet onder de regels voor overheidsopdrachten.

43. Aangezien het begrip „publiekrechtelijke instelling" in de verschillende lidstaten niet uniform wordt uitgelegd, is het niet mogelijk een definitieve, algemeen geldende oplossing te vinden voor de vaststelling van de personele werkingssfeer van de procedurerichtlijnen en de richtlijn beroepsprocedures. Integendeel, elk concreet geval, en met name de context ervan, moet onderzocht worden. Teneinde uit te maken of een instelling of een entiteit al dan niet voldoet aan de voorwaarden om binnen de personele werkingssfeer van de communautaire richtlijnen te vallen, is derhalve in elk afzonderlijk geval een gedetailleerd onderzoek noodzakelijk.

15 — Richtlijn 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).

B — *Beoordeling*

44. Uit artikel 1 van wet nr. 13/1992 juncto de zesde aanvullende bepaling van die wet vloeit voort, dat overheidsinstellingen met een privaatrechtelijk statuut in beginsel niet onder de regels inzake de plaatsing van overheidsopdrachten vallen.

45. De formulering van artikel 1, lid 1, van de richtlijn beroepsprocedures en haar doelstellingen verzetten zich er evenwel tegen, dat de privaatrechtelijke rechtsvorm en het privaatrechtelijk statuut van een instelling haar van de personele werkingssfeer van de richtlijn beroepsprocedures kunnen uitsluiten.

46. Artikel 1, lid 1, van de richtlijn beroepsprocedures bepaalt uitdrukkelijk dat het begrip „aanbestedende diensten" wordt gedefinieerd onder verwijzing naar de werkingssfeer van de procedurerichtlijnen, zoals die is geformuleerd in artikel 1, sub b, van die richtlijnen.

47. Artikel 1, lid 1, van de richtlijn beroepsprocedures luidt immers:

„De lidstaten nemen de nodige maatregelen om ervoor te zorgen dat, voor wat betreft de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten die vallen onder de werkingssfeer van de richtlijnen [92/50, 93/36 en 93/37], 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 [...], op grond van het feit dat door die besluiten het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten of de nationale voorschriften waarin dat gemeenschapsrecht is omgezet, geschonden zijn."

48. Dit artikel bepaalt aldus in wezen dat tegen de *door de aanbestedende diensten genomen besluiten* doeltreffend en snel beroep moet kunnen worden ingesteld. Het definieert niet *rechtstreeks* het begrip „aanbestedende diensten", maar verwijst *speciaal* naar de bepalingen inzake de werkingssfeer van de richtlijnen betreffende de aanbestedingsprocedures in de zogenoemde „traditionele" sectoren, in tegenstelling met de zogenoemde „speciale" sectoren. [16] De aanbestedingsprocedures in de speciale sectoren staan in richtlijn 90/531/EEG [17], ingetrokken en vervangen bij richtlijn 93/38. Richtlijn 92/13/EEG [18] is speciaal [19] vastgesteld om beroepsprocedures tegen de door de aanbestedende dien-

16 — Onder „speciale sectoren" worden verstaan de openbare nutssectoren zoals water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie.

17 — Richtlijn van de Raad van 17 september 1990 betreffende de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie (PB L 297, blz. 1).

18 — Richtlijn 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).

19 — De vierde overweging van de considerans van richtlijn 92/13 preciseert immers dat richtlijn 89/665 beperkt is tot aanbestedingsprocedures in de zogenoemde „traditionele" sectoren.

sten genomen besluiten in het kader van richtlijn 93/38 in te voeren. Zij past de in richtlijn 89/665 voor de traditionele sectoren vastgelegde beroepsprocedures aan de openbare nutssectoren aan en voorziet bovendien in specifieke beroepsprocedures. [20]

49. De werkingssfeer van de richtlijn beroepsprocedures is dus duidelijk beperkt tot de werkingssfeer van de procedurerichtlijnen voor de zogenoemde „traditionele" sectoren. Dientengevolge hebben de in richtlijn 89/665 uitgevaardigde regels geen betrekking op de beroepsprocedures tegen de door de aanbestedende diensten genomen besluiten in het kader van richtlijn 93/38. Het argument van de Spaanse regering, dat het onderscheid in richtlijn 93/38 tussen de begrippen „aanbestedende diensten" en „openbaar bedrijf" pleit voor de onmogelijkheid een autonome definitie te geven van het begrip „aanbestedende diensten" in artikel 1, lid 1, van de richtlijn beroepsprocedures, houdt dus geen steek.

50. Uit het voorgaande volgt, dat het begrip „aanbestedende diensten" in artikel 1, lid 1, van de richtlijn beroepsprocedures moet worden beoordeeld in het licht van artikel 1, sub b, van de procedurerichtlijnen, dat de personele werkingssfeer van deze richtlijnen bepaalt.

20 — Zie de verificatieprocedure (artikelen 3-7 van richtlijn 92/13), het correctiemechanisme (artikel 8 van richtlijn 92/13) en de bemiddelingsprocedure (artikelen 9-11 van richtlijn 92/13).

51. Het doel van de richtlijn beroepsprocedures bevestigt de formulering van artikel 1, lid 1, dus het nauwe verband dat tussen die richtlijn en de procedurerichtlijnen bestaat.

52. Uit de eerste, de derde en de vierde overweging van de considerans van de richtlijn beroepsprocedures volgt immers dat het doel van richtlijn 89/665 bestaat in de invoering van doeltreffende en snelle beroepsprocedures tegen de door de aanbestedende diensten genomen besluiten in het kader van de richtlijnen betreffende overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, leveringen en dienstverlening, teneinde een daadwerkelijke naleving van deze procedurerichtlijnen te waarborgen.

53. De overeenstemming van de werkingssfeer van de richtlijn beroepsprocedures met die van de eerder vastgestelde procedurerichtlijnen rechtvaardigt bovendien het gebruik van een wetgevingstechniek die vermijdt dat een tekst nodeloos overladen wordt en dus het lezen ervan gemakkelijker maakt. Een begrip dat algemeen gebruikt wordt in een enkele materie, zoals openbare werken, en in voorgaande richtlijnen reeds is gedefinieerd, kan worden verklaard door een uitdrukkelijke verwijzing naar de relevante bepalingen van de eerder vastgestelde richtlijnen, zonder dat deze wetgevingstechniek het verwijt kan treffen dat zij niet voldoet aan de eisen van duidelijkheid en rechtszekerheid.

54. Uit het voorgaande volgt dat het begrip „aanbestedende diensten" in artikel 1, lid 1, van de richtlijn beroepsprocedures is gede-

finieerd in artikel 1, sub b, van de procedurerichtlijnen. Dan moet alleen nog vastgesteld worden wat onder dat begrip moet worden verstaan.

55. Ingevolge artikel 1, sub b, van richtlijnen 92/50, 93/36 en 93/37 zijn de aanbestedende diensten:

„[...] 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, of wel het beheer is onderworpen aan toezicht door deze laatste, of wel 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."

56. Wat deze definitie betreft heeft het Hof steeds geoordeeld [21] dat „het begrip aanbestedende dienst, met inbegrip van het begrip publiekrechtelijke instelling, een functionele uitlegging [moet] krijgen". [22]

57. Het Hof heeft ook onveranderlijk geoordeeld dat men onder „publiekrechtelijke instelling" een instelling moet verstaan die voldoet aan de drie in artikel 1, sub b, tweede alinea, van de procedurerichtlijnen genoemde cumulatieve voorwaarden. [23]

58. Bovendien somt volgens het Hof de in artikel 1, sub b, tweede alinea, derde

21 — Sinds het arrest Mannesmann Anlagenbau Austria e.a., reeds aangehaald (punten 20-29).

22 — Zie arrest van 1 februari 2001, Commissie/Frankrijk (C-237/99, Jurispr. blz. I-939, punt 43).

23 — Ibidem (punten 39 en 40).

streepje, van de procedurerichtlijnen genoemde voorwaarde alternatieve criteria op, die elk de sterke afhankelijkheid van een instelling ten opzichte van de staat, de territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen weerspiegelen. [24]

59. In het licht van deze rechtspraak beoordeelt het Hof of een instelling al dan niet als aanbestedende dienst in de zin van artikel 1, sub b, van de procedurerichtlijnen moet worden gekwalificeerd.

60. In de zaak Commissie/Frankrijk, reeds aangehaald, verzette de Franse Republiek zich ertegen dat de naamloze vennootschappen voor sociale woningbouw [25], die vallen onder de artikelen L. 411-1 e.v. van de Franse Code de la construction et de l'habitation, zouden worden gekwalificeerd als aanbestedende diensten in de zin van richtlijn 93/37. Hoewel de eerste twee voorwaarden ontegenzeglijk waren vervuld, was volgens haar niet voldaan aan de in artikel 1, sub b, tweede alinea, derde streepje, van die richtlijn genoemde derde voorwaarde, aangezien die instelling geen zodanig nauwe banden met de autoriteiten vertoonde, dat haar besluiten inzake overheidsopdrachten door deze laatste zouden kunnen worden beïnvloed. De Franse regering betoogde dat de HLM-vennootschappen dientengevolge niet konden worden beschouwd als aanbestedende diensten en dat de aanbestedingsprocedures voor de uitvoering van werken dus niet op hen van toepassing waren.

61. Het Hof heeft niet stilgestaan bij de rechtsvorm en het rechtsstatuut van deze instellingen die onder het privaatrecht vallen, maar heeft beoordeeld of aan de drie in artikel 1, sub b, van richtlijn 93/37 genoemde cumulatieve voorwaarden was voldaan. Dienaangaande was het Hof, in tegenstelling tot de Franse regering, van mening dat aan de derde voorwaarde ook was voldaan, aangezien het beheer van de HLM-vennootschappen was onderworpen aan toezicht door de overheid, dat deze laatste in staat stelde de beslissingen van de HLM-vennootschappen op het gebied van overheidsopdrachten te beïnvloeden. [26]

62. In het arrest Mannesmann Anlagenbau Austria e.a., reeds aangehaald, was het Hof eveneens van mening dat een entiteit als de Österreichische Staatsdruckerei (ÖS) als publiekrechtelijke instelling en dientengevolge als aanbestedende dienst in de zin van artikel 1, sub b, van richtlijn 93/37 moest worden gekwalificeerd. Toch constateerde het Hof dat die entiteit, volgens de wet waarbij zij was opgericht, de hoedanigheid van handelaar in de zin van het wetboek van koophandel bezat, was ingeschreven in het handelsregister bij de Rechtbank van Koophandel te Wenen (Oostenrijk) en haar bedrijf uitoefende overeenkomstig commerciële beginselen.

24 — Ibidem (punt 44).

25 — Société anonyme d'habitation à loyer modéré; hierna: „HLM-vennootschappen".

26 — Arrest Commissie/Frankrijk, reeds aangehaald (punt 60).

63. Op dezelfde wijze heeft het Hof in het arrest van 10 november 1998, BFI Holding[27], geoordeeld dat de NV ARA, een privaatrechtelijke handelsvennootschap waaraan de gemeenten Arnhem en Rheden (Nederland) taken op het gebied van afvalverwijdering en stadsreiniging hadden opgedragen, onder het begrip „publiekrechtelijke instelling" kon vallen en dientengevolge als aanbestedende dienst in de zin van artikel 1, sub b, van richtlijn 92/50 kon worden beschouwd, indien zij aan de daarin genoemde voorwaarden voldeed. In dat arrest preciseerde het Hof dat „de formulering van artikel 1, sub b, tweede alinea, van richtlijn 92/50 [...] geen enkele verwijzing [bevat] naar de rechtsgrondslag van de activiteiten van de betrokken instelling"[28] en dat „het begrip aanbestedende dienst, om volle werking te geven aan het beginsel van het vrije verkeer, een functionele uitlegging moet krijgen [...]. Dit vereiste staat eraan in de weg, dat onderscheid wordt gemaakt naargelang de rechtsvorm van de bepalingen waarbij de instelling wordt opgericht en de behoeften worden gespecificeerd waarin zij moet voorzien".[29]

64. Uit het voorgaande volgt dat de instellingen, entiteiten en ondernemingen[30] die onder de werkingssfeer van de procedurerichtlijnen vallen, worden geraakt door de richtlijn beroepsprocedures. Met andere woorden, die entiteiten moeten worden beschouwd als aanbestedende diensten in de zin van artikel 1, lid 1, van de richtlijn beroepsprocedures, indien zij voldoen aan de in artikel 1, sub b, van de procedurerichtlijnen genoemde voorwaarden. Dienaangaande moet benadrukt worden dat de rechtsvorm en het rechtsstatuut van een instelling, overeenkomstig artikel 1, sub b, van de procedurerichtlijnen, geen criteria zijn op grond waarvan die instelling als publiekrechtelijke instelling of als aanbestedende dienst kan worden gekwalificeerd.

65. Ik ben dan ook van mening dat de Spaanse teksten tot omzetting van de richtlijn beroepsprocedures niet in overeenstemming zijn met het begrip „aanbestedende diensten" in artikel 1 van de richtlijn beroepsprocedures, dat wordt gedefinieerd in de richtlijnen betreffende aanbestedingsprocedures en met name in de richtlijnen 92/50, 93/36 en 93/37, door op voorhand entiteiten waarvan de rechtsvorm en het rechtsstatuut onder het privaatrecht vallen, uit te sluiten van de personele werkingssfeer van die richtlijn.

66. Uit een en ander leid ik af dat het Koninkrijk Spanje de uit de artikelen 1 en 2 van richtlijn 89/665 voortvloeiende verplichtingen niet is nagekomen, door na te laten het door richtlijn 89/665 voorziene stelsel van beroepsmogelijkheden van toepassing te verklaren op besluiten van aanbestedende diensten in de zin van artikel 1, sub b, van de richtlijnen 92/50, 93/36 en 93/37, die zijn opgericht in de vorm van privaatrechtelijke vennootschappen en die voldoen aan de in dat artikel genoemde voorwaarden.

27 — C-360/96, Jurispr. blz. I-6821.

28 — Ibidem (punt 61).

29 — Ibidem (punt 62).

30 — De in het onderhavige geval gebruikte terminologie is van gering belang.

IV — Het tweede middel, ontleend aan onjuiste omzetting van het begrip „voor beroep vatbare handelingen" (schending van de artikelen 1, lid 1, en 2, lid 1, van de richtlijn beroepsprocedures).

A — *De argumenten van partijen*

1) De argumenten van de Commissie

67. De Commissie verwijt het Koninkrijk Spanje de mogelijkheid te beperken om bepaalde besluiten van de aanbestedende dienst, met name bepaalde procedurele handelingen, aan te vechten.

68. Zij brengt in herinnering dat richtlijn 89/665 geen uitzonderingen bevat op de mogelijkheid om een onwettig besluit van de aanbestedende diensten aan te vechten. Dientengevolge is de werkingssfeer van richtlijn 89/665 ten onrechte beperkt, nu de Spaanse bepalingen inzake beroep de mogelijkheid uitsluiten om bepaalde onwettige besluiten van de aanbestedende diensten aan te vechten. In zijn arrest van 28 oktober 1999, Alcatel Austria e.a.[31], heeft het Hof geoordeeld dat uit artikel 1, lid 1, van richtlijn 89/665 volgt dat de daarin bedoelde beroepen tegen de besluiten van de aanbestedende diensten worden ingesteld op grond dat door die besluiten het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten of de nationale voorschriften zijn geschonden, zonder enige beperking ter zake van de aard en inhoud van die besluiten.

69. De Spaanse bepalingen die op dit gebied van toepassing zijn (te weten artikel 107 van wet nr. 30/1992 en artikel 25, lid 1, van wet nr. 29/1998), beperken echter de mogelijkheid om beroep in te stellen als het gaat om het aanvechten van procedurele handelingen, dat wil zeggen bestuurshandelingen die niet een bestuurlijke procedure afsluiten.

70. Ter ondersteuning van dit middel noemt de Commissie twee soorten procedurele handelingen die, in strijd met de bepalingen van richtlijn 89/665, niet vatbaar zijn voor beroep.

71. Het eerste voorbeeld is ontleend aan een beslissing van het Spaanse Tribunal Supremo en betreft het verzoek om aanvullende stukken. Volgens de Commissie kan een aan een inschrijver van de aanbesteding gericht verzoek om aanvullende stukken alleen worden aangevochten indien de betrokken onderneming van de procedure wordt uitgesloten omdat zij de gevraagde aanvullende stukken niet heeft overgelegd. Toch zou deze onderneming, zonder van die procedure te worden uitgesloten, in een zwakke positie kunnen geraken tegenover

31 — C-81/98, Jurispr. blz. I-7671 (punt 35).

de andere inschrijvers. Daarom meent de Commissie dat tegen het verzoek om overlegging van aanvullende stukken als zodanig beroep moet kunnen worden ingesteld.

72. Het tweede voorbeeld heeft betrekking op de gunningsvoorstellen van onder het gezag van de aanbestedende dienst staande commissies. Volgens de Commissie zijn de voorstellen van die commissies, die door de aanbestedende dienst zijn belast met de voorbereiding van het gunningsbesluit, in strijd met de richtlijn beroepsprocedures niet vatbaar voor beroep.

73. Zij concludeert dat de Spaanse omzettingswetgeving bepaalde besluiten van de aanbestedende dienst wegens hun aard en inhoud uitsluit van beroep bij de rechter. In die zin is die nationale wetgeving strijdig met artikel 1 van de richtlijn beroepsprocedures.

2) De argumenten van het Koninkrijk Spanje

74. Het Koninkrijk Spanje bestrijdt dit middel omdat de Commissie niet heeft aangetoond dat er sprake is van niet-nakoming. De handelingen waarop de Commissie zich baseert, kunnen immers niet als vatbaar voor beroep worden beschouwd, omdat zij niet bezwarend zijn of enkel een voorbereidend karakter hebben. De artikelen 1 en 2 van de richtlijn beroepsprocedures bepalen uitdrukkelijk dat alleen beroep kan worden ingesteld tegen besluiten die bezwarend zijn. De door de Commissie aangehaalde rechtspraak spreekt dat niet tegen. Het arrest Alcatel Austria e.a., reeds aangehaald, is in het onderhavige geval dan ook irrelevant.

75. Het standpunt van de Commissie steunt op een misvatting over het begrip „procedurele handeling" in de zin van het Spaanse recht.

76. In het Spaanse recht 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 houdt dus geen standpuntbepaling in, maar maakt deel uit van een besluitvormingsprocedure. Indien 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. Anders zou het fundamentele recht op effectieve rechtsbescherming immers bedreigd worden.

77. Het onderscheid in het Spaanse recht tussen procedurele of voorbereidende handelingen [32] en besluiten is niet ongewoon.

32 — Dienaangaande is de gebruikte terminologie van weinig belang.

De in de verschillende lidstaten bestaande stelsels van beroepsmogelijkheden kennen immers ook de regel dat procedurele handelingen die ertoe strekken het nemen van een besluit te vergemakkelijken, niet afzonderlijk kunnen worden betwist, maar enkel ter gelegenheid van een beroep tot nietigverklaring van dat besluit, tenzij de verzoeker aantoont dat het niet om een eenvoudige procedurele handeling gaat, maar om een handeling die hem blijvende schade toebrengt. Het Spaanse stelsel verschilt dus niet van de andere stelsels in de verschillende lidstaten.

78. De Spaanse regering begrijpt in ieder geval niet, wat voor de belanghebbende het nut zou zijn om een procedurele handeling aan te vechten die hem op zichzelf geen schade toebrengt. Het doel van de richtlijn beroepsprocedures kan er ook niet in bestaan, het goede verloop van de aanbestedingsprocedure te verlammen door toe te staan dat tegen elke voorbereidingshandeling voor een besluit van de aanbestedende dienst vertragende en ongepaste beroepen worden ingesteld.

79. Aangaande de bewering van de Commissie dat het Spaanse stelsel de uniforme toepassing van richtlijn 89/665 in gevaar brengt, merkt de Spaanse regering op, dat de Commissie niet heeft aangetoond in welke zin dit stelsel de doelstellingen van de richtlijn beroepsprocedures in gevaar brengt. Overeenkomstig de vaste rechtspraak van het Hof is het aan de Commissie om het bewijs te leveren van de gestelde niet-nakoming. In het onderhavige geval heeft de Commissie geen enkel concreet voorbeeld aangevoerd ten bewijze dat de Spaanse wetgeving de belanghebbenden niet in staat stelt daadwerkelijke en doeltreffende rechtsbescherming te genieten tegen de procedurele handelingen die voor hen bezwarend zijn.

80. Wat het eerste door de Commissie genoemde voorbeeld betreft, merkt de Spaanse regering op, dat de Commissie ook niet heeft uiteengezet waarom de criteria die het Tribunal Supremo in het door haar aangehaalde arrest heeft toegepast, strijdig zijn met het doel van richtlijn 89/665. In dat arrest heeft het Tribunal Supremo het volgende uiteengezet:

— De bestreden handeling is zowel het uiteindelijke gunningsbesluit als de door het bestuurslichaam aan de drie inschrijvende ondernemingen opgelegde verplichting om hem bepaalde aanvullende documentatie te leveren (eerste overweging van het arrest);

— Het opleggen van die verplichting is een procedurele handeling, omdat het de aanbesteding niet afsluit, maar slechts een tussenstap is om tot gunning te kunnen komen. Het gaat niet om een voor een zelfstandig beroep vatbaar besluit, maar om een loutere voorbereiding van het besluit. De rechtmatigheid van het verzoek om aanvul-

lende documentatie kan slechts worden bestreden in een procedure tot herziening van de definitieve handeling (tweede overweging van het arrest);

— De kritiek op het verzoek om informatie heeft niet de nietigheid van het gunningsbesluit tot gevolg (vijfde overweging van het arrest);

— De uiteindelijke gunning van de opdracht is betwist omdat de inschrijver 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 zeker kon worden verholpen (vierde overweging van het arrest).

81. Wat het tweede voorbeeld betreft, betoogt het Tribunal Supremo dat de commissies in kwestie niet als aanbestedende diensten kunnen worden beschouwd, en dat zij geen besluiten nemen, maar enkel bij de besluitvormingsprocedure betrokken zijn.

82. De Spaanse regering is dan ook van mening dat het tweede middel moet worden verworpen, omdat de Commissie niet heeft aangetoond in welke zin richtlijn 89/655 onjuist in Spaans recht is omgezet en waarom deze niet al haar gevolgen sorteert, zolang de algemene regel — dat een procedurele handeling, in de zin van het Spaanse recht, niet vatbaar is voor beroep — niet is gewijzigd.

B — *Beoordeling*

83. Ingevolge artikel 1, lid 1, van richtlijn 89/665 moet tegen de door de aanbestedende diensten genomen besluiten *doeltreffend* en zo *snel* mogelijk beroep kunnen worden ingesteld, in geval van een schending van het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten of de nationale voorschriften waarin dat gemeenschapsrecht is omgezet. Artikel 1, lid 3, van die richtlijn preciseert dat de ingevoerde beroepsprocedures toegankelijk moeten zijn voor *iedereen* die belang heeft of heeft gehad bij de gunning van een bepaalde overheidsopdracht voor leveringen, de uitvoering van werken of dienstverlening en die *door een beweerde schending is of dreigt te worden gelaedeerd.*

84. Artikel 2, lid 1, van richtlijn 89/665 noemt de maatregelen die moeten worden genomen in het kader van de beroepsprocedures die de lidstaten in hun nationale recht invoeren. Volgens punt a van deze bepaling worden voorlopige maatregelen in kort geding genomen; punt b voorziet in de mogelijkheid onwettige besluiten nietig te verklaren of te doen verklaren en punt c betreft de toekenning van schadevergoeding.

85. Artikel 2, lid 1, sub b, van richtlijn 89/665 bepaalt niet, van welke *onwettige besluiten* de nietigverklaring kan worden gevorderd. Het bepaalt immers alleen, dat als *onwettige besluiten* onder meer zijn te beschouwen de besluiten betreffende discriminerende technische, economische of financiële specificaties in de documenten die verband houden met de betrokken aanbestedingsprocedure. [33]

86. Uit de gezamenlijke lezing van de artikelen 1 en 2 van richtlijn 89/655 en de doelstellingen van die richtlijn [34] blijkt ook dat de beroepen tegen de door de aanbestedende diensten genomen besluiten ertoe strekken, op elk moment van de aanbestedingsprocedure een daadwerkelijke naleving van de gemeenschapsrichtlijnen inzake de plaatsing van overheidsopdrachten te waarborgen, in het bijzonder in een stadium waarin de schendingen nog ongedaan kunnen worden gemaakt. [35] Beroepen die beperkt zijn tot de mogelijkheid om een geldelijke vergoeding te krijgen voor vanwege niet-naleving van de gemeenschapsrichtlijnen inzake de plaatsing van overheidsopdrachten geleden schade, zouden dan ook niet volstaan om volledige doeltreffendheid van die regels te waarborgen.

87. Het Hof heeft uit deze factoren afgeleid dat tegen alle besluiten van de aanbestedende diensten, ongeacht hun aard of inhoud, beroep kan worden ingesteld. [36] Dienovereenkomstig is de richtlijn beroepsprocedures aldus uitgelegd, dat zij zich ertegen verzet dat nationale bepalingen een benadeelde verzoeker niet de mogelijkheid bieden om de nietigverklaring te vorderen van het aan het sluiten van de overeenkomst voorafgaande besluit waarbij de aanbestedende dienst kiest met welke inschrijver hij de overeenkomst wil sluiten. Evenzo is geoordeeld dat het beperken van het beroep tegen dat besluit tot een verzoek om schadevergoeding [37] het niet mogelijk maakt de doeltreffendheid van de bepalingen van de procedurerichtlijnen te waarborgen.

88. Rekening houdend met de door de richtlijn beroepsprocedures nagestreefde doelstellingen en de formulering van de artikelen 1 en 2 van die richtlijn, heeft het Hof aldus een ruime definitie willen geven van het begrip „besluit" in de zin van die bepalingen. Onder „besluit" moet men dus verstaan, elke met het oog op de bepalingen van de procedurerichtlijnen vermeend onwettige handeling of maatregel, die is genomen in de loop van de betrokken aanbestedingsprocedure en die effecten of gevolgen heeft die door de aanbestedende dienst in het uiteindelijke gunningsbesluit in aanmerking genomen kunnen worden.

89. Een dergelijke uitlegging van de richtlijn beroepsprocedures is in overeenstemming met het doel ervan, een daadwerke-

33 — Arrest Alcatel Austria e.a., reeds aangehaald (punt 31).

34 — Zie met name de eerste en de tweede overweging van de considerans van de richtlijn.

35 — Arrest Alcatel Austria e.a., reeds aangehaald (punten 33 en 34).

36 — Ibidem (punt 35).

37 — Ibidem (punt 43).

lijke naleving van de gemeenschapsrichtlijnen inzake de plaatsing van overheidsopdrachten te waarborgen, in het bijzonder in een stadium waarin de schendingen nog ongedaan gemaakt of vermeden kunnen worden. Dit doel kan dus niet bereikt worden als alleen beroep kan worden ingesteld tegen bezwarende handelingen of, a fortiori, handelingen die de betrokken aanbestedingsprocedure afsluiten. Het is immers moeilijk in te zien welke maatregelen in dat stadium zouden kunnen worden genomen „om de beweerde schending ongedaan te maken of te voorkomen dat de betrokken belangen verder worden geschaad". [38]

90. In het onderhavige geval erkent de Spaanse regering echter dat in de Spaanse rechtsorde, ook in het kader van aanbestedingsprocedures, alleen tegen bezwarende handelingen beroep ingesteld kan worden. Onder bezwarende handeling moet met name de handeling begrepen worden die een aanbestedingsprocedure afsluit. Dat volgt uitdrukkelijk uit de overwegingen van het aangehaalde arrest. [39] De Spaanse regering geeft ook toe — en dat volgt duidelijk uit de overwegingen van het Tribunal Supremo [40] -, dat tegen de handeling waarbij de aanbestedende dienst vraagt om aanvullende stukken bij het oorspronkelijke bestek, geen zelfstandig beroep kan worden ingesteld. Met andere woorden, een besluit dat bezwarend kan zijn en het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten kan schenden, kan als zodanig niet onmiddellijk aangevochten worden door de inschrijver die zich gelaedeerd acht. Om dat te doen, moet hij wachten op het einde van de aanbesteding, dus totdat de aanbestedende dienst het gunningsbesluit heeft vastgesteld.

91. Door de verzoeker te belasten met het bewijs van de schade die hij ondervindt en door hem daarmee de mogelijkheid te ontzeggen om een voor hem mogelijk bezwarende handeling aan te vechten, zijn de artikelen 1 en 2 van de richtlijn beroepsprocedures onjuist in Spaans recht omgezet. Die nationale bepalingen maken het immers niet mogelijk om een besluit, dat mogelijk nadelige gevolgen kan hebben vanwege de schending van het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten, op het meest geschikte moment aan te vechten. Daardoor ontnemen zij de justitiabele de mogelijkheid tot het verkrijgen van voorlopige maatregelen die ertoe strekken de beweerde schending ongedaan te maken of toekomstige schade te voorkomen. De verplichting om het bewijs van de geleden schade te leveren, vormt dus een bijkomende voorwaarde die niet is voorzien in de richtlijn beroepsprocedures en daarmee in strijd is.

92. Uit het voorgaande volgt dat het Koninkrijk Spanje de verplichtingen op grond van de artikelen 1 en 2 van richtlijn 89/665 niet is nagekomen, door niet toe te staan dat beroep wordt ingesteld tegen elke met het oog op de bepalingen van de procedurerichtlijnen vermeend onwettige handeling of maatregel, die is genomen in de loop van de aanbestedingsprocedure en die effecten of gevolgen heeft die door de aanbestedende dienst in het uiteindelijke gunningsbesluit in aanmerking genomen kunnen worden.

38 — Artikel 2, lid 1, sub a, van de richtlijn beroepsprocedures.

39 — Zoals geformuleerd door de Spaanse regering (zie punt 80, tweede streepje, van deze conclusie).

40 — Idem.

V — Het derde middel, ontleend aan onjuiste omzetting van de bepalingen inzake het nemen van voorlopige maatregelen (schending van de artikelen 1, lid 1, en 2, lid 1, van de richtlijn beroepsprocedures)

A — *De argumenten van partijen*

1) De argumenten van de Commissie

93. In strijd met artikel 2, lid 1, sub a, van richtlijn 89/655 maken de Spaanse omzettingsbepalingen, te weten de artikelen 111 van wet nr. 30/1992 en 129 tot en met 136 van wet nr. 29/1998, het volgens de Commissie niet mogelijk om voorlopige maatregelen te *verkrijgen* indien niet tegelijkertijd beroep ten gronde wordt ingesteld tegen het onwettige besluit van de aanbestedende dienst. Alleen in uitzonderlijke gevallen, bijvoorbeeld ingevolge artikel 136, lid 2, van wet nr. 29/1998, kan om voorlopige maatregelen worden *verzocht* indien geen beroep ten gronde tegen het onwettige besluit is ingesteld. Uit de Spaanse teksten tot omzetting van artikel 2, lid 1, sub a, van de richtlijn beroepsprocedures volgt, dat de vaststelling van voorlopige maatregelen afhankelijk is van een beroep ten gronde tegen het onwettige besluit van de aanbestedende dienst. Deze maatregelen zijn dus noodzakelijk ondergeschikt aan een dergelijk beroep en er kan in geen geval zelfstandig om worden verzocht.

94. Uit de formulering van de artikelen 1, lid 1, en 2, lid 1, van de richtlijn beroepsprocedures, de algemene opzet en de doelstelling van de richtlijn en de rechtspraak van het Hof [41] volgt, dat voorlopige maatregelen geen aan een hoofdzaak ondergeschikte maatregelen zijn, maar zelfstandige maatregelen waarom los van de instelling van beroep ten gronde tegen het onwettige besluit kan worden verzocht.

2) De argumenten van het Koninkrijk Spanje

95. De Spaanse regering betwist niet dat in haar nationale rechtsorde, enkele uitzonderingen daargelaten [42], de *vaststelling* van een voorlopige maatregel, zoals schorsing, afhankelijk is van de voorafgaande instelling van een beroep ten gronde. Het verzoek om voorlopige maatregelen moet in ieder geval worden ingediend op het moment dat een dergelijk beroep aanhangig wordt gemaakt of na het instellen van dat beroep. Het beroep dat strekt tot het verkrijgen van voorlopige maatregelen wordt dus niet als zelfstandig opgevat, maar is afhankelijk van het beroep ten gronde dat strekt tot nietigverklaring van het onwettige besluit.

96. Toch ontneemt de verplichting om bij het indienen van het verzoek om voorlopige

41 — Met name arrest van 19 september 1996, Commissie/Griekenland (C-236/95, Jurispr. blz. I-4459).

42 — Met name artikel 136 van wet nr. 29/1998.

maatregelen tegelijkertijd de wettigheid van een handeling van de aanbestedende dienst ten gronde aan te vechten, het stelsel van de richtlijn beroepsprocedures niet zijn doeltreffendheid, aangezien elk verzoek om voorlopige maatregelen een onderzoek ten gronde meebrengt, zij het beperkt tot een beoordeling prima facie van het probleem. Bovendien schaadt dat vereiste noch de doeltreffendheid van het stelsel, noch de verwezenlijking van de door de richtlijn nagestreefde doelstellingen, aangezien de verplichting om bij het indienen van een verzoek om voorlopige maatregelen tegelijkertijd de wettigheid van een handeling van de aanbestedende dienst aan te vechten, niet noodzaakt tot het in acht nemen van een hinderlijk formalisme. De verzoeker kan immers volstaan met het opstellen van een eenvoudige brief. Hem wordt dus niet gevraagd om het verzoekschrift onmiddellijk in overeenstemming met de formele regels in te dienen.

97. Integendeel, het in Spanje ingevoerde stelsel is volkomen doeltreffend. Sinds de inwerkingtreding van wet nr. 29/1998 kan de administratieve rechter overeenkomstig artikel 29 van die wet immers alle soorten positieve voorlopige maatregelen gelasten en niet alleen eenvoudige schorsingen.

98. De Spaanse regering betwist bovendien de bewering, dat de verplichting om beroep ten gronde in te stellen voordat voorlopige maatregelen worden gelast, onverenigbaar zou zijn met de bepalingen van richtlijn 89/665, en zelfs verboden door die bepalingen.

99. Die uitlegging wordt bevestigd door het feit dat het gemeenschapsrecht zelf wordt beheerst door criteria die vergelijkbaar zijn met die waarop de Spaanse regeling berust. Dienaangaande verwijst zij naar de artikelen 242 EG en 243 EG, artikel 36 van 's Hofs Statuut-EG, de artikelen 83 tot en met 90 van het Reglement voor de procesvoering van het Hof en de artikelen 104 tot en met 110 van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht. Zij noemt als voorbeeld artikel 83 van het Reglement voor de procesvoering van het Hof en merkt op, dat het verzoek om voorlopige maatregelen geen zelfstandig rechtsmiddel is, maar wel een aan de hoofdvordering — te weten het beroep tot nietigverklaring — ondergeschikt verzoek.

100. Aangaande de conclusie die de Commissie trekt uit het arrest Commissie/Griekenland, reeds aangehaald, stelt de Spaanse regering dat het Hof geen uitspraak ten gronde heeft gedaan. De Helleense Republiek heeft immers erkend dat zij de bepalingen van de richtlijn beroepsprocedures niet binnen de in het met redenen omkleed advies gestelde termijn in haar nationale rechtsorde had omgezet. Het Hof heeft dus geen uitspraak gedaan over de grond van de verweten niet-nakoming. Het heeft dus niet voor recht verklaard dat het feit dat voorlopige maatregelen, zoals schorsing, ondergeschikt waren aan het instellen van een beroep ten gronde tegen de onwettige handeling, een onjuiste omzetting van de richtlijn beroepsprocedures vormde.

101. De Spaanse regering leidt daaruit af, dat de door de Commissie verlangde absolute onafhankelijkheid van voorlopige

maatregelen geen zin heeft, aangezien elke voorlopige maatregel per definitie een ondergeschikte maatregel is. Zij verzoekt het Hof dan ook om het derde middel ongegrond te verklaren en te verwerpen.

B — *Beoordeling*

102. In tegenstelling tot de Spaanse regering ben ik van mening dat uit de formulering van de artikelen 1, lid 1, en 2, lid 1, van de richtlijn beroepsprocedures, de doelstelling van deze richtlijn en de rechtspraak van het Hof volgt, dat de voorlopige maatregelen niet als ondergeschikt aan een beroep ten gronde kunnen worden beschouwd, maar maatregelen zijn die zelfstandig vastgesteld moeten kunnen worden.

103. Het door de richtlijn beroepsprocedures ingevoerde stelsel strekt ertoe, de daadwerkelijke toepassing van de procedurerichtlijnen mogelijk te maken. De richtlijn beroepsprocedures eist dus dat de beroepsprocedures tegen onwettige besluiten van de aanbestedende dienst doeltreffend en snel zijn. Met dat doel kunnen alle in de loop van de aanbestedingsprocedure genomen onwettige besluiten van de aanbestedende dienst in kort geding aangevochten worden door de gelaedeerde personen.[43] Het gaat er dus om, de begane onwettige handelingen te voorkomen, ongedaan te maken of te herstellen.

43 — Zie dienaangaande het tweede door de Commissie tegen het Koninkrijk Spanje aangevoerde middel.

104. Uit het voorgaande volgt, dat *niet alleen elk onwettig besluit* van de aanbestedende dienst dat is genomen vóór het sluiten van de overeenkomst tussen de inschrijver en de aanbestedende dienst kan worden aangevochten, *maar* dat *ook* voorlopige maatregelen kunnen worden verkregen voordat een beroep ten gronde tegen de onwettige handeling is ingesteld. Met andere woorden, er moet niet alleen een verzoek om voorlopige maatregelen gedaan kunnen worden, maar aan dat verzoek moet door de aangezochte rechter ook kunnen worden voldaan vóór elk beroep ten gronde tegen het onwettige besluit. Bij gebreke daarvan kan de door de richtlijn nagestreefde doelstelling, die er met name in bestaat, door de aanbestedende dienst begane onwettige handelingen te voorkomen of ongedaan te maken, duidelijk niet worden bereikt. De noodzaak om dringende en doeltreffende maatregelen vast te stellen, is moeilijk te verenigen met het vereiste van een voorafgaand beroep ten gronde.

105. Deze uitlegging is door het Hof bevestigd in het arrest Commissie/Griekenland, reeds aangehaald.

106. De Helleense Republiek werd verweten de bepalingen van de richtlijn beroepsprocedures onjuist te hebben omgezet.

107. Hoewel zij erkende dat zij niet binnen de in het met redenen omkleed advies gestelde termijn de nodige maatregelen had genomen om de richtlijn om te zetten,

stelde de Griekse regering, dat sindsdien een wet was aangenomen en dat deze voldeed aan de vereisten van de richtlijn beroepsprocedures.

108. Het Hof heeft echter niet nagelaten te benadrukken dat met de bepalingen van die wet de bepalingen van de richtlijn beroepsprocedures niet correct waren omgezet. Hij merkte met name op dat, wat de in artikel 2, lid 1, sub a, van de richtlijn beroepsprocedures bedoelde opschorting van aanbestedingsprocedures betreft, de bepaling van de omzettingswet niet voldeed aan de vereisten van de richtlijn beroepsprocedures, omdat zij de opschortingsmaatregel ondergeschikt maakte aan het instellen van een beroep tot nietigverklaring van de bestreden bestuurshandeling.

109. In punt 11 van het arrest Commissie/Griekenland, reeds aangehaald, werd in het bijzonder gepreciseerd:

„Dienaangaande volstaat de opmerking, dat artikel 52 van presidentieel decreet nr. 18/89 alleen procedures ter opschorting van de tenuitvoerlegging betreft en ervan uitgaat dat een principale vordering tot nietigverklaring van de bestreden bestuurshandeling is ingesteld, terwijl krachtens artikel 2 van de richtlijn de lidstaten hun beroepsinstanties meer in het algemeen de bevoegdheid moeten verlenen om *los van elke voorafgaande vordering*[44], alle voorlopige maatregelen te nemen, ‚met inbegrip van maatregelen om de aanbestedingsprocedure [...] op te schorten c.q. te doen opschorten'."

110. Het Hof heeft bovendien opgemerkt dat in de aangevoerde nationale wetgeving nergens sprake was van de bij artikel 2, lid 1, sub c, van de richtlijn beroepsprocedures bedoelde toekenning van schadevergoeding aan degenen die door een schending van het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten of van de nationale regels tot omzetting ervan zijn gelaedeerd.[45]

111. Uit dat arrest volgt, dat het Hof zich, in tegenstelling tot wat het Koninkrijk Spanje beweert, niet heeft beperkt tot de vaststelling dat de richtlijn niet binnen de in het met redenen omkleed advies gestelde termijn was omgezet, maar onderzoek heeft verricht naar de Griekse wet die daaraan tegemoet moest komen en de redenen heeft aangevoerd waarom die wet geen correcte omzetting van de bepalingen van de richtlijn beroepsprocedures vormde.

112. Uit een en ander leid ik af dat de lidstaten een regeling moeten invoeren die voorziet in de vaststelling van alle soorten spoedmaatregelen, met inbegrip van positieve maatregelen, strekkende tot zowel het

44 — Cursivering van mij.
45 — Ibidem (punt 15).

vermijden en ongedaan maken als het herstellen van door de aanbestedende dienst begane onwettige handelingen, gedurende de gehele aanbestedingsprocedure. Dat vereiste is onverenigbaar met het vereiste van een voorafgaand beroep ten gronde tegen het onwettige besluit.

113. De Spaanse regering betwist niet dat in haar nationale rechtsorde geen voorlopige maatregelen kunnen worden vastgesteld voordat beroep ten gronde is ingesteld tegen het onwettige besluit. Toch beweert zij dat het Spaanse stelsel niet hinderlijk is, omdat die verplichting kan worden nagekomen met een eenvoudige brief zonder redengeving, waarbij de verzoeker laat weten dat hij van plan is om het besluit ten gronde aan te vechten. Als dat werkelijk het geval is, begrijp ik de reden niet voor deze „eenvoudige formaliteit" waaraan de Spaanse wetgever toch een bijzonder belang hecht. Het lijkt mij immers niet evenredig om de daadwerkelijke uitvoering van de richtlijn op het betrokken punt [46] afhankelijk te stellen van de voorafgaande vervulling van een eenvoudige formaliteit.

114. Wat het argument van de Spaanse regering betreft, dat de Spaanse regeling inzake voorlopige maatregelen de regeling is die wordt gevolgd door het gemeenschapsrecht in de procedures voor het Hof, kan men enkel vaststellen dat de door de Spaanse regering aangehaalde bepalingen en arresten noch het door richtlijn 89/665 ingevoerde bijzondere stelsel van beroepsmogelijkheden, noch de omzetting ervan door de lidstaten betreffen. Overeenkomstig het beginsel „lex specialis derogat generali" [47] moet noodzakelijkerwijs de specifieke regeling van richtlijn 89/665 gelden.

115. Uit het voorgaande volgt dat het Koninkrijk Spanje de uit de artikelen 1 en 2 van richtlijn 89/665 voortvloeiende verplichtingen niet is nagekomen, door de toekenning van voorlopige maatregelen afhankelijk te stellen van het instellen van een beroep ten gronde tegen het onwettige besluit van de aanbestedende dienst.

VI — Kosten

116. Krachtens 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. Aangezien het Koninkrijk Spanje in het ongelijk is gesteld, dient het overeenkomstig de vordering van de Commissie in de kosten te worden verwezen.

46 — Namelijk het vaststellen van voorlopige maatregelen.

47 — Zie met name arresten van 12 december 1995, Chiquita Italia (C-469/93, Jurispr. blz. I-4533, punt 61), en 24 januari 2002, Commissie/Italië (C-372/99, Jurispr. blz. I-819, punt 19).

VII — Conclusie

117. Gelet op één en ander geef ik het Hof in overweging:

1) vast te stellen dat het Koninkrijk Spanje, door na te laten 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, 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, lid 1, van de richtlijnen 92/50/EEG, van 18 juni 1992, betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening, 93/36/EEG van 14 juni 1993, betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen, en 93/37/EEG van 14 juni 1993, betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, 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 het gemeenschapsrecht op hem rustende verplichtingen niet is nagekomen;

2) het Koninkrijk Spanje in de kosten te verwijzen.