ARREST VAN HET HOF (Eerste kamer)

11 januari 2005 *

In zaak C-26/03,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 234 EG, ingediend door het Oberlandesgericht Naumburg (Duitsland) bij beslissing van 8 januari 2003, ingekomen bij het Hof op 23 januari 2003, in de procedure

Stadt Halle,

RPL Recyclingpark Lochau GmbH

tegen

Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna,

* Procestaal: Duits.

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE (Eerste kamer),

samengesteld als volgt: P. Jann, kamerpresident, J. N. Cunha Rodrigues, E. Juhász (rapporteur), M. Ilešič en E. Levits, rechters,

advocaat-generaal: C. Stix-Hackl,
griffier: R. Grass,

gezien de stukken,

gelet op de opmerkingen van:

— Stadt Halle, vertegenwoordigd door U. Jasper, Rechtsanwältin,

— Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna, vertegenwoordigd door K. Heuvels, Rechtsanwalt,

— de Franse regering, vertegenwoordigd door G. de Bergues en D. Petrausch als gemachtigden,

— de Oostenrijkse regering, vertegenwoordigd door M. Fruhmann als gemachtigde,

— de Finse regering, vertegenwoordigd door T. Pynnä als gemachtigde,

— de Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door K. Wiedner als gemachtigde,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 23 september 2004,

het navolgende

Arrest

1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van artikel 1, lid 1, 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), die zelf is gewijzigd bij richtlijn 97/52/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 oktober 1997 (PB L 328, blz. 1; hierna: „richtlijn 89/665"). Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft ook de uitlegging van de artikelen 1, punt 2, en 13, lid 1, van richtlijn 93/38/EEG van de Raad van 14 juni 1993 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie (PB L 199, blz. 84), zoals gewijzigd bij richtlijn 98/4/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 februari 1998 (PB L 101, blz. 1; hierna: „richtlijn 93/38").

2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen Stadt Halle (Duitsland) en RPL Recyclingpark Lochau GmbH (hierna: „RPL Lochau") enerzijds, en Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna (hierna: „TREA Leuna") anderzijds, betreffende de rechtmatigheid naar gemeenschapsrecht van de gunning zonder openbare aanbesteding van een opdracht voor dienstverlening betreffende de behandeling van afvalstoffen door Stadt Halle aan RPL Lochau, waarvan Stadt Halle meerderheidsaandeelhouder is en een particuliere vennootschap minderheidsaandeelhouder.

Rechtskader

De gemeenschapsregeling

3 Volgens artikel 1, sub a, van richtlijn 92/50, zoals gewijzigd bij richtlijn 97/52 (hierna: „richtlijn 92/50"), wordt onder „overheidsopdrachten voor dienstverlening" verstaan „schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel, die zijn gesloten tussen een dienstverlener enerzijds en een aanbestedende dienst anderzijds". Volgens artikel 1, sub b, van die richtlijn worden als „aanbestedende diensten" beschouwd „de staat, de territoriale lichamen, publiekrechtelijke instellingen en verenigingen gevormd door een of meer van deze lichamen of instellingen". Artikel 1, sub c, van de richtlijn ten slotte omschrijft „dienstverleners" als „natuurlijke of rechtspersonen, met inbegrip van openbare lichamen, die diensten aanbieden".

4 Artikel 8 van richtlijn 92/50 luidt: „De opdrachten voor het verlenen van in bijlage I A vermelde diensten worden overeenkomstig de bepalingen van de titels III tot en met VI geplaatst." Die bepalingen omvatten in wezen regels voor de oproep tot mededinging en de bekendmaking. Artikel 11, lid 1, van de richtlijn luidt: „Bij het

plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening passen de aanbestedende diensten de in artikel 1, sub d, e en f, omschreven, aan deze richtlijn aangepaste procedures toe." De in die bepalingen bedoelde procedures zijn de „openbare procedures", de „niet-openbare procedures" en de „procedures van gunning via onderhandelingen".

5 Categorie nr. 16 van bijlage I A bij de richtlijn omvat „riolering en vuilophaaldiensten; afvalverwerking en aanverwante diensten".

6 Volgens artikel 7, lid 1, sub a, van richtlijn 92/50 is de richtlijn van toepassing op overheidsopdrachten voor dienstverlening wanneer de geraamde waarde exclusief belasting over de toegevoegde waarde „ten minste 200 000 ECU bedraagt".

7 Blijkens de tweede en de derde overweging van de considerans van richtlijn 89/665 strekt deze ertoe de toepassing van de communautaire voorschriften inzake overheidsopdrachten te waarborgen door doeltreffende en snelle beroepsprocedures, met name in een stadium waarin de schendingen nog ongedaan kunnen worden gemaakt, gelet op het feit dat de openstelling van aanbestedingen voor mededinging uit de gehele Gemeenschap een aanzienlijke uitbreiding van de garanties inzake doorzichtigheid en non-discriminatie vereist.

8 Met het oog daarop bepaalt artikel 1, leden 1 en 3, van richtlijn 89/665:

„1. 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 [...], 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 eenieder 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. Met name kunnen de lidstaten verlangen dat degene die van deze procedure gebruik wenst te maken, de aanbestedende dienst vooraf in kennis heeft gesteld van de beweerde schending en van zijn voornemen om beroep in te stellen."

9 Artikel 2, lid 1, van richtlijn 89/665 bepaalt:

„1. De lidstaten zorgen ervoor dat de maatregelen betreffende het in artikel 1 bedoelde beroep de nodige bevoegdheden behelzen om:

a) zo snel mogelijk in kort geding voorlopige maatregelen te nemen om de beweerde schending ongedaan te maken of te voorkomen dat de betrokken belangen verder worden geschaad, met inbegrip van maatregelen om de aanbestedingsprocedure of de tenuitvoerlegging van enig door de aanbestedende diensten genomen besluit, op te schorten c.q. te doen opschorten;

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."

10 Artikel 1 van richtlijn 93/38 luidt als volgt:

„In de zin van deze richtlijn wordt verstaan onder:

[...]

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;

3) ‚verbonden ondernemingen': [...] ondernemingen waarop de aanbestedende dienst rechtstreeks of middellijk een dominerende invloed kan uitoefenen in de zin van lid 2 [...]

[...]"

11 Artikel 13 van richtlijn 93/38 bepaalt:

„1. Deze richtlijn is niet van toepassing op opdrachten voor het verrichten van diensten:

a) die door een aanbestedende dienst bij een met hem verbonden onderneming worden geplaatst,

[...]

mits ten minste 80% van de gemiddelde omzet die deze onderneming de laatste drie jaar in de Gemeenschap op het gebied van het verrichten van diensten heeft behaald, afkomstig is van de verstrekking van deze diensten aan de ondernemingen waarmee zij is verbonden.

[...]"

De nationale regeling

12 Blijkens de verwijzingsbeschikking vallen beroepen inzake overheidsopdrachten naar Duits recht onder het Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (wet tegen mededingingsbeperkingen). Volgens § 102 van deze wet kan tegen „het plaatsen van een overheidsopdracht" beroep in rechte worden ingesteld. De inschrijver of de gegadigde heeft een subjectief recht op de naleving van de „bepalingen betreffende de gunningsprocedure", waardoor hij zich tegenover de aanbestedende dienst kan beroepen op zijn uit § 97, lid 7, van de wet voortvloeiende rechten „betreffende het verrichten of nalaten van een handeling in een gunningsprocedure [...]".

13 In de verwijzingsbeschikking wordt gepreciseerd dat volgens een deel van de rechtspraak en de rechtsleer in Duitsland op grond van deze bepalingen slechts een beroep inzake het plaatsen van een opdracht kan worden ingesteld wanneer de verzoeker van de aanbestedende dienst een bepaald gedrag in een nog lopende formele gunningsprocedure wil afdwingen, zodat geen beroep kan worden ingesteld wanneer de aanbestedende dienst heeft besloten geen openbare aanbesteding uit te schrijven en niet formeel een gunningsprocedure in te leiden. Deze mening wordt evenwel niet gedeeld door een ander deel van de rechtspraak en de rechtsleer.

Hoofdgeding en prejudiciële vragen

14 Blijkens de verwijzingsbeschikking gaf Stadt Halle bij besluit van de gemeenteraad van 12 december 2001 zonder formele inleiding van een gunningsprocedure RPL Lochau opdracht een project uit te werken voor de voorbehandeling, de nuttige toepassing en de verwijdering van haar afvalstoffen. Tegelijkertijd besliste Stadt Halle om eveneens zonder aanbesteding met RPL Lochau te onderhandelen over de sluiting van een overeenkomst voor de verwerking van stedelijk restafval vanaf 1 juni 2005. Die vennootschap zou investeren in de bouw van de thermische installatie voor de verwijdering en de nuttige toepassing van afvalstoffen.

15 RPL Lochau is een in 1996 opgerichte vennootschap met beperkte aansprakelijkheid. 75,1 % van haar kapitaal behoort toe aan Stadtwerke Halle GmbH, waarvan de enige aandeelhouder, Verwaltungsgesellschaft für Versorgungs- und Verkehrsbetriebe der Stadt Halle mbH, voor 100 % in handen is van Stadt Halle, en 24,9 % aan een particuliere vennootschap met beperkte aansprakelijkheid. De verwijzende rechter noemt RPL Lochau een „overheidsonderneming met particuliere deelneming" en merkt op dat de verdeling van het kapitaal van de vennootschap pas eind 2001 in een vennootschapsovereenkomst is neergelegd, toen sprake was van het voornemen tot gunning van het betrokken project.

16 De verwijzende rechter merkt tevens op dat het doel van RPL Lochau bestaat in de exploitatie van recyclage- en afvalverwerkingsinstallaties. De besluiten van de algemene vergadering van aandeelhouders worden genomen met eenvoudige meerderheid of met een meerderheid van 75 % van de stemmen. De commerciële en technische leiding van de vennootschap is momenteel toevertrouwd aan een derde onderneming, en Stadt Halle is met name gerechtigd de rekeningen te controleren.

17 Nadat zij had vernomen dat de opdracht was gegund zonder dat de bij de gemeenschapsregels inzake overheidsopdrachten voorgeschreven procedure was gevolgd, kwam TREA Leuna, die ook belangstelling had voor de betrokken dienstverlening, op tegen het besluit van Stadt Halle. Zij stelde bij de Vergabekammer van het Regierungspräsidium Halle beroep in teneinde Stadt Halle te dwingen een openbare aanbesteding te houden.

18 Stadt Halle stelde in haar verweer dat het beroep overeenkomstig de in de punten 12 en 13 van dit arrest bedoelde nationale regeling niet-ontvankelijk was, aangezien zij als aanbestedende dienst niet formeel een gunningsprocedure had ingeleid. Bovendien is RPL Lochau eigenlijk een emanatie van Stadt Halle, aangezien zij door deze wordt gecontroleerd. Het gaat hier dus om een „interne bedrijvigheid", waarop de gemeenschapsregels inzake overheidsopdrachten niet van toepassing zijn.

19 De Vergabekammer wees de vordering van TREA Leuna toe op grond van de overweging dat zelfs bij gebreke van een gunningsprocedure beroep moest kunnen worden ingesteld tegen de besluiten van de aanbestedende dienst. Zij was ook van oordeel dat in casu geen sprake kon zijn van een „interne bedrijvigheid", aangezien de particuliere minderheidsdeelneming meer bedroeg dan 10 %, boven welke grens volgens de Duitse regeling inzake vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid sprake is van een minderheid die bepaalde rechten heeft. Verder was met voldoende zekerheid te verwachten dat RPL Lochau met haar werkzaamheden ten behoeve van Stadt Halle slechts 61,25 % van haar capaciteit zou benutten, zodat zij voor de rest van haar capaciteit opdrachten moest verwerven op de markt waarop zij actief was.

20 In het door Stadt Halle ingestelde hoger beroep heeft het Oberlandesgericht Naumburg de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen gesteld:

„1) a) Verlangt artikel 1, lid 1, eerste zin, van richtlijn 89/665 van de lidstaten ervoor te zorgen dat doeltreffend en zo snel mogelijk beroep kan worden ingesteld tegen het besluit van de aanbestedende dienst om een overheidsopdracht niet te plaatsen volgens een procedure die is aangepast aan de bepalingen van de richtlijnen betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten?

b) Verlangt artikel 1, lid 1, eerste zin, van richtlijn 89/665 ook van de lidstaten ervoor te zorgen dat doeltreffend en zo snel mogelijk beroep kan worden ingesteld tegen de besluiten van de aanbestedende diensten die aan een formele gunning voorafgaan, in het bijzonder tegen het besluit over de prealabele vragen of een bepaalde acquisitie eigenlijk wel binnen de personele of materiële werkingssfeer van de richtlijnen betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten valt dan wel of het aanbestedingsrecht bij uitzondering niet van toepassing is?

c) Bij een bevestigend antwoord op de eerste vraag, sub a, en bij een ontkennend antwoord op de eerste vraag, sub b:

Voldoet een lidstaat aan zijn verplichting ervoor te zorgen dat doeltreffend en zo snel mogelijk beroep kan worden ingesteld tegen het besluit van de aanbestedende dienst om een overheidsopdracht niet te plaatsen volgens een procedure die is aangepast aan de bepalingen van de richtlijnen betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten, wanneer de toegang tot de beroepsprocedure afhankelijk wordt gesteld van het bereiken van een bepaald formeel stadium in de acquisitie, bijvoorbeeld van het begin van mondelinge of schriftelijke onderhandelingen over een contract met een derde?

2) a) Gesteld dat een aanbestedende dienst, zoals bijvoorbeeld een territoriaal lichaam, van plan is om met een instelling die formeel van hem is onderscheiden (hierna: ‚medecontractant') een schriftelijke dienstverleningsovereenkomst onder bezwarende titel te sluiten die onder richtlijn 92/50 zou vallen, en deze overeenkomst bij uitzondering geen overheidsopdracht voor dienstverlening in de zin van artikel 1, sub a, van richtlijn 92/50 is wanneer de medecontractant als een onderdeel van de overheid of van het bedrijf van de aanbestedende dienst kan worden beschouwd (hierna: ‚van gunning vrijgestelde eigen bedrijvigheid'), sluit het feit alleen van een vennootschapsrechtelijke deelneming van een particuliere onderneming in de medecontractant dan altijd uit dat een dergelijke overeenkomst als een van gunning vrijgestelde eigen bedrijvigheid wordt gekwalificeerd?

b) Bij een ontkennend antwoord op de tweede vraag, sub a:

Onder welke voorwaarden moet een medecontractant waarin vennootschapsrechtelijk wordt deelgenomen door een particuliere onderneming (hierna: ‚overheidsonderneming met particuliere deelneming') als een onderdeel van de overheid of van het bedrijf van de aanbestedende dienst worden beschouwd?

Inzonderheid:

— Is het om een overheidsonderneming met particuliere deelneming, wat de vorm en de intensiteit van het toezicht betreft, als een onderdeel van het bedrijf van de aanbestedende dienst te kunnen beschouwen, voldoende dat de aanbestedende dienst deze onderneming ‚domineert', bijvoorbeeld in de zin van artikel 1, punt 2, en artikel 13, lid 1, van richtlijn 93/38 [...], zoals gewijzigd bij de [Akte betreffende de toetredingsvoorwaarden voor de Republiek Oostenrijk, de Republiek Finland en het Koninkrijk Zweden

en de aanpassing van de Verdragen waarop de Europese Unie is gegrond (PB 1994, C 241, blz. 21, en PB 1995, L 1, blz. 1)] en bij richtlijn 98/4/EG van het Europees Parlement en de Raad [van 16 februari 1998 tot wijziging van richtlijn 93/38 (PB L 101, blz. 1)]?

— Is het op grond van elke rechtens mogelijke invloed van de particulier deelnemende vennoot van de overheidsonderneming met particuliere deelneming op de strategische doelstellingen van de medecontractant en/of de individuele beslissingen inzake het bestuur van de onderneming uitgesloten dat deze onderneming als een onderdeel van het bedrijf van de aanbestedende dienst wordt beschouwd?

— Is het om een overheidsonderneming met particuliere deelneming, wat de vorm en de intensiteit van het toezicht betreft, als een onderdeel van het bedrijf van de aanbestedende dienst te kunnen beschouwen, voldoende dat er, wat de concrete acquisitie betreft, alleen met betrekking tot de beslissingen over de sluiting van het contract en over de dienstverrichting een omvangrijke zeggenschap bestaat?

— Is het om een overheidsonderneming met particuliere deelneming, wat de uitoefening van het grootste deel van de werkzaamheden ten behoeve van de aanbestedende dienst betreft, als een onderdeel van het bedrijf van de aanbestedende dienst te kunnen beschouwen, voldoende dat ten minste 80 % van de door deze onderneming in de laatste drie jaar in de Gemeenschap behaalde gemiddelde omzet op het gebied van het verrichten van diensten, afkomstig is van de verstrekking van deze diensten aan de aanbestedende dienst of aan de met deze dienst verbonden respectievelijk van deze dienst deel uitmakende ondernemingen, of dat voorzover de gemengde onderneming nog geen drie jaar bedrijf uitoefent volgens een prognose te verwachten valt dat aan deze 80 %-regel zal worden voldaan?"

Beantwoording van de prejudiciële vragen

21 Om de verwijzende rechter een nuttig en samenhangend antwoord te kunnen geven, moeten de vragen naar gelang van hun inhoud en voorwerp in twee groepen worden onderverdeeld en onderzocht.

De eerste vraag, sub a, b en c

22 Met deze eerste reeks vragen wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 1, lid 1, van richtlijn 89/665 aldus moet worden uitgelegd dat de verplichting van de lidstaten om ervoor te zorgen dat doeltreffend en snel beroep kan worden ingesteld tegen de besluiten van de aanbestedende diensten, ook geldt voor besluiten die worden genomen buiten een formele gunningsprocedure om en vóór een formele aanbesteding, in het bijzonder voor het besluit over de vraag of een bepaalde opdracht binnen de personele of materiële werkingssfeer van richtlijn 92/50 valt, en vanaf wanneer de lidstaten in het kader van een acquisitie een inschrijver, gegadigde of belangstellende toegang tot een beroepsprocedure moeten verlenen.

23 In dat verband zij er allereerst op gewezen dat richtlijn 92/50 naar luid van de eerste en de tweede overweging van de considerans ervan is vastgesteld in het kader van maatregelen die noodzakelijk zijn voor de totstandbrenging van de interne markt, dat wil zeggen een ruimte zonder binnengrenzen waarin het vrij verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal is gewaarborgd. Blijkens de vierde en de vijfde overweging van de considerans strekt deze richtlijn tot openstelling van overheidsopdrachten in de dienstensector in omstandigheden van gelijke behandeling en doorzichtigheid, zodat de richtlijn moet worden toegepast door alle aanbestedende diensten.

24 Verder doen de bepalingen van richtlijn 92/50 duidelijk de voorwaarden uitkomen waaronder de regels van de titels III tot en met VI door alle aanbestedende diensten moeten worden toegepast, en worden de uitzonderingen op de toepassing van die regels in de richtlijn zelf limitatief opgesomd.

25 Wanneer aan die voorwaarden is voldaan, met andere woorden wanneer een verrichting binnen de personele en materiële werkingssfeer van richtlijn 92/50 valt, moeten de betrokken overheidsopdrachten dus krachtens artikel 8, juncto artikel 11, lid 1, van de richtlijn worden geplaatst overeenkomstig de bepalingen van de titels III tot en met VI, dat wil zeggen worden aanbesteed en naar behoren bekendgemaakt.

26 Deze verplichting geldt voor de aanbestedende diensten zonder onderscheid tussen overheidsopdrachten die door hen worden geplaatst ter vervulling van hun taak om te voorzien in behoeften van algemeen belang, en die welke geen verband houden met deze taak (zie in die zin arrest van 15 januari 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria e.a., C-44/96, Jurispr. blz. I-73, punt 32).

27 Voor een antwoord aan de verwijzende rechter moet het in artikel 1, lid 1, van richtlijn 89/665 gehanteerde begrip „door de aanbestedende diensten genomen besluiten" worden onderzocht. Daar dit begrip in de richtlijn niet uitdrukkelijk is gedefinieerd, moet de strekking ervan worden bepaald aan de hand van de bewoordingen van de relevante bepalingen van de richtlijn en gelet op het met de richtlijn nagestreefde doel van een doeltreffende en snelle rechtsbescherming.

28 Door het gebruik van de woorden „voor wat betreft de procedures" vereist de tekst van artikel 1, lid 1, van richtlijn 89/665 dat elk besluit van een aanbestedende dienst dat valt onder de voorschriften van het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en deze bijgevolg kan schenden, is onderworpen aan de rechterlijke

toetsing als bepaald in artikel 2, lid 1, sub a en b, van de richtlijn (zie in die zin arresten van 18 juni 2002, HI, C-92/00, Jurispr. blz. I-5553, punt 37, en 23 januari 2003, Makedoniko Metro en Michaniki, C-57/01, Jurispr. blz. I-1091, punt 68). Het verwijst dus in het algemeen naar de besluiten van een aanbestedende dienst, zonder dat daartussen onderscheid wordt gemaakt naar gelang van de inhoud of het tijdstip van vaststelling daarvan.

29 Bovendien voorziet artikel 2, lid 1, sub b, van richtlijn 89/665 in de mogelijkheid van nietigverklaring van onwettige besluiten van de aanbestedende diensten in verband met technische en andere specificaties niet alleen in oproepen tot inschrijving, maar ook in enig ander stuk dat verband houdt met de aanbestedingsprocedure. Deze bepaling kan dus ook documenten omvatten met besluiten die zijn genomen vóór de oproep tot inschrijving.

30 Deze ruime opvatting van het begrip besluit van een aanbestedende dienst wordt bevestigd in de rechtspraak van het Hof, dat reeds heeft geoordeeld dat artikel 1, lid 1, van richtlijn 89/665 in geen enkele beperking voorziet ter zake van de aard en inhoud van de erin bedoelde besluiten (arrest van 28 oktober 1999, Alcatel Austria e.a., C-81/98, Jurispr. blz. I-7671, punt 35). Een dergelijke beperking kan evenmin worden afgeleid uit de tekst van artikel 2, lid 1, sub b, van de genoemde richtlijn (zie in die zin arrest Alcatel Austria e.a., reeds aangehaald, punt 32). Een restrictieve uitlegging van het begrip voor beroep vatbaar besluit zou overigens onverenigbaar zijn met artikel 2, lid 1, sub a, van dezelfde richtlijn, dat de lidstaten verplicht om ten aanzien van elk door de aanbestedende diensten genomen besluit te voorzien in kortgedingprocedures (arrest HI, reeds aangehaald, punt 49).

31 In deze geest van ruime uitlegging van het begrip voor beroep vatbaar besluit heeft het Hof geoordeeld dat tegen het aan het sluiten van de overeenkomst voorafgaande besluit waarbij de aanbestedende dienst de inschrijver kiest aan wie de opdracht wordt gegund, in elk geval beroep moet kunnen worden ingesteld, los van de mogelijkheid om na het sluiten van de overeenkomst schadevergoeding te verkrijgen (arrest Alcatel Austria e.a., reeds aangehaald, punt 43).

32 Onder verwijzing naar het met richtlijn 92/50 nagestreefde doel van opheffing van belemmeringen van het vrij verkeer van diensten en naar de doelstellingen, de tekst en de systematiek van richtlijn 89/665, heeft het Hof ook geoordeeld dat tegen een besluit van de aanbestedende dienst tot intrekking van een openbare aanbesteding voor dienstverlening beroep moet openstaan overeenkomstig artikel 1, lid 1, van richtlijn 89/665 (zie in die zin arrest HI, reeds aangehaald, punt 55).

33 Dienaangaande kan, zoals de advocaat-generaal in punt 23 van haar conclusie heeft opgemerkt, het besluit van de aanbestedende dienst om geen gunningsprocedure in te leiden, worden beschouwd als de tegenhanger van zijn besluit om een dergelijke procedure te beëindigen. Wanneer een aanbestedende dienst besluit om geen gunningsprocedure in te leiden omdat de betrokken opdracht zijns inziens niet binnen de werkingssfeer van de relevante gemeenschapsregels valt, is dat besluit het allereerste besluit dat door de rechter kan worden getoetst.

34 Gelet op deze rechtspraak en op de doelstellingen, de systematiek en de tekst van richtlijn 89/665, en teneinde het nuttig effect van deze richtlijn te handhaven, moet worden geconcludeerd dat een voor beroep vatbaar besluit in de zin van artikel 1, lid 1, van richtlijn 89/665 elke handeling van een aanbestedende dienst is die is vastgesteld in verband met een overheidsopdracht voor dienstverlening die binnen de materiële werkingssfeer van richtlijn 92/50 valt en die rechtsgevolgen kan hebben, ongeacht of die handeling is vastgesteld buiten een formele gunningsprocedure om dan wel in het kader daarvan.

35 Niet vatbaar voor beroep zijn handelingen die slechts een louter voorafgaand marktonderzoek vormen of van zuiver voorbereidende aard zijn en deel uitmaken van de interne beraadslagingen van de aanbestedende dienst met het oog op de gunning van een overheidsopdracht.

36 Op grond van deze overwegingen kan de opvatting van Stadt Halle niet worden aanvaard, dat richtlijn 89/665 buiten een formele gunningsprocedure om geen rechtsbescherming vereist en dat geen beroep kan worden ingesteld tegen het besluit van de aanbestedende dienst om een dergelijke procedure niet in te leiden, noch tegen het besluit over de vraag of een overheidsopdracht binnen de werkingssfeer van de relevante gemeenschapsbepalingen valt.

37 Deze opvatting zou immers tot gevolg hebben dat er sprake is van facultatieve toepassing van de relevante gemeenschapsregels naar eigen goeddunken van de aanbestedende diensten, hoewel toepassing daarvan verplicht is wanneer aan de daarin gestelde voorwaarden is voldaan. Die mogelijkheid zou tot een zeer ernstige schending van het communautaire aanbestedingsrecht door een aanbestedende dienst kunnen leiden. Zij zou de door richtlijn 89/665 verlangde doeltreffende en snelle rechtsbescherming aanmerkelijk verminderen en zou afbreuk doen aan de door richtlijn 92/50 nagestreefde doelstellingen, namelijk het vrij verkeer van diensten en een open en onvervalste mededinging ter zake in alle lidstaten.

38 Richtlijn 89/665 bepaalt niet uitdrukkelijk vanaf wanneer de mogelijkheid van beroep openstaat. Gelet op het met de richtlijn nagestreefde doel van een doeltreffende en snelle rechtsbescherming, met name door voorlopige maatregelen, moet echter worden geconcludeerd dat artikel 1, lid 1, van de richtlijn de lidstaten niet toestaat, die mogelijkheid afhankelijk te stellen van het formeel bereiken van een bepaald stadium in de betrokken aanbestedingsprocedure.

39 Aangezien overeenkomstig de tweede overweging van de considerans van die richtlijn de naleving van de gemeenschapsregels met name moet worden gewaarborgd in een stadium waarin de schendingen nog ongedaan kunnen worden

gemaakt, moet worden geconcludeerd dat beroep kan worden ingesteld tegen de uiting van de wil van de aanbestedende dienst in verband met een opdracht die op enigerlei wijze ter kennis komt van de belanghebbenden, wanneer die uiting het in punt 35 van dit arrest genoemde stadium voorbij is en rechtsgevolgen kan hebben. Dat met een belanghebbende concrete onderhandelingen worden aangeknoopt over een contract, levert een dergelijke wilsuiting op. Dienaangaande moet erop worden gewezen dat op de aanbestedende dienst een verplichting tot transparantie rust, opdat de naleving van de gemeenschapsregels zou kunnen worden gecontroleerd (arrest HI, reeds aangehaald, punt 45).

40 Met betrekking tot de personen voor wie beroep openstaat, volstaat de vaststelling dat volgens artikel 1, lid 3, van richtlijn 89/665 de lidstaten er zorg voor moeten dragen dat de beroepsprocedures althans toegankelijk zijn voor eenieder 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 (zie in die zin arrest van 24 juni 2004, Commissie/Oostenrijk, C-212/02, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 24). De formele hoedanigheid van inschrijver of gegadigde is dus niet vereist.

41 Derhalve moet op de eerste vraag, sub a, b en c, worden geantwoord dat artikel 1, lid 1, van richtlijn 89/665 aldus moet worden uitgelegd dat de verplichting van de lidstaten om ervoor te zorgen dat doeltreffend en snel beroep kan worden ingesteld tegen de besluiten van de aanbestedende diensten, ook geldt voor besluiten die worden genomen buiten een formele gunningsprocedure om en vóór een formele aanbesteding, in het bijzonder voor het besluit over de vraag of een bepaalde opdracht valt binnen de personele en materiële werkingssfeer van richtlijn 92/50. Deze beroepsmogelijkheid staat open voor eenieder die belang heeft of heeft gehad bij de gunning van de betrokken opdracht en die door een beweerde schending is of dreigt te worden gelaedeerd, zodra sprake is van de wilsuiting van de aanbestedende dienst die rechtsgevolgen kan hebben. De lidstaten mogen de mogelijkheid van beroep dan ook niet afhankelijk stellen van het formeel bereiken van een bepaald stadium in de betrokken aanbestedingsprocedure.

De tweede vraag, sub a en b

42 Met deze tweede reeks vragen, die samen moeten worden onderzocht, wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of, wanneer een aanbestedende dienst van plan is om met een privaatrechtelijke vennootschap die juridisch van hem is onderscheiden, maar in het kapitaal waarvan hij voor meer dan de helft deelneemt en waarop hij een zeker toezicht uitoefent, een overeenkomst onder bezwarende titel te sluiten met betrekking tot diensten die binnen de materiële werkingssfeer van richtlijn 92/50 vallen, hij steeds de openbare aanbestedingsprocedures moet toepassen waarin die richtlijn voorziet, wegens het enkele feit dat een particuliere onderneming, zelfs voor minder dan de helft, deelneemt in het kapitaal van deze medecontractant. Zo nee, dan wenst de verwijzende rechter te vernemen op basis van welke criteria moet worden vastgesteld dat voor de aanbestedende dienst niet een dergelijke verplichting geldt.

43 Deze vraag betreft de bijzondere situatie van een „gemengde" vennootschap, die is opgericht en functioneert volgens privaatrechtelijke regels, gelet op de verplichting van een aanbestedende dienst om de gemeenschapsregels inzake overheidsopdrachten toe te passen wanneer is voldaan aan de daarin gestelde voorwaarden.

44 In dit verband zij in de eerste plaats herinnerd aan het hoofddoel van de gemeenschapsregels inzake overheidsopdrachten, zoals dit bij de beantwoording van de eerste vraag is uiteengezet, namelijk het vrij verkeer van diensten en de openstelling voor onvervalste mededinging in alle lidstaten. Dit impliceert dat elke aanbestedende dienst de relevante gemeenschapsregels moet toepassen wanneer is voldaan aan de daarin gestelde voorwaarden.

45 De verplichting om in een dergelijk geval de gemeenschapsregels toe te passen, wordt bevestigd door het feit dat in artikel 1, sub c, van richtlijn 92/50 het begrip

dienstverlener, dat wil zeggen voor de toepassing van de richtlijn de inschrijver, mede „openbare lichamen, die diensten aanbieden" omvat (zie arrest van 7 december 2000, ARGE, C-94/99, Jurispr. blz. I-11037, punt 28).

46 Elke uitzondering op de gelding van deze verplichting moet derhalve strikt worden uitgelegd. Zo heeft het Hof in verband met een procedure van gunning via onderhandelingen zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van opdracht, geoordeeld dat artikel 11, lid 3, van richtlijn 92/50, dat in een dergelijke procedure voorziet, als afwijking van de regels die beogen te verzekeren dat de door het EG-Verdrag op het gebied van overheidsopdrachten voor dienstverlening erkende rechten kunnen worden waargenomen, strikt moet worden uitgelegd en dat degene die zich erop wil beroepen, dient te bewijzen dat de uitzonderlijke omstandigheden die de afwijking rechtvaardigen, daadwerkelijk bestaan (arrest van 10 april 2003, Commissie/Duitsland, C-20/01 en C-28/01, Jurispr. blz. I-3609, punt 58).

47 In de geest van een met de gemeenschapsregels nagestreefde openstelling van de overheidsopdrachten voor een zo ruim mogelijke concurrentie heeft het Hof in verband met 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) geoordeeld, dat deze richtlijn van toepassing is wanneer een aanbestedende dienst een overeenkomst onder bezwarende titel wenst te sluiten met een lichaam dat juridisch van hem onderscheiden is, ongeacht of dat lichaam zelf een aanbestedende dienst is (arrest van 18 november 1999, Teckal, C-107/98, Jurispr. blz. I-8121, punten 50 en 51). Het is relevant dat de medecontractant in die zaak een samenwerkingsverband van verschillende aanbestedende diensten was, waaraan ook de betrokken aanbestedende dienst deelnam.

48 Een overheidsorgaan, dat een aanbestedende dienst is, kan zijn taken van algemeen belang vervullen met zijn eigen administratieve, technische en andere middelen, zonder dat hij een beroep hoeft te doen op externe lichamen die niet tot zijn diensten behoren. In dat geval kan er geen sprake zijn van een overeenkomst onder

bezwarende titel met een lichaam dat juridisch van de aanbestedende dienst onderscheiden is. De gemeenschapsregels inzake overheidsopdrachten behoeven dan ook niet te worden toegepast.

49 Overeenkomstig de rechtspraak van het Hof is het niet uitgesloten dat er andere omstandigheden kunnen zijn waarin de oproep tot inschrijving niet verplicht is, zelfs indien de medecontractant een lichaam is dat juridisch van de aanbestedende dienst onderscheiden is. Dit is het geval wanneer het overheidsorgaan, dat een aanbestedende dienst is, op het betrokken onderscheiden lichaam toezicht uitoefent zoals op zijn eigen diensten en dit lichaam tegelijkertijd het merendeel van zijn werkzaamheden verricht ten behoeve van het overheidsorgaan of de overheidsorganen die hem beheersen (zie in die zin arrest Teckal, reeds aangehaald, punt 50). In het genoemde geval was het onderscheiden lichaam geheel in handen van overheidsorganen. De deelneming, ook al is het slechts voor minder dan de helft, van een particuliere onderneming in het kapitaal van een vennootschap waarin ook de betrokken aanbestedende dienst deelneemt, sluit daarentegen hoe dan ook uit dat die aanbestedende dienst op die vennootschap toezicht kan uitoefenen zoals op zijn eigen diensten.

50 Dienaangaande moet allereerst worden opgemerkt dat de verhouding tussen een overheidsorgaan, dat een aanbestedende dienst is, en zijn eigen diensten wordt beheerst door specifieke overwegingen en eisen verband houdend met het nastreven van doelstellingen van algemeen belang. De plaatsing van privé-kapitaal in een onderneming beantwoordt daarentegen aan specifieke overwegingen verband houdend met particuliere belangen en streeft andere doelstellingen na.

51 In de tweede plaats zou de gunning van een overheidsopdracht aan een gemengde onderneming zonder oproep tot inschrijving ingaan tegen de doelstelling van een vrije en onvervalste mededinging en tegen het in richtlijn 92/50 bedoelde beginsel van gelijke behandeling van de belanghebbenden, met name omdat een dergelijke procedure een particuliere onderneming die deelneemt in het kapitaal van die onderneming zou bevoordelen tegenover haar concurrenten.

52 Derhalve moet op de tweede vraag, sub a en b, worden geantwoord dat, wanneer een aanbestedende dienst van plan is om met een vennootschap die juridisch van hem is onderscheiden, maar in het kapitaal waarvan hij met een of meer particuliere ondernemingen deelneemt, een overeenkomst onder bezwarende titel te sluiten met betrekking tot diensten die vallen binnen de materiële werkingssfeer van richtlijn 92/50, steeds de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten moeten worden toegepast waarin die richtlijn voorziet.

53 Gelet op dit antwoord behoeven de andere vragen van de nationale rechter niet te worden beantwoord.

Kosten

54 Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de nationale rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

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

1) **Artikel 1, lid 1, 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, die zelf is gewijzigd bij richtlijn 97/52/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 oktober 1997, moet aldus worden uitgelegd dat de verplichting van de lidstaten om ervoor te zorgen dat doeltreffend en snel beroep kan worden ingesteld tegen de besluiten van de aanbestedende diensten, ook geldt voor besluiten die worden genomen buiten een formele gunningsprocedure om en vóór een formele aanbesteding, in het bijzonder voor het besluit over de vraag of een bepaalde opdracht valt binnen de personele en materiële werkingssfeer van richtlijn 92/50, zoals gewijzigd. Deze beroepsmogelijkheid staat open voor eenieder die belang heeft of heeft gehad bij de gunning van de betrokken opdracht en die door een beweerde schending is of dreigt te worden gelaedeerd, zodra sprake is van de wilsuiting van de aanbestedende dienst die rechtsgevolgen kan hebben. De lidstaten mogen de mogelijkheid van beroep dan ook niet afhankelijk stellen van het formeel bereiken van een bepaald stadium in de betrokken aanbestedingsprocedure.

2) **Wanneer een aanbestedende dienst van plan is om met een vennootschap die juridisch van hem is onderscheiden, maar in het kapitaal waarvan hij met een of meer particuliere ondernemingen deelneemt, een overeenkomst onder bezwarende titel te sluiten met betrekking tot diensten die vallen binnen de materiële werkingssfeer van richtlijn 92/50, zoals gewijzigd bij richtlijn 97/52, moeten steeds de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten worden toegepast waarin die richtlijn voorziet.**

ondertekeningen