



Datum van inontvangstneming : 28/08/2015

Zaak C-391/15

Verzoek om een prejudiciële beslissing

Datum van indiening:

20 juli 2015

Verwijzende rechter:

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Spanje)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

9 juli 2015

Verzoekende partijen:

Marina del Mediterráneo, S.L.

Marina del Mediterráneo Duquesa, S.L.

Marina del Mediterráneo Estepona, S.L.

Marina del Mediterráneo Este, S.L.

Marinas del Mediterráneo Torre, S.L.

Marina del Mediterráneo Marbella, S.L.

Gómez Palma, S.C.

Enrique Alemán, S.A.

Cyes Infraestructuras, S.A.

Cysur Obras y Medioambiente, S.A.

Verwerende partijen:

Consejería de Obras Públicas y Vivienda de la Junta de Andalucía

Agencia Pública de Puertos de Andalucía

U.T.E. Nassir Bin Abdullah and Sons, S.L., Puerto Deportivo de Marbella, S.A., en Ayuntamiento de Marbella

Excmo. Ayuntamiento de Marbella

Puerto Deportivo de Marbella, S.A.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE MÁLAGA
(kamer voor bestuursgeschillen, Málaga)

GEWOON RECHTSMIDDEL NR. 785/2011

BESCHIKKING

Málaga, 9 juli 2015

[OMISSIS]

[OMISSIS] [Or. 2]

VOORGESCHIEDENIS VAN HET GEDING

TEN EERSTE.-[OMISSIS] MARINA DEL MEDITERRANEO, S.L., MARINA DEL MEDITERRANEO DUQUESA, S.L., MARINA DEL MEDITERRANEO ESTEPONA, S.L., MARINA DEL MEDITERRANEO ESTE, S.L., MARINAS DEL MEDITERRANEO TORRE, S.L., MARINA DEL MEDITERRANEO MARBELLA, S.L., GÓMEZ PALMA, S.C., ENRIQUE ALEMAN, S.A., CYES INFRAESTRUCTURAS, S.A., en CYSUR OBRAS Y MEDIO AMBIENTE, S.A., [hebben] op 5 juli 2011 bij de bestuursrechter beroep ingesteld tegen het besluit van de Director Gerente (directeur) van het Agencia de Puertos de Andalucía (havenautoriteit Andalusië) van 3 mei 2011.

[OMISSIS]

[OMISSIS] De [verzoekende partijen] [OMISSIS] hebben bij schrijven van 8 november 2012 [OMISSIS] de rechter [verzocht] hun vordering toe te wijzen, het bestreden besluit alsook [OMISSIS] alle na de toelating van inschrijvers genomen besluiten nietig te verklaren, vast te stellen dat [verzoeksters] de enige inschrijver zijn en dat zij recht hebben op vergoeding van geleden schade.

TEN TWEEDE.- Het verzoekschrift werd binnen de wettelijke termijn ter kennis gebracht van de verwerende partijen.

[OMISSIS] [De verwerende partijen zijn voor de rechter verschenen en] [OMISSIS] hebben verzocht [OMISSIS] om [OMISSIS] verwerping van [verzoeksters'] beroep.

[OMISSIS]. [Or. 3]

[OMISSIS]

TEN DERDE. - [OMISSIS]

TEN VIERDE. - Bij beschikking van 19 februari 2015 is aan partijen meegedeeld dat het bij de rechter ingestelde beroep mogelijkwijs niet-ontvankelijk is, aangezien het gericht is tegen een bestuurshandeling waartegen geen rechtsmiddelen openstaan [OMISSIS] [Verzoeksters hebben betoogd] dat er geen sprake is van een grond voor niet-ontvankelijkheid; [OMISSIS] de verwerende besturen [hebben verzocht] om beoordeling van de in artikel 69, onder c), van de Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (wet tot regeling van de bestuursrechtspraak; hierna: „LJCA”) bedoelde grond voor niet-ontvankelijkheid.

TEN VIJFDE. - Bij beschikking van 15 mei 2015 is [Or. 4] aan partijen de gelegenheid geboden [OMISSIS] opmerkingen in te dienen over de wenselijkheid het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: „Hof”) te verzoeken om een prejudiciële beslissing over de uitlegging van de artikelen 1, lid 1, en 2, lid 1, onder a) en b), van richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989.

Bij schrijven van 25 mei 2015 heeft de vertegenwoordiger van de AYUNTAMIENTO DE MARBELLA (gemeente Marbella) zich niet akkoord verklaard met een prejudiciële verwijzing.

Bij schrijven van 1 juni 2015 heeft het openbaar ministerie meegedeeld in te stemmen met het stellen van prejudiciële vragen in de voorgestelde bewoordingen.

Bij brief van 1 juni 2015 heeft de vertegenwoordiger van verzoeksters laten weten dat het Europees recht volgens hem een deugdelijke basis voor een uitspraak ten gronde vormt.

Bij brief van 3 juni 2015 [OMISSIS] heeft de Junta de Andalucía (deelregering van Andalusië) laten weten tégen het stellen van prejudiciële vragen te zijn, op grond dat het beroep volgens het nationale recht zonder enige twijfel niet-ontvankelijk is en dit recht niet in strijd is met de relevante bepalingen van Unierecht.

De [OMISSIS] AGENCIA PUBLICA DE PUERTOS DE ANDALUCÍA heeft op het verzoek om opmerkingen geantwoord bij brief van 4 juni 2015.

Bij schrijven van 4 juni 2015 hebben [OMISSIS] UTE NASSIR BIN ABDULLAH AND SONS, S.L., PUERTO DEPORTIVO DE MARBELLA, S.A., en de AYUNTAMIENTO DE MARBELLA zich verzet tegen een prejudiciële verwijzing op grond dat de aangevoerde richtlijn geen directe werking heeft.

TEN ZESDE.- Bij maatregel tot organisatie van de procesgang van 12 juni 2015 is deze fase van de behandeling gesloten en bij beschikking van 6 juli 2015 is de zaak overgedragen aan de rechter-rapporteur voor beraad, stemming en uitspraak.

IN RECHTE

TEN EERSTE. - Voorwerp en verloop van de procedure

- 1 Het onderhavige beroep in rechte is gericht tegen het besluit van de Director Gerente de la Agencia de Puertos de Andalucía van 3 mei 2011 houdende verwerping van het bijzonder beroep inzake het plaatsen van overheidsopdrachten dat verzoeksters hebben ingesteld tegen het besluit van de aanbestedingscommissie betreffende de toelating van een inschrijver tot de procedure tot gunning van de concessieovereenkomst voor openbare werken „Uitbreiding van de haven van Marbella, „La [Or. 5] Bajadilla””. Deze aanbesteding werd uitgeschreven door de Agencia Pública de Puertos de Andalucía, een binnen de Consejería de Obras Públicas y Vivienda de la Junta de Andalucía (ministerie van Openbare Werken en Huisvesting, deelregering van Andalusië) speciaal daartoe opgericht orgaan met functionele autonomie en met een eigen rechtspersoonlijkheid.
- 2 De verzoekende instantie – een tijdelijke vereniging van ondernemingen (unión temporal de empresas; hierna: „UTE”) die haar activiteiten verricht onder de naam Marina Internacional de Marbella – heeft op 12 april 2011 speciaal beroep inzake overheidsopdrachten ingesteld, omdat zij van mening was dat de UTE bestaande uit [de] Ayuntamiento de Marbella, het gemeentelijk bedrijf Puerto Deportivo de Marbella, S.A., en de handelonderneming Nasir Bin Abdullah and Sons, S.L., niet als inschrijver mocht worden toegelaten.

Volgens haar was inbreuk gemaakt op het nationale recht en op het Unierecht, die beide in de weg staan aan deelname van de laatstgenoemde UTE aan de aanbestedingsprocedure, in wezen om de volgende redenen: a) de Ayuntamiento de Marbella is een openbaar bestuur dat geen ondernemer is in de zin van de in de nationale wet gegeven definitie van „inschrijver”; b) de betrokken UTE voldoet niet aan de voorwaarden inzake economische en financiële draagkracht [OMISSIS]; c) de Ayuntamiento kan niet worden aangemerkt als een ondernemer, aangezien dat schending zou opleveren van de voorschriften ter zake van vrije mededinging en gelijkheid van inschrijvers.

- 3 Op 3 mei 2011 heeft de Director Gerente de la Agencia Pública Puertos de Andalucía het bestreden besluit tot afwijzing van [verzoeksters’] argumenten gegeven, op grond dat er rechtspraak bestaat volgens welke besturen als inschrijver mogen deelnemen aan procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten. De Director Gerente verwijst daarbij naar het arrest van het Hof [OMISSIS] van 23 december 2009 in zaak C-305/08 (CoNISMa, EU:C:2009:807), dat de hoedanigheid van inschrijver verleent aan alle openbare

lichamen en elke combinatie van deze lichamen die diensten op de markt aanbieden, ook al streven zij hoofdzakelijk andere doelstellingen dan winst na en hebben zij geen vaste bedrijfsstructuur die het hun mogelijk maakt op een regelmatige basis op de markt aanwezig te zijn. Op die grond staat volgens hem vast dat de financiële draagkracht van de vereniging toereikend is [OMISSIS]. In dezelfde gedachtegang worden volgens hem de beginselen van vrije mededinging en van gelijkheid van inschrijvers niet geschonden wanneer een openbaar bestuur wordt toegelaten tot deelname aan een aanbestedingsprocedure, aangezien het begrip „ondernemer” in de rechtspraak van het Hof ruim wordt uitgelegd. Dat begrip is namelijk niet beperkt tot degenen die over een vaste bedrijfsstructuur beschikken en er mogen geen extra voorwaarden worden gesteld die de toegang tot de aanbestedingsprocedure afhankelijk stellen van de rechtsvorm of de interne organisatie van de inschrijvers. Deze ruime opvatting van de inschrijver bevordert het beginsel van vrije mededinging veeleer, aangezien zij méér mededinging mogelijk maakt, wat gunstig is voor de aanbestedende dienst, die bij de selectie van de meest voordelige offerte over ruimere keuzemogelijkheden beschikt.

- 4 Bij schrijven van 5 juli 2011 hebben de ondernemingen van de UTE Marina Internacional de Marbella beroep ingesteld bij [Or. 6] deze kamer [OMISSIS].
- 5 Daarbij verzoeken zij om nietigverklaring van het bestreden besluit van 3 mei 2011 en derhalve ook om nietigverklaring van de besluiten die na de toelating van de uit te sluiten inschrijver zijn genomen, [OMISSIS] en om vaststelling dat de verzoekende UTE de enige inschrijfster is en recht heeft op vergoeding van de schade die zij door die bestuurshandeling heeft geleden.
- 6 [OMISSIS] Bij beschikking van 19 februari 2015 zijn partijen erop gewezen dat het bij de bestuursrechter ingestelde beroep mogelijkerwijs niet-ontvankelijk is, gelet op de bewoordingen van de nationale regeling die de bestuurshandelingen omschrijft waartegen bijzonder beroep inzake overheidsopdrachten – en aansluitend beroep in rechte – kan worden ingesteld, waarvan zuivere voorbereidingsbesluiten, die geen rechtstreekse of indirecte beslissing over de gunning inhouden, de voortzetting van de procedure niet beletten, het voeren van verweer niet onmogelijk maken en rechten of legitieme belangen niet onherstelbaar schaden, uitdrukkelijk zijn uitgesloten. Overeenkomstig deze nationale regeling bezit het besluit van een aanbestedingscommissie om een inschrijver niet te weren, maar zijn offerte te aanvaarden en hem toe te staan als inschrijver deel te nemen aan de aanbestedingsprocedure, geen kenmerken op grond waarvan het kan worden aangemerkt als een beschikking of een gekwalificeerde voorbereidingshandeling waartegen rechtsmiddelen openstaan, onverminderd de mogelijkheid om reeds op vastgestelde onregelmatigheden te wijzen, zodat ze achteraf kunnen worden aangevoerd, wanneer wordt opgekomen tegen het gunningsbesluit, dat wél een beschikkend karakter heeft.

Deze zienswijze is gevolgd door de verwerende partijen, die hebben verzocht om niet-ontvankelijkverklaring van het beroep in rechte op grond dat het gericht is

tegen een bestuurshandeling waartegen geen rechtsmiddelen kunnen worden aangewend.

7 [OMISSIS] **[Or. 7]** [OMISSIS]

8 [OMISSIS]

9 [OMISSIS]

10 [OMISSIS]

TEN TWEEDE. -Toepasselijke nationale bepalingen

11 De in het onderhavige geval toepasselijke nationale regels inzake het plaatsen van overheidsopdrachten zijn opgenomen in Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (wet nr. 30/2007 van 30 oktober 2007 inzake overheidsopdrachten; hierna: „LCSP 2007”), zoals gewijzigd bij wet 34/2010 van 5 augustus 2010, waarbij in boek IV (artikelen 310 tot en met 320) ervan de regeling betreffende het bijzonder beroep inzake overheidsopdrachten is ingevoegd.

12 Deze wet is ingetrokken bij Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (koninklijk wetsbesluit nr. 3/2011 van 14 november 2011 houdende goedkeuring van de gecodificeerde tekst van de LCSP; hierna: „TRLCS 2011”), dat om chronologische redenen niet van toepassing is op het onderhavige geval, aangezien de aanbestedingsprocedure volledig onder de gelding van de vorige wet heeft plaatsgevonden.

13 Artikel 310, lid 2, LCSP (thans artikel 40, lid 2, TRLCS 2011) bepaalt dat „het beroep kan worden ingesteld tegen de volgende handelingen:

a) oproepen tot inschrijving, bestekken en contractuele stukken waarin de gunningsvoorwaarden zijn vastgelegd;

*b) voorbereidingsbesluiten die tijdens de gunningsprocedure worden genomen, mits **[Or. 8]** zij een rechtstreekse of indirecte beslissing over de gunning inhouden, de voortzetting van de procedure beletten, het voeren van verweer onmogelijk maken en rechten of legitieme belangen onherstelbaar schaden. Besluiten van de aanbestedingscommissie tot uitsluiting van inschrijvers zijn voorbereidingsbesluiten die de voortzetting van de procedure beletten;*

c) gunningsbesluiten van de aanbestedende diensten.

Het bijzonder beroep inzake overheidsopdrachten kan daarentegen niet worden ingesteld tegen besluiten van aanbestedende instanties die verband

houden met contractuele wijzigingen waarin het bestek niet voorziet en die overeenkomstig de artikelen 92 bis tot en met 92 quater moeten worden uitgevoerd wanneer de opdrachten zijn gegund, ongeacht of zij al dan niet leiden tot het intrekken van de aanbesteding of het uitschrijven van een nieuwe aanbestedingsprocedure.

Procedurefouten in verband met andere besluiten dan bedoeld in lid 2 kunnen door de betrokkenen onder de aandacht worden gebracht van de instantie belast met het onderzoek van het dossier of van de aanbestedende instantie, zodat zij kunnen worden verholpen, onverminderd het recht de vastgestelde onregelmatigheden achteraf aan te voeren, wanneer wordt opgekomen tegen het gunningsbesluit”.

- 14 Artikel 310, lid 2, onder b), LCSP 2007 (thans artikel 40, lid 2, TRLCSP 2011) is een specifieke, voor het plaatsen van overheidsopdrachten bedoelde vertaling van de algemene regel van artikel 107, lid 1, van Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (wet 30/1992 van 26 november 1992 betreffende de regeling van het rechtsstelsel van de overheden en de gemeenschappelijke bestuurlijke procedure), zoals gewijzigd bij wet 4/1999 van 13 januari 1999, die de toegang tot administratieve rechtsmiddelen beperkt als volgt: *„Tegen beslissingen en voorbereidingshandelingen die rechtstreeks of indirect de zaak ten gronde beslissen, die leiden tot de onmogelijkheid om de procedure voort te zetten of zich te verdedigen of die onherstelbare schade toebrengen aan rechten of gewettigde belangen, kan door de belanghebbenden bezwaar worden aangetekend en eventueel hoger administratief beroep worden ingesteld op de in de artikelen 62 en 63 van deze wet vermelde gronden van nietigheid of herroepbaarheid.*

Tegen de overige voorbereidingsbesluiten kunnen de belanghebbenden verzet aantekenen, zodat dit in overweging kan worden genomen in het besluit waarmee de procedure wordt gesloten”.

- 15 De regeling betreffende de procedure voor de bestuursrechter omschrijft het voorwerp van het beroep en, concreet, de voor beroep vatbare bestuurshandelingen, in artikel 25, lid 1, van Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (wet 29/1998 van 13 juli 1998 tot regeling van de bestuursrechtspraak; LJCA), waarin is bepaald dat *„[b]ij de bestuursrechter [...] beroep [kan] worden ingesteld tegen bepalingen van algemene strekking en uitdrukkelijke en stilzwijgende handelingen van de overheid die de administratieve behandeling beëindigen, ongeacht of dit definitieve dan wel procedurele handelingen zijn, indien zij al dan niet rechtstreeks de grond van de zaak raken, de voortzetting van de procedure beletten, het voeren van verweer onmogelijk maken of onherstelbare schade berokkenen aan rechten of gewettigde belangen”.*

16 Wanneer beroep in rechte wordt ingesteld tegen een bestuurshandeling [**Or. 9**] waartegen geen rechtsmiddelen openstaan, dient dat beroep overeenkomstig artikel 51, lid 1, onder c), LJCA na onderzoek van het administratieve dossier niet-ontvankelijk te worden verklaard. Niet-ontvankelijkverklaring geschiedt bij beschikking, ambtshalve door de rechter of op verzoek van een van de partijen, in het beginstadium van de procedure, nadat duidelijk is vastgesteld dat er sprake is van een niet-ontvankelijkheidsgrond. Aldus *„zal de rechter of de kamer na onderzoek van het administratieve dossier vaststellen dat het beroep niet-ontvankelijk is wanneer ondubbelzinnig en duidelijk komt vast te staan:*

c) dat het beroep is ingesteld tegen een niet voor beroep vatbare handeling”.

17 Ook is bepaald dat het vonnis dat een eind maakt aan de procedure, de niet-ontvankelijkheid van het beroep bij de bestuursrechter uitspreekt zonder de door de partijen opgeworpen kwesties ten gronde te beoordelen. Dienaangaande heet het in artikel 68, lid 1, onder a), LJCA dat *„het vonnis een van de volgende oordelen zal bevatten: a) Niet-ontvankelijkheid van het bij de bestuursrechter ingestelde beroep.”*

Voorts bepaalt artikel 69, onder c), LJCA dat *„[i]n het vonnis [...] de niet-ontvankelijkheid van het beroep of van een van de vorderingen wordt vastgesteld in de volgende gevallen: c) het beroep of de vordering is gericht tegen bepalingen, besluiten of handelingen waartegen geen rechtsmiddelen openstaan”.*

TEN DERDE. - Bepalingen van Unierecht en rechtspraak van het Hof

18 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, die het bijzonder beroep inzake overheidsopdrachten in hoofdlijnen vormgeeft, omschrijft in artikel 1, lid 1, het voorwerp van dat beroep als volgt: *„De lidstaten nemen met betrekking tot opdrachten die binnen de werkingssfeer van richtlijn 2014/24/EU of richtlijn 2014/23/EU vallen, de nodige maatregelen om ervoor te zorgen dat tegen door de aanbestedende diensten genomen besluiten op doeltreffende wijze en vooral zo snel mogelijk beroep kan worden ingesteld overeenkomstig de artikelen 2 tot en met 2 septies van deze richtlijn, op grond van het feit dat door die besluiten het Unierecht inzake overheidsopdrachten of de nationale voorschriften waarin dat Unierecht is omgezet, geschonden zijn.”*

19 Artikel 2, lid 1, van deze richtlijn beschrijft de beoogde doelstellingen in de volgende bewoordingen: *„De lidstaten zorgen ervoor dat de maatregelen betreffende de in artikel 1 bedoelde beroepsprocedures voorzien in de nodige bevoegdheden om:*

a) zo snel mogelijk en in kort geding voorlopige maatregelen te nemen om de beweerde inbreuk ongedaan te maken of te voorkomen dat de betrokken belangen verder worden geschaad, met inbegrip van maatregelen om de gunningsprocedure voor een overheidsopdracht of de tenuitvoerlegging van enig door de aanbestedende diensten genomen besluit, op te schorten dan wel te doen opschorten;

b) onwettig genomen besluiten nietig te verklaren dan wel nietig te doen verklaren, met inbegrip van het verwijderen van **[Or. 10]** discriminerende technische, economische of financiële specificaties in oproepen tot inschrijving, bestekken dan wel in enig ander stuk dat verband houdt met de gunningsprocedure;

c) schadevergoeding toe te kennen aan degenen die door een inbreuk schade hebben geleden.”

- 20 In de voormelde bepalingen wordt het voorwerp van het bijzonder beroep inzake overheidsopdrachten dus ruim opgevat, zonder dat uitdrukkelijke beperkingen worden gesteld. Deze ruime opvatting wordt bevestigd door de uitlegging die het Hof zeer duidelijk tot uitdrukking heeft gebracht in het arrest van 11 januari 2005, Stadt Halle en Lochau, C-26/2003 (EU:C:2005:5), waarvan punt 28 luidt als volgt: „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 naargelang van de inhoud of het tijdstip van vaststelling daarvan.”

In punt 30 van datzelfde arrest heet het verder dat „[d]eze 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)”. In punt 31 wordt daaraan toegevoegd dat „[i]n deze geest van ruime uitlegging van het begrip voor beroep vatbaar besluit [...] het Hof

[heeft] 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 [...]”.

- 21 In lijn hiermee heeft het Hof geoordeeld dat beroep kan worden ingesteld tegen de intrekking van een aanbesteding na indiening van de offertes (arresten van 18 juni 2002, HI, C-92/00, EU:C:2002:379, en 2 juni 2006, Koppensteiner, C-15/04, EU:C:2005:345), tegen besluiten tot uitsluiting van een inschrijving vóór de voordeligste inschrijving wordt geselecteerd (arrest van 19 juni 2003, Hackermüller, C-249/01, EU:C:2003:359) en wegens gebreken in het bericht van aanbesteding (arrest van 11 oktober 2007, Lämmerzahl, C-241/06, EU:C:2007:597). Uit al deze arresten blijkt dat het voor beroep vatbaar besluit ruim moet worden uitgelegd, en dat het bijzonder beroep inzake overheidsopdrachten moet kunnen worden ingesteld tegen ieder besluit waarvan wordt gesteld dat het inbreuk maakt op de voorschriften inzake aanbestedingsprocedures, teneinde de doeltreffendheid te verhogen van de beginselen van vrije mededinging, gelijkheid van inschrijvers, transparantie en de economisch voordeligste [Or. 11] inschrijving, die op het gebied van het plaatsen van overheidsopdrachten als fundamentele beginselen gelden.

TEN VIERDE.- [omissis] Redenen voor en formulering van de eerste prejudiciële vraag

- 22 De door het Hof te geven prejudiciële beslissing over de draagwijdte van het begrip „voor beroep vatbaar besluit” in het kader van het bijzonder beroep inzake overheidsopdrachten is van wezenlijk belang voor de beslechting van het geschil dat is gerezen over de mogelijke niet-ontvankelijkheid van het bij de bestuursrechter ingestelde beroep.
- 23 Zoals uiteengezet, beperkt de toepasselijke nationale regeling de toegang tot het bijzonder beroep, dat niet kan worden ingesteld tegen zuivere voorbereidingsbesluiten. Daartoe behoort a priori het bestreden besluit van de aanbestedingscommissie tot aanvaarding van de door een inschrijver ingediende offerte, dat wil zeggen, het besluit om de kandidaat niet uit te sluiten, anders dan de nationale regel verlangt om het voorbereidingsbesluit te kunnen aanmerken als een gekwalificeerd besluit, dat bijgevolg kan worden aangevochten.
- 24 In dit scenario had het bijzonder beroep inzake overheidsopdrachten niet-ontvankelijk moeten worden verklaard. In werkelijkheid is het tóch ontvankelijk verklaard en heeft het tot een uitspraak ten gronde geleid. Dat levert een ongewone situatie op, waarin de rechterlijke instantie een „beschikking” toetst, namelijk het besluit van het lichaam dat bevoegd is om uitspraak te doen op het bijzonder beroep, dat overeenkomstig artikel 25 LJCA zonder enige twijfel een voor beroep vatbaar besluit is. De kamer is ingevolge diezelfde bepaling echter

niet gerechtigd te beoordelen of het bestreden besluit tot toelating van een inschrijver, dat kennelijk niet voor beroep vatbaar is, rechtens juist is, wat de kamer ertoe zou nopen het beroep gedeeltelijk niet-ontvankelijk te verklaren, voor zover het vorderingen betreft die strekken tot toetsing van het voormelde aanvankelijke besluit, dit alles overeenkomstig artikel 69, onder c), LJCA.

- 25 De benadering zou helemaal anders zijn indien uit de aan het Hof gevraagde uitlegging van de artikelen 1, lid 1 en 2, lid 1, onder a) en b), van richtlijn 89/665 zou blijken dat het voorwerp van het bijzonder beroep inzake overheidsopdrachten ruim moet worden opgevat, waarbij een brede betekenis wordt toegekend aan het begrip „voor beroep vatbaar besluit”, waaronder ook voorbereidingsbesluiten zouden kunnen vallen als het besluit waartegen in deze procedure wordt opgekomen. Zo zou de opgeworpen niet-ontvankelijkheidsgrond kunnen worden afgewezen en zou de kamer de zaak ten gronde kunnen beoordelen.
- 26 Bij de kamer rijst twijfel wanneer zij de nationale regeling vergelijkt met de Europese richtlijn en de rechtspraak ter uitlegging daarvan. De enge formulering in de nationale wet berust namelijk op de noodzaak om de toegang tot administratieve rechtsmiddelen om redenen van proceseconomie te beperken, maar de regeling biedt toch de mogelijkheid om zuivere voorbereidingsbesluiten indirect aan te vechten, aangezien onregelmatigheden kunnen worden aangevoerd in het kader van een beroep tegen het besluit waarmee de administratieve procedure wordt beëindigd. Zo wordt voorkomen dat tussenbesluiten zonder wezenlijk belang voor het eindbesluit, die geen onherstelbare schade toebrengen aan de belanghebbenden, al te vroeg worden aangevochten, zodat niet te pas en te onpas administratieve rechtsmiddelen worden aangewend, wat nefaste gevolgen zou hebben voor het bestuur.
- 27 Dit lovenswaardige doel wordt verdedigd door het autonome bestuur – een van de verwerende partijen – dat stelt dat het onderhavige beroep niet-ontvankelijk is. Het baseert zich daarvoor op verschillende uitspraken van het Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (centrale bestuursrechtbank voor beroepen op het gebied van overheidsopdrachten), dat **[Or. 12]** bijzondere beroepen op het gebied van de gunning van overheidsopdrachten die gericht zijn tegen voorbereidingsbesluiten welke niet van invloed zijn op het definitieve gunningsbesluit en kunnen worden aangevochten in het kader van een beroep tegen het gunningsbesluit zelf, niet-ontvankelijk heeft verklaard. In het bijzonder met betrekking tot besluiten van de aanbestedingscommissie tot toelating van inschrijvers heeft het Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales geoordeeld [OMISSIS] dat het gaat om voorbereidingsbesluiten waartegen geen afzonderlijk beroep kan worden ingesteld, aangezien zij geen schade berokkenen aan de verzoeker, die mag blijven hopen de opdracht binnen te halen en die, wanneer hij uiteindelijk niet worden gekozen, beroep kan instellen tegen het gunningsbesluit en in dat kader kan klagen over de gebreken in het besluit tot toelating van de inschrijver aan wie de opdracht bij het definitieve besluit is gegund.

- 28 De kamer koestert twijfels over de geldigheid, op het door de Europese richtlijn geharmoniseerde gebied van openbare aanbestedingen, van deze uit de algemene regels voor de gemeenschappelijke bestuurlijke procedure overgenomen regeling inzake administratieve rechtsmiddelen, gelet op de beginselen en doelstellingen van de richtlijn. Met het oog op het bewaren van de transparantie, effectiviteit en doeltreffendheid van de aanbestedingsprocedures zou er immers van kunnen worden uitgegaan dat een striktere regeling, waarbij de verschillende fasen van de administratieve procedure worden gecontroleerd, los van het tijdstip en de inhoud van het betrokken besluit, beter in overeenstemming is met het Unierecht wegens het belang van de aangelegenheid, rekening houdend met de omvang van de ingezette overheidsmiddelen, het gewicht van de algemene belangen waaraan slechts kan worden voldaan wanneer de aanbesteding van overheidsopdrachten op een correcte manier verloopt en de uitoefening door de aanbestedende diensten van discretionaire bevoegdheden die kenmerkend zijn voor dit soort procedures. Al deze omstandigheden nopen tot het instellen van strengere controlemechanismen dan die waarin doorgaans is voorzien, om te voorkomen dat ongewenst wordt afgeweken van de verklaarde doelstellingen, zoals lijkt voort te vloeien uit de relevante bepalingen van Unierecht en de rechtspraak tot uitlegging daarvan.
- 29 De uitleggingsvraag beperkt zich derhalve tot de beoordeling of de in de nationale regeling vervatte beperking van de toegang tot het bijzonder beroep verenigbaar is met richtlijn 89/665, en met name met artikel 1, lid 1, daarvan, dat de lidstaten voorschrijft een stelsel van beroepen op het gebied van overheidsopdrachten in te voeren dat het mogelijk maakt besluiten van aanbestedende diensten efficiënt en vooral snel aan te vechten, zonder uitdrukkelijke beperkingen, wanneer dergelijke besluiten zich niet lijken te verdragen met het Unierecht of de nationale bepalingen ter omzetting daarvan. Dit alles strekt ertoe te voorkomen dat de in de richtlijn beoogde doelen – en, voor zover hier van belang, de doelen vermeld in artikel 2, lid 1, onder a) en b), daarvan – in gevaar worden gebracht, zodat elk besluit nietig kan worden verklaard, ongeacht wanneer het wordt vastgesteld en los van de inhoud ervan, en de aanbestedingsprocedure kan worden geschorst tot uitspraak is gedaan op het beroep.
- 30 Gelet op de onzekerheid waarin de kamer verkeert met betrekking tot de uitlegging van de richtlijn, zoals hierboven uiteengezet, wordt de volgende prejudiciële vraag aan het Hof voorgelegd: moeten de artikelen 1, lid 1, en 2, lid 1, onder a) en b), van richtlijn 89/665 in het licht van de beginselen van loyale samenwerking en nuttige werking van de richtlijnen aldus worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen een nationale bepaling als artikel 310, lid 2, **[Or. 13]** van Ley nr. 30/2007 van 30 oktober 2007 inzake overheidsopdrachten (thans artikel 40, lid 2, van Real Decreto Legislativo nr. 3/2011 houdende goedkeuring van de gecodificeerde tekst van de wet inzake overheidsopdrachten), voor zover volgens deze bepaling het bijzonder beroep inzake overheidsopdrachten niet kan worden ingesteld tegen voorbereidingsbesluiten van de aanbestedende dienst, zoals het besluit tot aanvaarding van een offerte van een inschrijver van wie wordt

gesteld dat hij, anders dan in het nationale recht en het Unierecht is voorgeschreven, niet het bewijs heeft geleverd van zijn technische bekwaamheid en economische draagkracht?

TEN VIJFDE. - Formulering van de tweede prejudiciële vraag

- 31 Vervolgens rijst twijfel over de directe werking van artikel 1, lid 1, van richtlijn 89/665, dat wil zeggen onzekerheid of die bepaling voldoende nauwkeurig en onvoorwaardelijk is, zodat particulieren zich er rechtstreeks op kunnen beroepen voor de rechter. In dat geval zou de kamer de nationale regel buiten toepassing kunnen laten op grond van de beginselen van voorrang en directe werking van het Unierecht (arrest Pfeiffer e.a., C-397/01–C-403/01, EU:C:2004:584).
- 32 Anders, dat wil zeggen indien die bepaling geen directe werking heeft, is het antwoord van het Hof op de eerste vraag beslissend teneinde een met het Unierecht conforme uitlegging van de nationale regeling af te dwingen. Indien het Hof oordeelt dat de restrictieve nationale wet verenigbaar is met het Unierecht, zal de kamer de vordering strekkende tot toetsing van het voorbereidingsbesluit houdende toelating van een inschrijver, dus niet-ontvankelijk moeten verklaren. Indien het Hof daarentegen oordeelt dat die nationale regeling die de toegang tot het beroep inzake overheidsopdrachten beperkt, zoals toegepast door het Tribunal Central de Recursos Contractuales, niet strookt met het toepasselijke Unierecht, zal de kamer de nationale regeling anders en in overeenstemming met het Unierecht moeten uitleggen, zodat het beroep ontvankelijk kan worden verklaard en de zaak ten gronde kan worden onderzocht, met beoordeling van alle door verzoekster aangevoerde middelen.
- 33 Gelet op al het voorgaande en voor het geval dat de eerste vraag bevestigend wordt beantwoord, luidt de tweede vraag of de artikelen 1, lid 1, en 2, lid 1, onder a) en b), van richtlijn 89/665 directe werking hebben.

Gelet op de voormelde bepalingen, die bovendien verplicht van toepassing zijn,

BESLIST DE KAMER

het Hof overeenkomstig artikel 267 VWEU te verzoeken om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

- 1) Moeten de artikelen 1, lid 1, en 2, lid 1, onder a) en b), van richtlijn 89/665 in het licht van de beginselen van loyale samenwerking en nuttige werking van de richtlijnen aldus worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen een nationale bepaling als artikel 310, lid 2, van Ley [Or. 14] nr. 30/2007 van 30 oktober 2007 inzake overheidsopdrachten (thans artikel 40, lid 2, van Real Decreto Legislativo nr. 3/2011 houdende goedkeuring van de

gecodeerde tekst van de wet inzake overheidsopdrachten), voor zover volgens deze bepaling het bijzonder beroep inzake overheidsopdrachten niet kan worden ingesteld tegen voorbereidingsbesluiten van de aanbestedende dienst, zoals het besluit tot aanvaarding van een offerte van een inschrijver van wie wordt gesteld dat hij, anders dan in het nationale recht en het Unierecht is voorgeschreven, niet het bewijs heeft geleverd van zijn technische bekwaamheid en economische draagkracht?

- 2) Zo ja, hebben de artikelen 1, lid 1, en 2, lid 1, onder a) en b), van richtlijn 89/665 directe werking?

[OMISSIS]

de behandeling van dit beroep in rechte te schorsen in afwachting van de uitspraak van het Hof.

[OMISSIS]