



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
fremsat den 5. juli 2018¹

Sag C-328/17

**Amt Azienda Trasporti e Mobilità SpA,
Atc Esercizio SpA,
Atp Esercizio Srl,
Riviera Trasporti SpA,
Tpl Linea Srl
mod
Atpl Liguria – Agenzia regionale per il trasporto pubblico locale SpA,
Regione Liguria**

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Tribunale Amministrativo Regionale della Liguria (den regionale forvaltningsdomstol for Ligurien, Italien))

»Præjudicielt spørgsmål – offentlige kontrakter – antagelse til realitetsbehandling – bortfald af sagens genstand – direktiv 89/665/EØF – klageprocedurer – spørgsmålet, om en aktør skal have deltaget i udbuddet for at kunne klage – tilbudsgiverens søgsmålskompetence i tilfælde af, at der foreligger en absolut sikkerhed for manglende valgbarhed«

1. I en sag, hvis genstand er bortfaldet (juridisk set), således at den, idet der ikke foreligger en strid mellem parterne om sagens realitet, ikke kræver en domsafsigelse, kan den ret, der skal afgøre den, da forelægge et præjudicielt spørgsmål, der udelukkende begrænser sig til spørgsmålet om, hvem der skal betale sagens omkostninger?

2. Domstolen har to muligheder:

- Den kan enten henholde sig til praksis fra Reinke-sagen² og beslutte, at det i denne situation ikke er nødvendigt at besvare det præjudicielle spørgsmål, som ikke kan antages til realitetsbehandling.
- Den kan også overvinde denne vanskelighed og give den forelæggende ret et svar på spørgsmålet om fortolkningen af direktiverne om klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige kontrakter³. Domstolen anmodes om denne fortolkning med henblik på at afveje den imod den fortolkning, som de øverste domstole i Italien (øverste domstol i forvaltningsretlige sager og forfatningsdomstolen) har anlagt af spørgsmålet, om en virksomhed har søgsmålskompetence til at anfægte betingelserne i en udbudsprocedure, som den ikke har deltaget i. Ifølge den forelæggende ret afhænger afgørelsen om sagsomkostningerne i hovedsagen af svaret på dette spørgsmål.

1 – Originalsprog: spansk.

2 – Kendelse af 14.10.2010 (C-336/08, ikke trykt i Sml., herefter »Reinke-kendelsen«, EU:C:2010:604).

3 – Rådets direktiv 89/665/EØF af 21.12.1989 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter (EFT 1989, L 395, s. 33) og Rådets direktiv 92/13/EØF af 25.2.1992 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelse af EF-reglerne for fremgangsmåden ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation (EFT 1992, L 76, s. 14).

I. Retsforskrifter

A. EU-retten

1. Direktiv 89/665 og direktiv 92/13⁴

3. Artikel 1 (»Klageprocedurerne anvendelsesområde og adgang til disse procedurer«) bestemmer:

»1. Dette direktiv finder anvendelse på kontrakter som omhandlet i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter [(EUT 2004, L 134, a. 114)], medmindre sådanne kontrakter er undtaget i henhold til artikel 10-18 i nævnte direktiv [Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/17/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester (EUT 2004, L 134, s. 1), medmindre sådanne kontrakter er undtaget i henhold til artikel 5, stk. 2, artikel 18-26, artikel 29 og 30 eller artikel 62 i nævnte direktiv].

Kontrakter omfatter ifølge dette direktiv offentlige kontrakter, [offentlige vareindkøbskontrakter, bygge- og anlægskontrakter og tjenesteydelseskontrakter], rammeaftaler, koncessionskontrakter om offentlige bygge- og anlægsarbejder og dynamiske indkøbssystemer.

Medlemsstaterne træffer, for så vidt angår kontrakter, der henhører under anvendelsesområdet for direktiv 2004/18/EF [er omfattet af direktiv 2004/17/EF], de nødvendige foranstaltninger for at sikre, at der effektivt og navnlig så hurtigt som muligt kan indgives klage over de ordregivende myndigheders beslutninger på de betingelser, der er anført i artikel 2-2f i dette direktiv, med den begrundelse, at beslutningerne er i strid med fællesskabsret vedrørende offentlige kontrakter [indgåelse af kontrakter] eller de nationale regler til gennemførelse heraf.

2. Medlemsstaterne sikrer, at der mellem virksomheder, som kan gøre en skade gældende i forbindelse med en udbudsprocedure, ikke finder forskelsbehandling sted på grund af den sondring, der i dette direktiv foretages mellem de nationale regler, der omsætter [til gennemførelse af] fællesskabsretten, og de øvrige nationale regler.

3. Medlemsstaterne sikrer, at der er adgang til klageprocedurerne efter nærmere bestemmelser, som medlemsstaterne kan fastsætte, i det mindste for personer, der har eller har haft interesse i at opnå en bestemt kontrakt, og som har lidt eller vil kunne lide skade som følge af en påstået overtrædelse.

[...]«

4. Artikel 2 (»Krav til klageprocedurerne«) bestemmer:

»1. »Medlemsstaterne påser, at de foranstaltninger, der træffes med henblik på de i artikel 1 omhandlede klageprocedurer, omfatter de nødvendige beføjelser til:

[...]

b) at annullere eller foranledige annullering af ulovlige beslutninger, herunder at fjerne de diskriminerende tekniske, økonomiske eller finansielle specifikationer i udbudsmaterialet, i udbudsbetingelserne eller i andre dokumenter i forbindelse med den pågældende procedure for

4 – Som affattet ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2007/66/EF af 11.12.2007 om ændring af Rådets direktiv 89/665/EØF og 92/13/EØF for så vidt angår forbedring af effektiviteten af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige kontrakter (EUT 2007, L 335, s. 31). I skarp parentes fremgår den tekst i direktiv 92/13, som ikke stemmer overens med direktiv 89/665.

indgåelse af en kontrakt [i udbudsbekendtgørelsen, den periodisk vejledende bekendtgørelse, bekendtgørelsen om anvendelse af et kvalifikationssystem, anmodningen om at afgive bud, udbudsbetingelserne eller ethvert andet dokument i forbindelse med den pågældende udbudsprocedure].

[...]«

2. Forordning nr. 1370/2007⁵

5. Artikel 5 (»Indgåelse af kontrakter om offentlig trafikbetjening«) bestemmer:

»1. Kontrakter om offentlig trafikbetjening indgås efter reglerne i denne forordning. Servicekontrakter eller kontrakter om offentlig trafikbetjening som defineret i direktiv 2004/17/EF eller 2004/18/EF vedrørende offentlig personbefordring med bus eller sporvogn indgås efter procedurerne fastlagt i disse direktiver, i det omfang sådanne kontrakter ikke er udformet som koncessionskontrakter om tjenesteydelser som defineret i disse direktiver. Hvis kontrakter skal indgås i overensstemmelse med direktiv 2004/17/EF eller 2004/18/EF, anvendes stk. 2-6 ikke.

[...]

7. Medlemsstaterne træffer de nødvendige foranstaltninger for at sikre, at afgørelser, der træffes i henhold til stk. 2-6, effektivt og hurtigt kan tages op til revision efter anmodning fra en person, som har eller har haft en interesse i at opnå en bestemt kontrakt, og som har lidt skade eller risikerer at lide skade, fordi de pågældende afgørelser hævdes at krænke fællesskabslovgivningen eller de nationale gennemførelsesbestemmelser.

[...]«

B. Italiensk ret

1. Lovdekret nr. 138 af 13. august 2011⁶

6. I henhold til lovdekretets artikel 3a er provinsen det territoriale referenceområde for levering af lokale offentlige tjenester.

2. Liguriens regionallov nr. 33 af 7. november 2013⁷

7. Ifølge artikel 9, stk. 1, og artikel 14, stk. 1, sker tildelingen af tjenesteydelser gennem fastlæggelse af en enkelt samlet kontrakt vedrørende hele det regionale område⁸.

5 – Europa-Parlamentets og Rådets forordning af 23.10.2007 om offentlig personbefordring med jernbane og ad vej og om ophævelse af Rådets forordning (EØF) nr. 1191/69 og (EØF) nr. 1107/70 (EUT 2007, L 315, s. 1).

6 – Offentliggjort i GURI nr. 188 af 13.8.2011, som ændret og ophøjet til lov nr. 148 af 14.9.2011.

7 – Offentliggjort i den officielle tidende nr. 17 af 8.11.2013, herefter »Liguriens regionallov nr. 33/2013«.

8 – Disse artikler blev ophævet ved regionallov nr. 19 af 9.8.2016 om »Ændringer til regionallov nr. 33 af 7.11.2013 (Reform af den offentlige regionale og kommunale transportsektor) og andre ændringer på det lokale offentlige transportområde« (offentliggjort i GURI nr. 11 af 18.3.2017, herefter »Liguriens regionallov nr. 19/2016«).

3. Forvaltningsloven (*Codice del processo amministrativo*)⁹

8. Artikel 26 (»Sagsomkostninger«) bestemmer:

»1. Når retten træffer sin afgørelse, træffer den ligeledes afgørelse angående sagsomkostningerne i overensstemmelse med artikel 91, 92, 93, 94, 96 og 97 i den civile retsplejelov, idet den også tager hensyn til de i artikel 3, stk. 2, nævnte principper om klarhed og præcision. Retten kan desuden ex officio pålægge den tabende part at betale den anden part et beløb, der fastsættes i overensstemmelse med billighedsprincippet, og som ikke må overstige det dobbelte af de betalte sagsomkostninger, når den finder, at der foreligger åbenbar grundløshed.

[...]«

9. Artikel 39, stk. 1, bestemmer:

»For så vidt angår andre tilfælde end de i denne lov omhandlede, finder bestemmelserne i den civile retsplejelov anvendelse, såfremt de er forenelige og udtrykker generelle principper«.

4. Den civile retsplejelov (*Codice di procedura civile*)¹⁰

10. I artikel 91 fastlægges princippet om, at den tabende part betaler sagsomkostningerne.

11. Artikel 92 bestemmer:

»I domme, der er afsagt i overensstemmelse med den foregående artikel, kan retten udelukke godtgørelse af den vindende parts sagsomkostninger, såfremt retten anser dem for uforholdsmæssigt store eller unødvendige [...]

Hvis der gives delvis medhold, hvis der er tale om et helt nyt spørgsmål, eller hvis retspraksis med hensyn til de spørgsmål, der er indanket, ændres, kan retten fordele sagens omkostninger helt eller delvist mellem parterne.

[...]«

12. Artikel 100 bestemmer:

»En part må for at anlægge eller anfægte et søgsmål have en retlig interesse.«

II. De faktiske omstændigheder i sagen og de præjudicielle spørgsmål

13. Gennem det regionale kontor for lokal offentlig transport offentliggjorde Regionen Ligurien den 3. juni 2015¹¹ i *Den Europæiske Unions Tidende* en »bekendtgørelse om udvælgelse af økonomiske aktører«, som skulle levere offentlig personbefordring til lands i nævnte region i overensstemmelse med Liguriens regionallov nr. 33/2013 og forordning nr. 1370/2007.

9 – Lovdekret nr. 104 af 2.7.2010 (offentliggjort i GURI nr. 156 af 7.7.2010).

10 – Lovdekret nr. 1443 af 28.10.1940 (offentliggjort i GURI nr. 253 af 28.10.1940).

11 – EUT 2015, S 105, af 3.6.2015, meddelelse nr. 191825. Forud for denne meddelelse var der blevet offentliggjort en anden »vejledende bekendtgørelse« af 18.2.2014 (2014/S 038-063550), som henviste til direktiv 2004/17.

14. Flere virksomheder (herefter »AMT«), der leverede offentlig personbefordring til lands i regionen på provins- eller subprovinsniveau, anfægtede ved Tribunale Amministrativo Regionale della Liguria (den regionale forvaltningsdomstol for Ligurien)¹² betingelserne for udvælgelsesproceduren. Til støtte for deres søgsmål gjorde de gældende, at de reelt set ikke havde nogen mulighed for at få tildelt kontrakten, idet regionen var blevet valg som det samlede territoriale område for levering af tjenesteydelsen.

15. Idet den var i tvivl om, hvorvidt Liguriens regionallov nr. 33/2013 var forenelig med den italienske forfatning, forelagde den regionale forvaltningsdomstol for Ligurien den 21. januar 2016 Corte Costituzionale (forfatningsdomstol, Italien) et »spørgsmål om forfatningsmæssighed«.

16. Mens sagen om forfatningsmæssighed verserede, vedtog Regionen Ligurien en ny lov¹³, som ophævede den regionale ramme for varetagelsen af personbefordring til lands. Som følge af denne ophævelse opgav den kompetente myndighed at fortsætte udbudsproceduren og tilbagekaldte den.

17. På trods af det ovenstående afsagde Corte Costituzionale (forfatningsdomstol) dom nr. 245/2016 af 22. november 2016, hvori den fastslog, at det af den regionale forvaltningsdomstol for Ligurien forelagte spørgsmål ikke kunne antages til realitetsbehandling, fordi AMT ikke havde kompetence til at anfægte betingelserne i en udbudsprocedure, som den ikke havde deltaget i.

18. Corte Costituzionale (forfatningsdomstol) lagde følgende til grund for sin dom:

»Ifølge den forelæggende rets oplysninger deltog sagsøgerne – virksomheder, der var indehavere af kontrakter vedrørende personbefordring på provinsniveau – ikke i den uformelle indkaldelse af tilbud, som var blevet iværksat af den regionale forvaltning i overensstemmelse med artikel 30 i lovdekret nr. 163 af 2006^[14], men valgte derimod blot at anfægte meddelelsen om udvælgelse af økonomiske aktører, som indeholdt en anmodning om interessetilkendegivelse vedrørende tildelingen af en enkelt samlet kontrakt på regionsniveau.

Ifølge fast forvaltningsretspraksis kan virksomheder, der ikke deltager i en udbudsprocedure, ikke anfægte denne procedure eller tildelingen af en kontrakt til tredjepart, fordi deres materielle retsstilling ikke er tilstrækkeligt særskilt, idet de har en interesse af rent faktisk karakter (dom nr. 2507 af 10.6.2016 afsagt af øverste domstol i forvaltningsretlige sager, tredje afdeling; dom nr. 491 af 2.2.2015; dom nr. 6048 af 10.12.2014 afsagt af øverste domstol i forvaltningsretlige sager, sjette afdeling; dom nr. 9 af 25.2.2014 afsagt af plenarforsamlingen ved øverste domstol i forvaltningsretlige sager og dom nr. 4 af 7.4.2011 afsagt af plenarforsamlingen ved øverste domstol i forvaltningsretlige sager).

Der foreligger ligeledes fast retspraksis, hvorefter »indkaldelser af tilbud, udbudsbekendtgørelser og skrivelser med opfordring til at afgive bud som regel anfægtes sammen med betingelserne for disse, idet det er disse betingelser, som præcist definerer de aktører, der lider skade som følge af proceduren, og samtidig beskriver virkningen af og de nærmere omstændigheder for den skade, der forvoldes på den berørte aktørs subjektive sfære« (dom nr. 1 af 29.1.2003 afsagt af plenarforsamlingen ved den øverste domstol i forvaltningsretlige sager).

12 – Herefter »den regionale forvaltningsdomstol for Ligurien«.

13 – Jf. fodnote 8.

14 – Decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163. Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (lovdekret nr. 163 af 12.4.2006 (offentliggjort i GURI nr. 100 af 2.5.2006, herefter »lovdekret nr. 163 af 2006« eller »lov om offentlige kontrakter«).

Undtagelser fra disse regler, som ganske enkelt følger af anvendelsen af de generelle principper for retten til og interessen i at indbringe søgsmål på udbudsprocedurer, er tilfælde hvor det anfægtes, at udbudsproceduren har fundet sted, eller at der ikke er sket indkaldelse, eller tilfælde, hvor der anfægtes direkte udelukkende udbudsbetingelser, eller vilkår, der pålægger åbenlyst uforståelige eller fuldstændig uforholdsmæssigt store byrder, eller som gør det umuligt at afgive tilbud (dom nr. 2507 af 10.6.2016 afsagt af øverste domstol i forvaltningsretlige sager, tredje afdeling; dom nr. 5862 af 30.12.2015 afsagt af øverste domstol i forvaltningsretlige sager, femte afdeling; dom nr. 5181 af 12.11.2015 afsagt af øverste domstol i forvaltningsretlige sager, femte afdeling; dom nr. 9 af 25.2.2014 afsagt af plenarforsamlingen ved øverste domstol i forvaltningsretlige sager og dom nr. 4 af 7.4.2011 afsagt af plenarforsamlingen ved øverste domstol i forvaltningsretlige sager).

I disse tilfælde er ansøgningen om at deltage i udbuddet ikke relevant med henblik på anfægtelsen, enten på grund af, at udbudsproceduren ikke er blevet indledt, eller på grund af, at den principielle anfægtelse af udbuddet eller den manglende mulighed for at deltage heri i sig selv medfører, at der opstår en særskilt retsstilling (for så vidt angår henholdsvis en virksomhed, der har en retsstilling, der er uforenelig med den nye udbudsbekendtgørelse, og en virksomhed i en sektor, som er blevet forbudt deltagelse), som lider faktisk og konkret skade (dom nr. 4 af 7.4.2011 afsagt af plenarforsamlingen ved øverste domstol i forvaltningsretlige sager).

Det omhandlede tilfælde i den foreliggende sag er ikke omfattet af disse undtagelsestilfælde, hvilket fremgår af begrundelsen for forelæggelsesafgørelsen, hvori det fastslås, at de anfægtede betingelser berører muligheden for at tildele kontrakten til sagsøgeren, som »praktisk taget ville forsvinde«, mens sagsøgeren i forbindelse med et udbud af flere delkontrakter på provinsniveau »ville have langt større mulighed for at få tildelt kontrakten vedrørende tjenesteydelsen, selv om dette udelukkende måtte være på grund af den fordel, sagsøgeren nyder, idet den tidligere har varetaget kontrakten«.

Denne begrundelse viser ikke, at der foreligger en konkret og faktisk hindring for at deltage i udbuddet, men derimod blot en antagelse om en mulig skade, som udelukkende kan anfægtes af aktører, der har deltaget i proceduren, når den er afsluttet, såfremt de ikke er blevet tildelt kontrakten.«

19. Den regionale forvaltningsdomstol for Ligurien nærer tvivl om, hvorvidt denne fortolkning anlagt af Corte Costituzionale (forfatningsdomstol) er i overensstemmelse med direktiv 89/665. Derfor anser denne ret det for nødvendigt, at Domstolen træffer præjudiciel afgørelse for at afgøre spørgsmålet om sagsomkostninger, selv om indkaldelsen af tilbud er blevet tilbagekaldt.

20. Den forelæggende ret er af den opfattelse, at der er to mulige scenarier:

- »Såfremt retten fastslår, at annulationssøgsmålet, hvorunder den samlede udbudsprocedure anfægtes, udgør et af de ekstraordinære tilfælde, hvor det anses for retmæssigt for en økonomisk aktør, der ikke har deltaget i udbuddet, at anlægge et søgsmål, skal den udsatte sag afgøres med en dom om bortfald af tvistens genstand som følge af vedtagelsen af Liguriens regionallov nr. 19/2016 [...]. [S]agsomkostningerne og også retsafgiften [...] [vil] blive [...] pålagt sagsøgte, og sagsøgernes omkostninger vil blive godtgjort af sagsøgte.«
- »Omvendt, såfremt retten tiltræder denne fortolkningsvariant i Corte Costituzionale dom nr. 245/2016, og således fastslår, at de sagsøgende selskaber ikke har kompetence til at anfægte udbudsprocedurens betingelser, ville sagen skulle afgøres med en erklæring om afvisning af søgsmålet som følge af manglende søgsmålsinteresse med en deraf følgende fordeling af omkostningerne blandt sagsøgerne.«

21. På baggrund af det ovenstående har den regionale forvaltningsdomstol for Ligurien forelagt følgende præjudicielle spørgsmål:

»Er artikel 1, stk. 1, 2 og 3, og artikel 2, stk. 1, litra b), i direktiv 89/665/EØF om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter til hinder for en national lovgivning, der foreskriver, at det alene er de økonomiske aktører, der har ansøgt om at deltage i en udbudsprocedure, som kan anfægte betingelserne i denne udbudsprocedure, også i tilfælde af, at det gøres gældende, at udbudsbetingelserne principielt gjorde det meget usandsynligt, at den økonomiske operatør ville blive tildelt kontrakten?«

III. Sammenfatning af parternes bemærkninger

22. Den italienske regering har afvist, at det præjudicielle spørgsmål kan antages til realitetsbehandling, af følgende årsager:

- For det første, fordi artikel 1, stk. 1, i direktiv 89/665 definerer direktivets anvendelsesområde med henvisning til direktiv 2004/18. Eftersom det omtvistede udbud omhandlede tildeling af en kontrakt vedrørende offentlig personbefordring til lands, finder hverken direktiv 2004/18 eller direktiv 89/665 anvendelse.
- Selv om det fastslås, at ovennævnte direktiver finder anvendelse, er anvendelsen af direktiv 89/665 desuden baseret på en tilsidesættelse af de materielle regler i direktiv 2004/18. Den forelæggende ret har ikke anført, hvilke bestemmelser der tilsidesættes, men har blot anført en uklar henvisning til en mulig overdreven begrænsning af konkurrencen uden at præcisere, hvilke EU-bestemmelser der tilsidesættes.

23. For så vidt angår realiteten har den italienske regering anført, at den, der frivilligt afholder sig fra at deltage i en udvælgelsesprocedure, som en følge heraf ikke er berettiget til at begære proceduren annulleret. Der findes imidlertid undtagelser, når: i) iværksættelsen af udbudsproceduren anfægtes principielt, ii) det anfægtes, at der ikke er blevet iværksat en udbudsprocedure, idet der er foretaget en direkte tildeling af kontrakten, og iii) en eller flere betingelser i udbudsbekendtgørelsen anfægtes, idet de udelukker aktører umiddelbart. Den italienske regering er af den opfattelse, at denne ordning er fuldt ud forenelig med retspraksis fra dommen i sagen Grossmann Air Service¹⁵.

24. Den italienske regering har konkluderet, at Corte Costituzionale (forfatningsdomstol) i den nævnte sag vurderede, at AMT's muligheder ikke var ikkeeksisterende, men blot formindsket, således at det først var muligt at bestemme deres valgbarhed efter afslutningen på udvælgelsesproceduren, som AMT burde have deltaget i.

25. Den Tjekkiske Republiks regering har ligeledes støttet sig på Grossmann-dommen og har anført, at potentielle tilbudsgivere, såfremt de befinder sig i en situation, der indebærer forskelsbehandling, bør anerkendes kompetence til at anfægte de betingelser, der medfører forskelsbehandling. Hvis de får medhold i deres søgsmål, vil de have mulighed for at få tildelt kontrakten, idet de kan få prøvet udbudsbetingelserne i den første fase uden at skulle vente på, at udbudsproceduren afsluttes definitivt.

15 – Dom af 12.2.2004 (C-230/02, herefter »Grossmann-dommen«, EU:C:2004:93).

26. Ifølge den spanske regering fastsætter direktiv 89/665 minimumsniveauer for adgangen til klageprocedurer, og de nationale lovgivninger skal fastlægge disse procedurer inden for rammerne af ækvivalensprincippet og effektivitetsprincippet. Den spanske regering har i sin analyse lagt vægt på effektivitetsprincippet og har afvist, at det er blevet tilsidesat, idet artikel 1, stk. 3, i direktiv 89/665 kræver, at den berørte person har lidt eller vil kunne lide skade som følge af en påstået overtrædelse af EU-retten. Dette er ikke tilfældet for sagsøgeren, idet der er tale om betingelserne for et udbud, som denne ikke deltog i.

27. Den spanske regering har understreget, at den italienske lovgivning og den retspraksis, som fortolker den, indeholder muligheder for at anfægte udbuddet, som ikke forudsætter deltagelse i udbudsproceduren, samt at sagsøgeren ikke benyttede lejligheden til at anfægte udbudsbekendtgørelsen. Der er således ikke grundlag for at anfægte betingelserne for en udbudsprocedure, som sagsøgeren ikke deltog i, på nuværende tidspunkt.

28. Kommissionen er af den opfattelse, at det præjudicielle spørgsmål er hypotetisk og dermed bør afvises, idet hovedsagen har mistet sin genstand.

29. Med hensyn til realiteten har Kommissionen analyseret Grossmann-dommen og har vurderet, at de nationale bestemmelser for klageprocedurer skal overholde effektivitetsprincippet og ikke må modvirke den effektive virkning af direktiv 89/665, som understøttes af artikel 47 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder.

30. Ifølge Kommissionen er Corte Costituzionale (forfatningsdomstol) praksis i strid med dette princip, idet den kræver en absolut sikkerhed for at blive udelukket fra udbuddet som en forudsætning for, at der kan forekomme undtagelser til søgsmålskompetencen hos sagsøgeren, som ikke har deltaget heri. Domstolen har ikke krævet, at der skal påvises en absolut sikkerhed, men derimod blot en sandsynlighed.

IV. Retsforhandlingerne for Domstolen

31. Forelæggelsesafgørelsen indgik til Domstolens Justitskontor den 31. maj 2017.

32. Den italienske, den spanske og den tjekkiske regering samt Europa-Kommissionen har afgivet skriftlige indlæg. Kun den italienske regering og Kommissionen deltog i retsmødet den 26. april 2018.

V. Bedømmelse

A. Spørgsmålet, om det præjudicielle spørgsmål kan antages til realitetsbehandling

33. Det springende punkt i det præjudicielle spørgsmål vedrører søgsmålskompetencen hos en aktør, der som AMT ikke har indgivet ansøgning om at deltage i et offentligt udbud, idet den var af den opfattelse, at det var yderst sandsynligt, at den ikke ville få tildelt kontrakten.

34. Som nævnt ovenfor mistede sagen ved den forelæggende ret sin genstand på grund af en lovændring, som medførte, at den ordregivende myndighed tilbagekaldte indkaldelsen af tilbud. Den forelæggende ret fastholder ikke desto mindre, at der fortsat er behov for, at Domstolen træffer en præjudiciel afgørelse, for at førstnævnte kan træffe afgørelse om sagsomkostningerne.

35. Ifølge artikel 267 TEUF har et præjudicielt spørgsmål til formål at give den nationale ret den vejledning, der er nødvendig for, at den kan afgøre en sag, hvori der er opstået tvivl om fortolkningen af EU-retten.

36. Jeg har i indledningen til dette forslag til afgørelse mindet om, at Domstolen har haft lejlighed til at tage stilling til en lignende situation, hvor hovedsagen havde mistet sin genstand, og det præjudicielle spørgsmål blot skulle anvendes til at træffe afgørelse om sagsomkostningerne.

37. I Reinke-kendelsen fastslås det, at en afgørelse om sagens omkostninger afhænger af afgørelsen af hovedsagen, som de præjudicielle spørgsmål vedrører. Idet hovedsagen er afgjort, er det uforholdsmæssigt at besvare spørgsmål, der udelukkende vedrører sagens omkostninger¹⁶.

38. Logikken i Reinke-kendelsen er efter min opfattelse uanfægtelig¹⁷ og i overensstemmelse med andre tilkendegivelser af samme princip (f.eks. kan en appel i henhold til artikel 58 i statuten for Domstolen ikke alene vedrøre sagsomkostningerne eller disses størrelse). Hvis den sag, hvori en EU-retlig bestemmelse skulle anvendes, efterfølgende mister sin genstand, ophører tvisten mellem parterne, og der er ganske enkelt ikke behov for, at Domstolen fortolker en EU-retlig bestemmelse, fordi den ikke kan påvirke den (ikkeeksisterende) tvist.

39. Den regionale forvaltningsdomstol for Ligurien har ikke desto mindre anført, at Domstolens vurdering af sagsøgerens kompetence til at anfægte et udbud, som denne ikke har deltaget i, er afgørende for, at førstnævnte ret kan afgøre, hvem af parterne der skal bære omkostningerne ved den sag, der er bortfaldet, og fastlægge disses størrelse.

40. Denne indirekte forbindelse er efter min opfattelse ikke nok til at konstatere, at der foreligger en tilstrækkelig forbindelse til EU-retten. Det, der skal afgøres her, henhører reelt set ikke under området for indgåelse af kontrakter, men vedrører derimod fastsættelse af omkostninger i forbindelse med en retssag. Medmindre en bestemmelse i EU-retten finder anvendelse på disse omkostninger (hvilket er tilfældet inden for visse materielle områder, som jeg nævner i det følgende), træffes afgørelsen om sagsomkostninger udelukkende i henhold til national ret og ikke EU-retten.

41. Den grundlæggende idé i Reinke-kendelsen er knyttet til det præjudicielle spørgsmåls funktion: Fortolkningen af EU-retten skal være nødvendig for, at den nationale ret kan afgøre sin sag (præmis 13 i nævnte kendelse), således at den omstændighed, at sagen bortfalder, medfører, at det er uforholdsmæssigt at besvare det præjudicielle spørgsmål (præmis 16).

42. EU-retten omfatter ikke en harmoniseret regulering af sagsomkostninger, som grundlæggende henhører under medlemsstaternes kompetence. EU-lovgiver har kun på enkelte områder været villig til at berøre dette spørgsmål, dels for at undgå uoverkommeligt dyre sagsomkostninger, der kan hindre adgangen til klage og domstolsprøvelse inden for visse retsområder¹⁸, dels for at sikre, at den, hvis rettigheder er blevet krænkede, modtager erstatning for rimelige og forholdsmæssigt afpassede sagsomkostninger fra den anden part, igen inden for visse specifikke retsområder¹⁹.

16 – Præmis 16.

17 – Det kan naturligvis gøres gældende, at omstændighederne i Reinke-sagen ikke er identiske med omstændighederne i den foreliggende sag. Jeg er imidlertid af den opfattelse, at der på trods af visse tilfældige forskelle ikke kan rejses tvivl om ligheden mellem sagerne.

18 – Artikel 10a i Rådets direktiv 85/337/EØF af 27.6.1985 om vurdering af visse offentlige og private projekters indvirkning på miljøet (EFT 1985, L 175, s. 40) og artikel 15a i Rådets direktiv 96/61/EF af 24.9.1996 om integreret forebyggelse og bekæmpelse af forurening (EFT 1996, L 257, s. 26).

19 – Artikel 14 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/48/EF af 29.4.2004 om håndhævelsen af intellektuelle ejendomsrettigheder (EUT 2004, L 157, s. 45) og artikel 6, stk. 3, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2011/7/EU af 16.2.2011 om bekæmpelse af forsinket betaling i handelstransaktioner (EUT 2011, L 48, s. 1).

43. Selv i sager hvor EU-retten har berørt reguleringen af sagsomkostninger, har Domstolen bemærket, at »medlemsstaterne, såfremt EU-retten ikke indeholder præciseringer, er forpligtet til i forbindelse med gennemførelsen af et direktiv at sikre dets fulde virkning, og at de har en vid skønsmargen for så vidt angår valget af midler«. I forbindelse med denne sag, som vedrørte miljøretten, bemærkede Domstolen, at der skal »tages hensyn til alle de relevante bestemmelser i national ret og navnlig til et nationalt retshjælpssystem og en omkostningsbeskyttelsesordning« samt til de »mærkbare forskelle mellem de nationale lovgivninger på dette område«²⁰.

44. Hvis denne vide skønsmargen samt anerkendelsen af de særlige kendetegn ved de enkelte nationale ordninger forekommer i de sager, hvor EU-retten berører reguleringen af sagsomkostninger, har medlemsstaterne en endnu større frihed på områder, der ikke er omfattet af EU-retten.

45. Denne sag, hvor der er strid om sagsomkostningerne²¹, afhænger udelukkende af fortolkningen af de nationale regler for sagsomkostningernes fordeling mellem parterne og af rettens kompetence til at tilpasse dem. I forbindelse med en konflikt, der er begrænset til sagsomkostningerne, er det den nationale lovgivning, der skal give retningslinjer til afgørelse af sagen, men ikke EU-retten, som, gentager jeg, ikke fastlægger regler inden for dette materielle område.

46. På trods af, at der ikke er sket en harmonisering på EU-plan på området for sagsomkostninger i denne type sager, er det muligt, at de særlige kendetegn ved hovedsagen undergraver respekten for de grundlæggende regler og generelle principper i EUF-traktaten, men dette kræver, at en af de grundlæggende friheder er i spil, hvilket end ikke antydes i forelæggelsesafgørelsen.

47. Uden at have til hensigt at foretage en vurdering på den forelæggende rets vegne eller blande sig i dens frihed til frit at vælge en løsning i henhold til national ret, er der i de ovenfor gengivne bestemmelser i den italienske civile retsplejelov og forvaltningsretsplejelov tilstrækkelig støtte til, at den forelæggende ret – uanset den endelige afgørelse af spørgsmålet om sagsøgerens søgsmålskompetence – kan træffe afgørelse om fordelingen af sagsomkostninger på et grundlag, der ikke berører dette spørgsmål.

48. På denne baggrund er det tilstrækkeligt at minde om, at den nationale lovgivning foreskriver, at »retten [kan] fordele sagens omkostninger helt eller delvist mellem parterne«, hvis »der er tale om et helt nyt spørgsmål, eller hvis retspraksis med hensyn til de spørgsmål, der er indanket, ændres«²². Den forelæggende ret har således frit valg desangående, uanset om den, henset til dommen afsagt af Corte Costituzionale (forfatningsdomstol), afviser eller anerkender, at AMT har søgsmålskompetence.

49. Jeg er således af den opfattelse, at det præjudicielle spørgsmål bør afvises, idet der ikke er behov for Domstolens svar, og idet Domstolen ikke har kompetence til at tage stilling til anvendelsen af den italienske ordning for sagsomkostninger, som er af rent national karakter.

B. Om realiteten

50. Jeg vil subsidiært gøre rede for min opfattelse, i tilfælde af, at Domstolen beslutter at behandle det præjudicielle spørgsmåls realitet. Jeg vil først og fremmest forsøge at definere den gældende retlige ramme og derefter foreslå en løsning på den rejste tvivl.

20 – Dom af 11.4.2013, Edwards (C-260/11, EU:C:2013:221, præmis 37 og 38).

21 – Den forelæggende ret har ikke forelagt oplysninger, der belyser parternes uenighed med hensyn til fordelingen eller størrelsen af de (fremtidige) sagsomkostninger. Parterne har i øvrigt valgt ikke at deltage i den præjudicielle procedure, hvilket efter min opfattelse ikke vidner om den store interesse i dens afgørelse.

22 – Det fremgår af forelæggelsesafgørelsen, at lovgivningen og Corte Costituzionale (forfatningsdomstol) tidligere praksis om søgsmålskompetencen hos aktører, der ikke havde deltaget i udbuddet, var »i overensstemmelse med Unionens retspraksis«. Som følge af forfatningsdomstolens dom nr. 245/2016 har situationen ifølge den forelæggende ret ændret den præcedens, som er blevet anvendt i efterfølgende domme afsagt af Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager).

1. Den gældende retlige ramme

51. Det omtvistede udbud omhandlede tildeling af en kontrakt vedrørende levering af offentlig personbefordring til lands. Denne form for tjenesteydelse henhører under det specifikke anvendelsesområde for forordning nr. 1370/2007, hvis artikel 5 omhandler »[i]ndgåelse af kontrakter om offentlig trafikbetjening« i transportsektoren.

52. Det kan ikke med sikkerhed udledes af oplysningerne i forelæggelsesafgørelsen, om der i denne sag var tale om en »koncessionskontrakt om tjenesteydelser« eller en »offentlig tjenesteydelseskontrakt«. Selv om disse to begrebers karakteristika minder om hinanden²³, adskiller de sig med hensyn til det vederlag, der skal præsteres, som for så vidt angår koncessionskontrakter består i retten til at udnytte tjenesteydelsen (enten udelukkende denne ret eller denne ret sammen med betaling af en pris), og som for så vidt angår tjenesteydelseskontrakter består i den betaling, som tjenesteyderen modtager fra den ordregivende myndighed²⁴.

53. Spørgsmålet om, hvorvidt den omtvistede kontrakt henhører under den ene eller den anden kategori, skal afgøres af den forelæggende ret, som modsat Domstolen kender alle de faktiske omstændigheder, der er nødvendige for at træffe afgørelse. Kvalificeringen af kontrakten er afgørende for, hvilken retlig ordning den er underlagt; jf. ordlyden af artikel 5, stk. 1, i forordning nr. 1370/2007²⁵.

54. I det følgende vil jeg behandle problemet med hensyn til søgsmålskompetence i de to tilfælde.

a) Koncessionskontrakt om offentlig trafikbetjening

55. I det første tilfælde er der tale om en koncessionskontrakt om tjenesteydelser, hvilket er gjort gældende i nogle af de skriftlige indlæg og kan udledes af indkaldelsen af tilbud, som henviser til artikel 30 i lov om offentlige kontrakter, som netop omhandler »koncessionskontrakter om tjenesteydelser«²⁶.

56. Den italienske regering har støttet sig på den omstændighed, at der er tale om en koncession, for at rejse tvivl om påberåbelsen af direktiv 89/665. Eftersom dette direktivs artikel 1, stk. 1, definerer sit anvendelsesområde med henvisning til direktiv 2004/18, har den italienske regering antaget, at sidstnævnte ikke finder anvendelse på disse koncessioner.

57. Kommissionen har derimod anført, at artikel 30, stk. 7, i lov om offentlige kontrakter udvider anvendelsen af direktiv 89/665 til koncessionskontrakter om tjenesteydelser i Italien. Der er således en forbindelse mellem den nationale lovgivning og EU-retten, som Domstolens præjudicielle kompetence støttes på i henhold til fast retspraksis²⁷.

23 – Jf. generaladvokat Sharpstons forslag til afgørelse Hörmann Reisen (C-292/15, EU:C:2016:480, punkt 26), og generaladvokat Cruz Villalóns forslag til afgørelse Norma-A og Dekom (C-348/10, EU:C:2011:468, punkt 39 ff.).

24 – Det skal tilføjes, at koncessionshaveren skal påtage sig risikoen ved driften af tjenesteydelsen. Jf. dom af 10.11.2011, Norma-A og Dekom (C-348/10, EU:C:2011:721, præmis 44).

25 –
– »Kontrakter om offentlig trafikbetjening indgås efter reglerne i denne forordning. Servicekontrakter eller kontrakter om offentlig trafikbetjening som defineret i direktiv 2004/17/EF eller 2004/18/EF vedrørende offentlig personbefordring med bus eller sporvogn indgås efter procedurerne fastlagt i disse direktiver, i det omfang sådanne kontrakter ikke er udformet som koncessionskontrakter om tjenesteydelser som defineret i disse direktiver.«

26 – Ifølge denne bestemmelse »finder bestemmelserne i lov om offentlige kontrakter ikke anvendelse på koncessioner af tjenesteydelser med forbehold af bestemmelserne i denne artikel«. I henhold til artiklens stk. 3 kan der iværksættes en »uformal indkaldelse af tilbud med deltagelse af mindst fem konkurrerende aktører« som en metode til at udvælge koncessionshaveren, hvilket er den procedure der blev anvendt i denne sag.

27 – »En fortolkning fra Domstolens side af EU-retlige bestemmelser i situationer, der ikke er omfattet af dennes anvendelsesområde, er berettiget, såfremt disse bestemmelser er gjort anvendelige på sådanne situationer af national ret på direkte og ubetinget vis med henblik på at sikre en ensartet behandling af disse situationer og af de situationer, der er omfattet af EU-rettens anvendelsesområde« (dom af 19.10.2017, Solar Electric Martinique, C-303/16, EU:C:2017:773, præmis 27 og den deri nævnte retspraksis).

58. Således kan direktiv 89/665 komme i spil. Det skal imidlertid bemærkes, at »[s]pørgsmålet om de begrænsninger, som den nationale lovgivningsmagt måtte have opstillet med hensyn til anvendelsen af fællesskabsretten på rent nationale forhold – som fællesskabsretten kun finder anvendelse på i kraft af den nationale lovgivning – henhører under national ret og dermed under medlemsstatens retsinstitansers eksklusive kompetence«²⁸, hvilket det tilkommer den forelæggende ret at foretage prøvelse af.

59. Desuden underkaster de særlige bestemmelser om offentlig personbefordring til lands i forordning nr. 1370/2007 tildelingen af de respektive koncessionskontrakter reglerne i samme forordnings artikel 5, stk. 2-6, og tilføjer i stk. 7, at afgørelser, der træffes i henhold til disse bestemmelser »effektivt og hurtigt kan tages op til revision efter anmodning fra en person, som har eller har haft en interesse i at opnå en bestemt kontrakt, og som har lidt skade eller risikerer at lide skade, fordi de pågældende afgørelser hævdes at krænke fællesskabslovgivningen eller de nationale gennemførelsesbestemmelser«.

60. Det konstateres således, at bestemmelserne i forordning nr. 1370/2007 og artikel 1, stk. 3, i direktiv 89/665 i det væsentlige stemmer overens på dette punkt. Det er ikke uden grund, at 21. betragtning til nævnte forordning nævner, at »[d]er bør sikres en effektiv retsbeskyttelse ikke kun for kontrakter, der er omfattet af [direktiv 2004/17 og 2004/18], men også for kontrakter, der indgås i henhold til denne forordning. Der er behov for en effektiv klageprocedure, som opfylder de relevante krav i [...] direktiv 89/665/EØF [...] og [...] direktiv 92/13/EØF [...]«.

61. Således nås der frem til det samme resultat om end af en anden vej: en forpligtelse til at indføre effektive klageprocedurer. På denne baggrund består problemstillingen i at afgøre, i hvilket omfang disse midler skal stilles til rådighed for virksomheder, som ikke har deltaget i udbudsproceduren.

b) Kontrakter om transporttjenester

62. I det andet tilfælde henhører den omtvistede retshandel under kategorien kontrakter om transporttjenester. I den »periodisk vejledende bekendtgørelse« af 22. februar 2014 henvises der udelukkende til direktiv 2004/17²⁹, og det bestemmes, at det økonomisk mest fordelagtige bud vil blive tildelt kontrakten. Indkaldelsen af tilbud af 29. maj 2015 henviser ligeledes i punkt 2 til et vederlag til den valgte tilbudsgiver, som endelig fastsættes i indkaldelserne af økonomiske tilbud, jf. punkt 6.

63. Det kan således gøres gældende, at disse karakteristika ved kontrakten adskiller den fra koncessionskontrakter om transporttjenester, som er defineret i artikel 1, stk. 3, litra b), i direktiv 2004/17³⁰, og indplacerer den blandt kontrakter om transporttjenester. Hvis dette er tilfældet, giver artikel 5, stk. 1, i forordning nr. 1370/2007 mulighed for, at direktiv 2004/17 finder anvendelse, hvilket også betyder, at den i artikel 1 og 2 i direktiv 92/13 fastsatte klageordning, som svarer til den i direktiv 89/665 omhandlede, som er genstand for den forelæggende rets spørgsmål, finder anvendelse.

28 – Dom af 18.10.1990, Dzodzi (C-297/88 og C-197/89, EU:C:1990:360, præmis 41 og 42).

29 – Denne bekendtgørelse er omhandlet i nævnte direktivs artikel 41.

30 –

– »Ved »koncessionskontrakt om tjenesteydelser« forstås en kontrakt med samme karakteristika som tjenesteydelseskontrakter bortset fra, at vederlaget for den tjenesteydelse, som skal præsteres, enten udelukkende består i retten til at udnytte tjenesteydelsen, eller i denne ret sammen med betaling af en pris.«

2. Svar på det præjudicielle spørgsmål

64. Selv om kernen i debatten vedrører kompetencen til at anfægte udbuddet og dermed retten til adgang til klageordningen, udvider forelæggelsesafgørelsen debatten til andre emner ved hjælp af en noget generel henvisning til artikel 1, stk. 1, 2 og 3, og artikel 2, stk. 1, litra b), i direktiv 89/665.

65. Corte Costituzionale (forfatningsdomstol) støtter sig på Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) praksis, idet den i dom nr. 245/2016 indtog et synspunkt, som efter min opfattelse er vanskeligt at bestride: den, der frivilligt afholder sig fra at deltage i en udvælgelsesprocedure, er i princippet ikke berettiget til at begære proceduren annulleret. Dette kriterium stemmer overens med det af Domstolen fastsatte kriterium i Grossmann-dommen i forbindelse med fortolkningen af artikel 1, stk. 3, i direktiv 89/665³¹.

66. De øverste domstole i Italien har imidlertid åbnet op for, at klageprocedurer også kan være tilgængelige for aktører, der ikke har deltaget i udvælgelsesproceduren i visse undtagelsestilfælde. Som nævnt i forfatningsdomstolens dom nr. 245/2016 omfatter undtagelsestilfælde »de tilfælde, hvor det anfægtes, at udbudsproceduren har fundet sted, eller at der ikke er sket indkaldelse, eller tilfælde hvor der anfægtes direkte udelukkende udbudsbetingelser, eller vilkår, der pålægger åbenlyst uforståelige eller fuldstændig uforholdsmæssigt store byrder, eller som gør det umuligt at afgive tilbud«.

67. Denne åbning af søgsmålskompetencen forekommer mig at være i overensstemmelse med den åbning, som Domstolen har anerkendt, i tilfælde af at udbudsmaterialet eller udbudsbetingelserne i sig selv er diskriminerende i en sådan grad, at de forhindrer en eller flere virksomheder i at deltage³². Hvis »[de nævnte virksomheder], som følge af de nævnte [diskriminerende] specifikationer, ikke har nogen chance for at få tildelt denne kontrakt«³³, må det fastslås, at de har søgsmålskompetence uden at kræve, at de skal have deltaget i udbuddet³⁴.

68. Der er efter min opfattelse således ingen uoverensstemmelse mellem Domstolens fortolkning af direktiv 89/665 og de italienske øverste domstoles fortolkning af den italienske lovgivning for så vidt angår søgsmålskompetencen hos den, der ikke har deltaget i udvælgelsesproceduren og forsøger at anfægte diskriminerende bestemmelser, som helt og aldeles har forhindret denne i at få adgang til proceduren.

69. Hvis det præjudicielle spørgsmål blot vedrører spørgsmålet om, hvorvidt der i teorien er et hypotetisk modsætningsforhold mellem direktiv 89/665 og den nationale lovgivning, er det ovenstående tilstrækkeligt til at afvise, at der er tale om en sådan uoverensstemmelse. Den forelæggende ret har affattet spørgsmålet på en måde, som reelt ikke afspejler alle nuancerne i de øverste domstoles praksis, således som den kommer til udtryk i den nationale retspraksis³⁵.

31 – Grossmann-dommen, præmis 27: »[...] [d]eltagelsen i et udbud af en kontrakt [...] [kan] i princippet [...] være en gyldig betingelse, der skal opfyldes for at godtgøre, at den pågældende person har interesse i at opnå den omhandlede kontrakt eller risikerer at lide skade som følge af, at beslutningen om at tildele den nævnte kontrakt som hævdet er ulovlig. Hvis der ikke er afgivet et bud, kan en sådan person vanskeligt påvise, at han har interesse i at modsætte sig denne beslutning, eller at han har lidt eller vil kunne lide skade som følge af denne tildeling«.

32 – Ibidem, præmis 28: »[...] [I] den situation, hvor [virksomheden] ikke har afgivet et bud som følge af, at der er specifikationer i udbudsmaterialet eller udbudsbetingelserne, som *angiveligt er diskriminerende*, og som netop har forhindret virksomheden i at kunne levere samtlige udbudte ydelser [...]«. I dette tilfælde er virksomheden »berettiget til at klage direkte over de nævnte specifikationer, hvilket endog kan ske inden afslutningen af udbuddet af den pågældende offentlige kontrakt« (min fremhævelse).

33 – Ibidem, præmis 29 (min fremhævelse).

34 – Ibidem, præmis 30: »Det skal således være muligt for en virksomhed at klage direkte over sådanne diskriminerende specifikationer uden at afvente udbuddets afslutning.«

35 – Gengivet i punkt 18 i dette forslag til afgørelse.

70. Hvis svaret anvendes på omstændighederne i hovedsagen, hvor afgørelsen om AMT's manglende søgsmålskompetence er blevet endelig, er det i det mindste tvivlsomt³⁶, om landtransporttjenesternes regionale niveau (i stedet for en opdeling i provins- eller subprovinsniveauer) i sig selv er *diskriminerende*. Det er en anden sag, at mindre virksomheder ikke i sig selv råder over midler til at deltage i et udbud af denne type, hvilket som regel er tilfældet for udbud af store dimensioner.

71. Under alle omstændigheder vurderede Corte Costituzionale (forfatningsdomstol), at udformningen af udbuddet medførte en høj sandsynlighed for, at AMT ikke ville få tildelt kontrakten, men ikke, at dette var absolut umuligt³⁷. Den afviste således, at der forelå en »konkret og faktisk hindring for at deltage i udbuddet«. Idet der er tale om en allerede endelig vurdering af indholdet af de respektive betingelser, er disse afgørelser bindende for den forelæggende ret, hvis præjudicielle spørgsmål også skal være i overensstemmelse hermed.

72. Kommissionen har henvist til Grossmann-dommen som et argument for, at der ikke kræves en absolut sikkerhed for, at en aktør er udelukket fra et udbud, men at det er tilstrækkeligt, at der foreligger en sandsynlighed for, at aktøren udelukkes, for at den berørte virksomhed kan anfægte nævnte udbud uden at have deltaget heri.

73. Min fortolkning af Grossmann-dommen stemmer slet ikke overens med Kommissionens fortolkning. Det er efter min opfattelse farligt at indføre sandsynlighedsberegning som den afgørende faktor for at afgøre denne debat. Under disse omstændigheder kan enhver virksomhed gøre gældende, at betingelserne i et udbud (selv om de ikke er diskriminerende) *sandsynligvis* vil medføre, at virksomheden udelukkes, hvilket baner vejen for potentielle useriøse anfægtelser fra aktører, som har valgt ikke at deltage i udvælgelsesproceduren.

74. Under alle omstændigheder gentager jeg, at det imidlertid ikke tilkommer Domstolen at afgøre, hvorvidt Corte Costituzionale (forfatningsdomstol) begik en fejl, idet den i denne *enkeltstående* sag afviste, at AMT har søgsmålskompetence. Det afgørende element – og jeg fastholder, at den forelæggende rets spørgsmål drejer sig om modsætningsforholdet mellem den nationale lovgivning og direktiv 89/665 – er spørgsmålet, om den *generelle* retspraksis, som de øverste italienske domstole har fastlagt med hensyn til søgsmålskompetencen (som i princippet nægtes, om end den kan anerkendes i visse tilfælde) hos økonomiske aktører, som ikke deltager i et udbud, er forenelig med EU-retten, hvilket den er efter min opfattelse.

VI. Forslag til afgørelse

75. På baggrund af det ovenstående foreslår jeg, at Domstolen:

»1) afviser det præjudicielle spørgsmål fra Tribunale Amministrativo Regionale della Liguria (den regionale forvaltningsdomstol for Ligurien, Italien)

36 – Der kan anføres effektivitets- og økonomiske hensyn som grundlag for at opstille områder for levering af offentlig personbefordring på et vist niveau (f.eks. regionalt niveau) i stedet for at dele disse tjenesteydelser op på mindre niveauer. Det tilkommer de kompetente myndigheder at træffe dette valg, og de skal desuden overveje, om valget af en enkelt samlet kontrakt medfører uforholdsmæssigt høje barrierer for mindre økonomiske aktører. I denne sag anmodede Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (den italienske konkurrencemyndighed) den 25.6.2015 det regionale kontor for lokal offentlig transport i Ligurien om at opstille »mange forskellige delkontrakter for at sikre den bredest mulige deltagelse i udbudsrunder«.

37 – AMT anførte i sin appel ved den regionale forvaltningsdomstol for Ligurien, at udbudsbekendtgørelsen »i væsentlig grad *begrænsede* muligheden for at deltage [...] for små og mellemstore aktører, såsom lokale transportvirksomheder, og tvang dem til for enhver pris at slutte sig til større aktører« (s. 51 i appelskriftet) (min fremhævelse).

- 2) subsidiært fastslår, at artikel 1, stk. 1, 2 og 3, og artikel 2, stk. 1, litra. b), i Rådets direktiv 89/665/EØF af 21. december 1989 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter ikke er til hinder for en national lovgivning som fortolket af landets øverste domstole bestemmer, at
- den, der frivilligt afholder sig fra at deltage i en udvælgelsesprocedure, som en følge heraf ikke i princippet er berettiget til at begære proceduren annulleret
 - tilfælde, hvori det gøres gældende, at udbudsproceduren ikke er blevet indledt, eller at der er blevet indkaldt til det, men at betingelserne i udbudsbekendtgørelsen har en umiddelbart ekskluderende virkning eller indebærer pålæggelsen af helt ubegrundede eller uforholdsmæssige byrder eller byrder, som gør det umuligt at afgive bud, er undtaget fra denne regel.«