



Samling af Afgørelser

DOMSTOLENS DOM (Tredje Afdeling)

28. november 2018*

»Præjudiciel forelæggelse – offentlige kontrakter – klageprocedurer – direktiv 89/665/EØF – artikel 1, stk. 3 – direktiv 92/13/EØF – artikel 1, stk. 3 – klageret underlagt en betingelse om at have afgivet et bud inden for rammerne af udbudsproceduren«

I sag C-328/17,

angående en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 267 TEUF, indgivet af Tribunale amministrativo regionale per la Liguria (den regionale forvaltningsdomstol for Ligurien, Italien) ved afgørelse af 8. februar 2017, indgået til Domstolen den 31. maj 2017, i sagen

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,

har

DOMSTOLEN (Tredje Afdeling),

sammensat af formanden for Fjerde Afdeling, M. Vilaras, som fungerende formand for Tredje Afdeling, og dommerne J. Malenovský, L. Bay Larsen, M. Safjan og D. Šváby (refererende dommer),

generaladvokat: M. Campos Sánchez-Bordona,

justitssekretær: fuldmægtig R. Schiano,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 26. april 2018,

* Processprog: italiensk.

efter at der er afgivet indlæg af:

- den italienske regering ved G. Palmieri, som befuldmægtiget, bistået af avvocato dello Stato C. Colelli,
- den tjekkiske regering ved M. Smolek, J. Vlácil og T. Müller, som befuldmægtigede,
- den spanske regering ved M.J. García-Valdecasas Dorrego, som befuldmægtiget,
- Europa-Kommissionen ved G. Gattinara og P. Ondrůšek, som befuldmægtigede,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 5. juli 2018,

afsagt følgende

Dom

- 1 Anmodningen om præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af artikel 1, stk. 1-3, og af 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 (EFT 1989, L 395, s. 33), som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2007/66/EF af 11. december 2007 (EUT 2007, L 335, s. 31) (herefter »direktiv 89/665«).
- 2 Anmodningen er blevet indgivet i forbindelse med en tvist mellem på den ene side Amt Azienda Trasporti e Mobilità SpA, Atc Esercizio SpA, Atp Esercizio Srl, Riviera Trasporti SpA og Tpl Linea Srl (herefter »Amt m.fl.«) og på den anden side Agenzia regionale per il trasporto pubblico locale SpA (regionalt kontor for lokal offentlig transport, herefter »Kontoret«) vedrørende sidstnævntes beslutning om at indlede en uformel udbudsprocedure med henblik på tildeling af den offentlige transporttjeneste i Regione della Liguria (regionen Ligurien, Italien, herefter »Regionen«).

Retsforskrifter

EU-retten

Direktiv 89/665

- 3 Artikel 1 i direktiv 89/665, der har overskriften »Klageprocedurernes anvendelsesområde og adgang til disse procedurer«, bestemmer som følger:

»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, s. 114)], medmindre sådanne kontrakter er undtaget i henhold til artikel 10-18 i nævnte direktiv

[...]

Medlemsstaterne træffer, for så vidt angår kontrakter, der henhører under anvendelsesområdet for direktiv [2004/18], 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 [EU-] ret vedrørende offentlige 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 [EU-]retten, 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 Direktivets artikel 2, stk. 1, som vedrører »[k]rav til klageprocedurerne«, bestemmer som følger:

»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 indgåelse af en kontrakt

[...]«

Direktiv 92/13

- 5 Artikel 1, stk. 3, i Rådets direktiv 92/13/EØF af 25. februar 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), som ændret ved direktiv 2007/66 (herefter »direktiv 92/13«), der har overskriften »Klageprocedurerens anvendelsesområde og adgang til disse procedurer«, bestemmer følgende:

»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.«

Direktiv 2004/17

- 6 Artikel 1 i 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) vedrørende »[d]efinitioner« bestemte i stk. 3, litra b), som følger:

»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.«

7 Stk. 1 i dette direktivs artikel 5 med overskriften »Transporttjenester« bestemte bl.a. følgende:

»Dette direktiv gælder for tilrådighedsstillelse eller drift af net til betjening af offentligheden inden for transport med jernbane, automatiske systemer, sporvogn, trolleybus, bus eller kabel.«

8 Det nævnte direktivs artikel 18 med overskriften »Koncessionskontrakter om bygge- og anlægsarbejder eller om tjenesteydelser« havde følgende ordlyd:

»Dette direktiv finder ikke anvendelse på koncessionskontrakter om bygge- og anlægsarbejder eller tjenesteydelser, der tildeles af ordregivere, som udøver en eller flere af de aktiviteter, der er omhandlet i artikel 3-7, når disse koncessionskontrakter indgås med henblik på udøvelsen af disse aktiviteter.«

Forordning nr. 1370/2007

9 Artikel 5 i Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 1370/2007 af 23. oktober 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), der har overskriften »Indgåelse af kontrakter om offentlig trafikbetjening«, er affattet som følger:

»1. Kontrakter om offentlig trafikbetjening indgås efter reglerne i denne forordning. Servicekontrakter eller kontrakter om offentlig trafikbetjening som defineret i direktiv [2004/17] eller [2004/18] 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] eller [2004/18], 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 [EU-]lovgivningen eller de nationale gennemførelsesbestemmelser.

[...]«

Italiensk ret

10 Artikel 100 i du codice di procedura civile (den civile retsplejelov) i den affattelse, der finder anvendelse på tvisten i hovedsagen, bestemmer, at »[e]n part [...], for at anlægge eller anfægte et søgsmål, [må] have en retlig interesse«.

11 Det følger af artikel 39, stk. 1, i bilag 1 til decreto legislativo n. 104 – Codice del processo amministrativo (lovdekret nr. 104 – lov om forvaltningsretspleje) af 2. juli 2010 (almindeligt tillæg til GURI nr. 156 af 7.7.2010), at »[f]or så vidt angår andre tilfælde end de i denne lov omhandlede, finder bestemmelserne i den civile retsplejelov anvendelse mutatis mutandis, såfremt de er forenelige og udtrykker generelle principper«.

12 Af artikel 3a i decreto-legge n. 138 (lovdekret nr. 138) af 13. august 2011 (GURI nr. 188 af 13.8.2011), som ændret og ophøjet til lov ved lov nr. 148 af 14. september 2011 (herefter »lovdekret nr. 138/2011«), fremgår, at lokale offentlige tjenester i princippet skal drives på provinsniveau.

- 13 Det følger af artikel 9, stk. 1, og af artikel 14, stk. 1, i Legge regionale n. 33 (Riforma del sistema del trasporto pubblico regionale e locale) [regionallov nr. 33 (Reform af den offentlige regionale og kommunale transportsektor) af 7. november 2013 (herefter »regionallov nr. 33/2013«)] skulle den offentlige transporttjeneste på Regionens område tildeles ved én enkelt samlet kontrakt vedrørende hele Regionens område, som kunne udvides til at omfatte jernbanetransport.
- 14 Legge regionale n. 19 Modifiche alla [legge regionale n. 33] (regionallov nr. 19 om ændring af regionallov nr. 33) af 9. august 2016 (herefter »regionallov nr. 19/2016«), som trådte i kraft den 12. august 2016, ændrede artikel 9 og 14 i regionallov nr. 33/2013. Denne lov bestemmer, at fremover skal land- og søtransporttjenester ikke længere tildeles ved én enkelt samlet kontrakt, der dækker hele Regionens område, men ved fire kontrakter vedrørende fire ensartede territorielle områder.

Twisten i hovedsagen og det præjudicielle spørgsmål

- 15 Amt m.fl. har anlagt sag for Tribunale amministrativo Regionale per la Liguria (den regionale forvaltningsdomstol for Ligurien, Italien) med påstand om annullation af en række retshandlinger, hvorved Kontoret indledte en uformel udbudsprocedure med henblik på tildeling af den offentlige transporttjeneste i Regionen.
- 16 Disse selskaber, som indtil nu har drevet lokale offentlige transporttjenester på provinsniveau eller på niveauet under provinsniveau, har principielt anfægtet fremgangsmåderne for indledning og afvikling af udbudsproceduren. Deres søgsmål vedrører nærmere bestemt meddelelsen om udvælgelse af økonomiske aktører. Kontoret har heri præciseret, at den regionale offentlige transporttjeneste fremover vil blive tildelt ved én enkelt samlet kontrakt, der dækker hele Regionens område.
- 17 Amt m.fl., som var af den opfattelse, at selskaberne ikke hver individuelt kunne varetage den offentlige transporttjeneste i Regionen, afgav ikke noget bud. Selskaberne har imidlertid anlagt sag ved den forelæggende ret med henblik på at anfægte Kontorets afgørelse, hvorved Kontoret i sin egenskab af ordregivende myndighed besluttede at tildele det i hovedsagen omhandlede udbud ved én enkelt samlet kontrakt, der dækker hele det regionale område. Selskaberne er således af den opfattelse, at denne afgørelse er i strid med artikel 3a i lovdekret nr. 138/2011, hvorefter lokale offentlige tjenester skal drives på provinsniveau, men også med en række artikler i den italienske forfatning samt med artikel 49 TEUF og 56 TEUF.
- 18 Amt m.fl. har til støtte for deres søgsmål anført, at en økonomisk aktør, der principielt anfægter betingelserne i en udbudsprocedure, som denne ikke har deltaget i, har en klageret i medfør af artikel 1, stk. 3, og af artikel 2, stk. 1, litra b), i direktiv 89/665, når det, henset til bestemmelserne om udbud, er sikkert eller meget sandsynligt, at det vil være umuligt for denne at få tildelt kontrakten.
- 19 Ifølge den forelæggende ret ville Amt m.fl. i et territorielt område fastsat på provinsniveau have haft gode chancer for at få tildelt den omhandlede kontrakt, eftersom de varetog den regionale offentlige transporttjeneste, da denne, inden indledningen af den i hovedsagen omhandlede udbudsprocedure, var tilrettelagt på provinsniveau. Udbuddet har til gengæld, idet det heri bestemmes, at denne procedure kun vil omfatte én enkelt samlet kontrakt, der dækker hele det regionale område, bevirket, at muligheden for, at en af sagsøgerne i hovedsagen vil blive valgt, praktisk taget er forsvundet.
- 20 Den forelæggende ret, som derfor er af den opfattelse, at sagsøgerne i hovedsagen skal anerkendes en klageret, har ved kendelse nr. 95 af 21. januar 2016 for Corte costituzionale (forfatningsdomstol, Italien) rejst spørgsmålet om forfatningsmæssigheden af artikel 9, stk. 1, og af artikel 14, stk. 1, i regionallov nr. 33/2013.

- 21 Inden Corte costituzionale (forfatningsdomstol) traf afgørelse, vedtog Regionen imidlertid regionallov nr. 19/2016. Denne lov ændrede de bestemmelser, hvis forfatningsmæssighed blev anfægtet, og bestemmer, at land- og søtransporttjenester ikke længere skal tildeles ved én enkelt samlet kontrakt, der dækker hele Regionens område, men ved fire kontrakter, der svarer til fire ensartede territoriale områder. De kontrakter, som skal tildeles, skal desuden defineres på en sådan måde, at der sikres en størst mulig deltagelse i udbuddet. Efter den forelæggende rets opfattelse har den regionale lovgiver med vedtagelsen af lov nr. 19/2016 taget hensyn til de af Amt m.fl. fremsatte klagepunkter.
- 22 Uanset ændringen af artikel 9 og 14 i regionallov nr. 33/2013 undersøgte Corte costituzionale (forfatningsdomstol) deres forfatningsmæssighed i overensstemmelse med princippet tempus regit actum.
- 23 Forfatningsdomstolen fastslog navnlig i sin dom nr. 245 af 22. november 2016, at spørgsmålene om forfatningsmæssighed skulle afvises fra realitetsbehandling, efter bl.a. at have anført, at »[i]følge 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 [...]«
- 24 Denne regel kan imidlertid fraviges, når den sagsøgende virksomhed navnlig anfægter bestemmelser i udbudsbekendtgørelsen, som direkte udelukker denne virksomhed, eller bestemmelser, hvorved der pålægges forpligtelser, som er åbenbart irrationelle eller fuldstændigt uforholdsmæssige, eller som gør det muligt endsige at afgive et bud.
- 25 I sin dom nr. 245 fastslog Corte costituzionale (forfatningsdomstol), at »[d]et omhandlede tilfælde i den foreliggende sag [ikke] er 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 denne 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«.
- 26 Den forelæggende ret har anført, at ifølge den fortolkning af den processuelle betingelse om søgsmålsinteresse, der er lagt til grund i denne dom fra Corte costituzionale (forfatningsdomstol), skal et søgsmål, der er anlagt af en virksomhed, som ikke har deltaget i udbuddet, afvises, når det er meget sandsynligt, men ikke absolut sikkert, at denne virksomhed på grund af den måde, hvorpå den ordregivende myndighed har præsenteret og afholdt udbuddet, navnlig ved at anvende en opdeling i delkontrakter, eller på grund af de bestemmelser, som finder anvendelse på denne, ikke vil blive tildelt den omhandlede kontrakt. Den forelæggende ret har heraf udledt, at muligheden for at få adgang til domstolsbeskyttelse således er næsten systematisk underlagt en deltagelse i udbuddet, hvilket i sig selv er forbundet med betydelige omkostninger, selv når virksomheden tilsigter at anfægte lovligheden af selve udbuddet på grund af en for vidtgående begrænsning af konkurrencen.
- 27 Uanset Kontorets beslutning om ikke at gennemføre udbuddet efter vedtagelsen af lov nr. 19/2016 ønsker den forelæggende ret at forelægge Domstolen spørgsmålet, om artikel 1, stk. 3, og artikel 2, stk. 1, litra b), i direktiv 89/665 skal fortolkes således, at de, under omstændigheder som de i hovedsagen omhandlede, tillægger en økonomisk aktør, som har undladt at afgive et bud med den begrundelse, at det er sikkert eller meget sandsynligt, at denne ikke vil blive tildelt den omhandlede kontrakt, en klageret.
- 28 Domstolens besvarelse er afgørende med henblik på at fastslå, om det oprindelige søgsmål kan antages til realitetsbehandling, og dermed fordelingen af sagsomkostninger i tvisten i hovedsagen.

- 29 Det er på denne baggrund, at Tribunale amministrativo regionale per la Liguria (den regionale forvaltningsdomstol for Ligurien) har besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»Er artikel 1, stk. [1-3], og artikel 2, stk. 1, litra b), i direktiv [89/665] 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?«

Om det præjudicielle spørgsmål

Formaliteten

- 30 Såvel den italienske og den spanske regering som Europa-Kommissionen har i deres skriftlige indlæg anført, at anmodningen om præjudiciel afgørelse skal afvises fra realitetsbehandling, eftersom det forelagte spørgsmål er hypotetisk, for så vidt som tvisten i hovedsagen har mistet sin genstand, efter at den ordregivende myndighed har anført, at udbuddet stadig ikke ville blive gennemført. Den italienske regering har også anført, at anmodningen om præjudiciel afgørelse skal afvises, med den begrundelse at der består tvivl med hensyn til arten af den kontrakt, som Kontoret ønskede at indgå med sin medkontrahent efter det udbud, som i sidste ende ikke blev gennemført.

Det præjudicielle spørgsmåls hypotetiske karakter

- 31 Det bemærkes, at det fremgår af Domstolens faste praksis, at inden for rammerne af fordelingen af domsmyndigheden mellem de nationale retter og Domstolen i henhold til artikel 267 TEUF er den nationale ret – der alene har direkte kendskab til omstændighederne i den sag, der er indbragt for den, og de af parterne fremførte argumenter, og som har ansvaret for den retsafgørelse, der skal træffes – bedst i stand til på grundlag af de konkrete omstændigheder i hver enkelt sag og med fuldt kendskab til sagen at vurdere såvel, om en præjudiciel afgørelse er nødvendig for, at den kan afsige dom, som relevansen af de spørgsmål, den forelægger Domstolen (jf. i denne retning dom af 22.6.2000, *Marca Mode*, C-425/98, EU:C:2000:339, præmis 21, og af 1.4.2008, *Gouvernement de la Communauté française og gouvernement wallon*, C-212/06, EU:C:2008:178, præmis 28).
- 32 Når de forelagte spørgsmål vedrører fortolkningen af EU-retten, er Domstolen derfor principielt forpligtet til at træffe afgørelse herom (dom af 17.4.2007, *AGM-COS.MET*, C-470/03, EU:C:2007:213, præmis 44).
- 33 Heraf følger, at den formodning om relevans, som er knyttet til spørgsmål, der forelægges af nationale domstole til præjudiciel afgørelse, kun kan afvises i helt særlige tilfælde, når det klart fremgår, at den ønskede fortolkning af de EU-retlige bestemmelser i spørgsmålene savner enhver forbindelse med realiteten i hovedsagen eller dennes genstand (jf. bl.a. dom af 15.12.1995, *Bosman*, C-415/93, EU:C:1995:463, præmis 61, af 7.9.1999, *Beck og Bergdorf*, C-355/97, EU:C:1999:391, præmis 22, og af 1.4.2008, *Gouvernement de la Communauté française et gouvernement wallon*, C-212/06, EU:C:2008:178, præmis 29).
- 34 En anmodning fra en national ret ville derfor kun kunne afvises, såfremt det er klart, at proceduren efter artikel 267 TEUF er blevet anvendt i strid med sit formål og i virkeligheden tilsigter at foranledige Domstolen til at træffe afgørelse om en konstrueret tvist, eller såfremt det er åbenbart, at EU-retten ikke finder anvendelse i den foreliggende sag, hverken direkte eller indirekte (jf. i denne retning dom af 18.10.1990, *Dzodzi*, C-297/88 og C-197/89, EU:C:1990:360, præmis 40, og af 17.7.1997, *Leur-Bloem*, C-28/95, EU:C:1997:369, præmis 26).

- 35 Det kan i det foreliggende tilfælde ikke benægtes, at spørgsmålet om, hvorvidt sagsøgerne i hovedsagen på grundlag af EU-retten havde ret til at iværksætte en klage til prøvelse af det udbud, som Kontoret havde offentliggjort, udgjorde en betingelse for, at søgsmålet anlagt for den forelæggende ret kunne antages til realitetsbehandling. På grund af Kontorets beslutning om ikke at gennemføre udbuddet efter vedtagelsen af lov nr. 19/2016 er hovedgenstanden for dette søgsmål forsvundet.
- 36 Til forskel fra omstændighederne i den sag, som gav anledning til Domstolens kendelse af 14. oktober 2010, Reinke (C-336/08, ikke trykt i Sml., EU:C:2010:604), er tvisten i hovedsagen imidlertid ikke blevet afgjort hvad angår realiteten.
- 37 Endelig bemærkes, at selv om undersøgelsen af spørgsmålet om, hvorvidt, under omstændigheder som de i hovedsagen omhandlede, økonomiske aktører, der bevidst havde besluttet ikke at deltage i en udbudsprocedure, rådede over en klageret i medfør af artikel 1 stk. 3, i direktiv 89/665 eller af artikel 1, stk. 3, i direktiv 92/13, kun har til formål at gøre det muligt for den forelæggende ret at træffe afgørelse om fordelingen af sagsomkostningerne i hovedsagen, er der unægteligt tale om et spørgsmål vedrørende fortolkningen af EU-retten, som Domstolen skal besvare for at sikre en ensartet anvendelse af denne ret.
- 38 I dette omfang skal det fastslås, at anmodningen om præjudiciel afgørelse kan antages til realitetsbehandling.

Den manglende identificering af arten af den i hovedsagen omhandlede kontrakt

- 39 Det er korrekt, som den italienske regering har anført i sine skriftlige indlæg, at forelæggelsesafgørelsen ikke gør det muligt med sikkerhed at bestemme, om det af Kontoret indledte udbud vedrørte en koncessionskontrakt om transporttjenester eller en offentlig tjenesteydelseskontrakt. I det første tilfælde skal sagsøgerne i hovedsagens søgsmålsinteresse vurderes, henset til artikel 5, stk. 7, i forordning (EF) nr. 1370/2007, mens den i det andet tilfældet skal bedømmes i lyset af artikel 1, stk. 3, i direktiv 92/13.
- 40 Uden at det er nødvendigt at søge at bestemme arten af den nævnte kontrakt, hvilket det ex officio tilkommer den forelæggende ret at gøre, skal det imidlertid, således som generaladvokaten har anført i punkt 63 i forslaget til afgørelse, fastslås, at artikel 1, stk. 3, i direktiv 92/13 og artikel 5, stk. 7, i forordning nr. 1370/2007 fastsætter klageordninger, som svarer til den i direktiv 89/665 omhandlede ordning, som er genstand for den forelæggende rets spørgsmål.
- 41 Da retten til en effektiv domstolsbeskyttelse er genstand for en tilsvarende beskyttelse i de tre tekster i den afledte ret, der er omhandlet i den foregående præmis, kan Domstolens besvarelse af det forelagte spørgsmål under disse omstændigheder ikke variere alt efter kvalificeringen af den i hovedsagen omhandlede kontrakt.
- 42 Det må derfor fastslås, at anmodningen om præjudiciel afgørelse også i dette omfang kan antages til realitetsbehandling.

Realiteten

- 43 Med sit spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om såvel artikel 1, stk. 3, i direktiv 89/665 som artikel 1, stk. 3, i direktiv 92/13 er til hinder for en national lovgivning som den i hovedsagen omhandlede, der ikke gør det muligt for økonomiske aktører at iværksætte en klage over beslutninger truffet af den ordregivende myndighed vedrørende en udbudsprocedure, som de har

besluttet sig for ikke at deltage i med den begrundelse, at de bestemmelser, som finder anvendelse på denne procedure, gjorde det meget usandsynligt, at de ville blive tildelt den omhandlede offentlige kontrakt.

- 44 Medlemsstaterne skal i medfør af artikel 1, stk. 3, i direktiv 89/665 sikre, at der er adgang til de i direktivet fastsatte klageprocedurer »i det mindste« for personer, der har eller har haft interesse i at opnå en bestemt offentlig kontrakt, og som har lidt eller vil kunne lide skade som følge af en påstået overtrædelse af EU-bestemmelserne om offentlige kontrakter eller nationale bestemmelser til gennemførelse heraf (jf. i denne retning dom af 12.2.2004, Grossmann Air Service, C-230/02, EU:C:2004:93, præmis 25, og af 5.4.2016, PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, præmis 23).
- 45 Medlemsstaterne er således ikke forpligtet til at give enhver, som ønsker at opnå tildeling af en offentlig kontrakt, adgang til de nævnte klageprocedurer, men de har mulighed for at kræve, at den pågældende har lidt eller vil kunne lide skade som følge af den påståede overtrædelse (jf. i denne retning dom af 19.6.2003, Hackermüller, C-249/01, EU:C:2003:359, præmis 18 og af 12.2.2004, Grossmann Air Service, C-230/02, EU:C:2004:93, præmis 26).
- 46 Deltagelsen i et udbud af en kontrakt kan, henset til artikel 1, stk. 3, i direktiv 89/665, 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 (dom af 12.2.2004, Grossmann Air Service, C-230/02, EU:C:2004:93, præmis 27).
- 47 I den situation, hvor en virksomhed 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, vil det være urimeligt at kræve, at virksomheden skal afgive bud inden for rammerne af det omhandlede udbud, inden den kan anvende klageprocedurerne i direktiv 89/665 over for sådanne specifikationer, selv om virksomheden, som følge af de nævnte specifikationer, ikke har nogen chance for at få tildelt denne kontrakt (jf. i denne retning dom af 12.2.2004, Grossmann Air Service, C-230/02, EU:C:2004:93, præmis 28 og 29).
- 48 I dom af 12. februar 2004, Grossmann Air Service (C-230/02, EU:C:2004:93), var betragtningen om, at Grossmann Air Service ikke havde nogen chance for at få tildelt kontrakten, knyttet til den omstændighed, som anført i den nævnte doms præmis 17, at selskabet ikke rådede over større flytyper, således at det ikke kunne formodes at være i stand til at levere samtlige de ydelser, som den ordregivende myndighed efterspurgte.
- 49 Den lære, som kan udledes af dom af 12. februar 2004, Grossmann Air Service (C-230/02, EU:C:2004:93), finder anvendelse mutatis mutandis i den foreliggende sag.
- 50 Det følger således af såvel praksis fra Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager, Italien) som af dom nr. 245/2016 fra Corte costituzionale (forfatningsdomstol), at en økonomisk aktør, der ikke har afgivet noget bud, undtagelsesvis kan anerkendes en søgsmålsinteresse i »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«.
- 51 Det skal følgelig fastslås, at de krav, der følger af såvel artikel 1, stk. 3, i direktiv 89/665 som af artikel 1, stk. 3, i direktiv 92/13 er opfyldt, hvis en aktør, der ikke har afgivet noget bud, råder over en klageret, når det er denne aktørs opfattelse, at specifikationer indeholdt i dokumenterne vedrørende udbuddet gør det umuligt at afgive tilbud.

- 52 Det skal imidlertid bemærkes, at en sådan klage ikke, idet de mål med hensyn til hurtighed og effektivitet, der er omhandlet i såvel direktiv 89/665 som direktiv 92/13 ellers vil blive bragt i fare, kan indgives efter, at beslutningen om tildeling af en kontrakt er blevet truffet af den ordregivende myndighed (jf. i denne retning dom af 12.2.2004, Grossmann Air Service, C-230/02, EU:C:2004:93, præmis 37).
- 53 For så vidt som det kun er undtagelsesvis, at en aktør, der ikke har afgivet noget bud, kan anerkendes en klageret, kan det endvidere ikke anses for vidtgående at kræve af aktøren, at denne godtgør, at bestemmelserne i udbuddet gør det umuligt at afgive tilbud.
- 54 Selv om denne grad af krav til beviset ikke i sig selv er i strid med EU-retten om offentlige kontrakter, kan det imidlertid ikke udelukkes, at anvendelsen heraf, henset til de særlige omstændigheder i hovedsagen, kan medføre en tilsidesættelse af den klageret, som sagsøgerne i hovedsagen udleder af såvel artikel 1, stk. 3, i direktiv 89/665 som af artikel 1, stk. 3, i direktiv 92/13.
- 55 Det tilkommer herved den forelæggende ret indgående og under hensyntagen til samtlige relevante forhold, der kendetegner den sammenhæng, som den sag, som er indbragt for den, indgår i, at vurdere, om den konkrete anvendelse af den italienske lovgivning om søgsmålskompetence, som fortolket af Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) og Corte costituzionale (forfatningsdomstol), kan påvirke de omhandlede økonomiske aktørers ret til en effektiv domstolsbeskyttelse.
- 56 På grundlag af de oplysninger, som er indeholdt i de sagsakter, der er forelagt den, kan Domstolen ikke desto mindre give den forelæggende ret nyttige oplysninger med hensyn til den bedømmelse, som det tilkommer sidstnævnte at foretage.
- 57 I denne henseende skal der først og fremmest tages hensyn til den omstændighed, at Amt m.fl. varetog den regionale offentlige transporttjeneste, inden den ordregivende myndighed indledte udbudsproceduren og derefter besluttede ikke at gennemføre den. Idet det i regionallov nr. 33/2013 præciseres, at den regionale offentlige transporttjeneste fra nu af vil blive tildelt ved én enkelt samlet kontrakt, der dækker hele Regionens område, mens artikel 3a i lovdekret nr. 138/2011 bestemmer, at lokale offentlige tjenester i princippet skal drives på provinsniveau, tilkommer det dernæst den forelæggende ret at undersøge, om den regionale lovgiver har anført årsagerne til, at denne fandt, at det var at foretrække fremover at tilrettelægge transporttjenesten på regionalt niveau og ikke på provinsniveau. Henset til den ordregivende myndigheds frihed med hensyn til vurderingen af dennes behov kan det endelig ikke a priori udelukkes, at Regionens valg om at tilrettelægge transporttjenesterne på regionalt niveau var legitimt, idet det f.eks. varetog økonomisk hensyn såsom ønsket om at opnå stordriftsfordele.
- 58 Henset til foregående betragtninger skal det forelagte spørgsmål besvares således, at såvel artikel 1 stk. 3, i direktiv 89/665 som artikel 1, stk. 3, i direktiv 92/13 skal fortolkes således, at de ikke er til hinder for en national lovgivning som den i hovedsagen omhandlede, der ikke gør det muligt for økonomiske aktører at iværksætte en klage over beslutninger truffet af den ordregivende myndighed vedrørende en udbudsprocedure, som de har besluttet sig for ikke at deltage i med den begrundelse, at de bestemmelser, som finder anvendelse på denne procedure, gjorde det meget usandsynligt, at de ville blive tildelt den omhandlede offentlige kontrakt.

Det tilkommer ikke desto mindre den kompetente nationale ret indgående og under hensyntagen til samtlige relevante forhold, der kendetegner den sammenhæng, som den sag, som er indbragt for den, indgår i, at vurdere, om den konkrete anvendelse af denne lovgivning kan påvirke de omhandlede økonomiske aktørers ret til en effektiv domstolsbeskyttelse.

Sagsomkostninger

- 59 Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den forelæggende ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagsomkostningerne. Bortset fra nævnte parterers udgifter kan de udgifter, som er afholdt i forbindelse med afgivelse af indlæg for Domstolen, ikke erstattes.

På grundlag af disse præmisser kender Domstolen (Tredje Afdeling) for ret:

Såvel artikel 1, stk. 3, 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, som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2007/66/EF af 11. december 2007, som artikel 1, stk. 3, i Rådets direktiv 92/13/EØF af 25. februar 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, som ændret ved direktiv 2007/66, skal fortolkes således, at de ikke er til hinder for en national lovgivning som den i hovedsagen omhandlede, der ikke gør det muligt for økonomiske aktører at iværksætte en klage over beslutninger truffet af den ordregivende myndighed vedrørende en udbudsprocedure, som de har besluttet sig for ikke at deltage i med den begrundelse, at de bestemmelser, som finder anvendelse på denne procedure, gjorde det meget usandsynligt, at de ville blive tildelt den omhandlede offentlige kontrakt.

Det tilkommer ikke desto mindre den kompetente nationale ret indgående og under hensyntagen til samtlige relevante forhold, der kendetegner den sammenhæng, som den sag, som er indbragt for den, indgår i, at vurdere, om den konkrete anvendelse af denne lovgivning kan påvirke de omhandlede økonomiske aktørers ret til en effektiv domstolsbeskyttelse.

Underskrifter