



Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
van 5 juli 2018¹

Zaak C-328/17

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

[verzoek van de Tribunale Amministrativo Regionale della Liguria (bestuursrechter in eerste aanleg Ligurië, Italië) om een prejudiciële beslissing]

„Prejudiciële procedure – Overheidsopdrachten – Ontvankelijkheid – Zonder voorwerp geraakt geding – Richtlijn 89/665/EEG – Beroepsprocedures – Noodzaak van deelneming aan de aanbesteding om beroep te kunnen instellen – Procesbevoegdheid van de inschrijver bij absolute zekerheid van niet-toelating”

1. Kan de rechter die zich moest uitspreken in een procedure die (uit juridisch oogpunt) zonder voorwerp is geraakt, waardoor er bij gebrek aan een geschil ten gronde tussen de partijen geen uitspraak meer hoeft te worden gedaan, een prejudiciële vraag voorleggen louter om te bepalen wie de proceskosten moet betalen?

2. Het Hof heeft twee mogelijkheden:

- enerzijds kan het vasthouden aan het precedent dat het heeft geschapen in de zaak Reinke² en eraan herinneren dat in deze situatie niet langer hoeft te worden geantwoord op het verzoek om een prejudiciële beslissing, zodat dit niet ontvankelijk is;
- anderzijds kan het dit obstakel omzeilen, in welk geval het de verwijzende rechter een antwoord moet geven met betrekking tot de uitlegging van de richtlijnen betreffende beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten³. De verwijzende rechter verzoekt om die uitlegging om ze te toetsen aan die van de hoogste rechterlijke instanties in Italië [Consiglio di Stato (hoogste bestuursrechter) en Corte costituzionale (grondwettelijk hof)] aangaande de

1 Oorspronkelijke taal: Spaans.

2 Beschikking van 14 oktober 2010 (C-336/08, niet gepubliceerd; hierna: „beschikking Reinke”, EU:C:2010:604).

3 Richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken (PB 1989, L 395, blz. 33) en richtlijn 92/13/EEG van de Raad van 25 februari 1992 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de communautaire voorschriften inzake de procedures voor het plaatsen van opdrachten door diensten die werkzaam zijn in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie (PB 1992, L 76, blz. 14).

procesbevoegdheid van een onderneming om op te komen tegen handelingen van een aanbestedingsprocedure waaraan zij niet heeft deelgenomen. Volgens de verwijzende rechter is de verdeling van de proceskosten afhankelijk van de manier waarop deze vraag wordt beantwoord.

I. Toepasselijke bepalingen

A. *Unierecht*

1. Richtlijn 89/665 en richtlijn 92/13

3. Artikel 1 („Toepassingsgebied en beschikbaarheid van beroepsprocedures”) van richtlijn 89/665 en richtlijn 92/13/EEG⁴ luidt als volgt:

„1. Deze richtlijn is van toepassing op opdrachten als bedoeld in richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten [(PB 2004, L 134, blz. 114)], tenzij deze opdrachten overeenkomstig de artikelen 10 tot en met 18 van die richtlijn zijn uitgesloten [Deze richtlijn is van toepassing op opdrachten als bedoeld in richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten [(PB 2004, L 134, blz. 1)], tenzij deze opdrachten overeenkomstig artikel 5, lid 2, artikelen 18 tot en met 26, artikelen 29 en 30, of artikel 62 van die richtlijn zijn uitgesloten].

Tot de opdrachten in de zin van deze richtlijn behoren overheidsopdrachten, raamovereenkomsten, concessieovereenkomsten voor openbare werken en dynamische aankoopssystemen [Tot de opdrachten in de zin van deze richtlijn behoren opdrachten voor leveringen, werken en diensten, raamovereenkomsten en dynamische aankoopssystemen].

De lidstaten nemen met betrekking tot opdrachten die binnen de werkingssfeer van richtlijn 2004/18/EG [richtlijn 2004/17/EG] 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 Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten of de nationale voorschriften waarin dat Gemeenschapsrecht is omgezet, geschonden zijn.

2. De lidstaten zien erop toe dat ondernemingen die een vordering wegens in het kader van een gunningsprocedure geleden schade willen indienen, niet worden gediscrimineerd op grond van het in deze richtlijn gemaakte onderscheid tussen nationale voorschriften waarin het Gemeenschapsrecht is omgezet, en andere nationale voorschriften.

3. De lidstaten dragen er zorg voor dat beroepsprocedures, volgens modaliteiten die de lidstaten kunnen bepalen, op zijn minst toegankelijk zijn voor een ieder die belang heeft of heeft gehad bij de gunning van een bepaalde opdracht en die door een beweerde inbreuk is of dreigt te worden geschaad.

[...]”

⁴ Zoals gewijzigd bij richtlijn 2007/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007 tot wijziging van de richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG van de Raad met betrekking tot de verhoging van de doeltreffendheid van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten (PB 2007, L 335, blz. 31). Ik vermeld tussen vierkante haken de tekstgedeelten van richtlijn 92/13 die deels afwijken van de overeenkomstige tekst van richtlijn 89/665.

4. Artikel 2 („Voorschriften voor beroepsprocedures”) bepaalt:

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

[...]

b) onwettig genomen besluiten nietig te verklaren dan wel nietig te doen verklaren, met inbegrip van het verwijderen van discriminerende technische, economische of financiële specificaties in oproepen tot inschrijving, bestekken dan wel in enig ander stuk dat verband houdt met de gunningsprocedure [onwettige besluiten nietig te verklaren c.q. nietig te doen verklaren, met inbegrip van het verwijderen van discriminerende technische, economische of financiële specificaties in de aankondiging, de periodieke indicatieve aankondiging, de mededeling inzake het bestaan van een erkenningssysteem, de uitnodiging tot inschrijving, de bestekken dan wel in enig ander stuk dat verband houdt met de aanbestedingsprocedure].

[...]”

2. *Verordening nr. 1370/2007*

5. Artikel 5 („Gunning van openbaredienstcontracten”) van verordening (EG) nr. 1370/2007⁵ bepaalt:

„1. Openbaredienstcontracten worden gegund volgens de voorschriften van deze verordening. Wat betreft openbaar personenvervoer per bus of tram zoals gedefinieerd in de richtlijnen 2004/17/EG of 2004/18/EG worden opdrachten of overheidsopdrachten gegund overeenkomstig de procedures van die richtlijnen, voor zover deze opdrachten niet de vorm aannemen van contracten voor dienstenconcessies zoals gedefinieerd in die richtlijnen. Wanneer opdrachten moeten worden gegund overeenkomstig de richtlijnen 2004/17/EG of 2004/18/EG, zijn de leden 2 tot en met 6 van dit artikel niet van toepassing.

[...]

7. De lidstaten nemen de nodige maatregelen om ervoor te zorgen dat overeenkomstig de leden 2 tot en met 6 genomen besluiten doeltreffend en snel herzien kunnen worden naar aanleiding van een verzoek van een persoon die belang heeft of gehad heeft bij het verkrijgen van een bepaald contract en die geschaad is of geschaad dreigt te worden doordat een dergelijk besluit beweerdelijk in strijd is met het Gemeenschapsrecht of de nationale regelgeving ter uitvoering daarvan.

[...]”

B. Italiaans recht

1. *Decreto legge n. 138 van 13 augustus 2011*

6. Overeenkomstig artikel 3 bis van decreto legge n. 138 (wetsbesluit nr. 138)⁶ bestrijkt het territoriale kader voor de verrichting van lokale openbare diensten in de regel het grondgebied van de provincie.

5 Verordening van het Europees Parlement en de Raad van 23 oktober 2007 betreffende het openbaar personenvervoer per spoor en over de weg en tot intrekking van verordening (EEG) nr. 1191/69 van de Raad en verordening (EEG) nr. 1107/70 van de Raad (PB 2007, L 315, blz. 1).

6 GURI nr. 188 van 13 augustus 2011, na wijzigingen omgezet bij legge n.º 148 (wet nr. 148) van 14 september 2011.

2. Legge regionale Liguria n. 33 van 7 november 2013

7. Volgens artikel 9, lid 1, en artikel 14, lid 1, van de legge regionale Liguria n.º 33 (regionale wet nr. 33/2013 van Ligurië)⁷ moet voor de gunning van de dienst één kavel ter grootte van het volledige regionale grondgebied worden vastgesteld.⁸

3. Codice del processo amministrativo

8. In artikel 26 („Gerechtskosten”) van de Codice del processo amministrativo (wetboek van bestuursprocesrecht)⁹ is het volgende bepaald:

„1. Wanneer hij een beslissing geeft, besluit de rechter eveneens over de gerechtskosten, in overeenstemming met de artikelen 91, 92, 93, 94, 96 de 97 van de codice di procedura civile (wetboek van burgerlijke rechtsvordering) en rekening houdend met de eerbiediging van de in artikel 3, lid 2, genoemde beginselen van duidelijkheid en beknoptheid. De rechter kan de verliezende partij in ieder geval eveneens ambtshalve verplichten om de andere partij een op basis van het billijkheidsbeginsel vastgesteld bedrag te betalen, dat niet meer dan het dubbele van de betaalde kosten mag bedragen, wanneer er sprake is van kennelijk ongegronde middelen.

[...]”

9. Artikel 39, lid 1, bepaalt:

„Op alle niet in deze wet geregelde kwesties zijn de bepalingen van de codice di procedura civile van toepassing, voor zover zij verenigbaar zijn of een uitdrukking van algemene beginselen vormen.”

4. Codice di procedura civile

10. Artikel 91 van de codice di procedura civile¹⁰ voorziet in het beginsel van objectief verval wat de betaling van de gerechtskosten betreft.

11. Artikel 92 bepaalt:

„De rechter kan in het overeenkomstig het voorgaande artikel gegeven vonnis bepalen dat de kosten gemaakt door de partij die de procedure heeft gewonnen, niet worden vergoed als hij die kosten buitensporig of niet noodzakelijk acht; [...]

In het geval van een gedeeltelijke toewijzing, wanneer de kwestie die wordt behandeld volledig nieuw is of wanneer de rechtspraak met betrekking tot de bestreden kwesties wordt gewijzigd, kan de rechter de kosten geheel of gedeeltelijk tussen de partijen verdelen.

[...]”

7 *Bollettino Ufficiale della Regione Liguria* nr. 17 van 8 november 2013.

8 Deze artikelen zijn ingetrokken bij legge regionale n. 19 (regionale wet nr. 19) van 9 augustus 2016, Modifiche alla legge regionale 7 novembre 2013, n. 33 (Riforma del sistema del trasporto pubblico regionale e locale) ed altre modifiche normative in materia di trasporto pubblico locale [wijzigingen van regionale wet nr. 33 van 7 november 2013 (hervorming van het regionaal en lokaal openbaarvervoersysteem) en andere wijzigingen van de regelgeving op het gebied van lokaal openbaar vervoer] (GURI nr. 11 van 18 maart 2017; hierna: „regionale wet nr. 19/2016 van Ligurië”).

9 Decreto legislativo n. 104 (wetsdecreet nr. 104) van 2 juli 2010 (GURI nr. 156 van 7 juli 2010).

10 Regio decreto n. 1443 (koninklijk besluit nr. 1443) van 28 oktober 1940 (GURI nr. 253 van 28 oktober 1940).

12. Artikel 100 bepaalt:

„Om een vordering in te stellen of tegen een vordering verweer te voeren moet een partij procesbelang hebben.”

II. Feiten en prejudiciële vraag

13. De Regione Liguria (de regio Ligurië) heeft, via de Agenzia regionale per il trasporto pubblico locale (het regionale agentschap voor lokaal openbaar vervoer), een aankondiging gepubliceerd in het *Publicatieblad van de Europese Unie* van 3 juni 2015¹¹ „voor de vaststelling van de marktdeelnemers” die op haar grondgebied de openbare personenvervoersdiensten over de weg moesten verrichten, overeenkomstig regionale wet nr. 33/2013 van Ligurië en verordening nr. 1370/2007.

14. Verschillende ondernemingen (hierna: „AMT”) die de openbare personenvervoersdiensten over de weg verrichtten op provinciaal of subprovinciaal niveau hebben tegen de handelingen van de selectieprocedure beroep ingesteld bij de Tribunale Amministrativo Regionale della Liguria (bestuursrechter in eerste aanleg Ligurië, Italië)¹². Zij voerden ter staving van hun vordering aan dat doordat het volledige regionale grondgebied werd vastgesteld als kader voor regionaal en lokaal openbaar vervoer, zij vrijwel geen kans maakten om de opdracht in de wacht te slepen.

15. Aangezien hij twijfelde aan de verenigbaarheid van regionale wet nr. 33/2013 van Ligurië met de Italiaanse Grondwet, heeft de TAR van Ligurië op 21 januari 2016 een „grondwettigheidsvraag” voorgelegd aan de Corte Costituzionale (grondwettelijk hof, Italië).

16. Terwijl de procedure voor de grondwettigheidstoetsing aanhangig was, heeft de Regione Liguria een nieuwe wet goedgekeurd¹³ waarbij de regionale beperking voor de verrichting van de vervoersdienst over de weg werd afgeschaft. De bevoegde autoriteit heeft er in het licht van die afschaffing van afgezien om de aanbestedingsprocedure voort te zetten en heeft de procedure ingetrokken.

17. Desondanks wees de Corte Costituzionale op arrest nr. 245/2016 van 22 november 2016, waarin hij de vraag van de TAR van Ligurië niet-ontvankelijk verklaarde omdat AMT geen procesbevoegdheid had om tegen de handelingen van de aanbestedingsprocedure op te komen, aangezien zij daar niet aan had deelgenomen.

18. De Corte Costituzionale motiveerde zijn uitspraak als volgt:

„Zoals aangevoerd door de verwijzende rechter hebben de verzoekende partijen, vennootschappen waaraan reeds openbaarvervoersdiensten waren uitbesteed op provinciaal niveau, niet deelgenomen aan de informele aanbestedingsprocedure die door de regionale overheid was uitgeschreven overeenkomstig artikel 30 van decreto legislativo n. 163 (wetsbesluit nr. 163) van 2006^[14], maar zijn zij uitsluitend opgekomen tegen de aankondiging van vaststelling van de marktdeelnemers waarin werd opgeroepen tot het indienen van blikken van belangstelling en waarin is vastgesteld dat het territoriale kader van de opdracht het grondgebied van de regio bestrijkt en de dienst in één kavel wordt gegund.

11 PB 2015, S 105, van 3 juni 2015, aankondiging nr. 191825. Die aankondiging werd voorafgegaan door een „indicatieve aankondiging” van 18 februari 2014 (2014/S 038-063550), waarin werd verwezen naar richtlijn 2004/17.

12 Hierna: „TAR van Liguria”.

13 Zie voetnoot 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 [Wetsbesluit nr. 163 van 12 april 2006. Wetboek inzake overheidsopdrachten betreffende werken, diensten en leveringen en tot uitvoering van richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG (GURI nr. 100 van 2 mei 2006; hierna: „wetsbesluit nr. 163 van 2006” of „wetboek inzake overheidsopdrachten”).

Volgens gevestigde bestuursrechtspraak kan een onderneming die niet deelneemt aan de aanbestedingsprocedure niet opkomen tegen die procedure, noch tegen de gunning van de opdracht aan andere ondernemingen, omdat zij geen voldoende duidelijk onderscheiden materiële rechtspositie heeft, maar slechts een feitelijk belang [arrest nr. 2507 van de Consiglio di Stato (derde kamer) van 10 juni 2016; arrest nr. 491 van de Consiglio di Stato (derde kamer) van 2 februari 2015; arrest nr. 6048 van de Consiglio di Stato (zesde kamer) van 10 december 2014; arrest nr. 9 van de Consiglio di Stato (voltallige zitting) van 25 februari 2014 en arrest nr. 4 van de Consiglio di Stato (voltallige zitting) van 7 april 2011].

Voorts is het vaste rechtspraak dat ‚uitnodigingen tot inschrijving en oproepen tot mededinging en uitnodigingsbrieven gewoonlijk worden aangevochten samen met de handelingen waaraan zij uitvoering geven, aangezien die handelingen concreet bepalen wie nadeel ondervindt door de procedure en tegelijkertijd de schade binnen de personele werkingssfeer van de betrokkene doeltreffend en concreet maken’ [arrest nr. 1 van de Consiglio di Stato (voltallige zitting) van 29 januari 2003].

Een uitzondering op die regels, die voortvloeien uit de toepassing van de algemene beginselen op het gebied van procesbevoegdheid en procesbelang op aanbestedingsprocedures, zijn gevallen waarin wordt opgekomen tegen het ontbreken van een aanbesteding of een uitnodiging tot inschrijving, of waarin wordt opgekomen tegen clausules van de aanbesteding die de verzoeker rechtstreeks uitsluiten of, tot slot, tegen clausules die kennelijk onbegrijpelijk of volledig onevenredig zijn of het onmogelijk maken om een offerte op te stellen [arrest nr. 2507 van de Consiglio di Stato (derde kamer) van 10 juni 2016; arrest nr. 5862 van de Consiglio di Stato (vijfde kamer) van 30 december 2015; arrest nr. 5181 van de Consiglio di Stato (vijfde kamer) van 12 november 2015; arrest nr. 9 van de Consiglio di Stato (voltallige zitting) van 25 februari 2014 en arrest nr. 4 van de Consiglio di Stato (voltallige zitting) van 7 april 2011].

In dergelijke gevallen is het verzoek tot deelneming aan de procedure niet relevant voor het beroep, hetzij omdat er geen aanbesteding is uitgeschreven, hetzij omdat het feit dat de aanbesteding in de kern wordt betwist of dat het onvermogen om eraan deel te nemen wordt betwist ex se een onderscheiden rechtspositie doet ontstaan (met betrekking tot respectievelijk de onderneming waarvan de rechtsverhouding onverenigbaar is met de nieuwe aanbestedingsprocedure en de onderneming van de sector die is belet deel te nemen), die zekere en concrete schade ondervindt (arrest nr. 4 van de Consiglio di Stato, in voltallige zitting, van 7 april 2011).

De situatie die in deze zaak wordt onderzocht, valt niet onder deze uitzonderingen, zoals ook blijkt uit de motivering van de verwijzingsbeslissing. Daarin staat dat de betwiste clausules de waarschijnlijkheid van gunning aan de verzoekende partijen aantasten, aangezien die waarschijnlijkheid „vrijwel tot nul zou worden gereduceerd”, terwijl een gunning van de dienst aan partijen in een territoriaal kader dat het grondgebied van de provincie bestrijkt en waarbij de opdracht is onderverdeeld in meerdere kavels, ‚zeer waarschijnlijk was geweest, al was het alleen maar vanwege het voordeel dat zij, als vorige beheersters van de dienst, hebben’.

Uit die motivering blijkt dat er geen sprake was van een vaststaande en werkelijke belemmering voor de deelname aan de aanbesteding, maar slechts van mogelijk nadeel, dat uitsluitend na afloop van de procedure kan worden aangevoerd door diegenen die aan de procedure hebben deelgenomen, in het geval de opdracht niet aan hen is gegund.”

19. De TAR van Ligurië vraagt zich af of deze uitlegging van de Corte Costituzionale strookt met richtlijn 89/665. Ondanks het feit dat de uitnodiging tot inschrijving werd ingetrokken, lijkt een prejudiciële beslissing van het Hof hem daarom relevant om uitspraak te kunnen doen over de proceskosten.

20. De verwijzende rechter ziet twee mogelijkheden:

- „indien het Hof oordeelt dat de vordering tot nietigverklaring van de volledige aanbestedingsprocedure valt onder een van de uitzonderingsgevallen waarin de ondernemer die niet aan de aanbesteding heeft deelgenomen toch beroep kan instellen, moet in het eindoordeel worden vastgesteld dat het geding door de vaststelling van regionale wet nr. 19/2016 van Ligurië zonder voorwerp is geraakt [...] In dat geval zouden de proceskosten en het griffierecht ten laste van verweersters komen en derhalve aan verzoeksters moeten worden vergoed”;
- „indien het Hof daarentegen de uitlegging van de Corte Costituzionale in arrest nr. 245/2016 aanvaardt en dus oordeelt dat de verzoekende vennootschappen niet tegen de handelingen van de aanbesteding kunnen opkomen, moet het hoofdgeding worden afgesloten met een niet-ontvankelijkverklaring van de vordering wegens het ontbreken van procesbelang, met als gevolg dat de kosten onder de verzoeksters worden verdeeld”.

21. Op basis van voorgaande feiten, legt de TAR van Ligurië de volgende prejudiciële vraag voor:

„Staan artikel 1, leden 1, 2 en 3, en artikel 2, lid 1, onder b), van richtlijn 89/665/EEG 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, in de weg aan een nationale regeling die de mogelijkheid beroep in te stellen tegen de handelingen van een aanbestedingsprocedure uitsluitend toekent aan ondernemers die een verzoek tot deelname aan deze aanbesteding hebben ingediend, ook wanneer de rechtsvordering is gericht op de beoordeling van de grondslagen van de procedure, omdat reeds uit de aanbestedingsregeling volgt dat de opdracht zeer waarschijnlijk niet aan de betrokkene zal worden gegund?”

III. Samenvatting van de opmerkingen van partijen

22. De Italiaanse regering betwist de ontvankelijkheid van de prejudiciële verwijzing met de volgende argumenten:

- ten eerste bepaalt artikel 1, lid 1, van richtlijn 89/665 de werkingssfeer van die richtlijn, door te verwijzen naar richtlijn 2004/18. Aangezien de aan de orde zijnde aanbesteding tot doel had een concessieovereenkomst voor openbaarvervoersdiensten over de weg te gunnen, is richtlijn 2004/18, net als richtlijn 89/665, niet van toepassing;
- ten tweede berust, ook wanneer richtlijn 89/665 wel van toepassing zou zijn, die toepassing op een inbreuk op de materiële regels van richtlijn 2004/18. De verwijzende rechter heeft niet aangegeven welke regels zijn overtreden en heeft slechts vaag verwezen naar een mogelijke buitensporige beperking van de mededinging, zonder te vermelden welke bepalingen van het Unierecht zijn geschonden.

23. Ten gronde wijst de Italiaanse regering erop dat de algemene regel voorschrijft dat wie vrijwillig en vrijelijk beslist om niet aan een selectieprocedure deel te nemen, geen recht heeft om nietigverklaring daarvan te vorderen. Er gelden echter uitzonderingen, namelijk indien: i) de uitnodiging tot inschrijving in de kern wordt betwist; ii) wordt betwist dat geen aanbesteding heeft plaatsgevonden, aangezien de overheidsdienst de overeenkomst onderhands heeft gegund; of iii) een of meerdere clausules van de aanbesteding worden betwist omdat zij de verzoeker rechtstreeks uitsluiten. Deze regeling is perfect verenigbaar met de in de rechtspraak ontwikkelde beginselen zoals vastgelegd in het arrest *Grossmann Air Service*.¹⁵

¹⁵ Arrest van 12 februari 2004 (C-230/02, EU:C:2004:93; hierna: „arrest *Grossmann*”).

24. De Italiaanse regering komt tot de conclusie dat de Corte Costituzionale in dit specifieke geval van oordeel was dat de kansen van AMT niet nihil waren, maar slechts beperkt, en dat de beoordeling van haar kans om in aanmerking te komen pas kon plaatsvinden na de selectieprocedure, waaraan zij had moeten deelnemen.

25. De regering van de Tsjechië voert, eveneens op basis van het arrest Grossmann, aan dat potentiële inschrijvers die zich in een discriminerende situatie bevinden, procesbevoegdheid moeten hebben om op te komen tegen de clausules die tot discriminatie leiden. De toewijzing van hun beroep zou hen in staat stellen om toegang te krijgen tot de gunning van de opdracht, aangezien zij de handelingen van de aanbesteding in een eerste fase zouden kunnen laten herzien, zonder te wachten tot de aanbesteding is afgerond.

26. De Spaanse regering is van mening dat richtlijn 89/665 minimumniveaus voor de toegang tot de beroepsprocedures bevat en dat het aan de nationale rechtsstelsels staat om die niveaus binnen de door het gelijkwaardigheidsbeginsel en het effectiviteitsbeginsel gestelde grenzen vast te stellen. Zij baseert haar analyse op het effectiviteitsbeginsel en stelt dat dit beginsel niet mag worden geschonden, aangezien artikel 1, lid 3, van richtlijn 89/665 vereist dat de betrokkene door een beweerde inbreuk op het gemeenschapsrecht is of kan worden geschaad. Dat is niet het geval bij verzoekster, aangezien het gaat om handelingen van een aanbesteding waaraan zij niet heeft deelgenomen.

27. De Spaanse regering wijst erop dat de Italiaanse wetgeving en de rechtspraak die deze wetgeving uitlegt mogelijkheden bieden om op te komen tegen de uitnodiging tot inschrijving, zonder dat daarvoor aan de aanbesteding hoeft te worden deelgenomen, en dat verzoeksters de kans om beroep in te stellen tegen de aankondiging van de opdracht hebben laten voorbijgaan. Het is dus niet te rechtvaardigen dat zij nu beroep instellen tegen de handelingen van een aanbestedingsprocedure waarbij zij niet betrokken waren.

28. De Commissie is van mening dat de voorgelegde prejudiciële vraag niet-ontvankelijk is, omdat het om een hypothetische vraag gaat, aangezien het hoofdgeding zonder voorwerp is geraakt.

29. Ten gronde heeft de Commissie het arrest Grossmann geanalyseerd en redeneert zij dat de nationale voorschriften inzake beroep het effectiviteitsbeginsel moeten eerbiedigen en geen afbreuk mogen doen aan het nuttig effect van richtlijn 89/665, dat is versterkt door artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de EU.

30. Volgens de Commissie druist de rechtsopvatting van de Corte Costituzionale in tegen dat beginsel, aangezien zij vereist dat met absolute zekerheid vaststaat dat de verzoekende partij wordt uitgesloten van gunning, als voorwaarde om een beroep te kunnen doen op de uitzonderingen met betrekking tot de procesbevoegdheid van een verzoeker die niet aan de aanbesteding heeft deelgenomen. Voor het Hof hoefde geen absolute zekerheid te worden aangetoond, maar slechts waarschijnlijkheid.

IV. Procedure bij het Hof

31. De verwijzingsbeslissing is op 31 mei 2017 ingekomen bij de griffie van het Hof.

32. De Italiaanse, de Spaanse en de Tsjechische regering alsmede de Europese Commissie hebben schriftelijke opmerkingen ingediend. Alleen de Italiaanse regering en de Commissie hebben deelgenomen aan de terechtzitting die op 26 april 2018 heeft plaatsgevonden.

V. Beoordeling

A. Ontvankelijkheid van de prejudiciële vragen

33. De prejudiciële vraag draait hoofdzakelijk om de procesbevoegdheid van diegenen die zich, zoals AMT, niet hebben ingeschreven voor een openbare aanbestedingsprocedure omdat zij van mening waren dat de opdracht zeer waarschijnlijk niet aan hen zou worden gegund.

34. Zoals reeds uiteengezet, is het geding voor de nationale rechter zonder voorwerp geraakt ten gevolge van een hervorming van de wetgeving, op basis waarvan de aanbestedende dienst heeft besloten om de uitnodiging tot inschrijving in te trekken. De nationale rechter stelt echter dat een prejudiciële beslissing van het Hof absoluut noodzakelijk is opdat hij uitspraak zou kunnen doen over de proceskosten.

35. Volgens artikel 267 VWEU zijn prejudiciële verwijzingen bedoeld om de nationale rechter de nodige richtlijnen te verschaffen om gedingen te beslechten waarin twijfels rijzen ten aanzien van de uitlegging van het Unierecht.

36. Zoals ik aan het begin van deze conclusie al aangaf, heeft het Hof zich al eerder over een soortgelijke situatie uitgesproken, waarin het hoofdgeding zonder voorwerp was geraakt en de prejudiciële verwijzing alleen nuttig was om uitspraak te doen over de kosten.

37. In de beschikking Reinke is inderdaad vastgesteld dat een dergelijke uitspraak over de kosten ondergeschikt is aan de beslissing in het hoofdgeding in het kader waarvan de prejudiciële vragen zijn gesteld. Aangezien dat geding was beslecht, behoefde op de vragen met betrekking tot de kosten niet meer te worden geantwoord.¹⁶

38. Tegen de logica van de beschikking Reinke is volgens mij niets in te brengen¹⁷; die logica strookt ook met andere uitingen van datzelfde beginsel (volgens artikel 58 van het Statuut van het Hof van Justitie kan een verzoek om hogere voorziening bijvoorbeeld niet uitsluitend betrekking hebben op de veroordeling in of het bedrag van de proceskosten). Als het proces waarin de rechtsregel van de Unie moest worden toegepast plots zonder voorwerp geraakt, vervalt het geschil tussen de partijen en is uitlegging van een rechtsregel van de Unie door het Hof eenvoudigweg niet langer nodig, aangezien een dergelijke uitlegging geen invloed kan hebben op het (niet meer bestaande) geschil.

39. De TAR van Ligurië geeft echter aan dat het oordeel van het Hof over de procesbevoegdheid van een verzoekende partij om op te komen tegen een aanbesteding waaraan zij niet heeft deelgenomen, relevant is om te kunnen bepalen welke partij hij in de kosten van het vervallen proces moet verwijzen, en voor welk bedrag.

40. Dit indirecte verband volstaat volgens mij niet om te oordelen dat er een voldoende nauw verband met het Unierecht is. Het gaat hier in feite niet langer over overheidsopdrachten, maar over de regeling voor de gerechtskosten. Tenzij er wat dat betreft specifieke bepalingen van het Unierecht gelden (wat op bepaalde, welomschreven gebieden het geval is, zoals ik hierna zal uiteenzetten), wordt de beslissing ten aanzien van de proceskosten uitsluitend gebaseerd op het nationale recht, en niet op dat van de Unie.

¹⁶ Punt 16.

¹⁷ Men zou natuurlijk kunnen redeneren dat de omstandigheden in de zaak Reinke niet dezelfde waren als in deze zaak. Enkele incidentele verschillen buiten beschouwing gelaten, bestaat er volgens mij echter geen twijfel over de overeenkomst tussen beide.

41. De achterliggende idee in de beschikking Reinke hangt samen met de functie van prejudiciële verwijzingen: de uitlegging van het Unierecht moet absoluut noodzakelijk zijn opdat de nationale rechter zijn geding kan beslechten (punt 13 van het genoemde arrest), waardoor de prejudiciële vraag niet langer hoeft te worden beantwoord als het geding zonder voorwerp geraakt (punt 16).

42. Het Unierecht voorziet niet in een geharmoniseerde regeling van de proceskosten; de behandeling daarvan behoort immers volledig tot de bevoegdheden van de lidstaten. Slechts op bepaalde gebieden heeft de wetgever van de Unie zich in deze kwestie willen mengen, hetzij om buitensporig kostbare procedures te vermijden, die de toegang tot de rechter in bepaalde rechtsgebieden kunnen bemoeilijken¹⁸, hetzij om te garanderen dat diegene wiens rechten zijn geschonden van de andere partij redelijke en evenredige gerechtskosten vergoed krijgt, doch dit, nogmaals, alleen op bepaalde specifieke gebieden.¹⁹

43. Zelfs in zaken waarin de proceskosten zijn geregeld in het Unierecht, heeft het Hof verklaard dat „bij ontbreken van een precisering in het Unierecht, het aan de lidstaten staat om bij de omzetting van een richtlijn de volle werking ervan te verzekeren, en dat zij daarbij over een ruime beoordelingsmarge beschikken met betrekking tot de te kiezen middelen”. Met betrekking tot de zaak die destijds aan de orde was, op het gebied van het milieurecht, stelde het Hof dat „rekening [moet] worden gehouden met alle relevante bepalingen van het nationale recht, met name met een nationaal stelsel van rechtsbijstand en een regeling tot beperking van de kosten” en met „de aanzienlijke verschillen tussen de nationale wettelijke regelingen op dit gebied”.²⁰

44. Wanneer deze ruime beoordelingsmarge, in combinatie met de erkenning van het feit dat elke nationale regeling zijn eigen unieke kenmerken heeft, bestaat in gevallen waarin het Unierecht van invloed is op de regeling van de proceskosten, zal de vrijheid waarover de lidstaten beschikken op een gebied dat niet onder de communautaire regels valt, nog groter zijn.

45. Als er in deze zaak discussie zou zijn over de kosten²¹, zou die louter betrekking hebben op de uitlegging van de nationale rechtsregels inzake de verdeling van de kosten tussen de partijen en de bevoegdheden van de rechter om ze aan te passen. Bij een conflict dat louter betrekking heeft op de proceskosten, moeten de richtsnoeren om het conflict te beslechten worden gezocht in het nationale recht en niet in het Unierecht, waarin zoals gezegd geen regels zijn vastgesteld op dat gebied.

46. Hoewel er geen communautaire harmonisatie bestaat voor de kosten die van toepassing zijn in dit soort geschillen, kunnen de kenmerken van het hoofdgeding de eerbiediging van de fundamentele regels en algemene beginselen van het Verdrag betreffende de Europese Unie in gevaar brengen, maar daartoe zou een van de fundamentele vrijheden op het spel moeten staan, en daarop wordt in de verwijzingsbeslissing zelfs niet gezinspeeld.

18 Artikel 10 bis van richtlijn 85/337/EEG van de Raad van 27 juni 1985 betreffende de milieueffectbeoordeling van bepaalde openbare en particuliere projecten (PB 1985, L 175, blz. 40), en artikel 15 bis van richtlijn 96/61/EG van het Europees Parlement en de Raad van 24 september 1996 inzake geïntegreerde preventie en bestrijding van verontreiniging (PB 1996, L 257, blz. 26).

19 Artikel 14 van richtlijn 2004/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten (PB 2004, L 157, blz. 45); en artikel 6, lid 3, van richtlijn 2011/7/EU van het Europees Parlement en de Raad van 16 februari 2011 betreffende bestrijding van betalingsachterstand bij handelstransacties (PB 2011, L 48, blz. 1).

20 Arrest van 11 april 2013, Edwards (C-260/11, EU:C:2013:221, punten 37 en 38).

21 De verwijzende rechter verschaft geen gegevens waaruit moet blijken dat de partijen het oneens zijn over de veroordeling in of het bedrag van de (toekomstige) proceskosten. Bovendien hebben alle partijen afgezien van deelname aan de prejudiciële procedure, hetgeen naar mijn mening niet duidt op veel belangstelling voor de beslechting ervan.

47. Zonder mijn oordeel in de plaats te willen stellen van dat van de verwijzende rechter en zonder afbreuk te willen doen aan zijn vrijheid om voor de ene dan wel de andere formule uit het nationale recht te kiezen, bieden de eerder genoemde regels uit het wetboek burgerlijke rechtsvordering en het wetboek bestuursprocesrecht voldoende ondersteuning om, ongeacht hoe het vraagstuk rond de procesbevoegdheid van de verzoekster wordt opgelost, een beslissing te nemen inzake de veroordeling in de kosten op grond van beginselen die losstaan van dat vraagstuk.

48. Het volstaat hier te herhalen dat volgens het nationale recht de rechterlijke instantie de kosten geheel of gedeeltelijk tussen de partijen kan verdelen wanneer „de kwestie die wordt behandeld volledig nieuw is” of wanneer „de rechtspraak met betrekking tot de bestreden kwesties wordt gewijzigd”.²² De verwijzende rechter geniet in dit opzicht bijgevolg de volledige keuzevrijheid, ongeacht of hij, in navolging van het arrest van de Corte Costituzionale, de rechtsbevoegdheid van AMT afwijst of toewijst.

49. Naar mijn mening is de prejudiciële verwijzing dan ook niet-ontvankelijk, aangezien een antwoord van het Hof niet noodzakelijk is en het Hof niet bevoegd is om zich uit te spreken over de toepassing van de Italiaanse regeling voor de proceskosten, die een louter binnenlandse aangelegenheid is.

B. Ten gronde

50. Voor het geval het Hof zich toch ten gronde over de prejudiciële vraag wil uitspreken, zal ik hier subsidiair mijn mening geven. Ik zal daarbij eerst proberen om het toepasselijke rechtskader te bepalen en vervolgens een antwoord op de gestelde vraag voorstellen.

1. Toepasselijk rechtskader

51. De betwiste aanbesteding was gericht op de gunning van een opdracht voor openbare personenvervoersdiensten over de weg. Dat soort diensten valt binnen de specifieke werkingssfeer van verordening nr. 1370/2007, waarvan artikel 5 regels bevat voor de „gunning van openbardienstencontracten” in de vervoerssector.

52. Uit de gegevens in de verwijzingsbeslissing kan niet met zekerheid worden afgeleid of het in deze zaak ging om een „concessieovereenkomst voor diensten” of een „overheidsopdracht voor diensten”. Hoewel beide instrumenten vergelijkbare eigenschappen hebben²³, verschillen ze wat de tegenprestatie betreft. Bij een concessieovereenkomst bestaat die in het recht om de dienst (al dan niet tegen een vastgestelde prijs) te exploiteren, terwijl een opdracht voor diensten een tegenprestatie behelst die door de aanbestedende dienst aan de dienstverrichter wordt betaald.²⁴

53. De indeling van de aan de orde zijnde overheidsopdracht in een van beide bovenstaande categorieën valt onder de bevoegdheid van de nationale rechter, die, in tegenstelling tot het Hof, over alle feitelijke gegevens daartoe beschikt. Zijn indeling zal relevant zijn om te bepalen welk rechtskader van toepassing is, gelet op artikel 5, lid 1, van verordening nr. 1370/2007.²⁵

54. Ik zal het vraagstuk rond de rechtsbevoegdheid derhalve bespreken voor beide scenario's.

²² In de verwijzingsbeslissing is uiteengezet dat de wetgeving en de eerdere rechtspraak van de Consiglio di Stato inzake de procesbevoegdheid van diegenen die niet aan de aanbesteding hebben deelgenomen, strookte „met de communautaire rechtspraak”. Voor de verwijzende rechter zou de situatie zijn gewijzigd ten gevolge van grondwettelijk arrest nr. 245/2016, waarmee een precedent met het hoogste gezag is geschapen dat reeds in latere arresten van de Consiglio di Stato zou zijn toegepast.

²³ Zie de conclusie van advocaat-generaal Sharpston in de zaak Hörmann Reisen (C-292/15, EU:C:2016:480, punt 26), en de conclusie van advocaat-generaal Cruz Villalón in de zaak Norma-A en Dekom (C-348/10, EU:C:2011:468, punten 39 e.v.).

²⁴ Daaraan moet worden toegevoegd dat de concessiehouder het aan de betrokken dienst verbonden exploitatierisico op zich moet nemen. Zie arrest van 10 november 2011, Norma-A en Dekom (C-348/10, EU:C:2011:721, punt 44).

²⁵

a) Concessieovereenkomst voor openbaarvervoersdiensten

55. In het eerste scenario gaat het om een concessieovereenkomst voor diensten, zoals in enkele van de schriftelijke opmerkingen wordt geargumenteed en uit de uitnodiging tot inschrijving zou kunnen worden afgeleid. Daarin wordt immers verwezen naar artikel 30 van de Codice dei contratti pubblici (Italiaans wetboek inzake overheidsopdrachten), waarin het specifiek gaat over „concessieovereenkomsten voor diensten”.²⁶

56. De Italiaanse regering beroept zich op het bestaan van een concessieovereenkomst om het beroep op richtlijn 89/665 te betwisten. Zij redeneert dat aangezien artikel 1, lid 1, van die richtlijn de werkingssfeer van de richtlijn bepaalt onder verwijzing naar richtlijn 2004/18, die laatste niet van toepassing is op dergelijke concessieovereenkomsten.

57. De Commissie voert daarentegen aan dat richtlijn 89/665 in Italië bij artikel 30, lid 7, van de Codice dei contratti pubblici ook toepasselijk is gemaakt op concessieovereenkomsten voor openbare diensten. In dat geval zou er dus een communautair verband bestaan tussen de nationale wetgeving en het Unierecht, waarop de prejudiciële bevoegdheid van het Hof overeenkomstig vaste rechtspraak berust.²⁷

58. Langs deze weg zou richtlijn 89/665 van invloed kunnen zijn. “Welke grenzen de nationale wetgever eventueel heeft gesteld aan de toepassing van het gemeenschapsrecht op de zuiver interne situaties waarop het enkel via de nationale wet van toepassing is, is [echter] een vraag van nationaal recht, die derhalve uitsluitend door de rechterlijke instanties van de betrokken lidstaat kan worden beoordeeld”.²⁸

59. Bovendien wordt de gunning van de respectieve concessieovereenkomsten in de specifieke regeling voor openbare personenvervoersdiensten over de weg van verordening nr. 1370/2007 onderworpen aan de voorschriften van artikel 5, leden 2 tot en met 6, van diezelfde verordening, met de toevoeging, in lid 7, dat de overeenkomstig die leden genomen besluiten „doeltreffend en snel herzien [moeten] kunnen worden naar aanleiding van een verzoek van een persoon die belang heeft of gehad heeft bij het verkrijgen van een bepaald contract en die geschaad is of geschaad dreigt te worden doordat een dergelijk besluit beweerdelijk in strijd is met het Gemeenschapsrecht of de nationale regelgeving ter uitvoering daarvan”.

60. Er zij op gewezen dat de bepalingen van verordening nr. 1370/2007 op dit punt dus grotendeels overeenkomen met die van artikel 1, lid 3, van richtlijn 89/665. Het is niet voor niets dat in overweging 21 van diezelfde verordening te lezen staat dat „gezorgd moet worden voor doeltreffende rechtsbescherming, niet alleen voor gunning binnen het toepassingsgebied van [de richtlijnen 2004/17 en 2004/18], maar ook voor andere contracten die overeenkomstig deze verordening worden gegund. Een doeltreffende evaluatieprocedure is nodig en moet, in voorkomend geval, vergelijkbaar zijn met de desbetreffende procedures als neergelegd in richtlijn 89/665/EEG [...] en richtlijn 92/13/EEG [...], voor zover van toepassing.”

„Openbaredienstcontracten worden gegund volgens de voorschriften van deze verordening. Wat betreft openbaar personenvervoer per bus of tram zoals gedefinieerd in de richtlijnen 2004/17/EG of 2004/18/EG worden opdrachten of overheidsopdrachten gegund overeenkomstig de procedures van die richtlijnen, voor zover deze opdrachten niet de vorm aannemen van contracten voor dienstenconcessies zoals gedefinieerd in die richtlijnen.”

26 Volgens dat artikel „zijn de bepalingen van de Codice dei contratti pubblici niet van toepassing op concessieovereenkomsten voor diensten, tenzij dit artikel anders bepaalt”. In lid 3 van dat artikel is voorzien in de mogelijkheid om de concessiehouder te kiezen via een „informele aanbesteding waarvoor ten minste vijf concurrenten zijn uitgenodigd”. Dat is de procedure die in deze zaak werd beoogd.

27 „Aldus is een uitlegging, door het Hof, van bepalingen van Unierecht in situaties die niet binnen de werkingssfeer ervan vallen gerechtvaardigd indien deze bepalingen door het nationale recht op rechtstreekse en onvoorwaardelijke wijze toepasselijk zijn gemaakt op dergelijke situaties om een gelijke behandeling te verzekeren van deze situaties en situaties die binnen de werkingssfeer van het Unierecht vallen” [arrest van 19 oktober 2017, Solar Electric Martinique (C-303/16, EU:C:2017:773, punt 27 en aldaar aangehaalde rechtspraak)].

28 Arrest van 18 oktober 1990, Dzodzi (gevoegde zaken C-297/88 en C-197/89, EU:C:1990:360, punten 41 en 42).

61. Hoewel via een andere weg bereikt, is het resultaat kortom hetzelfde: er moeten doeltreffende beroepsprocedures worden ingesteld. Uitgaande van die veronderstelling is de vraag die hier moet worden opgehelderd in hoeverre die beroepen beschikbaar moeten worden gesteld aan ondernemingen die niet aan de aanbestedingsprocedure hebben deelgenomen.

b) Opdrachten voor vervoersdiensten

62. In het tweede scenario valt de betwiste rechtshandeling onder de categorie van opdrachten voor vervoersdiensten. In de „periodieke indicatieve aankondiging” van 22 februari 2014 wordt inderdaad alleen richtlijn 2004/17²⁹ genoemd en wordt de economisch voordeligste inschrijving als criterium voor de gunning vastgesteld. In de uitnodiging tot inschrijving van 29 mei 2015 wordt in punt 2 voorts verwezen naar een tegenprestatie voor de opdrachtnemer, die definitief zal worden gespecificeerd in de uitnodigingen tot indiening van een financieel bod in de zin van punt 6.

63. Derhalve kan worden betoogd dat deze kenmerken van de opdracht haar onderscheiden van concessieovereenkomsten voor vervoersdiensten zoals gedefinieerd in artikel 1, lid 3, onder b), van richtlijn 2004/17³⁰ en eerder aansluiten bij opdrachten voor vervoersdiensten. In dat geval zou artikel 5, lid 1, van verordening nr. 1370/2007 aanleiding geven tot toepassing van richtlijn 2004/17 en dus van de in de artikelen 1 en 2 van richtlijn 92/13 vermelde beroepsregeling, naar analogie met de overeenkomstige regeling van richtlijn 89/665 waarop de vraag van de verwijzende rechter betrekking heeft.

2. Antwoord op de prejudiciële vraag

64. Hoewel de kern van de discussie zich toespitst op de procesbevoegdheid om op te komen tegen de aanbesteding en dus op het recht van toegang tot het stelsel van beroepsmogelijkheden, breidt de verwijzingsbeslissing deze uit tot andere aangelegenheden, middels een ietwat algemene verwijzing naar artikel 1, leden 1, 2 en 3, en artikel 2, lid 1, onder b), van richtlijn 89/665.

65. De Corte Costituzionale baseert zich op de rechtspraak van de Consiglio di Stato om in zijn arrest nr. 245/2016 een uitgangspunt vast te stellen dat mijns inziens moeilijk te weerleggen is: wie vrijwillig en vrijelijk beslist om niet aan een selectieprocedure deel te nemen heeft geen recht om nietigverklaring daarvan te vorderen. Dat criterium komt overeen met wat het Hof heeft uiteengezet in het arrest Grossmann, in zijn uitlegging van artikel 1, lid 3, van richtlijn 89/665.³¹

66. De Italiaanse hoogste rechterlijke instanties aanvaarden evenwel dat de beroepsprocedures in bepaalde uitzonderlijke situaties ook kunnen openstaan voor personen die niet hebben deelgenomen aan de aanbesteding. Tot die situaties behoren volgens de bewoordingen van grondwettelijk arrest nr. 245/2016 „gevallen waarin wordt opgekomen tegen het ontbreken van een aanbesteding of een uitnodiging tot inschrijving, of waarin wordt opgekomen tegen clausules van de aanbesteding die de verzoeker rechtstreeks uitsluiten of, tot slot, tegen clausules die kennelijk onbegrijpelijk of volledig onevenredig zijn of het onmogelijk maken om een offerte op te stellen”.

²⁹ Deze aankondiging is geregeld in artikel 41 van de genoemde richtlijn.

³⁰ „De ‚concessieovereenkomst voor diensten’ is een overeenkomst met dezelfde kenmerken als een opdracht voor diensten met uitzondering van het feit dat de tegenprestatie voor de te verrichten diensten bestaat hetzij in uitsluitend het recht de dienst te exploiteren, hetzij in dit recht, gepaard gaande met een prijs”.

³¹ Arrest Grossmann, punt 27: „De deelname aan een aanbestedingsprocedure [kan] in beginsel [...] een voorwaarde vormen die moet zijn vervuld om aan te tonen dat de betrokken persoon belang heeft bij de gunning van de betrokken opdracht of door de beweerde onrechtmatigheid van het besluit tot gunning van deze opdracht, is of dreigt te worden gelaedeerd. Indien de betrokken persoon geen offerte heeft ingediend, kan hij moeilijk aantonen dat hij belang heeft bij het aanvechten van die beslissing of dat hij ten gevolge van die gunning is of dreigt te worden gelaedeerd.”

67. Zoals gezegd, lijkt die openstelling van de procesbevoegdheid mij in overeenstemming te zijn met de procesbevoegdheid die het Hof heeft toegewezen in situaties waarin de clausules van de aankondiging van de opdracht of het bestek discriminerend zijn en zo de deelneming van bepaalde ondernemingen beletten.³² Indien „de kans dat die opdracht aan [de genoemde onderneming(en)] wordt gegund *nihil* is wegens deze [discriminerende] specificaties”³³, moet(en) de onderneming(en) beroep kunnen instellen zonder dat van haar (hen) wordt geëist dat zij heeft (hebben) deelgenomen aan de aanbesteding.³⁴

68. Ik zie derhalve geen discrepanties tussen de uitlegging van richtlijn 89/665 door het Hof en de uitlegging door de Italiaanse hoogste rechterlijke instanties van hun nationale regels met betrekking tot de procesbevoegdheid van personen die zonder aan de aanbestedingsprocedure te hebben deelgenomen proberen om discriminerende clausules aan te vechten die hen de toegang tot die procedure ontzeggen.

69. Aangezien de prejudiciële verwijzing uitsluitend betrekking heeft op de vraag of richtlijn 89/665 en de nationale regeling in abstracto tegenstrijdig zijn, volstaat het voorgaande om te stellen dat beide niet onverenigbaar zijn. De verwijzende rechter formuleert deze vraag in bewoordingen die in wezen niet alle nuances van de rechtspraak van de Italiaanse hoogste rechterlijke instanties weerspiegelen, zoals blijkt uit de nationale rechtspraak.³⁵

70. Als we het antwoord uitbreiden naar de specifieke situatie in het hoofdgeding, waarin de uitspraak over het gebrek aan procesbevoegdheid van AMT definitief is geworden, is het op zijn minst twijfelachtig³⁶ of het regionale kader voor de vervoersdienst over de weg (in plaats van een onderverdeling in kavels op provinciaal of lager niveau) in se *discriminerend* was. Dat kleine bedrijven in hun eentje niet over de middelen beschikken om aan aanbestedingen met zulke kenmerken deel te nemen, hetgeen bij dit soort grootschalige aanbestedingen normaal gesproken het geval zal zijn, is een andere kwestie.

71. Hoe dan ook heeft de Corte Costituzionale geoordeeld dat de aanbesteding zo was opgezet dat de opdracht zeer waarschijnlijk niet aan AMT zou worden gegund, al was dat niet geheel onmogelijk.³⁷ De rechter stelde dus dat er geen sprake was van „een vaststaande en werkelijke belemmering voor de deelname aan de aanbesteding”. Aangezien deze beoordeling van de inhoud van de respectieve clausules reeds definitief is, zijn deze uitspraken voor de verwijzende rechter bindend en zal ook de prejudiciële beslissing zich hiernaar dienen te richten.

32 Ibidem, punt 28: „Indien een onderneming geen offerte heeft ingediend wegens *beweerde discriminerende* specificaties in de aanbestedingsdocumenten of in het bestek, die haar juist zouden hebben belet de te plaatsen opdracht volledig uit te voeren, heeft zij het recht rechtstreeks tegen deze specificaties beroep in te stellen.” In dit geval zou de onderneming „het recht [hebben] rechtstreeks tegen deze specificaties beroep in te stellen, en zulks zelfs vóór sluiting van de procedure voor het plaatsen van de betrokken overheidsopdracht” (cursivering van mij).

33 Ibidem, punt 29 (cursivering van mij).

34 Ibidem, punt 30: „Een onderneming moet dus rechtstreeks beroep kunnen instellen tegen dergelijke discriminerende specificaties, zonder het einde van de aanbestedingsprocedure af te wachten”.

35 Zie de in punt 18 van deze conclusie opgenomen tekst hiervan.

36 Omwille van de doeltreffendheid en de schaalvoordelen kan het territoriale kader voor de verrichting van openbare vervoersdiensten over de weg op een bepaald niveau (zoals het regionale) worden vastgesteld in plaats van het onder te verdelen in lagere niveaus. De keuze voor het ene dan wel het andere niveau is aan de bevoegde autoriteiten, die bovendien moeten afwegen of de keuze voor één enkele kavel een onevenredige belemmering vormt voor de deelneming van kleinere marktdeelnemers. In deze zaak heeft de Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (autoriteit ter verzekering van de mededinging en de marktwerking) het Agenzia regionale per il trasporto pubblico locale op 25 juni 2015 gevraagd om „meerdere kavels te hanteren om de grootst mogelijke deelneming van inschrijvers aan de aanbestedingsprocedure te waarborgen”.

37 In het beroep van AMT bij de TAR van Ligurië beweerde deze onderneming dat de aankondiging van de opdracht „de mogelijkheid om deel te nemen aanzienlijk *beperkte* [...] voor kleine en middelgrote exploitanten, zoals de lokale openbaarvervoersbedrijven, waardoor zij absoluut moesten samenwerken met grote exploitanten” (bladzijde 51 van het verzoekschrift) (cursief toegevoegd).

72. De Commissie haalt het arrest Grossmann aan om te argumenteren dat geen absolute zekerheid van de uitsluiting van een aanbesteding wordt vereist, aangezien de loutere waarschijnlijkheid om te worden afgewezen voldoende is voor de betrokken onderneming om tegen die aanbesteding te kunnen opkomen, zonder dat zij daaraan heeft moeten deelnemen.

73. Ik ben het niet helemaal eens met de interpretatie van het arrest Grossmann door de Commissie. Ik vind het gevaarlijk om waarschijnlijkheid als enige factor te hanteren in de beslechting van dit geschil. In dat geval zou elke onderneming kunnen aanvoeren dat de clausules van een aanbesteding (ook als die niet discriminerend zijn) *waarschijnlijk* tot haar afwijzing zullen leiden, wat de deur zou openzetten voor eventuele niet-serieuze beroepen van ondernemingen die ervoor hebben gekozen om niet deel te nemen aan de aanbestedingsprocedure.

74. Het is, zoals gezegd, evenwel hoe dan ook niet aan het Hof om zich uit te spreken over de vraag of de Corte Costituzionale een fout gemaakt heeft door de procesbevoegdheid van AMT in deze specifieke zaak af te wijzen. Beslissend is – en ik onderstreep nogmaals dat de vraag van de verwijzende rechter betrekking heeft op de tegenstelling tussen de nationale regeling en richtlijn 89/665 – of de *algemene* rechtspraak van de Italiaanse hoogste rechterlijke instanties inzake de procesbevoegdheid van marktdeelnemers die niet aan een aanbesteding hebben deelgenomen (welke bevoegdheid in principe wordt afgewezen, maar in sommige gevallen toch kan worden erkend), strookt met het Unierecht, hetgeen mijns inziens het geval is.

VI. Conclusie

75. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging:

- „1) de prejudiciële verwijzing van de Tribunale Amministrativo Regionale della Liguria niet-ontvankelijk te verklaren;
- 2) subsidiair, te verklaren dat artikel 1, leden 1, 2 en 3, en artikel 2, lid 1, onder b), van richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken, zich niet verzetten tegen nationale wetgeving, zoals uitgelegd door de hoogste rechterlijke instanties, volgens welke:
 - wie vrijwillig en vrijelijk beslist om niet aan een vergelijkend onderzoek van de inschrijvers deel te nemen in beginsel geen recht heeft om nietigverklaring daarvan te vorderen;
 - gevallen waarin wordt opgekomen tegen het feit dat er geen aanbesteding is uitgeschreven of geen uitnodiging tot inschrijving is gepubliceerd, tegen clausules van de aanbesteding die de verzoeker rechtstreeks uitsluiten of, tot slot, tegen clausules die kennelijk onbegrijpelijk of volledig onevenredig zijn of het onmogelijk maken om een offerte op te stellen, een uitzondering vormen op die regel.”