



Zbirka odločb sodne prakse

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA
M. CAMPOSA SANCHEZ-BORDONE,
predstavljeni 5. julija 2018¹

Zadeva C-328/17

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

(Predlog za sprejetje predhodne odločbe,
ki ga je vložilo Tribunale Amministrativo Regionale della Liguria (deželno upravno sodišče za Ligurijo, Italija))

„Predhodno odločanje – Javna naročila – Dopustnost – Prenehanje obstoja predmeta spora – Direktiva 89/665/EGS – Revizijski postopki – Sodelovanje v postopku javnega naročanja kot pogoj za tožbo – Procesno upravičenje ponudnika v primeru popolne prepričanosti, da ne more biti izbran“

1. Ali lahko v postopku, v katerem (s pravnega vidika) predmet spora ne obstaja več, tako da – ker ni spora med strankami glede vsebine – sodba, s katero bi se o sporu odločilo, ni več potrebna, sodišče, ki bi se o sporu moralo izreči, postavi vprašanje za predhodno odločanje, s katerim se skuša razrešiti le, kdo mora plačati stroške postopka?

2. Sodišče ima na voljo dve možnosti:

- Na eni strani lahko vztraja pri precedensu, ki ga je oblikovalo v zadevi Reinke², in spomni, da v tem okviru ni treba več odgovoriti na vprašanje za predhodno odločanje, ki je zato nedopustno.
- Na drugi strani lahko to oviro premaga in v tem primeru mora odgovoriti predložitvenemu sodišču v zvezi z razlago direktiv o reviziji na področju oddaje javnih naročil.³ Sodišče se prosi za to razlago kot nasprotje razlagi, ki jo zagovarjata najvišji italijanski sodišči (Consiglio di Stato (državni svet) in Corte costituzionale (ustavno sodišče)) v zvezi s procesnim upravičenjem podjetja za izpodbijanje aktov, izdanih v postopku oddaje javnega naročila, v katerem ni sodelovalo. Po mnenju predložitvenega sodišča je naložitev stroškov postopka v sporu o glavni stvari odvisna od odgovora na to vprašanje.

¹ Jezik izvirnika: španščina.

² Sklep z dne 14. oktobra 2010 (C-336/08, neobjavljen, v nadaljevanju: sklep Reinke, EU:C:2010:604).

³ Direktiva Sveta z dne 21. decembra 1989 o usklajevanju zakonov in drugih predpisov o uporabi revizijskih postopkov oddaje javnih naročil za preskrbo in javnih naročil za gradnje (89/665/EGS) (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 6, zvezek 1, str. 246) in Direktiva Sveta 92/13/EGS z dne 25. februarja 1992 o uskladitvi zakonov in drugih predpisov o uporabi pravil Skupnosti za oddajo javnih naročil podjetij na vodnem, energetskem, transportnem in telekomunikacijskem področju (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 6, zvezek 1, str. 315).

I. Pravni okvir

A. Pravo Unije

1. Direktiva 89/665 in Direktiva 92/13⁴

3. Člen 1 („Področje uporabe in zagotovitev revizijskih postopkov“) določa:

„1. Ta direktiva se uporablja za javna naročila iz Direktive 2004/18/ES Evropskega Parlamenta in Sveta z dne 31. marca 2004 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil gradenj, blaga in storitev [(UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 6, zvezek 7, str. 132)], razen če so takšna naročila izključena v skladu s členi 10 do 18 navedene direktive [Direktive 2004/17/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 31. marca 2004 o usklajevanju postopkov javnih naročil naročnikov v vodnem, energetske in transportnem sektorju ter sektorju poštних storitev (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 6, zvezek 7, str. 132)], razen če so takšna naročila izključena v skladu s členom 5(2), členi 18 do 26, členoma 29 in 30 ali členom 62 navedene direktive].

Naročila v smislu te direktive zajemajo javna naročila [javna naročila blaga, gradenj in storitev], okvirne sporazume, koncesije za javne gradnje in dinamične nakupovalne [nabavne] sisteme.

Države članice sprejmejo potrebne ukrepe, da se v zvezi z javnimi naročili s področja uporabe Direktive 2004/18/ES [Direktive 2004/17/ES] zagotovi učinkovita in zlasti čim hitrejša revizija odločitev, ki so jih sprejeli naročniki, skladno s pogoji, določenimi v členih 2 do 2f te direktive, na podlagi obrazložitve, da so takšne odločitve kršile zakonodajo Skupnosti na področju javnih naročil ali nacionalne predpise o izvajanju te zakonodaje.

2. Države članice zagotovijo, da ni diskriminacije med ponudniki, ki trdijo, da so bili pri izvedbi postopka oddaje javnih naročil oškodovani, zato ker ta direktiva razlikuje med nacionalnimi predpisi, s katerimi se izvaja zakonodaja Skupnosti, in drugimi nacionalnimi predpisi.

3. Države članice zagotovijo, da so revizijski postopki v skladu z natančnimi pravili, ki jih lahko določi država članica, na voljo vsaj osebam, ki imajo ali so imele interes za dodelitev določenega javnega naročila in ki jim je z domnevno kršitvijo nastala škoda ali bi jim lahko nastala škoda.

[...]“

4. Člen 2 („Zahteve za revizijske postopke“) določa:

„1. Države članice zagotovijo, da sprejeti ukrepi v zvezi z revizijskimi postopki, določenimi v členu 1, vključujejo zagotovitev pooblastil, da:

[...]

(b) se razveljavi ali zagotovi razveljavitev protizakonito sprejetih odločitev, vključno z odpravo diskriminatornih tehničnih, ekonomskih ali finančnih specifikacij v razpisu, razpisni dokumentaciji ali v katerih koli drugih dokumentih, ki se nanašajo na postopek oddaje javnega naročila [v obvestilu o javnem naročilu, periodičnem informativnem obvestilu, javnem razpisu za kvalifikacijo ponudnikov, povabilu k oddaji ponudbe, pogodbeni dokumentaciji ali v katerem koli drugem dokumentu v zvezi z zadevnim postopkom oddaje javnega naročila].

4 V različici, ki izhaja iz Direktive 2007/66/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 11. decembra 2007 o spremembi direktiv Sveta 89/665/EGS in 92/13/EGS glede izboljšanja učinkovitosti revizijskih postopkov oddaje javnih naročil (UL 2007, L 335, str. 31). V oglatih oklepajih bom dodal besedilo Direktive 92/13 v delih, ki se razlikuje od besedila v Direktivi 89/665.

[...]“

2. Uredba št. 1370/2007⁵

5. Člen 5 („Sklepanje pogodb o izvajanju javne službe [Oddaja naročil za izvajanje javne službe]“)
določa:

„1. Pogodbe o izvajanju [Naročila za izvajanje] javne službe se sklepajo [oddajajo] v skladu s pravili, določenimi v tej uredbi. Vendar se pogodbe o izvajanju storitev [naročila storitev] in pogodbe o izvajanju [naročila za izvajanje] javne službe, kot so opredeljene [opredeljena] v direktivah 2004/17/ES ali 2004/18/ES, glede storitev avtobusnega ali tramvajskega javnega potniškega prevoza sklepajo v skladu z navedenima direktivama, kolikor te pogodbe [ta naročila] niso oblikovane [oblikovana] kot naročila koncesij za storitve [koncesijske pogodbe za opravljanje javnih služb], kot so opredeljena [opredeljene] v teh direktivah. Kadar je treba pogodbe skleniti [naročila oddati] v skladu z direktivama 2004/17/ES ali 2004/18/ES, se določbe odstavkov 2 do 6 tega člena ne uporabljajo.

[...]

7. Države članice sprejmejo potrebne ukrepe, s katerimi zagotovijo učinkovito in hitro revizijo odločitev, sprejetih v skladu z odstavki 2 do 6, na zahtevo katere koli osebe, ki ima ali je imela interes za sklenitev posamezne pogodbe [za dodelitev posameznega naročila] in ki je zaradi domnevne kršitve, povzročene z odločitvijo, ki krši pravo Skupnosti ali nacionalna pravila, ki izvajajo pravo Skupnosti, utrpela oziroma bi lahko utrpela škodo.

[...]“

B. Italijansko pravo

1. Uredba-zakon št. 138 z dne 13. avgusta 2011⁶

6. V skladu z njenim členom 3a se lokalne javne storitve praviloma izvajajo na ravni pokrajine.

2. Deželni zakon Ligurije št. 33 z dne 7. novembra 2013⁷

7. V skladu s členoma 9(1) in 14(1) se naročilo storitve dodeli v enem sklopu za celotno deželno ozemlje.⁸

5 Uredba (ES) Evropskega parlamenta in Sveta z dne 23. oktobra 2007 o javnih storitvah železniškega in cestnega potniškega prevoza ter o razveljavitvi uredb Sveta (EGS) št. 1191/69 in št. 1107/70 (UL 2007, L 315, str. 1).

6 Gazzetta Ufficiale št. 188 z dne 13. avgusta 2011, kakor je bila spremenjena in potrjena z zakonom št. 148 z dne 14. septembra 2011.

7 Bollettino Ufficiale št. 17 z dne 8. novembra 2013; v nadaljevanju: deželni zakon Ligurije št. 33/2013.

8 Ta člena sta nehala veljati z deželnim zakonom št. 19 z dne 9. avgusta 2016, s katerim so bile uvedene „spremembe deželnega zakona št. 33 z dne 7. novembra 2013 (reforma sistema deželnega in lokalnega javnega prevoza) in druge spremembe predpisov na področju lokalnega javnega prevoza“ (Gazzetta Ufficiale št. 11 z dne 18. marca 2017; v nadaljevanju: deželni zakon Ligurije št. 19/2016).

3. *Codice del processo amministrativo (zakonik o upravnem postopku)*⁹

8. Člen 26 („Sodni stroški“) določa:

„1. Ob izdaji sodbe sodišče odloči tudi o stroških postopka v skladu s členi 91, 92, 93, 94, 96 in 97 zakonika o civilnem postopku, pri čemer upošteva tudi spoštovanje načel jasnosti in jedrnatosti, navedenih v členu 3(2). Sodišče lahko v vsakem primeru po uradni dolžnosti odredi neuspešni stranki, da drugi stranki v skladu z načelom pravičnosti plača določen znesek, vendar ne višji od dvakratnika plačanih stroškov, če obstajajo očitno neutemeljeni razlogi.

[...]“

9. Člen 39(1) določa:

„Za vprašanja, ki niso urejena s tem zakonom, se uporabljajo določbe zakonika o civilnem postopku, če so združljive ali se v njih odražajo splošna načela.“

4. *Codice di procedura civile (zakonik o civilnem postopku)*¹⁰

10. Člen 91 določa, da stroške plača tista stranka, ki v pravdi ni uspela.

11. Člen 92 določa:

„Sodišče lahko v sodbi, izdani v skladu s prejšnjim členom, izključi vračilo stroškov, ki so nastali stranki, ki je v postopku uspela, če meni, da so pretirani ali nepotrebni; [...]“

V primeru delne ugoditve, če je zadevno vprašanje popolnoma novo ali če se spremeni sodna praksa v zvezi z vprašanji, ki so predmet spora, lahko sodišče v celoti ali delno pobota stroške med strankama.

[...]“

12. Člen 100 določa:

„Stranka mora imeti za vložitev zahtevka ali za nasprotovanje zahtevku pravni interes.“

II. Dejansko stanje spora in vprašanje za predhodno odločanje

13. Dežela Ligurija je prek deželne agencije za lokalni javni prevoz v *Uradnem listu Evropske unije* z dne 3. junija 2015¹¹ objavila „obvestilo o izbiri gospodarskih subjektov“, ki naj bi na njenem ozemlju opravljali javno storitev kopenskega potniškega prevoza v skladu z deželnim zakonom Ligurije št. 33/2013 in Uredbo št. 1370/2007.

⁹ Decreto Legislativo (zakonska uredba) št. 104 z dne 2. julija 2010 (Gazzetta Ufficiale št. 156, z dne 7. julija 2010).

¹⁰ Regio Decreto (kraljeva uredba) št. 1443 z dne 28. oktobra 1940 (Gazzetta Ufficiale št. 253 z dne 28. oktobra 1940).

¹¹ UL 2015, S 105, z dne 3. junija, obvestilo št. 191825. To obvestilo je sledilo drugemu „predhodnemu obvestilu“ z dne 18. februarja 2014 (2014/S 038-063550), v katerem se je sklicevalo na Direktivo 2004/17.

14. Več podjetij (v nadaljevanju: skupina AMT), ki so v tisti deželi opravljala javno službo kopenskega prevoza na pokrajinski in podpokrajinski ravni, je pri Tribunale Amministrativo Regionale della Liguria (deželno upravno sodišče za Ligurijo, Italija)¹² izpodbijalo akte izbirnega postopka. V utemeljitev svojega zahtevka so navedla, da so bile s tem, da se je kot edina ozemeljska enota za opravljanje storitve določila dežela, njihove možnosti, da so izbrana kot ponudniki, praktično nične.

15. Ker so zatrjevala, da je deželni zakon Ligurije št. 33/2013 v nasprotju z italijansko ustavo, je TAR za Ligurijo 21. januarja 2016 Corte costituzionale (ustavno sodišče) predložilo „vprašanje ustavnosti“.

16. Med postopkom presoje ustavnosti je dežela Ligurija sprejela nov zakon,¹³ s katerim je črtala omejitev opravljanja storitve kopenskega prevoza na deželo. Pristojni organ je glede na to spremembo sporočil, da ne bo nadaljeval postopka oddaje javnega naročila, ki je bil zato razveljavljen.

17. Ne glede na to je Corte costituzionale (ustavno sodišče) izdalo sodbo št. 245/2016 z dne 22. novembra, v kateri je vprašanje, ki ga je postavilo TAR za Ligurijo, razglasilo za nedopustno, saj skupina AMT ni imela procesnega upravičenja za izpodbijanje aktov postopka oddaje javnega naročila, v katerem ni sodelovala.

18. Corte Costituzionale (ustavno sodišče) je svojo sodbo obrazložilo tako:

„V skladu z navedbami predlagatelja tožeče stranke, in sicer podjetja, ki so že bila izvajalci storitev javnega prevoza na pokrajinski ravni, niso sodelovale v neformalnem razpisu deželne uprave v skladu s členom 30 zakonske uredbe št. 163 iz leta 2006,^[14] temveč so samo izpodbijale obvestilo o izbiri gospodarskih subjektov, v katerem se je te pozvalo k prijavi interesa, ker je to obvestilo določalo oddajo javnega naročila na deželni ravni in v enem samem sklopu.

V skladu z ustaljeno upravno sodno prakso podjetje, ki ne sodeluje v postopku oddaje javnega naročila, ne more izpodbijati niti navedenega postopka niti oddaje naročila v korist tretjih podjetij, saj njegov materialnopravni položaj ni dovolj diferenciran, ampak ima samo dejanski interes (sodba št. 2507 Consiglio di Stato (državni svet), tretji senat, z dne 10. junija 2016; sodba št. 491 Consiglio di Stato (državni svet), tretji senat, z dne 2. februarja 2015; sodba št. 6048 Consiglio di Stato (državni svet), šesti senat, z dne 10. decembra 2014; sodba št. 9 Consiglio di Stato (državni svet), občna seja, z dne 25. februarja 2014 in sodba št. 4 Consiglio di Stato (državni svet), občna seja, z dne 7. aprila 2011).

Prav tako obstaja ustaljena sodna praksa, ki določa, da ‚se obvestila o javnem naročilu in o javnem natečaju ter povabila k oddaji ponudb običajno izpodbijajo skupaj z akti, ki jih izvajajo, saj gre za akte, ki konkretno opredelijo subjekte, ki jim je bila s postopkom povzročena škoda, hkrati pa z njimi postane škoda, povzročena v subjektivni sferi zainteresirane osebe, dejanska in konkretna‘ (sodba št. 1 občne seje Consiglio di Stato (državni svet), z dne 29. januarja 2003).

Primeri, v katerih se izpodbija neobstoj postopka javnega naročanja oziroma obvestila o javnem naročilu, ali pa primeri, v katerih se izpodbijajo določbe obvestila o javnem naročilu, ki so neposredno izključujoče, ali nazadnje določbe, ki nalagajo očitno nerazumljive oziroma popolnoma nesorazmerne obveznosti ali zaradi katerih je nemogoče predložiti ponudbo, so izjema od teh pravil, ki so posledica enostavne uporabe splošnih načel v zvezi s procesnim upravičenjem in pravnim interesom za postopke oddaje javnih naročil (sodba št. 2507 Consiglio di Stato (državni svet), tretji senat, z dne

¹² V nadaljevanju: TAR za Ligurijo.

¹³ Glej opombo 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 (zakonska uredba št. 163 z dne 12. aprila 2006, zakonik o javnih naročilih gradenj, storitev in blaga za izvajanje direktiv 2004/17/ES in 2004/18/ES, Gazzetta Ufficiale št. 100, z dne 2. maja 2006; v nadaljevanju: zakonska uredba št. 163 iz leta 2006 ali zakonik o javnih naročilih).

10. junija 2016; sodba št. 5862 Consiglio di Stato (državni svet), peti senat, z dne 30. decembra 2015; sodba št. 5181 Consiglio di Stato (državni svet), peti senat, z dne 12. novembra 2015; sodba št. 9 Consiglio di Stato (državni svet), občna seja, z dne 25. februarja 2014 in sodba št. 4 Consiglio di Stato (državni svet), občna seja, z dne 7. aprila 2011).

V takih primerih zahteva po sodelovanju v postopku ni pomembna za izpodbijanje bodisi zaradi neobstoja samega postopka javnega naročanja bodisi ker izpodbijanje postopka javnega naročanja v temelju ali nezmožnost sodelovati v postopku povzročita *ex se* nastanek diferenciranega pravnega položaja (v zvezi s podjetjem v pravnem razmerju, ki ni združljiv z obvestilom o novem postopku, in podjetjem iz sektorja, ki mu je bilo sodelovanje prepreno), v katerem nastane dejanska in konkretna škoda (sodba Consiglio di Stato (državni svet) št. 4, občna seja, z dne 7. aprila 2011).

Primer, ki se obravnava v tej zadevi, ne spada pod te izjeme, kakor je razvidno iz obrazložitve predložitvenega sklepa, v katerem je navedeno, da so izpodbijane določbe vplivale na verjetnost dodelitve naročila tožečim strankam, ki „naj bi se tako zmanjšale, da so praktično izginile“, medtem ko naj bi imele na razpisu na ravni pokrajine, ki je razdeljen na sklope, „dobre možnosti, da se naročilo storitve dodeli njim, čeprav bi bilo to samo zaradi prednosti, ki jo imajo, ker so naročilo izvajale že prej“.

Iz te obrazložitve ni razvidno, da bi obstajala dejanska in učinkovita ovira za sodelovanje na razpisu, ampak samo možnost potencialne škode, ki jo lahko uveljavljajo samo tisti, ki so sodelovali v postopku, in izključno na koncu tega postopka, če jim naročilo ni bilo dodeljeno.“

19. TAR za Ligurijo dvomi, ali je ta razlaga Corte Costituzionale (ustavno sodišče) v skladu z Direktivo 89/665. Zato kljub temu da obvestilo o javnem naročilu nima več učinka, meni, da potrebuje predhodno odločbo Sodišča, da lahko odloči o stroških postopka.

20. Predložitveno sodišče meni, da lahko pride do dveh položajev:

- „tudi če bi bila izpodbojna tožba, s katero se izpodbija celoten postopek javnega razpisa, ena od teh izjem, v katerih ima gospodarski subjekt, ki ni sodeloval v tem postopku javnega naročanja, procesno upravičenje, mora sodišče z ugotovitveno sodbo ugotoviti, da je predmet spora prenehal obstajati zaradi razglasitve deželnega zakona Ligurije št. 19/2016 [...] Stroški postopka in enotna taksa [...] bi se naložili [...] toženi stranki, tožečim strankam pa bi se ti zneski vrnil“.
- „nasprotno pa, če bi Sodišče sprejelo razlago iz sodbe Corte Costituzionale (ustavno sodišče) št. 245/2016 in torej ugotovilo, da tožeče družbe nimajo procesnega upravičenja za izpodbijanje aktov postopka javnega naročanja, bi bilo treba ugotoviti, da je tožba nedopustna zato, ker tožeče stranke nimajo procesnega upravičenja, posledično pa naj bi se tudi stroški porazdelili med tožeče stranke“.

21. Na podlagi zgornjih okoliščin je TAR za Ligurijo postavilo to vprašanje za predhodno odločanje:

„Ali člen 1(1), (2) in (3) ter člen 2(1)(b) Direktive Sveta o usklajevanju zakonov in drugih predpisov o uporabi revizijskih postopkov oddaje javnih naročil za preskrbo in javnih naročil za gradnje (89/665/EGS) nasprotujeta nacionalni zakonodaji, ki priznava možnost izpodbijanja dokumentov postopka oddaje javnega naročila le gospodarskim subjektom, ki so oddali prijavo za sodelovanje, tudi če se s tožbo izpodbija postopek oddaje javnega naročila v temelju, ker je na podlagi razpisnih pogojev dodelitev naročila tožeči stranki zelo malo verjetna?“

III. Povzetek stališč strank

22. Italijanska vlada izpodbija dopustnost predloga za sprejetje predhodne odločbe z naslednjo utemeljitvijo:

- Prvič, ker člen 1(1) Direktive 89/665 določa področje uporabe navedene direktive s sklicevanjem na Direktivo 2004/18. Ker je bil predmet spornega postopka javnega naročanja dodelitev koncesije javne službe kopenskega prevoza, se Direktiva 2004/18 ne uporabi, prav tako pa se ne uporabi Direktiva 89/665.
- Drugič, tudi če bi se priznalo, da se uporabi, bi uporaba Direktive 89/665 temeljila na kršitvi materialnih določb Direktive 2004/18. Predložitveno sodišče ni navedlo, katere določbe so bile kršene, in samo nejasno namiguje na morebitno pretirano omejitev konkurence, ne da bi konkretno navedlo kršene določbe Unije.

23. V zvezi z vsebinsko utemeljenostjo italijanska vlada navaja, da je splošno pravilo, da kdor po svoji volji in svobodno ni sodeloval v izbirnem postopku, nima procesnega upravičenja zahtevati njegovo razveljavitev. Vendar obstajajo izjeme, kadar se izpodbija: (i) povabilo k oddaji ponudbe v temelju; (ii) neobstoj povabila k oddaji ponudbe, ker je uprava naročilo oddala neposredno; in (iii) ena ali več določb obvestila o javnem naročilu, ker povzročijo takojšnjo izključitev. Meni, da je ta shema popolnoma združljiva z načeli sodne prakse, oblikovanimi v sodbi Grossmann Air Service.¹⁵

24. Italijanska vlada na koncu navede, da je v konkretnem primeru Corte costituzionale (ustavno sodišče) presodilo, da možnosti ATM niso bile neobstoječe, temveč samo zmanjšane, tako da bi bilo njeno možnost biti izbrana mogoče ugotoviti samo po koncu izbirnega postopka, v katerem bi morala sodelovati.

25. Vlada Republike Češke, ki se prav tako opira na sodbo Grossman, trdi, da če so potencialni ponudniki v diskriminiranem položaju, jim je treba priznati procesno upravičenje za izpodbijanje določb, ki povzročajo diskriminacijo. Ugoditev njihovi tožbi bi jim omogočila, da sodelujejo pri oddaji naročila, zaradi česar bi lahko dosegli revizijo aktov postopka javnega naročanja v prvi fazi, ne da bi čakali, da se ta konča.

26. Po mnenju španske vlade Direktiva 89/665 določa minimalne ravni, ki se zahtevajo za dostop do revizijskih postopkov, in da jih je treba v okviru nacionalnih pravnih redov oblikovati v okviru omejitev načel enakovrednosti in učinkovitosti. Svojo analizo osredotoči na načelo učinkovitosti in meni, da ni bilo kršeno, saj člen 1(3) Direktive 89/665 zahteva, da je bila prizadeta oseba oškodovana ali da bi lahko bila oškodovana zaradi domnevne kršitve zakonodaje Skupnosti. Pri tožeči stranki do tega ne pride v zvezi z akti postopka javnega naročanja, v katerem ni sodelovala.

27. Španska vlada poudarja, da italijanska zakonodaja in sodna praksa, ki jo razlaga, ponujata pravna sredstva za izpodbijanje postopka oddaje javnega naročila, ne da bi bilo treba sodelovati v njem, in da je tožeča stranka izpustila priložnost, da izpodbija obvestilo o javnem naročilu. Zato nima nobenega razloga za vložitev tožbe zoper akte postopka oddaje javnega naročila, v katerem ni sodelovala.

28. Komisija meni, da vloženi predlog za sprejetje predhodne odločbe ni dopusten, ker je hipotetičen, saj predmet spora o glavni stvari ne obstaja več.

29. V zvezi z utemeljenostjo Komisija analizira sodbo Grossmann in utemeljuje, da morajo nacionalni predpisi, ki urejajo revizijske postopke, spoštovati načelo učinkovitosti in ne smejo posegati v polni učinek Direktive 89/665, ki je okrepljen s členom 47 Listine Evropske unije o temeljnih pravicah.

¹⁵ Sodba z dne 12. februarja 2004 (C-230/02, v nadaljevanju: Grossmann, EU:C:2004:93).

30. Po mnenju Komisije je sodna praksa Corte costituzionale (ustavno sodišče) v nasprotju z navedenim načelom, ker zahteva popolno gotovost, da bo oseba izključena iz postopka javnega naročanja, zato da bi izjeme od procesnega upravičenja tožeče stranke, ki ni sodelovala na razpisu, začele učinkovati. Sodišče Evropske unije ni zahtevalo, naj se dokaže popolna gotovost, temveč samo verjetnost.

IV. Postopek pred Sodiščem

31. Predložitvena odločba je v sodno tajništvo Sodišča prispela 31. maja 2017.

32. Italijanska, španska in češka vlada ter Evropska komisija so predložile pisna stališča. Samo italijanska vlada in Komisija sta se udeležili obravnave 26. aprila 2018.

V. Pravna analiza

A. Dopustnost predloga za sprejetje predhodne odločbe

33. V središču vprašanja za predhodno odločanje je procesno upravičenje za izpodbijanje tistega (kot je skupina AMT), ki se ni prijavil kot ponudnik v postopku javnega naročanja, ker je menil, da obstaja zelo visoka verjetnost, da ne bo izbran.

34. Kot sem že pojasnil, je spor pred nacionalnim sodiščem postal brezpredmeten kot posledica zakonodajne reforme, zaradi česar je naročnik razveljavil postopek javnega naročanja. Vendar nacionalno sodišče meni, da je predhodna odločba Sodišča še vedno nujna, da bi lahko odločilo o stroških postopka.

35. V skladu z zasnovo člena 267 PDEU je namen predloga za sprejetje predhodne odločbe ponuditi nacionalnemu sodišču smernice, potrebne za odločitev o sporu, v katerem se vzbujajo dvomi o razlagi prava Unije.

36. Že na začetku teh sklepnih predlogov sem spomnil, da je imelo Sodišče priložnost izreči se o podobnem položaju, v katerem je spor o glavni stvari postal brezpredmeten in je bila predhodna odločba koristna samo za odločitev o stroških.

37. V sklepu Reinke je namreč navedeno, da je taka odločitev o stroških podrejena odločitvi o zadevi v glavni stvari, v okviru katere so se postavila vprašanja za predhodno odločanje. Ker je bil navedeni spor razrešen, ni bilo več treba odgovoriti na vprašanja, postavljena samo v zvezi s stroški.¹⁶

38. Menim, da je logika v sklepu Reinke brezhibna¹⁷ in je v skladu z drugimi pojavnimi oblikami tega istega načela (na primer, v skladu s členom 58 Statuta Sodišča ni dovoljena pritožba glede stroškov in njihove višine). Če postopek, v katerem je treba uporabiti predpis Unije, nepričakovano postane brezpredmeten, je spor med strankama ugasnil in razlaga predpisa Unije s strani Sodišča enostavno ni več potrebna, saj ne more vplivati na (neobstoječ) spor.

39. TAR za Ligurijo kljub temu navaja, da bi bila presoja Sodišča o procesnem upravičenju tožeče stranke za izpodbijanje postopka javnega naročanja, v katerem ni sodelovala, pomembna za to, da lahko odloči o tem, katera stranka mora nositi stroške postopka, ki se je ustavil, in v kakšnem znesku.

¹⁶ Točka 16.

¹⁷ Seveda bi bilo mogoče trditi, da okoliščine v zadevi Reinke niso bile enake okoliščinam v tej zadevi. Vendar menim, da je kljub nekaterim naključnim razlikam podobnost med obema nedvomna.

40. Menim, da ta posredna zveza ni dovolj, da se ugotovi zadostna povezava s pravom Unije. Zadeva, o kateri se tu odloča, dejansko ne spada več na področje javnega naročanja, temveč na področje ureditve stroškov sodnega postopka. Razen če bi bilo mogoče zanje uporabiti kakšno določbo prava Unije (kar se zgodi na določenih vsebinskih področjih, ki jih bom omenil v nadaljevanju), odločitev o stroških temelji izključno na nacionalnem pravu, in ne na pravu Unije.

41. Ideja, na kateri temelji sklep Reinke, se povezuje s funkcijo predloga za sprejetje predhodne odločbe: razlaga prava Unije mora biti nujna, da lahko nacionalno sodišče odloči o sporu (točka 13 navedenega sklepa), tako da če razlaga ni več potrebna, potem ni potreben niti odgovor na vprašanje za predhodno odločanje (točka 16).

42. V pravu Unije ureditev stroškov postopka, obravnava katerih je v celoti v pristojnosti držav članic, ni harmonizirana. Samo na nekaterih področjih je zakonodajalec Unije pokazal pripravljenost, da vpliva na to vprašanje, bodisi da bi preprečil previsoke stroške, ki bi lahko preprečevali dostop do pravnega varstva na določenem področju urejanja,¹⁸ bodisi da bi zagotovil, da tisti, ki so mu bile kršene pravice, od nasprotne stranke prejme sorazmerne in razumne stroške postopka, in sicer spet samo na določenih konkretnih vsebinskih področjih.¹⁹

43. Celo v zadevah, v katerih pravo Unije ureja stroške postopka, je Sodišče ugotovilo, da „morajo države članice ob neobstoju dodatnih pojasnil prava Unije pri prenosu direktive zagotoviti njen polni učinek, pri čemer razpolagajo s širokim poljem proste presoje glede izbire sredstev“. V zvezi z zadevo, ki se je takrat obravnavala, je v zvezi s pravom varstva okolja potrdilo, da je treba „upoštevati vse upoštevne določbe nacionalnega prava in zlasti nacionalnega sistema brezplačne pravne pomoči ter ureditev varstva v zvezi s stroški“ in „razumne razlike med nacionalnimi zakonodajami na tem področju“.²⁰

44. Če to široko polje proste presoje skupaj s priznanjem posebnosti vsakega nacionalnega sistema obstaja v primerih, v katerih pravo Unije vpliva na ureditev stroškov postopka, je svoboda držav članic še večja na področju, ki ni urejeno na ravni Skupnosti.

45. V tej zadevi bi razprava o stroških²¹ vplivala zgolj na razlago nacionalnih določb, ki urejajo porazdelitev stroškov med strankami in pooblastila sodišča, da o njih odloči drugače. V primeru spora, ki je omejen na stroške postopka, mora nacionalno pravo dati smernice za njegovo razrešitev, ne pa pravo Unije, ki jih, naj ponovim, ne ureja na tem vsebinskem področju.

46. Mogoče bi bilo, da bi, kljub temu da področje stroškov, ki se naložijo v tej vrsti sporov, ni urejeno na ravni Skupnosti, značilnosti zadeve v glavni stvari ogrožale spoštovanje temeljnih določb in splošnih načel Pogodbe DEU, vendar bi bilo nujno, da bi bila ena od temeljnih svoboščin predmet spora, o čemer pa ni niti namiga v predložitvenem sklepu.

18 Člen 10a Direktive Sveta z dne 27. junija 1985 o presoji vplivov nekaterih javnih in zasebnih projektov na okolje (85/337/EGS) (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 15, zvezek 1, str. 248) in člen 15a Direktive Sveta 96/61/ES z dne 24. septembra 1996 o celovitem preprečevanju in nadzoru onesnaževanja (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 15, zvezek 3, str. 80).

19 Člen 14 Direktive Evropskega parlamenta in Sveta 2004/48/ES z dne 29. aprila 2004 o uveljavljanju pravic intelektualne lastnine (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 17, zvezek 2, str. 32) in člen 6(3) Direktive 2011/7/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 16. februarja 2011 o boju proti zamudam pri plačilih v trgovinskih poslih (UL 2011, L 48, str. 1).

20 Sodba z dne 13. februarja 2014, Komisija/Združeno kraljestvo (C-530/11, EU:C:2014:67, točka 46 in navedena sodna praksa).

21 Predložitveno sodišče ni navedlo nobenih podatkov, ki bi kazali na nasprotovanje strank glede naložitve in zneska (prihodnjih) stroškov postopka. Poleg tega so vse stranke zavrnile sodelovanje v postopku predhodnega odločanja, kar po mojem mnenju ne kaže na preveč zanimanja za odločitev v tem postopku.

47. Nazadnje, brez namena, da bi nadomestil ugotovitve predložitvenega sodišča ali da bi posegal v njegovo svobodo, da se odloči za eno ali drugo rešitev, ki jo ponuja nacionalno pravo, zgoraj navedena pravila iz zakonikov o civilnem in upravnem postopku ne glede na to, kakšen bi bil odgovor na vprašanje procesnega upravičenja tožeče stranke, ponujajo dovolj pomoči za odločitev o naložitvi stroškov na podlagi, ki je ločena od navedenega vprašanja.

48. S tega vidika je dovolj spomniti, da lahko sodišče v skladu z nacionalnim pravom, „če je zadevno vprašanje popolnoma novo ali če se spremeni sodna praksa v zvezi z vprašanji, ki so predmet spora“, ²² v celoti ali delno pobota stroške med strankama. Ima torej popolno svobodo izbire v zvezi s tem, tako če ob upoštevanju sodbe Corte costituzionale (ustavno sodišče) skupini AMT ne prizna procesnega upravičenja kot če ga prizna.

49. Zato menim, da je predlog za sprejetje predhodne odločbe nedopusten, saj odgovor Sodišča ni nujen, poleg tega pa navedeno sodišče ni pristojno za odločitev o uporabi italijanskega sistema stroškov postopka, kar je povsem notranja zadeva.

B. Vsebinska presoja

50. Če pa bi Sodišče odločilo, da bo odločalo o vsebini predloga za sprejetje predhodne odločbe, bom podredno predstavil svoje mnenje. Najprej bom skušal razmejiti pravno ureditev, ki se uporabi, nato pa bom v nadaljevanju predlagal rešitev za izpostavljeni dvom.

1. Pravna ureditev, ki se uporabi

51. Predmet spornega razpisa je bil oddati naročilo za javne storitve kopenskega potniškega prevoza. Ta vrsta storitev spada na posebno področje Uredbe št. 1370/2007, katere člen 5 ureja „sklepanje pogodb o [oddajo naročil za] izvajanju [izvajanje] javne službe“.

52. Iz podatkov iz predložitvenega sklepa ni mogoče z gotovostjo sklepati, ali je šlo v tej zadevi za „koncesijo za opravljanje javne službe“ ali za „javno naročilo storitev“. Čeprav imata oba pojma podobne značilnosti, ²³ se razlikujeta z vidika plačila, ki je v primeru koncesij pravica opravljati storitev (bodisi samo ta pravica bodisi skupaj s plačilom), v primeru naročil storitev pa plačilo v breme naročnika in v korist ponudnika storitev. ²⁴

53. Nacionalno sodišče je tisto, ki bo moralo sporno naročilo uvrstiti v eno ali drugo kategorijo, saj ima – drugače kot Sodišče – na voljo vsa dejstva, da to lahko stori. Njegova opredelitev bo pomembna za določitev pravne ureditve, ki se uporabi, glede na besedilo člena 5(1) Uredbe št. 1370/2007. ²⁵

54. Zdaj pa bom obravnaval vprašanje procesnega upravičenja v obeh primerih.

²² V predložitvenem sklepu je pojasnjeno, da sta bili zakonodaja in prejšnja sodna praksa Consiglio di Stato (državni svet) o procesnem upravičenju tistega, ki ni sodeloval na razpisu, „v skladu s sodno prakso Skupnosti“. Položaj naj bi se za predložitveno sodišče spremenil na podlagi sodbe ustavnega sodišča št. 245/2016, pri kateri gre za „zelo avtoritativen precedens“, ki naj bi ga Consiglio di Stato (državni svet) že uporabil v zadnjih sodbah.

²³ Glej sklepne predloge generalne pravobranilke E. Sharpston v zadevi Hörmann Reisen (C-292/15, EU:C:2016:480, točka 26) in sklepne predloge generalnega pravobranilca P. Cruza Villalóna v zadevi Norma-A in Dekom (C-348/10, EU:C:2011:468, točka 39 in naslednje).

²⁴ K čemur je treba dodati, da mora koncesionar prevzeti tveganje, povezano z opravljanjem storitve. Glej sodbo z dne 10. novembra 2011, Norma-A in Dekom (C-348/10, EU:C:2011:721, točka 44).

²⁵ „Pogodbe o izvajanju javne službe [Naročila za izvajanje javne službe] se sklepajo v skladu s pravili, določenimi v tej uredbi. Vendar se pogodbe o izvajanju [naročila] storitev in pogodbe o izvajanju [naročila za izvajanje] javne službe, kot so opredeljene v direktivah 2004/17/ES ali 2004/18/ES, glede storitev avtobusnega ali tramvajskega javnega potniškega prevoza sklepajo v skladu z navedenima direktivama, kolikor te pogodbe [ta naročila] niso oblikovane [oblikovane] kot naročila koncesij za storitve [koncesijske pogodbe o opravljanju javne službe], kot so opredeljena [opredeljene] v teh direktivah.“

a) Koncesija javne službe prevoza

55. Prva možnost je, da gre za koncesijo za opravljanje služb, kot se zagovarja v nekaterih pisnih stališčih in kot bi bilo mogoče sklepati iz razpisa, ki se sklicuje na člen 30 zakonika o javnih naročilih, ki ureja ravno „koncesije za opravljanje služb“.²⁶

56. Italijanska vlada se opira na obstoj koncesije za izpodbijanje sklicevanja na Direktivo 89/665. To utemelji s tem, da njen člen 1(1) določa področje uporabe navedene direktive s sklicevanjem na Direktivo 2004/18, zato se ta ne uporabi za take koncesije.

57. Komisija pa dodaja, da v Italiji člen 30(7) zakonika o javnih naročilih razširja uporabo Direktive 89/665 na koncesije za opravljanje javnih služb. Zato naj bi obstajala povezava med nacionalno zakonodajo in pravom Unije, na kateri naj bi v skladu z ustaljeno sodno prakso temeljila pristojnost Sodišča za predhodno odločanje.²⁷

58. Po tej poti bi Direktiva 89/665 lahko prišla v poštev. Vendar „upoštevanje omejitev, ki jih je lahko nacionalni zakonodajalec določil za uporabo prava Skupnosti v povsem nacionalnih primerih, za katere se uporablja samo prek nacionalne zakonodaje, spada namreč v nacionalno pravo in zato v izključno pristojnost sodišč zadevne države članice“, kar pa mora preveriti predložitveno sodišče.²⁸

59. Poleg tega posebna ureditev javne službe kopenskega potniškega prevoza, določena v Uredbi št. 1370/2007, določa, da za oddajo zadevnih koncesij veljajo pravila iz odstavkov od 2 do 6 člena 5 te uredbe, v odstavku 7 pa doda, da mora biti mogoče odločitve, sprejete v skladu z navedenimi odstavki, podvreči „učinkovit[i] in hitr[i] revizij[i] [...] na zahtevo katere koli osebe, ki ima ali je imela interes za sklenitev posamezne pogodbe in ki je zaradi domnevne kršitve, povzročene z odločitvijo, ki krši pravo Skupnosti ali nacionalna pravila, ki izvajajo pravo Skupnosti, utrpela oziroma bi lahko utrpela škodo“.

60. Ugotovi se torej, da se določbe Uredbe št. 1370/2007 in določbe člena 1(3) Direktive 89/665 na tej točki ujemajo. V uvodni izjavi 21 navedene uredbe ni navedeno zamen, da bi bilo treba „[z]agotoviti [...] učinkovito pravno varstvo, ne le za naročila, ki spadajo v področje uporabe [direktiv 2004/17/ES in 2004/18/ES], temveč tudi za druge pogodbe, sklenjene v skladu s to uredbo. Potreben je učinkovit revizijski postopek, ki bi moral biti primerljiv, kadar je to primerno, z ustreznimi postopki, določenimi v Direktivi [...] 89/665/EGS [...] in Direktivi [...] 92/13/EGS [...]“.

61. Če povzamem, je rezultat, do katerega se pride, čeprav po drugi poti, isti: obveznost uvesti učinkovite revizijske postopke. Na podlagi te domneve je sporen obseg, v katerem je treba te revizije omogočiti podjetjem, ki niso sodelovala v postopku oddaje javnega naročila.

²⁶ V skladu s to določbo se „določbe zakonika o javnih naročilih [...] ne uporabljajo za koncesije za opravljanje služb, razen določb v tem členu“. V odstavku 3 tega člena je določena možnost uporabiti „neformalni razpis, v okviru katerega se povabi vsaj pet ponudnikov“ kot metodo za izbiro koncesionarja, kar je postopek, ki je bil predviden v tej zadevi.

²⁷ „Razlaga Sodišča glede določb prava Unije v položajih, za katere se ne uporablja to pravo, [je] upravičena, kadar se te določbe neposredno in brezpogojno uporabljajo za take položaje na podlagi nacionalnega prava, da bi se zagotovilo enako obravnavanje teh položajev in položajev, za katere se uporablja pravo Unije“ (sodba z dne 19. oktobra 2017, Solar Electric Martinique, C-303/16, EU:C:2017:773, točka 27 in navedena sodna praksa).

²⁸ Sodba z dne 18. oktobra 1990, Dzodzi (C-297/88 in C-197/89, EU:C:1990:360, točki 41 in 42).

b) Naročilo storitev prevoza

62. Drugi primer je, da sporni pravni posel spada pod kategorijo naročil storitev prevoza. V „periodičnem informativnem obvestilu“ z dne 22. februarja 2014 se namreč navaja izključno Direktiva 2004/17²⁹ in se kot merilo za oddajo naročila določa finančno najugodnejša ponudba. Prav tako je v obvestilu o javnem naročilu z dne 29. maja 2015 v točki 2 navedeno plačilo za uspešnega ponudnika, ki se bo dokončno določilo v povabilih k predložitvi finančne ponudbe, na katero se sklicuje njegova točka 6.

63. Torej bi bilo mogoče zagovarjati, da te značilnosti naročila tega oddaljijo od koncesije za opravljanje prevoznih storitev, kakor jo opredeljuje člen 1(3)(b) Direktive 2004/17,³⁰ in da spada pod naročila storitev prevoza. Če bi bilo tako, bi člen 5(1) Uredbe št. 1370/2007 odprl vrata za uporabo Direktive 2004/17 in torej sistem revizij, predviden v členih 1 in 2 Direktive 92/13, ki je podoben sistemu revizij v Direktivi 89/665, o katerem sprašuje predložitveno sodišče.

2. Odgovor na vprašanje za predhodno odločanje

64. Čeprav je jedro razprave osredotočeno na procesno upravičenje za izpodbijanje postopka javnega naročanja in torej na pravico do dostopa do sistema revizij, je v predložitvenem sklepu razširjeno na druge vsebine s splošnim navajanjem člena 1(1), (2) in (3), ter člena 2(1)(b) Direktive 89/665.

65. Corte costituzionale (ustavno sodišče) se opira na sodno prakso Consiglio di Stato (državni svet), da v sodbi št. 245/2016 oblikuje domnevo, za katero menim, da jo je težko izpodbijati: kdor po svoji volji in svobodno ni sodeloval v izbirnem postopku, nima procesnega upravičenja zahtevati njegove razveljavitve. To merilo je v skladu z merilom, ki ga je Sodišče pojasnilo v sodbi Grossman, ko je razlagalo člen 1(3) Direktive 89/665.³¹

66. Italijanski vrhovni sodišči pa priznavata, da so lahko revizijski postopki v določenih izjemnih primerih na voljo tudi tistim, ki niso sodelovali na razpisu. Med temi so po besedah v sodbi ustavnega sodišča št. 245/2016 „primeri, v katerih se izpodbija sam neobstoj postopka javnega naročanja oziroma obvestila o javnem naročilu, ali primeri, v katerih se izpodbijajo določbe obvestila o javnem naročilu, ki so neposredno izključujoče, ali nazadnje na določbe, ki določajo očitno nerazumljive ali popolnoma nesorazmerne obveznosti ali ki onemogočajo predložitev ponudbe“.

67. Če ponovim, se mi zdi ta možnost procesnega upravičenja za izpodbijanje v skladu s tistim procesnim upravičenjem, ki ga je Sodišče dopustilo v primerih, v katerih so bile določbe obvestila o javnem naročilu ali razpisne dokumentacije diskriminatorne v takem obsegu, da so preprečevale sodelovanje enega ali več podjetij.³² Če so „možnosti, da se to naročilo dodeli [omenjenim podjetjem], nične zaradi obstoja navedenih [diskriminatornih] značilnosti“, ³³ jim je treba priznati procesno upravičenje, ne da bi se od njih zahtevalo, da sodelujejo na razpisu.³⁴

²⁹ To obvestilo obravnava člen 41 te direktive.

³⁰ „Koncesija za storitve‘ je naročilo enake vrste kot naročilo storitev, razen da je plačilo za opravljanje storitev bodisi samo pravica do izkoriščanja storitev ali ta pravica skupaj s plačilom.“

³¹ Sodba Grossmann, točka 27: „Sodelovanje v postopku oddaje javnega naročila je načeloma lahko veljaven [...] pogoj za ugotavljanje, ali ima zadevna oseba interes za dodelitev zadevnega naročila oziroma ali ji je lahko povzročena škoda zaradi domnevno nezakonite odločitve o oddaji zadevnega naročila. Če ta oseba ni predložila ponudbe, težko dokaže, da ima interes za nasprotovanje tej odločitvi oziroma da ji je bila oziroma bi ji lahko bila povzročena škoda kot posledica navedene oddaje naročila.“

³² Prav tam, točka 28: „Če podjetje ni predložilo ponudbe zaradi obstoja domnevno diskriminatornih značilnosti v dokumentaciji v zvezi s postopkom oddaje javnega naročila ali v razpisni dokumentaciji, ki so mu preprečile ravno to, da bi lahko opravljalo vse storitve, ki so bile predmet naročila“. V tem primeru „bi morale imeti podjetje pravico, da začne revizijo neposredno zoper navedene značilnosti, celo preden se konča zadevni postopek oddaje javnega naročila“ (v izvirniku ni v ležečem tisku).

³³ Prav tam, točka 29 (v izvirniku ni v ležečem tisku).

³⁴ Prav tam, točka 30: „Zato mora biti podjetju omogočeno, da vloži revizijo neposredno zoper take diskriminatorne značilnosti, ne da čaka na konec postopka oddaje javnega naročila“.

68. Zato ne vidim razlik med razlago Direktive 89/665, ki jo je ponudilo Sodišče, in razlago, ki sta jo podali italijanski vrhovni sodišči v zvezi z nacionalnimi določbami glede procesnega upravičenja tistih, ki – ne da bi sodelovali v postopku oddaje javnega naročila – skušajo izpodbijati diskriminatorne določbe, zaradi katerih ne morejo sodelovati v tem postopku.

69. Ker je vprašanje za predhodno odločanje omejeno na pojasnitev hipotetičnega nasprotja med Direktivo 89/665 in nacionalno zakonodajo, zgoraj navedeno na abstraktni ravni zadostuje, da se ugotovi, da sta združljivi. Predložitveno sodišče je oblikovalo to vprašanje na način, ki resnično ne odraža vseh nians doktrine nacionalnih vrhovnih sodišč, kakor izhaja iz nacionalne sodne prakse.³⁵

70. Če se odgovor razširi na posebnosti spora o glavni stvari, v katerem je izrek o neobstoju legitimacije skupine AMT postal pravnomočen, je vprašljivo vsaj,³⁶ ali je bila določitev, da se storitve kopenskega prevoza opravljajo na ravni dežele (namesto da bi se razdelile na sklope po pokrajinah ali po nižjih ravneh), *diskriminatorna*. Drugače je, če majhna podjetja sama nimajo sredstev, da sodelujejo na razpisu s takimi značilnostmi, kar je običajno pri razpisih take razsežnosti.

71. Corte costituzionale (ustavno sodišče) je v vsakem primeru ugotovilo, da je bilo zaradi tega, kako je bil postopek za javno naročanje oblikovan, zelo verjetno, da skupina AMT ne bo dobila naročila, ni bilo pa absolutno nemogoče.³⁷ Zato je zavrnilo, da obstaja „dejanska in učinkovita ovira za sodelovanje v postopku javnega naročanja“. Kar zadeva že pravnomočno presojo vsebine zadevnih določb, te sodbe zavezujejo predložitveno sodišče in jih je treba upoštevati tudi v okviru odgovora na vprašanje za predhodno odločanje.

72. Komisija navaja sodbo Grossman v utemeljitev, da se ne zahteva absolutna gotovost glede izključitve iz postopka javnega naročanja in da za to, da lahko zadevno podjetje navedeni postopek izpodbija, zadostuje le verjetnost zavrnitve, ne da bi morale sodelovati v tem postopku.

73. Moja razlaga sodbe Grossmann se ne ujema popolnoma z razlago Komisije. Menim, da je nevarno uvesti izračun verjetnosti kot edini odločilni dejavnik za razrešitev te razprave. V takem primeru bi lahko vsako podjetje zatrjevalo, da lahko razpisni pogoji (celo nediskriminatorni) *verjetno* povzročijo njegovo zavrnitev, kar bi odprlo vrata morebitnim neresnim izpodbijanjem s strani tistih, ki so se odločili, da ne bodo sodelovali v postopku oddaje javnega naročila.

74. Vendar, naj ponovim, nikakor ni naloga Sodišča, da odloči, ali je Corte costituzionale (ustavno sodišče) storilo napako, ko skupini AMT v tej *posamezni* zadevi ni priznalo procesnega upravičenja. Odločilno je – in vztrajam pri tem, da se vprašanje predložitvenega sodišča nanaša na nasprotje med nacionalnim predpisom in Direktivo 89/665 – ali je *splošna* sodna praksa italijanskih vrhovnih sodišč o procesnem upravičenju (ki načeloma ni podano, razen v nekaterih primerih) gospodarskih subjektov, ki ne sodelujejo na razpisu, v skladu s pravom Unije, kar pa menim, da je.

³⁵ Glej citate v točki 18 teh sklepnih predlogov.

³⁶ Mogoče je navesti razloge učinkovitosti in ekonomije obsega za načrtovanje nekaterih področij opravljanja javnih storitev cestnega prevoza na določeni ravni (na primer deželni), namesto da se jih razdrobi na nižje ravni. Med enimi in drugimi izbirajo pristojni organi, ki morajo poleg tega pretehtati, ali izbira enega samega sklopa pomeni nesorazmerne omejitve za sodelovanje manjših gospodarskih subjektov. V tej zadevi je organ za varstvo konkurence in trga 25. junija 2015 deželno agencijo za lokalni javni prevoz v Liguriji pozval, naj določi „mnogo sklopov, ki bodo zagotavljali čim večje sodelovanje v razpisnem postopku“.

³⁷ V tožbi skupine AMT pri TAR za Ligurijo je ta skupina navedla, da se je z obvestilom o javnem naročilu „očitno omejilo možnost sodelovanja [...] majhnih in srednje velikih ponudnikov kot podjetij za lokalni javni prevoz in jim naložilo, da se za vsako ceno povežejo z velikimi ponudniki“ (stran 51 tožbe) (v izvirniku ni v ležečem tisku).

VI. Predlog

75. Glede na navedeno Sodišču predlagam, naj:

- „1. Predlog za sprejetje predhodne odločbe, ki ga je vložilo Tribunale Amministrativo Regionale della Liguria (deželno upravno sodišče za Ligurijo, Italija) razglasi za nedopusten.
2. Podredno, ugotovi, da člen 1(1), (2) in (3) ter člen 2(1)(b) Direktive Sveta 89/665/EGS z dne 21. decembra 1989 o usklajevanju zakonov in drugih predpisov o uporabi revizijskih postopkov oddaje javnih naročil za preskrbo in javnih naročil za gradnje ne nasprotujeta nacionalni zakonodaji, kakor jo razlagata najvišji nacionalni sodišči, v skladu s katero:
 - tisti, ki po lastni volji in svobodno ni sodeloval v postopku izbire uspešnih ponudnikov, načeloma nima procesnega upravičenja zahtevati njegovo razveljavitev;
 - so iz tega pravila izvzeti primeri, v katerih se izpodbijajo neobstoje postopka javnega naročanja, ali neobstoje obvestila o javnem naročilu, ali določbe obvestila o javnem naročilu, ki so neposredno izključujoče, ali nazadnje določbe, ki določajo očitno nerazumljive ali popolnoma nesorazmerne obveznosti ali ki onemogočajo predložitev ponudbe.“