



Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
föredraget den 5 juli 2018¹

Mål C-328/17

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

(begäran om förhandsavgörande från Tribunale Amministrativo Regionale della Liguria (Regionala förvaltningsdomstolen i Ligurien, Italien))

”Begäran om förhandsavgörande – Offentlig upphandling – Upptagande till sakprövning – Talan har förlorat sitt föremål – Direktiv 89/665/EEG – Överprövningsförfarande – Huruvida det är nödvändigt att ha deltagit i upphandlingsförfarandet för att få söka prövning – Huruvida anbudsgivaren får söka prövning om det är säkert att denne inte kan tilldelas kontraktet”

1. I ett mål där talan har förlorat sitt föremål (i rättsligt hänseende) så att det inte längre krävs någon dom eftersom det inte längre finns någon tvist i sak mellan parterna, får då den domstol som skulle avgöra målet hänskjuta en tolkningsfråga som enbart handlar om att klargöra vem som ska stå för rättegångskostnaderna?

2. EU-domstolen har här två möjligheter:

- Antingen kan den följa det prejudikat som den skapade i målet Reinke² och slå fast att det i ett sådant här fall inte längre är nödvändigt att besvara tolkningsfrågan och att den ska avvisas.
- Eller så kan den kringgå detta hinder och ge den hänskjutande domstolen ett svar rörande tolkningen av direktiven om överprövning vid offentlig upphandling.³ Denna tolkning begärs för att den ska kunna jämföras med den tolkning som de högsta italienska domstolsinstanserna (Consiglio di Stato och Corte Costituzionale, Högsta förvaltningsdomstolen respektive Författningsdomstolen) har gjort rörande frågan huruvida ett företag som inte har deltagit i ett

¹ Originalspråk: spanska.

² Beslut av den 14 oktober 2010 (C-336/08, ej publicerat, nedan kallat beslutet Reinke, EU:C:2010:604).

³ Rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 395, 1989, s. 33; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 48), och rådets direktiv 92/13/EEG av den 25 februari 1992 om samordning av lagar och andra författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillämpade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna (EGT L 76, 1992, s. 14; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 127).

upphandlingsförfarande har rätt att ansöka om ogiltigförklaring av de rättsakter som ligger till grund för förfarandet. Enligt den hänskjutande domstolen är beslutet om rättegångskostnader i det nationella målet avhängigt svaret på den frågan.

I. Tillämpliga bestämmelser

A. Unionsrätt

1. Direktiven 89/665 och 92/13⁴

3. I artikel 1 ("Tillämpningsområde och tillgängliga prövningsförfaranden") föreskrivs följande:

"1. Detta direktiv ska tillämpas på avtal som avses i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster [EUT L 134, 2004, s. 114], såvida inte sådana avtal omfattas av undantag i enlighet med artiklarna 10–18 i det direktivet [Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (EUT L 134, 2004, s. 1), såvida inte sådana avtal omfattas av undantag i enlighet med artikel 5.2 eller artiklarna 18–26, 29, 30 eller 62 i det direktivet].

Avtal enligt detta direktiv inbegriper offentliga kontrakt [kontrakt avseende varor, byggentreprenader och tjänster], ramavtal, byggkoncessioner och dynamiska inköpssystem.

Medlemsstaterna ska vidta nödvändiga åtgärder för att garantera att en upphandlande myndighets beslut gällande avtal som omfattas av direktiv 2004/18/EG [direktiv 2004/17/EG] kan prövas effektivt, och i synnerhet så skyndsamt som möjligt enligt villkoren i artiklarna 2–2f i detta direktiv, när det görs gällande att sådana beslut har inneburit en överträdelse av gemenskapslagstiftningen om offentlig upphandling eller nationella bestämmelser som införlivar denna lagstiftning.

2. Medlemsstaterna ska se till att det inte sker någon diskriminering mellan företag som åberopar skada i samband med ett tilldelningsförfarande till följd av den skillnad som görs enligt detta direktiv mellan nationella bestämmelser om genomförande av gemenskapslagstiftningen och andra nationella bestämmelser.

3. Medlemsstaterna ska se till att prövningsförfaranden är tillgängliga på detaljerade villkor som medlemsstaterna själva anger, åtminstone för var och en som har eller har haft intresse av att få ingå ett visst kontrakt och som har lidit skada eller riskerar att lida skada till följd av en påstådd överträdelse.

..."

4. Artikel 2 ("Krav på prövningsförfaranden") har följande lydelse:

"1. Medlemsstaterna ska se till att de åtgärder som vidtas vad avser prövningsförfarandena i artikel 1 innehåller bestämmelser om befogenheter att

...

4 I deras lydelse enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling (EUT L 335, 2007, s. 31). Jag anger inom hakparentes lydelsen av direktiv 92/13 när den skiljer sig från lydelsen av direktiv 89/665.

b) antingen åsidosättande eller garantera åsidosättande av beslut som fattats på olagligt sätt, inbegripet undanröjande av diskriminerande tekniska, ekonomiska eller finansiella specifikationer i anbudsinfördran, kontraktshandlingarna eller något annat dokument som avser tilldelningsförfarandet [i meddelandet om offentlig upphandling, förhandsmeddelandet, meddelandet om att det finns ett kvalificeringssystem, anbudsinfördran, specifikationerna eller tilldelningen av kontraktet i fråga eller något annat dokument som avser tilldelningsförfarandet].

...”

2. Förordning nr 1370/2007⁵

5. Artikel 5 ("Tilldelning av avtal om allmän trafik") har följande lydelse:

"1. Avtal om allmän trafik ska tilldelas i enlighet med de bestämmelser som fastställs i denna förordning. Tjänsteavtal eller avtal om allmän trafik enligt definitionen i direktiven 2004/17/EG eller 2004/18/EG avseende kollektivtrafik med buss eller spårvagn ska emellertid tilldelas i enlighet med de förfaranden som fastställs i dessa direktiv när dessa avtal inte tilldelas i form av koncessionsavtal om tjänster enligt definitionen i dessa direktiv. När avtal ska tilldelas i enlighet med direktiv 2004/17/EG eller 2004/18/EG ska bestämmelserna i punkterna 2–6 i denna artikel inte tillämpas.

...

7. Medlemsstaterna ska vidta nödvändiga åtgärder för att garantera att beslut i enlighet med punkterna 2–6 kan prövas effektivt och snabbt på begäran av en person som har eller har haft intresse av att få ett särskilt avtal och som har skadats eller riskerar att skadas av en påstådd överträdelse för de fall sådana beslut innefattar överträdelse av gemenskapsrätten eller nationella bestämmelser om genomförande av sådan lag.

...”

B. Italiensk rätt

1. Lagdekret nr 138 av den 13 augusti 2011⁶

6. Enligt artikel 3 bis ska de optimala områdena för tillhandahållande av lokal kollektivtrafik som regel sammanfalla med provinserna.

2. Liguriens regionala lag nr 33 av den 7 november 2013⁷

7. Enligt artiklarna 9.1 och 14.1 ska tjänsten tilldelas genom ett samlat kontrakt som avser hela regionens territorium.⁸

5 Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1370/2007 av den 23 oktober 2007 om kollektivtrafik på järnväg och väg och om upphävande av rådets förordning (EEG) nr 1191/69 och (EEG) nr 1107/70 (EUT L 315, 2007, s. 1).

6 Gazzetta Ufficiale nr 188 av den 13 augusti 2011, som, med ändringar, har omvandlats till lag nr 148 av den 14 september 2011.

7 Bollettino Ufficiale nr 17 av den 8 november 2013, nedan kallad Liguriens regionala lag nr 33/2013.

8 Dessa artiklar upphävdes genom regional lag nr 19 av den 9 augusti 2016 om "ändringar av regional lag nr 33 av den 7 november 2013 (Ändring av regional och lokal kollektivtrafik) och andra lagändringar på området för lokal kollektivtrafik" (Gazzetta Ufficiale nr 11 av den 18 mars 2017, nedan kallad Liguriens regionala lag nr 19/2016).

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

8. Artikel 26 ("Rättegångskostnader") har följande lydelse:

"1. När domstolen meddelar ett avgörande ska den även besluta om rättegångskostnader i enlighet med artiklarna 91–94, 96 och 97 i civilprocesslagen, varvid den tydlighets- och koncentrationsprincip som avses i artikel 3 andra stycket ska beaktas. Under alla förhållanden får domstolen ex officio förplikta den part som tappar målet att betala ett belopp till den andra parten som ska fastställas i enlighet med rättvisepincipen. Detta belopp får dock inte vara mer än dubbelt så högt som de rättegångskostnader som har betalats, när skälen för detta är uppenbart ogrundade.

..."

9. Artikel 39.1 har följande lydelse:

"För frågor som inte regleras i denna lag ska bestämmelserna i civilprocesslagen tillämpas, i den mån de är förenliga med eller ger uttryck för allmänna principer."

4. *Civilprocesslagen (Codice di procedura civile)*¹⁰

10. I artikel 91 föreskrivs principen om att tappande part ska ersätta rättegångskostnader.

11. I artikel 92 föreskrivs följande:

"I den dom som meddelats i enlighet med föregående artikel, får domstolen undanta ersättning för den vinnande partens rättegångskostnader om den finner dem överdrivna eller onödiga ...

Om talan delvis bifalls, om den fråga som prövas är helt ny eller om rättspraxis ändras med avseende på de frågor som överklagandet avser, får domstolen helt eller delvis kvitta rättegångskostnaderna mellan parterna.

..."

12. Artikel 100 har följande lydelse:

"Talan kan väckas eller bestridas enbart av den som har ett berättigat intresse därav."

II. Bakgrund och tolkningsfrågan

13. Genom sin regionala myndighet för kollektivtrafik offentliggjorde regionen Ligurien den 3 juni 2015 i *Europeiska unionens officiella tidning*¹¹ ett "meddelande för fastställande av ekonomiska aktörer" för att tillhandahålla lokal kollektivtrafik i regionen Ligurien i enlighet med Liguriens regionala lag nr 33/2013 och förordning nr 1370/2007.

⁹ Lagstiftningsdekret nr 104 av den 2 juli 2010 (Gazzetta Ufficiale nr 156 av den 7 juli 2010).

¹⁰ Regio Decreto nr 1443 av den 28 oktober 1940 (Gazzetta Ufficiale nr 253 av den 28 oktober 1940).

¹¹ EUT S 105, 2015, av den 3 juni 2015, meddelande nr 191825. Detta meddelande hade föregåtts av ett annat "vägledande meddelande" av den 18 februari 2014 (2014/S 038–063550), i vilket det hänvisades till direktiv 2004/17.

14. Flera företag (nedan kallade AMT) som tillhandahöll markbunden kollektivtrafik inom respektive provins eller delprovins i regionen ansökte hos Tribunale Amministrativo Regionale della Liguria (Regionala förvaltningsdomstolen i Ligurien, Italien¹²) om ogiltigförklaring av de rättsakter som låg till grund för urvalsförfarandet. De motiverade sin ansökan med att deras möjligheter att tilldelas kontraktet var praktiskt taget obefintliga, eftersom det angavs att tjänsten måste tillhandahållas för hela regionens territorium.

15. Eftersom det rådde oklarhet om huruvida Liguriens regionala lag nr 33/2013 var förenlig med den italienska grundlagen, hänsköt TAR Ligurien en ”fråga om förenlighet med grundlagen” till Corte Costituzionale (Författningsdomstolen) den 21 januari 2016.

16. Medan målet om förenlighet med grundlagen pågick antog regionen Ligurien en ny lag,¹³ genom vilken bestämmelsen att den markbundna kollektivtrafiken skulle tillhandahållas för hela regionens territorium upphävdes. Detta upphävande medförde att den behöriga myndigheten avstod från att gå vidare med upphandlingsförfarandet och förklarade att det var utan verkan.

17. Oaktat detta meddelade Corte Costituzionale (Författningsdomstolen) den 22 november 2016 dom nr 245/2016, i vilken den slog fast att den fråga som förvaltningsdomstolen i Ligurien hade hänskjutit skulle avvisas, eftersom AMT inte hade något berättigat intresse av att angripa rättsakterna i upphandlingsförfarandet, då AMT inte hade deltagit i det förfarandet.

18. Corte Costituzionale (Författningsdomstolen) motiverade sin dom på följande vis:

”Enligt den hänskjutande domstolen deltog sökandena, som var företag som tidigare hade tilldelats kontrakt för att tillhandahålla kollektivtrafik på provinsnivå, inte i det informella upphandlingsförfarande som hade inletts av den regionala myndigheten i enlighet med artikel 30 i lagstiftningsdekret nr 163 av år 2006.^[14] De hade enbart angripit ett meddelande om fastställande av ekonomiska aktörer i vilket de uppmanades att inkomma med intresseanmälningar, mot bakgrund av att upphandlingen avsåg hela regionens territorium och avsåg ett enda samlat kontrakt.

Enligt fast förvaltningsrättslig praxis får ett företag som inte deltar i ett upphandlingsförfarande inte angripa detta förfarande eller tilldelningen av kontraktet till en annan aktör, eftersom det inte har en materiell rättslig ställning som i tillräcklig utsträckning särskiljer det från andra aktörer, utan bara har ett rent faktiskt intresse (dom nr 2507 meddelad av Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen), tredje avdelningen, den 10 juni 2016, dom nr 491 meddelad av Consiglio di Stato, tredje avdelningen, den 2 februari 2015, dom nr 6048 meddelad av Consiglio di Stato, sjätte avdelningen, den 10 december 2014, dom nr 9 meddelad av Consiglio di Stato i plenum den 25 februari 2014 och dom nr 4 meddelad av Consiglio di Stato i plenum den 7 april 2011).

Det följer även av fast rättspraxis att ’meddelanden om upphandling och inbjudningar normalt ska angripas samtidigt med de rättsakter vars tillämpning de syftar till, eftersom det är i dessa rättsakter som det konkret anges vilka aktörer som har lidit skada på grund av förfarandet, samtidigt som det konkret och faktiskt anges vilken skada som uppstått inom den berörda partens personkrets som omfattas av dess tillämpningsområde’ (dom nr 1 meddelad av Consiglio di Stato i plenum den 29 januari 2003).

12 Nedan kallad TAR Ligurien.

13 Se fotnot 8.

14 Decreto Legislativo 12 settembre 2006, n. 163. Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture in attuazione delle Direttive 2004/17/CEE e 2004/18/CE. (Lagstiftningsdekret nr 163 av den 12 april 2006 (*Gazzetta Ufficiale* nr 100 av den 2 maj 2006), nedan kallat lagstiftningsdekret nr 163 av år 2006 eller lagen om offentlig upphandling).

Till följd av att de allmänna principerna om saklegitimation och berättigat intresse av att få saken prövad tillämpas på upphandlingsförfaranden, undantas från dessa regler de fall där aktören angriper ett beslut om att inte genomföra ett upphandlingsförfarande eller om att inte offentliggöra något meddelande om upphandlingen eller angriper krav i meddelandet som omedelbart utesluter aktören, eller slutligen angriper krav som ålägger bördor som är fullkomligt obegripliga, helt oproportionerliga eller gör det omöjligt att lämna anbud (dom nr 2507 meddelad av Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen), tredje avdelningen, den 10 juni 2016, dom nr 5862 meddelad av Consiglio di Stato, femte avdelningen, den 30 december 2015, dom nr 5181 meddelad av Consiglio di Stato, femte avdelningen, den 12 november 2015, dom nr 9 meddelad av Consiglio di Stato i plenum den 25 februari 2014 och dom nr 4 meddelad av Consiglio di Stato i plenum den 7 april 2011).

I sådana fall saknar det betydelse för möjligheten att söka prövning huruvida aktören har ansökt om att få delta i upphandlingsförfarandet. Det beror antingen på att det inte har skett någon upphandling eller på den omständigheten att ansökan om överprövning avser grunden för upphandlingen eller att det är omöjligt att delta i den gör att det *per se* uppkommer en annorlunda rättslig situation (jämfört med det företag som har ett rättsförhållande som är oförenligt med meddelandet om det nya förfarandet respektive det företag i sektorn som har förhindrats att delta) som ger upphov till en faktisk och konkret skada (dom nr 4 meddelad av Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) i plenum den 7 april 2011).

Det fall som här är föremål för prövning omfattas inte av dessa undantag, vilket framgår av motiveringen till beslutet att begära förhandsavgörande. Det anges där att de angripna villkoren påverkar sannolikheten för att sökandena ska tilldelas kontraktet, vilken 'blir näst intill obefintlig', medan det i ett upphandlingsförfarande som omfattar områden som sammanfaller med provinser och som är uppdelat på flera kontrakt, 'är mycket sannolikt att de skulle tilldelas kontraktet för tjänsten, om så bara på grund av den fördel det innebär att tidigare ha tillhandahållit tjänsten'.

Av denna motivering framgår inte att det skulle finnas ett faktiskt och effektivt hinder för att delta i upphandlingsförfarandet, utan bara en eventuell skada som kan angripas av dem som deltagit i förfarandet, vilket enbart kan ske när förfarandet har avslutats för det fallet att de inte har tilldelats kontraktet."

19. TAR Ligurien hyser tvivel om huruvida Corte Costituzionales (Författningsdomstolen) tolkning är förenlig med direktiv 89/665. Av det skälet anser TAR Ligurien, trots att verkan av meddelandet om upphandling upphört, därför att det är lämpligt att begära ett förhandsavgörande från EU-domstolen för att kunna fatta beslut om rättegångskostnaderna i målet.

20. Den hänskjutande domstolen anser att det kan förhålla sig på två olika sätt:

- "Om ansökan om ogiltigförklaring av hela upphandlingsförfarandet ska anses utgöra ett av de undantagsfall där en ekonomisk aktör som inte har deltagit i upphandlingsförfarandet har ett berättigat intresse av att få saken prövad, ska målet avslutas genom ett avgörande i vilket det fastställs att talan har förlorat sitt föremål till följd av antagandet av Liguriens regionala lag nr 19/2016 ... I detta fall ska rättegångskostnaderna, däribland ansökningsavgiften, ... bäras ... av motparten, vilket innebär att motparten ska ersätta sökandenas rättegångskostnader."
- "Om däremot det tolkningssynsätt som framgår av Corte Costituzionales dom nr 245/2016 ska antas, enligt vilket sökandena inte kunde ansöka om överprövning av rättsakterna i upphandlingsförfarandet, ska målet avslutas genom att ansökan avvisas eftersom sökandena inte har ett berättigat intresse av att få saken prövad, vilket innebär att sökandena ska betala rättegångskostnaderna."

21. Mot bakgrund av dessa omständigheter har TAR Ligurien hänskjutit följande tolkningsfråga:

”Utgör artiklarna 1.1, 1.2, 1.3 och 2.1 b i direktiv 89/665/EEG om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten hinder för nationella bestämmelser enligt vilka ansökan om överprövning av rättsakter i ett upphandlingsförfarande endast får inges av ekonomiska aktörer som har ansökt om att delta i upphandlingsförfarandet, även när ansökan om överprövning syftar till att angripa grunden för förfarandet eftersom sökanden mot bakgrund av kravspecifikationerna med mycket stor sannolikhet inte kan tilldelas kontraktet?”

III. Sammanfattning av parternas ståndpunkter

22. Den italienska regeringen anser att tolkningsfrågan inte kan tas upp till sakprövning, av följande skäl:

- För det första på grund av att artikel 1.1 i direktiv 89/665 definierar direktivets tillämpningsområde genom hänvisning till direktiv 2004/18. Eftersom den omtvistade upphandlingen syftade till en tilldelning av en koncession rörande markbunden kollektivtrafik, är varken direktiv 2004/18 eller direktiv 89/665 tillämpligt.
- Även om dessa direktiv skulle vara tillämpliga, bygger för det andra tillämpningen av direktiv 89/665 på ett åsidosättande av materiella bestämmelser i direktiv 2004/18. Den hänskjutande domstolen har inte angett vilka bestämmelser som har åsidosatts. Den har bara vagt hänvisat till en alltför stor begränsning av konkurrensen, utan att precisera vilka unionsbestämmelser som har åsidosatts.

23. I sak har den italienska regeringen påpekat att huvudregeln är att den som frivilligt har avstått från att delta i ett urvalsförfarande inte har något berättigat intresse av att ansöka om ogiltigförklaring av det. Det finns emellertid undantag från denna regel när ansökan om överprövning avser i) grunden för upphandlingsförfarandet, ii) att ett anbuds-förfarande inte har inletts på grund av att myndigheten har tilldelat kontraktet direkt och iii) ett eller flera villkor i meddelandet om upphandling på grund av att de anses direkt uteslutande. Den italienska regeringen anser att detta upplägg är helt förenligt med de principer som domstolen slog fast i domen *Grossmann Air Service*.¹⁵

24. Den italienska regeringen drar slutsatsen att Corte Costituzionale (Författningsdomstolen) i det här aktuella fallet fann att ATM:s möjligheter inte var obefintliga utan endast hade minskat, vilket innebär att dess behörighet bara kunde prövas efter det att det urvalsförfarande som ATM borde ha deltagit i hade avslutats.

25. Den tjeckiska regeringen, som också har hänvisat till domen *Grossmann*, har gjort gällande att om de potentiella anbudsgivarna befinner sig i en situation där de diskrimineras, bör de anses ha ett berättigat intresse av att ansöka om överprövning av de villkor som ger upphov till diskrimineringen. Om deras ansökan skulle bifallas skulle de ha möjlighet att tilldelas kontraktet och de skulle kunna få till stånd en överprövning av rättsakterna som ligger till grund för upphandlingen i dess första skede, utan att behöva invänta att upphandlingen slutgiltigt avgörs.

¹⁵ Dom av den 12 februari 2004 (C-230/02, nedan kallad domen *Grossmann*, EU:C:2004:93).

26. Den spanska regeringen anser att direktiv 89/665 föreskriver vissa miniminivåer för att få tillgång till överprövningsförfarandena och att dessa förfaranden får utformas i den nationella lagstiftningen i enlighet med principerna om likvärdighet och effektivitet. Den inriktar sin analys på effektivitetsprincipen och gör gällande att den inte har åsidosatts, eftersom artikel 1.3 i direktiv 89/665 kräver att den berörda personen har lidit eller kan komma att lida skada på grund av ett påstått åsidosättande av unionsrätten. Så är inte fallet i sökandens fall vad gäller rättsakter i ett upphandlingsförfarande som denne inte har deltagit i.

27. Den spanska regeringen har påpekat att den italienska lagstiftningen och den rättspraxis där den tolkas ger möjlighet att ansöka om överprövning av meddelandet utan att man behöver medverka i upphandlingen, och att sökanden inte tog vara på tillfället att ansöka om överprövning av upphandlingsmeddelandet. Det kan således inte motiveras att sökanden nu ansöker om överprövning av rättsakter i ett upphandlingsförfarande som denne inte har deltagit i.

28. Kommissionen anser att tolkningsfrågan bör avvisas av det skälet att den är hypotetisk eftersom den har förlorat sitt föremål i det nationella målet.

29. I sak har kommissionen analyserat domen Grossmann och menar att de nationella bestämmelser som reglerar överprövning bör iaktta effektivitetsprincipen och inte åsidosätta den ändamålsenliga verkan av direktiv 89/665, vilken förstärks av artikel 47 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna.

30. Enligt kommissionen strider Corte Costituzionale (Författningsdomstolen) praxis mot den principen när det krävs en absolut visshet om att man kommer att uteslutas från upphandlingsförfarandet för att undantagen från kravet att en sökande som inte har deltagit i det ska ha ett berättigat intresse ska aktiveras. Domstolen krävde inte att det skulle styrkas att det var helt säkert utan bara att det var sannolikt.

IV. Förfarandet vid EU-domstolen

31. Begäran om förhandsavgörande inkom till domstolens kansli den 31 maj 2017.

32. Den italienska, den spanska och den tjeckiska regeringen samt Europeiska kommissionen har gett in skriftliga yttranden. Enbart den italienska regeringen och kommissionen närvarade vid förhandlingen den 26 april 2018.

V. Bedömning

A. Huruvida begäran om förhandsavgörande kan tas upp till sakprövning

33. Kärnan i tolkningsfrågan handlar om huruvida den som liksom AMT inte har ansökt om att delta i ett upphandlingsförfarande, på grund av att det är mycket sannolikt att denne inte tilldelas kontraktet, får ansöka om överprövning.

34. Som nämnts förlorade tvisten vid den nationella domstolen sitt föremål till följd av en lagändring som medförde att den upphandlande myndigheten upphävde meddelandet om upphandling. Den nationella domstolen anser emellertid att det fortfarande är nödvändigt att EU-domstolen prövar frågan för att den ska kunna fatta beslut om rättegångskostnaderna.

35. Så som artikel 267 FEUF är utformad, är syftet med ett förhandsavgörande att ge den nationella domstolen de riktlinjer som behövs för att den ska kunna avgöra en tvist där tvivel uppkommit om unionsrättens tolkning.

36. Jag erinrade redan i början av detta förslag till avgörande om att domstolen tidigare har haft tillfälle att uttala sig om en liknande situation där den nationella tvisten hade förlorat sitt föremål och där EU-domstolens svar bara hade betydelse för att kunna fatta beslut om rättegångskostnaderna.

37. Av beslutet Reinke framgår att ett sådant beslut om rättegångskostnader är avhängigt avgörandet i det nationella mål inom ramen för vilket förhandsavgörandet har begärts. Eftersom det målet hade avgjorts fanns det inte längre skäl att besvara de tolkningsfrågor som hade hänskjutits och som enbart rörde rättegångskostnaderna.¹⁶

38. Jag anser att logiken bakom beslutet Reinke är oantastlig¹⁷ och att den överensstämmer med andra uttryck för samma princip (till exempel får ett överklagande enligt artikel 58 i domstolens stadga inte avse endast rättegångskostnadernas storlek och fördelning). Om det mål där den unionsrättsliga bestämmelsen skulle tolkas förlorar sitt föremål har tvisten mellan parterna upphört och då behöver EU-domstolen inte längre tolka en bestämmelse i unionsrätten, eftersom en sådan tolkning inte kan påverka tvisten (som inte längre föreligger).

39. TAR Ligurien menar emellertid att EU-domstolens bedömning av huruvida en sökande som inte har deltagit i ett upphandlingsförfarande får ansöka om överprövning av det förfarandet, är av betydelse för att den nationella domstolen ska kunna avgöra vilken part som ska stå för rättegångskostnaderna i det mål som har avslutats och hur stort beloppet ska vara.

40. Jag anser inte att detta indirekta samband räcker för att det ska anses föreligga en tillräckligt stark koppling till unionsrätten. Det som nu ska prövas faller i själva verket inte längre inom ramen för området för offentlig upphandling utan handlar om bestämmelser om rättegångskostnader. Om det inte finns någon bestämmelse i unionsrätten som är tillämplig på dem (vilket det dock finns inom vissa materiella områden som jag ska återkomma till nedan), bygger beslutet om rättegångskostnader enbart på den nationella rätten och inte på unionsrätten.

41. Tanken bakom beslutet Reinke har att göra med tolkningsfrågornas funktion: tolkningen av unionsrätten ska vara nödvändig för att den nationella domstolen ska kunna avgöra tvisten där (punkt 13 i det beslutet), vilket innebär att det inte längre är nödvändigt med ett förhandsavgörande om tvisten upphör (punkt 16).

42. Unionsrätten innehåller inte någon harmoniserad reglering av rättegångskostnader, utan regleringen av dem faller helt och hållet inom medlemsstaternas befogenheter. Endast inom vissa områden har unionslagstiftaren valt att gripa in i denna fråga, antingen för att förhindra att alltför betungande kostnader ska verka avskräckande för rätten till rättslig prövning inom ett rättsområde,¹⁸ eller för att se till att rimliga och proportionerliga kostnader för förfarandet som har åsamkats den vinnande parten ersätts av den förlorande parten, även här inom vissa specifika materiella områden.¹⁹

43. Även i fall där unionsrätten innehåller regleringar av rättegångskostnaderna har domstolen slagit fast att ”när unionsrätten saknar precision, [är medlemsstaterna] vid införlivandet av ett direktiv ... skyldiga att säkerställa direktivets fulla verkan, samtidigt som de förfogar över ett betydande utrymme för skönsmässig bedömning avseende valet av tillvägagångssätt”. Vad beträffar det mål som där var

¹⁶ Punkt 16.

¹⁷ Det kan naturligtvis hävdas att omständigheterna i målet Reinke inte var identiska med dem i förevarande mål. Jag anser emellertid att det, trots vissa smärre skillnader, utan tvekan finns en analogi mellan dem.

¹⁸ Artikel 10a i rådets direktiv 85/337/EEG av den 27 juni 1985 om bedömning av inverkan på miljön av vissa offentliga och privata projekt (EGT L 175, 1985, s. 40; svensk specialutgåva, område 15, volym 6, s. 226) och artikel 15a i rådets direktiv 96/61/EG av den 24 september 1996 om samordnade åtgärder för att förebygga och begränsa föroreningar (EGT L 257, 1996, s. 26).

¹⁹ Artikel 14 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/48/EG av den 29 april 2004 om säkerställande av skyddet för immateriella rättigheter (EUT L 157, 2004, s. 45) och artikel 6.3 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2011/7/EU av den 16 februari 2011 om bekämpande av sena betalningar vid handelstransaktioner (EUT L 48, 2011, s. 1).

föremål för prövning och som rörde miljö rätt, slog domstolen fast att ”alla relevanta bestämmelser i nationell rätt måste beaktas, särskilt ett nationellt system för rättshjälp och en nationell ordning för begränsning av betalningsansvaret för rättegångskostnaderna”, liksom ”betydande skillnader mellan de nationella lagstiftningarna på detta område”.²⁰

44. Om det nu finns ett sådant betydande utrymme för skönsmässig bedömning, med beaktande av särdragen i de olika nationella systemen, i de fall där unionsrätten påverkar regleringen av rättegångskostnaderna, är medlemsstaternas frihet ännu större inom ett område där unionsrättslig reglering saknas.

45. Om det i förevarande mål finns en tvist rörande rättegångskostnaderna,²¹ rör den enbart tolkningen av de nationella bestämmelser som reglerar fördelningen av dem mellan parterna och domstolens befogenheter att ändra dem. I en tvist som bara rör dessa rättegångskostnader, är det den nationella lagstiftningen som innehåller riktlinjer för att avgöra den och inte unionsrätten, vilken som sagt inte innehåller någon reglering inom detta materiella område.

46. Möjligheten finns dock att det nationella målet, trots att det inte finns någon harmonisering i unionen när det gäller rättegångskostnader i den här typen av mål, är av sådan karaktär att det påverkar iakttagandet av de grundläggande bestämmelserna och de allmänna principerna i EUF-fördraget, men då krävs det att någon av de grundläggande rättigheterna berörs, vilket det inte finns något som indikerar i beslutet att begära förhandsavgörande.

47. Utan avsikt att inträda i den nationella domstolens ställe när det gäller dess bedömningar eller att inskränka dess frihet att välja mellan de lösningar som den nationella rätten medger, ger de ovan återgivna bestämmelserna i dess civilprocess- och förvaltningsprocesslagar tillräckligt stöd för att den, oavsett vilken lösning den kommer fram till när det gäller sökandens rätt att söka prövning, ska kunna avgöra frågan om rättegångskostnaderna på grunder som är fristående från det problemet.

48. Det är i det hänseendet tillräckligt att erinra om att det följer av den nationella rätten att om ”den fråga som prövas är helt ny” eller om ”rättspraxis ändras med avseende på de angripna frågorna”²² får domstolen helt eller delvis kvitta rättegångskostnaderna mellan parterna. Den har således frihet att välja i detta avseende, oberoende av om den i överensstämmelse med Corte Costituzionale (Författningsdomstolen) dom finner att AMT har rätt att söka prövning eller inte.

49. Följaktligen anser jag att begäran om förhandsavgörande inte kan tas upp till prövning, eftersom det inte är nödvändigt med ett svar från domstolen och eftersom den saknar behörighet att uttala sig om hur det italienska systemet för rättegångskostnader ska tillämpas, vilket är ett system som är rent nationellt.

B. Prövning i sak

50. Om domstolen finner att begäran om förhandsavgörande ska tas upp till sakprövning, ska jag här i andra hand redovisa min inställning till det. Jag ska då först försöka avgränsa den rättsliga ram som ska tillämpas och därefter föreslå ett svar på den hänskjutna frågan.

20 Dom av den 13 februari 2014, kommissionen/Förenade kungariket (C-530/11, EU:C:2014:67), punkt 46 och där angiven rättspraxis.

21 Den hänskjutande domstolen har inte lämnat några uppgifter som tydliggör tvisten mellan parterna när det gäller (de framtida) rättegångskostnadernas fördelning och belopp. För övrigt har samtliga parter avstått från att medverka i målet om förhandsavgörande, vilket enligt min uppfattning tyder på att de inte verkar bry sig om målets utgång.

22 I beslutet att begära förhandsavgörande anges det att den lagstiftning och rättspraxis som tidigare förelåg vid Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) rörande rätten att söka prövning för den som inte hade deltagit i upphandlingsförfarandet, var ”i linje med unionens rättspraxis”. Enligt den hänskjutande domstolen förändrades situationen till följd av författningsdomstolens dom nr 245/2016, vilken utgör ett ”mycket tungt vägande prejudikat” som redan hade tillämpats i senare domar från Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen).

1. Tillämplig rättslig ram

51. Syftet med den omtvistade upphandlingen var att tilldela kontrakt för att tillhandahålla markbunden kollektivtrafik. Den här typen av tjänster omfattas av det särskilda tillämpningsområdet för förordning nr 1370/2007, där artikel 5 reglerar ”tilldelning av avtal om allmän trafik” inom transportsektorn.

52. Av uppgifterna i beslutet att begära förhandsavgörande går det i förevarande fall inte att med säkerhet sluta sig till huruvida det rör sig om ett ”avtal om tjänstekoncession” eller om ett ”offentligt tjänsteavtal”. Även om de båda avtalstyperna har liknande egenskaper²³ skiljer de sig åt när det gäller ersättningen för tjänsternas utförande. Vid en koncession utgörs ersättningen av rätten att utnyttja tjänsten (antingen enbart den eller i kombination med en betalning). Vid ett tjänsteavtal utgörs ersättningen av att den upphandlande myndigheten betalar den som tillhandahåller tjänsten.²⁴

53. Det ankommer på den nationella domstolen att avgöra vilken av kategorierna det omtvistade kontraktet ska hänföras till, eftersom den till skillnad från EU-domstolen har kännedom om alla faktiska omständigheter som krävs för att göra det. Kvalificeringen av kontraktet har betydelse för att avgöra vilket regelverk som ska tillämpas på det, mot bakgrund av lydelsen av artikel 5.1 i förordning nr 1370/2007.²⁵

54. Jag ska således behandla frågan om rätten att söka prövning i de båda fallen.

a) Koncessionsavtal om kollektivtrafik

55. Det ena alternativet är att det rör sig om en tjänstekoncession, vilket görs gällande i några av de skriftliga yttrandena och som det går att sluta sig till av meddelandet om upphandling, eftersom det där finns en hänvisning till artikel 30 i lagen om offentlig upphandling, vilken just reglerar ”tjänstekoncessioner”.²⁶

56. Den italienska regeringen har anfört att det rör sig om en koncession, då den ifrågasatt åberopandet av direktiv 89/665. Den menar att eftersom direktivets tillämpningsområde fastställs i artikel 1.1 genom hänvisning till direktiv 2004/18, är det sistnämnda direktivet inte tillämpligt på sådana koncessioner.

57. Kommissionen har däremot gjort gällande att artikel 30.7 i lagen om offentlig upphandling utsträcker tillämpningen av direktiv 89/665 till att omfatta koncessioner om kollektivtrafik i Italien. Det finns således enligt kommissionen en unionsrättslig koppling mellan den nationella lagstiftningen och unionsrätten. Denna koppling ligger till grund för EU-domstolens behörighet att meddela ett förhandsavgörande, vilket följer av fast rättspraxis.²⁷

23 Se generaladvokaten Sharpstons förslag till avgörande i målet Hörmann Reisen (C-292/15, EU:C:2016:480), punkt 26, och generaladvokaten Cruz Villalóns förslag till avgörande i målet Norma-A och Dekom (C-348/10, EU:C:2011:468), punkt 39 och följande punkter.

24 Till detta ska läggas att koncessionären tar på sig den verksamhetsrisk som är förenad med utnyttjandet av de aktuella tjänsterna. Se dom av den 10 november 2011, Norma-A och Dekom (C-348/10, EU:C:2011:721), punkt 44.

25 ”Avtal om allmän trafik ska tilldelas i enlighet med de bestämmelser som fastställs i denna förordning. Tjänsteavtal eller avtal om allmän trafik enligt definitionen i direktiven 2004/17/EG eller 2004/18/EG avseende kollektivtrafik med buss eller spårvagn ska emellertid tilldelas i enlighet med de förfaranden som fastställs i dessa direktiv när dessa avtal inte tilldelas i form av koncessionsavtal om tjänster enligt definitionen i dessa direktiv.”

26 Där föreskrivs att ”bestämmelserna i lagen om offentlig upphandling [inte] ska ... tillämpas på tjänstekoncessioner om inte annat föreskrivs i denna artikel”. Enligt punkt 3 finns en möjlighet att använda sig av en ”informell upphandling vid vilken minst fem konkurrenter erbjuds att lägga anbud”, som en metod för att välja ut koncessionär, ett förfarande som föreskrevs i det här fallet.

27 ”Det är ... motiverat att domstolen tolkar unionsbestämmelser i situationer som inte omfattas av unionsrätten när nationell rätt har gjort dessa bestämmelser tillämpliga på sådana situationer på ett direkt och ovillkorligt sätt i syfte att säkerställa att de behandlas på samma sätt som de situationer som omfattas av unionsrätten” (dom av den 19 oktober 2017, Solar Electric Martinique (C-303/16, EU:C:2017:773), punkt 27 och där angiven rättspraxis).

58. På detta sätt skulle direktiv 89/665 kunna komma in i bilden. Emellertid "[hör] beaktandet av de gränser som den nationella lagstiftaren har ställt upp för tillämpningen av gemenskapsrätten på rent interna situationer ... till den nationella rätten och följaktligen till den medlemsstatens domstolars exklusiva behörighet", vilket det ankommer på den hänskjutande domstolen att bedöma.²⁸

59. Enligt den särskilda reglering av kollektivtrafik på väg och järnväg som finns i förordning nr 1370/2007, ska tilldelning av koncessioner omfattas av reglerna i artikel 5.2–5.6 i förordningen, och där föreskrivs vidare i artikel 5.7 att beslut i enlighet med de punkterna ska kunna "prövas effektivt och snabbt på begäran av en person som har eller har haft intresse av att få ett särskilt avtal och som har skadats eller riskerar att skadas av en påstådd överträdelse för de fall sådana beslut innefattar överträdelse av gemenskapsrätten eller nationella bestämmelser om genomförande av sådan lag".

60. Det kan således konstateras att bestämmelserna i förordning nr 1370/2007 i allt väsentligt överensstämmer med dem i artikel 1.3 i direktiv 89/665. I skäl 21 i nämnda förordning anges nämligen att "[e]tt effektivt rättsskydd bör garanteras, inte enbart för de avtal som tilldelas i enlighet med [direktiv 2004/17 och direktiv 2004/18] utan också för andra avtal som tilldelats enligt denna förordning. Ett effektivt översynsförfarande måste vara jämförbart med relevanta förfaranden i ... direktiv 89/665/EEG ... och ... direktiv 92/13/EEG".

61. Sammanfattningsvis kommer man fram till samma resultat, om än på en annan väg: att medlemsstaterna är skyldiga att se till att det finns effektiva överprövningsförfaranden. Tvisten handlar därför om att avgöra i vilken mån företag som inte har deltagit i upphandlingsförfarandet ska få ansöka om sådan överprövning.

b) Tjänsteavtal rörande kollektivtrafik

62. Det andra alternativet är att den omtvistade rättshandlingen ingår i kategorin tjänsteavtal rörande kollektivtrafik. I det "periodiska vägledande meddelandet" av den 22 februari 2014 hänvisas det uttryckligen till direktiv 2004/17²⁹ och det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet anges som tilldelningskriterium. Vidare nämns i punkt 2 i meddelandet om upphandling av den 29 maj 2015 en motprestation för den som tilldelas kontraktet, vilken slutgiltigt ska specificeras i de brev med inbjudan att lämna ekonomiskt anbud som avses i punkt 6.

63. Det skulle således kunna göras gällande att dessa egenskaper hos avtalet innebär att det inte rör sig om en tjänstekoncession avseende kollektivtrafik, så som det begreppet definieras i artikel 1.3 b i direktiv 2004/17,³⁰ utan att det är att betrakta som ett tjänsteavtal avseende kollektivtrafik. Om så vore fallet skulle artikel 5.1 i förordning nr 1370/2007 göra det möjligt att tillämpa direktiv 2004/17 och därmed det system för rättsmedel som föreskrivs i artiklarna 1 och 2 i direktiv 92/13, och de motsvarande bestämmelserna i direktiv 89/665 som den hänskjutande domstolens fråga handlar om.

2. Svaret på tolkningsfrågan

64. Även om kärnan i diskussionen handlar om vem som får ansöka om överprövning av upphandlingen och därmed om vem som har rätt att få tillgång till systemet med rättsmedel, utvidgar den hänskjutande domstolen den till att omfatta annat innehåll, genom en generell hänvisning till artiklarna 1.1, 1.2, 1.3 och 2.1 b i direktiv 89/665.

²⁸ Dom av den 18 oktober 1990, Dzodzi (C-297/88 och C-197/89, EU:C:1990:360), punkterna 41 och 42.

²⁹ Om detta meddelande handlar artikel 41 i det direktivet.

³⁰

"Tjänstekoncession: ett kontrakt av samma typ som ett tjänstekontrakt men med den skillnaden att ersättningen för tjänsternas utförande utgörs antingen av endast rätten att utnyttja tjänsten eller av dels en sådan rätt, dels betalning."

65. Med hänvisning till Consiglio di Stato praxis fastställer Corte Costituzionale i dom nr 245/2016 en premiss som enligt min uppfattning knappast kan ifrågasättas, nämligen att den som fritt har valt att avstå från att delta i ett urvalsförfarande i princip inte har rätt att ansöka om att det ska ogiltigförklaras. Denna uppfattning överensstämmer med den som EU-domstolen gav uttryck för i domen Grossmann där den tolkade artikel 1.3 i direktiv 89/665.³¹

66. De högsta italienska domstolsinstanserna medger emellertid att överprövningsförfarandena i vissa undantagsfall även kan vara tillgängliga för en aktör som inte har deltagit i upphandlingen. Så är, enligt författningsdomstolens dom nr 245/2016, bland annat fallet ”i situationer där aktören angriper ett beslut om att inte genomföra ett upphandlingsförfarande eller om att inte offentliggöra något meddelande om det angriper krav i meddelandet som omedelbart utesluter aktören, eller slutligen angriper krav som ålägger bördor som är fullkomligt obegripliga, helt oproportionerliga eller gör det omöjligt att lämna anbud”.

67. Denna möjlighet att ansöka om överprövning anser jag också är förenlig med den som EU-domstolen medgav när det gällde fall där villkoren i meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget i sig var så diskriminerande att de hindrade ett eller flera företag från att delta.³² Om ”[företagens] möjligheter att tilldelas avtal skulle vara försumbara på grund av de ovan nämnda [diskriminerande] specifikationerna”,³³ ska de ha rätt att ansöka om överprövning utan att det krävs att de dessförinnan har deltagit i upphandlingen.³⁴

68. Jag ser således inga motsättningar mellan den tolkning av direktiv 89/665 som EU-domstolen har gjort och de högsta italienska domstolarnas tolkning av sin nationella lagstiftning, när det gäller rätten att söka prövning för den som utan att delta i upphandlingsförfarandet vill angripa diskriminerande villkor som helt hindrar denne från att delta i upphandlingen.

69. Om tolkningsfrågan endast handlar om att avgöra huruvida det teoretiskt sett finns en motsättning mellan direktiv 89/665 och den nationella lagstiftningen, är det ovan anförda tillräckligt för att slå fast att det inte finns någon sådan oförenlighet. Den hänskjutande domstolen har formulerat frågan på ett sätt som i själva verket inte avspeglar alla nyanser i de högsta domstolarnas praxis, vilket framgår av nationell rättspraxis.³⁵

70. Om frågan utsträcks till att omfatta de särskilda omständigheterna i det nationella målet, i vilket domen där det slogs fast att AMT inte hade rätt att söka prövning har vunnit laga kraft, kan det åtminstone ifrågasättas³⁶ att den omständigheten att kollektivtrafiken ska omfatta hela regionen (och inte mindre enheter som provinser eller delar av provinser), i sig skulle vara *diskriminerande*. Däremot kan det förhålla sig så att mindre företag själva saknar resurser för att delta i en sådan upphandling, vilket brukar vara fallet vid större upphandlingar.

31 Domen Grossmann, punkt 27: ”Deltagande i ett upphandlingsförfarande [kan] ... i princip utgöra ett villkor som måste uppfyllas för att det skall kunna slås fast att den berörde har ett befogat intresse av att tilldelas det ifrågasatta avtalet eller riskerar att skadas på grund av att beslutet att tilldela upphandlingsavtalet påstås vara rättsstridigt. Den som inte har avgivit något anbud kan svårigen visa att han har intresse av att motsätta sig beslutet eller att han har skadats eller riskerar att skadas på grund av tilldelningen.”

32 *Ibidem*, punkt 28: ”För det fall att ett företag inte har avgivit något anbud, eftersom handlingarna avseende anbudsproceduren eller kontraktshandlingarna innehåller specifikationer som påstås vara *diskriminerande*, vilket inneburit att företaget inte haft möjlighet att tillhandahålla alla de tjänster som avses”. I det fallet ”kan företaget söka prövning av dessa specifikationer direkt, även innan det berörda offentliga upphandlingsförfarandet avslutas” (min kursivering).

33 *Ibidem*, punkt 29 (min kursivering).

34 *Ibidem*, punkt 30: ”Det skall därför vara möjligt för ett företag att söka prövning av sådana diskriminerande specifikationer direkt utan att upphandlingsförfarandet först skall slutföras.”

35 Se återgivningen av den i punkt 18 i detta förslag till avgörande.

36 Att låta tillhandahållande av kollektivtrafik på väg omfatta större områden (en region till exempel) i stället för att dela upp dem i mindre delar, kan vara motiverat av effektivitetsskäl och det kan finnas stordriftsfördelar med detta. Det ankommer på de behöriga myndigheterna att göra det valet och de ska dessutom beakta huruvida valet att tilldela ett enda samlat kontrakt medför oproportionerliga hinder för marknadsinträde för mindre ekonomiska aktörer. I förevarande fall uppmanade konkurrens- och marknadsmyndigheten den 25 juni 2015 den regionala myndigheten för kollektivtrafik i Ligurien att införa ett ”större antal kontrakt för att säkerställa ett så brett deltagande som möjligt i konkurrensförfarandet”.

71. Under alla förhållanden fann Corte Costituzionale (Författningsdomstolen) att det mot bakgrund av hur upphandlingen var utformad visserligen var högst sannolikt att AMT inte skulle tilldelas kontraktet, men att det inte var helt omöjligt.³⁷ Den ansåg således inte att det fanns ett ”ett faktiskt och effektivt hinder för att delta i upphandlingsförfarandet”. Vad beträffar den lagakraftvunna bedömningen av innehållet i de ifrågavarande villkoren, måste den vara bindande för den hänskjutande domstolen, och den måste också beaktas när tolkningsfrågan besvaras.

72. Kommissionen har hänvisat till domen Grossmann och gjort gällande att det inte behöver vara helt säkert att det ifrågavarande företags anbud inte kommer att antas, utan att det räcker att det är sannolikt för att företaget ska få söka prövning av upphandlingen utan att det behöver ha deltagit i förfarandet.

73. Min tolkning av domen Grossmann skiljer sig något från kommissionens. Jag anser att det är riskfyllt att använda sig av sannolikhetsberäkningar som enda avgörande faktor för att avgöra denna tvist. Vilket företag som helst skulle i så fall kunna hävda att villkoren vid en upphandling (även om de inte är diskriminerande) *sannolikt* kommer att få till följd att deras anbud inte antas, vilket skulle kunna bana väg för oseriösa ansökningar om överprövning från aktörer som har valt att inte delta i upphandlingsförfarandet.

74. Under alla förhållanden ankommer det som sagt inte på EU-domstolen att pröva huruvida Corte Costituzionale (Författningsdomstolen) gjorde fel då den *i just detta mål* slog fast att AMT inte hade rätt att söka prövning. Det avgörande är – och jag vidhåller att den hänskjutande domstolens fråga handlar om jämförelsen mellan den nationella bestämmelsen och direktiv 89/665 – att den *allmänna* praxis som de italienska högsta domstolsinstanserna har utvecklat rörande rätten att söka prövning (vilken i princip nekas, även om den tillåts i vissa fall) för ekonomiska aktörer som inte deltar i en upphandling är förenlig med unionsrätten, vilket jag anser att den är.

VI. Förslag till avgörande

75. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen beslutar följande:

- ”1) Tolkningsfrågan från Tribunale Amministrativo Regionale della Liguria (Regionala förvaltningsdomstolen i Ligurien) kan inte upptas till sakprövning.
- 2) I andra hand föreslår jag att domstolen slår fast att artiklarna 1.1, 1.2, 1.3 och 2.1 b i rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten inte utgör hinder mot en nationell lagstiftning i vilken det enligt de högsta domstolsinstansernas tolkning föreskrivs att
 - den som frivilligt har avstått från att delta i ett urvalförfarande vid en offentlig upphandling i princip inte har rätt att ansöka om att det ska ogiltigförklaras, men att
 - undantag får göras från denna regel i situationer där aktören angriper ett beslut om att inte genomföra ett upphandlingsförfarande eller om att inte offentliggöra något meddelande om det, angriper krav i meddelandet som omedelbart utesluter aktören, eller slutligen angriper krav som ålägger bördor som är fullkomligt obegripliga, helt oproportionerliga eller gör det omöjligt att lämna anbud.”

³⁷ I AMT:s ansökan om överprövning till TAR Ligurien gjorde AMT gällande att meddelandet om upphandling ”avsevärt *begränsade* möjligheterna att delta ... för små och medelstora aktörer som lokala kollektivtrafikföretag och därigenom förhindrade dem att till varje pris försöka få till stånd ett samarbete med större aktörer” (sidan 51 i ansökan om överprövning) (min kursivering).