



Datum van  
inontvangstneming

:

24/07/2017

**Zaak C-328/17**

**Verzoek om een prejudiciële beslissing**

**Datum van indiening:**

31 mei 2017

**Verwijzende rechter:**

Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Italië)

**Datum van de verwijzingsbeslissing:**

8 februari 2017

**Verzoeksters:**

Amt Azienda Trasporti e Mobilità SpA

Atc Esercizio SpA

Atp Esercizio Srl

Riviera Trasporti SpA

Tpl Linea Srl

**Verweersters:**

Atpl Liguria - Agenzia regionale per il trasporto pubblico locale SpA

Regione Liguria

---

[omissis]

[omissis]

**ITALIAANSE REPUBLIEK**

**De Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria**

**(Sezione Seconda)**

**[bestuursrechter in eerste aanleg Ligurië (Tweede kamer)]**

heeft de navolgende

### **BESLISSING**

gewezen in de beroepsprocedure [*omissis*] ingesteld door:

Amt Azienda Trasporti e Mobilità SpA, [*omissis*] Genua, [*omissis*];

Atc Esercizio SpA, [*omissis*] Genua, [*omissis*];

Atp Esercizio Srl, [*omissis*] Genua, [*omissis*];

Riviera Trasporti SpA, [*omissis*] Genua, [*omissis*];

#### **[Or. 2]**

Tpl Linea Srl, [*omissis*] Genua, [*omissis*];

#### ***tegen***

Atpl Liguria - Agenzia regionale per il trasporto pubblico locale SpA, [*omissis*] Genua, [*omissis*];

Regione Liguria, [*omissis*];

#### ***tot nietigverklaring,***

*na opschorting van de uitvoering,*

1) van de oproep tot inschrijving van ondernemers als bedoeld in artikel 30 d.lgs. (wetsbesluit) 163/06, bekendgemaakt in het *Publicatieblad van de Europese Unie* op 3 juni 2015 en in GURI (Italiaans Staatsblad) op 5 juni 2015;

[*omissis*] **[Or. 3]** [*omissis*] [*andere handelingen samenhangend met, aanvullend op of voortvloeiend uit de oproep onder 1)*]

[*omissis*]

#### **1. Voorwerp van het geding en relevante feiten**

Deze prejudiciële verwijzing betreft de vraag of een ondernemer de grondslagen van een aanbestedingsprocedure kan betwisten waarvoor hij geen verzoek tot deelname heeft ingediend, indien het op grond van de aanbestedingsregeling zeker of zeer waarschijnlijk is dat de opdracht niet aan hem zal worden gegund.

Deze prejudiciële vraag wordt gesteld in het kader van een geding over de gunning van de openbare vervoersdienst in de Regione Liguria.

De bovenvermelde vennootschappen hebben beroep ingesteld tegen de handelingen waarbij de Agenzia regionale per il trasporto pubblico locale

[*omissis*] een informele aanbesteding voor de gunning van de lokale openbaarvervoersdienst in de Regione Liguria heeft uitgeschreven.

**[Or. 4]**

Deze aanbesteding werd uitgeschreven op basis van legge regionale 7 novembre 2013, n. 33 (regionale wet nr. 33 van 7 november 2013), en verordening (EG) nr. 1370 van 23 oktober 2007.

Artikel 9, lid 1, en artikel 14, lid 1, van regionale wet nr. 33 van 7 november 2013 bepaalden met name dat voor de gunning van de dienst één kavel ter grootte van het volledige regionale grondgebied moest worden vastgesteld, en dat die dienst eventueel ook kon worden uitgebreid naar vervoer per spoor.

In het bovengenoemde beroep zijn meerdere middelen aangevoerd waarmee de gunningsregels en het verloop van de aanbestedingsprocedure in de kern worden betwist.

Eén van de aangevoerde middelen is dat artikel 9, lid 1[,] en artikel 14 van regionale wet nr. 33/2013 van Liguria in strijd zijn met de artikelen 3 en 97 en artikel 117, lid 1 en lid 2, onder e) en s), van de Italiaanse grondwet, en inbreuk maken op de artikelen 49 VWEU en 56 VWEU.

Meer in het bijzonder worden de regionale bepalingen aangevochten voor zover zij respectievelijk bepalen dat het optimaal territoriaal kader voor regionaal en lokaal openbaar vervoer het volledige regionale grondgebied bestrijkt, en dat de betrokken dienst als één kavel wordt gegund.

Het verwijzende gerecht heeft bij beslissing nr. 95 van 21 januari 2016 twee grondwettigheidsvragen gesteld [*omissis*] met de hierboven aangegeven strekking.

[*omissis*]

In dit verband heeft de verwijzende rechter erop gewezen dat verzoeksters beheersters zijn van lokale openbaarvervoerdiensten in provincies of delen daarvan. Aangezien artikel 3-bis van decreto legge (wetsbesluit) nr. 138 van 13 augustus 2011 [bekendgemaakt in GURI nr. 188 van 13 augustus 2011, met wijzigingen omgezet in L. (wet) nr. 148 van 14 september 2011 (**Or. 5**)] bepaalt dat het territoriale kader voor de verrichting van lokale openbare diensten in de regel het grondgebied van de provincie bestrijkt, smooft de regionale wet, volgens welke het territoriale kader het grondgebied van de regio bestrijkt en de dienst in één kavel met dezelfde omvang wordt gegund, verzoeksters' verwachtingen dat de opdracht aan hen zal worden gegund, nagenoeg in de kiem.

In een territoriaal kader dat de provincie bestrijkt – wat volgens artikel 3-bis van wetsbesluit nr. 138/2011 de regel is – zouden de verzoekende partijen een aanzienlijke kans op gunning van de dienst hebben, ook al omdat zij de vorige beheersters van de dienst zijn.

In een territoriaal kader dat daarentegen het volledige regionale grondgebied bestrijkt – zodat geïnteresseerden voor de deelname aan de aanbesteding alleen al onvergelijkbaar zwaardere vereisten moeten vervullen – zou de kans daarop echter vrijwel nihil worden.

Uit deze opzet volgt dat indien de regionale regeling die aan de aanbestedingsprocedure ten grondslag ligt ongrondwettig wordt verklaard, de volledige aanbestedingsprocedure op losse schroeven komt te staan.

Dit verklaart het belang van de grondwettigheidskwestie, en waarom deze kwestie moet worden opgeworpen vóór alle andere middelen, die tegen het verloop van de aanbesteding worden aangevoerd.

Bij beslissing nr. 245 van 22 november 2016 heeft de Corte costituzionale (grondwettelijk hof) de grondwettigheidsvragen niet-ontvankelijk verklaard.

Volgens de Corte Costituzionale deed de grondwettigheid niet ter zake omdat de vennootschappen niet procesbevoegd waren, aangezien zij geen verzoek tot deelname aan de aanbesteding hadden ingediend.

*[omissis] [Or. 6][omissis] [Or. 7] [omissis] [fragmenten uit de beslissing van de Corte costituzionale]*

Volgens de Corte costituzionale hadden de verzoekende vennootschappen geen voldoende duidelijk onderscheiden materiële rechtspositie, maar slechts een feitelijk belang dat een beroep tegen een aanbestedingsprocedure waaraan zij niet hadden deelgenomen, niet rechtvaardigde.

De Corte voegde daaraan toe dat een onderneming die niet aan een aanbesteding heeft deelgenomen uitsluitend en bij wijze van uitzondering nietigverklaring daarvan kan vorderen indien wordt opgekomen tegen het feit dat deze aanbesteding niet of juist wel is uitgeschreven, of indien beroep wordt ingesteld tegen clausules van de aanbesteding die haar rechtstreeks uitsluiten, of, tot slot, tegen clausules die kennelijk onbegrijpelijk of volledig onevenredig zijn of het onmogelijk maken om een offerte op te stellen.

Volgens de Corte costituzionale was er in casu van dergelijke situaties geen sprake, aangezien de verzoekende vennootschappen **[Or. 8]** geen enkele vaststaande en werkelijke belemmering voor de deelname aan de aanbesteding hadden aangevoerd, maar slechts hadden betoogd dat zij mogelijk nadeel hadden geleden, welk nadeel zij evenwel niet konden aanvoeren aangezien zij niet aan de aanbestedingsprocedure hadden deelgenomen.

2. Nationale bepalingen die relevant zijn tegen de achtergrond van de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie en van de Consiglio di Stato in voltallige zitting

De prejudiciële vraag betreft de mogelijkheid voor een onderneming om beroep in te stellen tegen handelingen van een aanbesteding waaraan zij niet heeft deelgenomen indien het, gezien de opzet van de aanbesteding of de aanbestedingsregeling, zeker dan wel zeer waarschijnlijk is dat de opdracht haar hoe dan ook niet wordt gegund.

De relevante nationale bepalingen zijn de volgende:

- artikel 100 van de codice di procedura civile (wetboek van burgerlijke rechtsvordering), dat bepaalt: „Om een vordering in te stellen of tegen een vordering verweer te voeren moet een partij procesbelang hebben”;

- artikel 39, lid 1, van wetsbesluit 104/2010, dat bepaalt: „Op alle niet in deze wet geregelde kwesties zijn de bepalingen van de codice di procedura civile van toepassing, voor zover zij verenigbaar zijn of een uitdrukking van algemene beginselen vormen”, en zodoende de codice di procedura civile van toepassing verklaart op het geding voor de bestuursrechter.

Deze regeling stelt procesbelang als vereiste voor toegang tot rechterlijke bescherming.

Met betrekking tot geschillen over aanbestedingen houdt deze regeling in dat de verzoekende ondernemer „als gevolg van de deelname aan de betwiste procedure in een specifieke situatie moet verkeren, die daarom zonder meer bescherming verdient”, met als gevolg dat „wie vrijwillig en vrijelijk beslist om niet aan een vergelijkend onderzoek deel te nemen geen recht heeft om nietigverklaring daarvan te vorderen, ook niet indien hij er feitelijk belang bij heeft dat de mededingingsprocedure – voor hem *res inter alios acta* – opnieuw wordt uitgeschreven” (zie beslissing nr. 9 van de Consiglio di Stato in voltallige zitting van 25 februari 2014, [*omissis*] [**Or. 9**][*omissis*]).

In dezelfde nationale beslissing zijn ook enkele uitzonderingen op dat algemene beginsel geformuleerd, en is vastgesteld in welke gevallen ook bedrijven die niet aan de aanbesteding hebben deelgenomen het recht hebben om tegen de betrokken uitnodiging tot inschrijving op te komen.

Deze uitzonderingsgevallen hebben met elkaar gemeen dat zij beogen in dezelfde behoefte te voorzien, namelijk versterking van de bescherming van de mededinging, en van dergelijke gevallen is sprake indien:

I. de uitnodiging tot inschrijving in de kern wordt betwist;

II. omgekeerd wordt betwist dat geen aanbesteding heeft plaatsgevonden, aangezien de overheidsdienst de overeenkomst onderhands heeft gegund;

III. de clausules van de aanbesteding worden betwist omdat zij de verzoeker rechtstreeks uitsluiten.

De meest recente vaste nationale rechtspraak sluit aan bij de door de Consiglio di Stato in voltallige zitting vastgestelde beginselen [*omissis*].

[*omissis*] [I] Deze vonnissen zijn in lijn met de communautaire rechtspraak, (met name, [*omissis*] C-355/15, [*omissis*] C-689/13, [*omissis*] C-100/12 [*omissis*] C-314/09 [*omissis*] C-230/02 [*omissis*] C-249/01[*omissis*]).

3. Toepasselijke Uniebepalingen waarvan om uitlegging wordt verzocht

**[Or. 10]**

De in casu toepasselijke Uniebepalingen zijn artikel 1, leden 1, 2 en 3, en artikel 2, lid 1, onder b), van richtlijn 89/665/EEG houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken.

Artikel 1, lid 1, derde alinea, bepaalt: „De lidstaten nemen met betrekking tot opdrachten die binnen de werkingssfeer van richtlijn 2004/18/EG vallen, de nodige maatregelen om ervoor te zorgen dat tegen door de aanbestedende diensten genomen besluiten op doeltreffende wijze en vooral zo snel mogelijk beroep kan worden ingesteld overeenkomstig de artikelen 2 tot en met 2 septies van deze richtlijn, op grond van het feit dat door die besluiten het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten of de nationale voorschriften waarin dat gemeenschapsrecht is omgezet, geschonden zijn.”

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

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

Artikel 2, lid 1, onder B), luidt: „De lidstaten zorgen ervoor dat de maatregelen betreffende de in artikel 1 bedoelde beroepsprocedures voorzien in de nodige bevoegdheden om:

[...]

B) onwettig genomen besluiten nietig te verklaren dan wel nietig te doen verklaren, met inbegrip van het verwijderen van **[Or. 11]** discriminerende technische, economische of financiële specificaties in oproepen tot inschrijving, bestekken dan wel in enig ander stuk dat verband houdt met de gunningsprocedure”.

#### 4. Gronden voor de prejudiciële verwijzing: voorwerp en relevantie

Om te beginnen moet erop worden gewezen dat de Regione Liguria, toen de zaak aanhangig was bij de Corte costituzionale, regionale wet nr. 19 van 9 augustus 2016 heeft vastgesteld, houdende „Modifiche alla legge regionale 7 novembre 2013, n. 33 (Riforma del sistema del trasporto pubblico regionale e locale) ed altre modifiche normative in materia di trasporto pubblico locale” [wet houdende wijzigingen van regionale wet nr. 33 van 7 november 2013 (hervorming van het regionaal en lokaal openbaarvervoersysteem) en andere wijzigingen van de regelgeving op het gebied van lokaal openbaar vervoer].

Met ingang van 12 augustus 2016 heeft regionale wet nr. 19/2016 van Liguria de artikelen 9 en 14 van regionale wet nr. 33/2013 volledig vervangen, [*omissis*].

De nieuwe bepalingen verlangen niet langer dat vervoersdiensten over land en over zee worden georganiseerd binnen één optimaal gebied van regionale omvang (maar binnen vier homogene territoriale kaders) en in één kavel [*omissis*] worden gegund [*citaat gewijzigd artikel*]

De regionale wetgever was het derhalve eens met de in het verzoekschrift aangevoerde grieven – die de Tribunale in zijn beslissing tot verwijzing van de zaak naar de Corte costituzionale heeft overgenomen – en heeft de wet gewijzigd.

Vervolgens heeft de met de aanbesteding belaste overheid meegedeeld dat de aanbesteding niet zou worden voortgezet.

De Corte costituzionale is op grond van het beginsel *tempus regit actum* [*omissis*] evenwel toch ingegaan op de vraag of de ingetrokken regeling grondwettig is [*omissis*].

#### **[Or. 12]**

Tegen deze achtergrond moet erop worden gewezen dat de onderstaande prejudiciële vraag betrekking heeft op de uitlegging van de aan de vordering gestelde voorwaarde dat een onderneming procesbelang heeft bij het instellen van beroep tegen handelingen van een aanbestedingsprocedure waaraan zij niet heeft deelgenomen, wanneer dit beroep tegen de aan de aanbesteding ten grondslag liggende principes is gericht en zij niet aan de aanbesteding heeft deelgenomen precies omdat het op grond van de regeling van die aanbesteding (waartegen de rechtsvordering wordt ingesteld) zeker of zeer waarschijnlijk was dat de opdracht niet aan haar zou worden gegund.

[*omissis*] [*samenvatting van de argumenten onder 2)*]

In arrest nr. 245/2016 van de Corte Costituzionale wordt het procedurele vereiste van procesbelang aldus uitgelegd dat het beroep van de onderneming die niet aan de aanbesteding heeft deelgenomen niet-ontvankelijk is indien het niet absoluut zeker maar alleen zeer waarschijnlijk is dat de opdracht, gezien de opzet van de



aanbesteding (bijvoorbeeld de omvang van de kavels) of de aanbestedingsregeling, niet aan die onderneming zal worden gegund. [omissis] **[Or. 13]** [omissis] [latere rechtspraak in dezelfde zin] Deze benadering heeft voor de hand liggende gevolgen voor de doeltreffende bescherming van het recht op mededinging. Aan de toegang tot rechterlijke bescherming zou de voorwaarde van deelname aan de aanbesteding worden verbonden, wat aanzienlijke kosten met zich brengt, ook indien de onderneming voornemens is de rechtmatigheid van de aanbesteding aan te vechten omdat de mededinging daardoor te sterk wordt beperkt, en die deelname zou volstrekt nutteloos zijn aangezien de kans op gunning van meet af aan nihil of minimaal is.

De onderstaande prejudiciële uitleggingsvraag [is] doorslaggevend voor de ontvankelijkheid van het oorspronkelijke beroep, met alle gevolgen van dien voor de vaststelling van de proceskosten in het hoofdgeding.

Indien het Hof oordeelt dat de vordering tot nietigverklaring van de volledige aanbestedingsprocedure valt onder een van de uitzonderingsgevallen waarin de ondernemer die niet aan de aanbesteding heeft deelgenomen toch beroep kan instellen, moet in het eindoordeel worden vastgesteld dat het geding door de vaststelling van regionale wet nr. 19/2016 van Liguria zonder voorwerp is geraakt [omissis]

In dat geval zouden de proceskosten en het griffierecht [omissis] ten laste [omissis] van verweersters komen en derhalve aan verzoeksters moeten worden vergoed.

Indien het Hof daarentegen de uitlegging van de Corte costituzionale in arrest nr. 245/2016 aanvaardt en dus oordeelt dat de verzoekende vennootschappen niet tegen de handelingen van de aanbesteding kunnen opkomen, moet het hoofdgeding worden afgesloten met een niet-ontvankelijkverklaring van de vordering wegens het ontbreken van **[Or. 14]** procesbelang, met als gevolg dat de kosten onder de verzoeksters worden verdeeld.

Deze oplossing zou rechterlijke bescherming op het gebied van mededinging uiterst moeilijk maken, omdat ook in het geval dat de rechtsvordering gegrond zou zijn en wel zodanig dat de wetgever na de instelling van het beroep de bestreden wettelijke regeling wijzigt, de partij die de vordering heeft ingediend zeer hoge proceskosten zou moeten betalen. Dit zou justitiabelen onvermijdelijk ervan weerhouden om dergelijke vorderingen in te stellen.

## 5. Prejudiciële vraag

„Staan artikel 1, leden 1, 2 en 3, en artikel 2, lid 1, onder b), van richtlijn 89/665/EEG houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken, in de weg aan een nationale regeling die de mogelijkheid beroep in te stellen tegen de handelingen van een aanbestedingsprocedure uitsluitend toekent

aan ondernemers die een verzoek tot deelname aan deze aanbesteding hebben ingediend, ook wanneer de rechtsvordering is gericht op de beoordeling van de grondslagen van de procedure, omdat reeds uit de aanbestedingsregeling volgt dat de opdracht zeer waarschijnlijk niet aan de betrokkene zal worden gegund?”

[*omissis*] **[Or. 15]** [*omissis*]

### **Op die gronden**

verzoekt de Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Seconda) [bestuursrechter in eerste aanleg Ligurië, Tweede kamer] [*omissis*] het Hof van Justitie van de Europese Unie om een prejudiciële beslissing over de in de motivering geformuleerde vraag, en schorst hij de behandeling van de zaak totdat is beslist op de prejudiciële verwijzing.

[*omissis*]

[*omissis*] Genua [*omissis*] 8 februari 2017 [*omissis*]