



Datum van inontvangstneming : 21/07/2017

Vertaling C-350/17 - 1

Samenvatting van het verzoek om een prejudiciële beslissing overeenkomstig artikel 98, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie

Datum van indiening:

12 juni 2017

Verwijzende rechter:

Consiglio di Stato (Italië)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

6 april 2017

Verzoekende partij:

Mobit società consortile a responsabilità limitata

Verwerende partij:

Regione Toscana

Andere partijen bij de procedure:

Autolinee Toscane s.p.a.

Régie Autonome des Transports Parisiens - RATP

Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding

Hoger beroep van Mobit, een consortiumvennootschap met beperkte aansprakelijkheid, tegen vonnis nr. 1548 van 28 oktober 2016 van het Tribunale amministrativo regionale della Toscana (bestuursrechter in eerste aanleg van Toscane) waarbij het principale beroep van Mobit en het incidentele beroep van Autolinee Toscane s.p.a. zijn toegewezen, en derhalve de gunning aan de partij Autolinee Toscana s.p.a. van de opdracht voor de levering van lokale openbarevervoersdiensten binnen de regio Toscane nietig is verklaard omdat de door Autolinee Toscane s.p.a. ingediende offerte niet voldeed aan de vereisten van het bestek, overigens net als die van Mobit.

Voorwerp en rechtsgrondslag van de prejudiciële verwijzing

De uitlegging en de toepassing van bepalingen van verordening (EG) nr. 1370/2007 met het oog op de uitvoering daarvan in de nationale rechtsorde, met name wat de vraag betreft of begunstigden van onderhandse opdrachten voor de verlening van openbaarvervoersdiensten, inzonderheid indien deze vóór de inwerkingtreding van de verordening zijn gegund, mogen deelnemen aan aanbestedingen met betrekking tot andere grondgebieden dan die waarin zij reeds in een bevoordeelde situatie zonder mededinging werkzaam zijn (zogenaamde extra-moenia-aanbestedingen).

Artikel 267 VWEU

De prejudiciële vragen

1. „Is artikel 5, lid 2 van verordening (EG) nr. 1370/2007 [inzonderheid het verbod voor interne exploitanten om deel te nemen aan extra-moenia-aanbestedingen als bedoeld onder b) en d)] eveneens van toepassing op opdrachten die vóór de inwerkingtreding van die verordening zijn gegund?
2. Kan een publiekrechtelijke rechtspersoon waaraan de nationale overheid lokale vervoersdiensten onderhands heeft gegund in abstracte zin worden gekwalificeerd als interne exploitant – in de zin van deze verordening en eventueel naar analogie van de ratio van de rechtspraak op het gebied van in-house-opdrachten – indien deze rechtspersoon in organisatorisch opzicht en qua zeggenschap rechtstreekse banden heeft met die overheid en zijn maatschappelijk kapitaal – volledig of, indien samen met andere openbare lichamen, pro quota – in handen van de staat is?
3. Is in geval van een onderhandse gunning van door verordening (EG) nr. 1370/2007 geregelde diensten, het feit dat de voornoemde nationale overheid na de gunning een bestuursorgaan opricht met organisatorische bevoegdheden ten aanzien van deze diensten – terwijl de staat uitsluitend bevoegd blijft om over de gunning te beslissen en dat orgaan over de begunstigde van de onderhands gegunde diensten geen zeggenschap zoals over haar eigen diensten uitoefent – een omstandigheid op grond waarvan de betrokken gunning aan de regeling van artikel 5, lid 2, van de verordening kan worden onttrokken?
4. Indien de oorspronkelijke looptijd van een onderhandse gunning de termijn van 30 jaar tot 3 december 2039 [te rekenen vanaf de datum van inwerkingtreding van verordening (EG) nr. 1370/2007] overschrijdt, heeft dit dan tot gevolg dat de gunning hoe dan ook niet in overeenstemming is met de beginselen als bedoeld in de artikelen 5 en 8, lid 3, van de verordening, in onderlinge samenhang gelezen, of moet dit gebrek worden geacht rechtens in alle opzichten automatisch te worden gecorrigeerd doordat deze termijn impliciet ‚ex lege’ (artikel 8, lid 3, tweede alinea) wordt gereduceerd tot 30 jaar?”

Aangevoerde Unierechtelijke bepalingen

Verordening (EG) nr. 1370/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 23 oktober 2007 betreffende het openbaar personenvervoer per spoor en over de weg en tot intrekking van verordening (EEG) nr. 1191/69 van de Raad en verordening (EEG) nr. 1107/70 van de Raad, inzonderheid:

- overweging 9: „Om het openbaar personenvervoer zo goed mogelijk te kunnen afstemmen op de behoeften van het publiek, dienen de bevoegde instanties, binnen het kader van deze verordening, vrij te kunnen kiezen met welke exploitanten van openbare diensten zij samenwerken, waarbij rekening wordt gehouden met de belangen van de kleine en middelgrote ondernemingen [...]”;

- overweging 18: „Onder voorbehoud van de toepasselijke nationale wettelijke bepalingen, kan een lokale overheid of, indien die er niet is, een nationale overheid, ervoor opteren zelf openbare personenvervoersdiensten aan te bieden op haar grondgebied of zonder openbare aanbestedingsprocedure te gunnen aan een interne exploitant. Om concurrentievervalsing te vermijden dient evenwel een strikt kader te worden vastgesteld voor de mogelijkheid tot exploitatie in eigen beheer. De vereiste zeggenschap moet worden uitgeoefend door de bevoegde instantie of groepering van instanties die de geïntegreerde openbare personenvervoersdiensten aanbieden, collectief of via de leden. Tevens moet het een bevoegde instantie die zelf vervoersdiensten aanbiedt of een interne exploitant verboden zijn deel te nemen aan openbare aanbestedingsprocedures buiten het grondgebied van die instantie. De instantie die zeggenschap over de interne exploitant uitoefent moet deze ook kunnen verbieden deel te nemen aan op haar grondgebied georganiseerde openbare aanbestedingsprocedures. Beperkingen van de activiteit van de interne exploitant doen geen afbreuk aan de mogelijkheid tot onderhandse gunning van openbare dienstcontracten voor vervoer per spoor, met uitzondering van andere vormen van vervoer zoals metro en tram. Onderhandse gunning van openbare dienstcontracten voor heavy-raildiensten belet niet dat de bevoegde instanties openbare dienstcontracten voor ander openbaar personenvervoer per spoor, zoals metro en tram, aan een interne exploitant kunnen gunnen.”

- artikel 2, onder b: „Voor de toepassing van deze verordening gelden de volgende definities: [...] ‚bevoegde instantie’: overheid of groepering van overheden van één of meer lidstaten die bevoegd is/zijn om op te treden in het openbaar personenvervoer in een bepaald geografisch gebied, of elke andere entiteit die over deze bevoegdheid beschikt”;

- artikel 2, onder c: „Voor de toepassing van deze verordening gelden de volgende definities: [...] ‚bevoegde plaatselijke overheid’: elk bevoegd overheidslichaam dat niet bevoegd is voor het volledige grondgebied van een land”;

- artikel 2, onder h: „Voor de toepassing van deze verordening gelden de volgende definities: [...] ‚onderhandse gunning’: gunning van een openbare dienstcontract

aan een bepaalde exploitant van openbare diensten zonder voorafgaande openbare aanbestedingsprocedure”;

- artikel 2, onder j: „Voor de toepassing van deze verordening gelden de volgende definities: [...] ‚interne exploitant‘: een juridisch onafhankelijke entiteit waarover een bevoegde plaatselijke overheid – of in geval van een groepering van overheden, ten minste één bevoegde plaatselijke overheid – net als over haar eigen diensten zeggenschap uitoefent”;

- artikel 5, lid 2, onder a) en b) „Als de nationale wetgeving het niet verbiedt, kan een bevoegde plaatselijke overheid, ongeacht of het gaat om een afzonderlijke overheid dan wel een groepering van overheden die geïntegreerde diensten voor openbaar personenvervoer aanbiedt, besluiten zelf openbare personenvervoersdiensten aan te bieden of onderhands een openbaredienstcontract te gunnen aan een juridisch onafhankelijke entiteit waarover de bevoegde plaatselijke overheid – of in geval van een groepering van overheden, ten minste één bevoegde plaatselijke overheid – net als over haar eigen diensten zeggenschap uitoefent. Wanneer een bevoegde plaatselijke overheid een dergelijk besluit neemt, geldt het volgende:

a) de vraag of de bevoegde plaatselijke overheid een dergelijke zeggenschap uitoefent, wordt beoordeeld op basis van onder meer de mate van vertegenwoordiging in de bestuurs-, beheers- of toezichtsorganen, de bepalingen ter zake in de statuten, de eigendomsstructuur en de daadwerkelijke invloed op en de daadwerkelijke zeggenschap over strategische en individuele beheersbeslissingen. In overeenstemming met het gemeenschapsrecht behoeft een bevoegde overheidsinstantie, met name in het geval van publiek-private partnerschappen, niet voor 100 % eigenaar te zijn om zeggenschap in de zin van dit lid uit te oefenen, mits de overheid een overheersende invloed heeft en die zeggenschap op grond van andere criteria kan worden uitgeoefend;

b) voorwaarde voor de toepassing van dit lid is dat de interne exploitant en elke entiteit waarop deze exploitant een, zelfs minimale, invloed heeft hun openbare personenvervoersdiensten exploiteren op het grondgebied van de bevoegde plaatselijke overheid – uitgaande lijnen of andere kleinere elementen van die activiteit die het grondgebied van naburige bevoegde plaatselijke overheden binnenkomen daargelaten – en niet deelnemen aan openbare aanbestedingen voor het verrichten van openbare personenvervoersdiensten buiten dit grondgebied”;

- artikel 5, lid 2, onder d: „indien er geen plaatselijke bevoegde overheid is, zijn de punten a), b) en c) van toepassing op een nationale overheid voor een geografisch gebied dat niet haar gehele grondgebied bestrijkt, op voorwaarde dat de interne exploitant niet meedoet aan openbare aanbestedingen voor het verrichten van openbare personenvervoersdiensten, die worden georganiseerd buiten het gebied waarvoor het openbaredienstcontract is gegund”;

- artikel 8, lid 2: „Onverminderd lid 3 verloopt de gunning van openbaredienstcontracten voor vervoer per spoor en over de weg volgens artikel 5, en wel vanaf 3 december 2019. Tijdens deze overgangperiode nemen de lidstaten maatregelen om geleidelijk te voldoen aan artikel 5, teneinde te vermijden dat zich ernstige structurele problemen voordoen, in het bijzonder wat betreft de vervoerscapaciteit”.

- artikel 8, lid 3: „Bij de toepassing van lid 2 wordt geen rekening gehouden met openbaredienstcontracten die volgens gemeenschapsrecht en nationale wetgeving zijn gegund:

a) vóór 26 juli 2000 op grond van een eerlijke openbare aanbestedingsprocedure;

b) vóór 26 juli 2000 op grond van een andere procedure dan een eerlijke openbare aanbestedingsprocedure;

c) vanaf 26 juli 2000 en vóór 3 december 2009, op grond van een eerlijke openbare aanbestedingsprocedure;

d) vanaf 26 juli 2000 en vóór 3 december 2009, op grond van een andere procedure dan een eerlijke openbare aanbestedingsprocedure.

De onder a) bedoelde contracten kunnen doorlopen tot zij verstrijken. De onder b) en c) bedoelde contracten kunnen doorlopen tot zij verstrijken, maar niet langer dan gedurende 30 jaar. De onder d) bedoelde contracten kunnen doorlopen tot zij verstrijken, op voorwaarde dat het gaat om contracten van beperkte duur met een looptijd die vergelijkbaar is met de in artikel 4 vermelde looptijden.

[...]”.

Interpretatieve richtsnoeren van de Europese Commissie (PB C 92 van 29 maart 2014), inzonderheid:

- punt 2.3.1, onder iii: „Om concurrentievervalsingen te voorkomen, is in artikel 5, lid 2, onder b), vastgelegd dat de vervoersactiviteiten van interne exploitanten en elk orgaan waarover zij zeggenschap uitoefenen geografisch moeten worden afgebakend, d.w.z. beperkt moeten blijven tot het grondgebied van de bevoegde overheid of een gebied dat onder gezamenlijke zeggenschap met een bevoegde plaatselijke overheid staat. Deze exploitanten of organen kunnen derhalve niet deelnemen aan openbare aanbestedingsprocedures voor openbaar personenvervoer buiten het grondgebied van de bevoegde overheid. Artikel 5, lid 2, onder b), is doelbewust in algemene bewoordingen gesteld om te voorkomen dat er ondernemingsstructuren worden opgezet om deze geografische afbakening te omzeilen. Zonder afbreuk te doen aan de bepalingen inzake uitgaande lijnen zoals vermeld in punt (v), zal de Commissie de genoemde bepaling betreffende de geografische afbakening bijzonder strikt toepassen, met name wanneer de interne exploitant en een ander orgaan dat vervoersdiensten levert beide onder de zeggenschap van een bevoegde overheid staan.”

- punt 2.6.1: „Artikel 8, lid 2, verwijst naar artikel 5 in zijn geheel. De Commissie is echter van mening dat alleen artikel 5, lid 3, betreffende de verplichting om open, transparante, niet-discriminatoire en eerlijke procedures toe te passen bij de gunning van openbare dienstcontracten in deze context relevant lijkt. Zoals blijkt uit overweging 31 hebben de overgangsregelingen tot doel bevoegde instanties en exploitanten van openbare diensten voldoende tijd te geven om zich aan te passen aan de bepalingen van verordening (EG) nr. 1370/2007. De aan de lidstaten opgelegde verplichting om geleidelijk te voldoen aan artikel 5 is alleen redelijk als het gaat om de verplichting om openbare dienstcontracten volgens open, transparante, niet-discriminatoire en eerlijke procedures te gunnen. Het heeft geen zin dat de lidstaten het begrip interne exploitant of de uitzonderingen uit de leden 4, 5 en 6 van artikel 5 van verordening (EG) nr. 1370/2007 ‘geleidelijk’ toepassen, aangezien de bepalingen hiervan minder strikt zijn dan de algemene beginselen uit het Verdrag en de overeenkomstige rechtspraak. Voorts kan redelijkerwijs niet worden aangenomen dat de wetgever de volledige toepassing van artikel 5, lid 7, betreffende de procedurele waarborgen en rechterlijke toetsing wilde uitstellen tot 3 december 2019.”

Aangevoerde nationale bepalingen

D.lgs. del 19 novembre 1997, n. 422 (Conferimento alle regioni ed agli enti locali di funzioni e compiti in materia di trasporto pubblico locale, a norma dell’articolo 4, comma 4, della legge 15 marzo 1997, n. 59) (wetsbesluit nr. 422 van 19 november 1997 betreffende de overdracht van de functies en bevoegdheden inzake plaatselijk openbaar vervoer aan de regio’s en lagere overheden ingevolge artikel 4, lid 4, van wet nr. 59 van 15 maart 1997). In casu is name artikel 18 van belang, dat beoogt, in lid 1, voor zover mogelijk onderhandse gunningen van regionale en lokale vervoersdiensten uit te sluiten door te bepalen dat dienstenovereenkomsten (met een looptijd van ten hoogste negen jaar) moeten worden gesloten en aan de criteria van zuinig beheer en efficiëntie moet worden voldaan, en, in lid 2, een analoog resultaat te behalen door de mogelijkheden voor begunstigden van onderhandse gunningen om aan aanbestedingen deel te nemen, te beperken, met name onder a).

Legge regionale del 29 dicembre 2010, n. 65 (Legge finanziaria per l’anno 2011) [regionale wet nr. 65 van 29 december 2010 (begrotingswet voor 2011)], die bepaalt dat met ingang van 1 januari 2012 het optimaal territoriaal kader voor de uitoefening van de functies op het gebied van lokaal openbaar vervoer het volledige regionale grondgebied omvat.

Legge del 23 luglio 2009, n. 99 (Disposizioni per lo sviluppo e l’internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia) (wet nr. 99 van 23 juli 2009 houdende bepalingen betreffende de ontwikkeling en internationalisering van ondernemingen en energie), inzonderheid artikel 61 daarvan, dat bepaalt dat de autoriteiten die bevoegd zijn tot gunning van dienstenovereenkomsten, ook in afwijking van de sectorregeling, artikel 5,

leden 2, 4, 5 en 6, en artikel 8, lid 2, van verordening (EG) nr. 1370/2007 kunnen invoeren.

Korte uiteenzetting van de feiten en de procedure in het hoofdgeding

- 1 Verzoekster Mobit, een consortiumvennootschap waarin meerdere in de sector werkzame ondernemingen zijn samengebracht, heeft bij de Tribunale amministrativo regionale Toscana beroep ingesteld tegen de definitieve gunning aan Autolinee Toscane s.p.a., in een door Regione Toscana uitgeschreven aanbestedingsprocedure die is bekendgemaakt in G.U.C.E. (staatsblad) van 5 oktober 2013, van een opdracht voor de levering van lokale vervoersdiensten binnen haar grondgebied.
- 2 Met deze aanbestedingsprocedure beoogde Regione Toscana haar regionale wet nr. 65 van 29 december 2010 (begrotingswet voor 2011) ten uitvoer te brengen, die bepaalt dat met ingang van 1 januari 2012 het optimale territoriale kader voor de uitoefening van de functies op het gebied van plaatselijk openbaar vervoer niet langer door de provincie, maar door het volledige regionale grondgebied wordt gevormd.
- 3 Regione Toscana stuurde een uitnodiging tot inschrijving naar Mobit en Autolinee Toscane s.p.a., de enige twee rechtssubjecten die te kennen hadden gegeven aan de aanbestedingsprocedure te willen deelnemen. Op 2 maart 2016 werd de opdracht definitief aan Autolinee Toscane s.p.a. gegund.
- 4 In haar beroep bij de Tribunale amministrativo di Toscana voerde Mobit primair aan dat de deelneming van Autolinee Toscane s.p.a. aan de aanbestedingsprocedure onrechtmatig was en dat haar offerte gebreken vertoonde, en subsidiair dat de volledige procedure onrechtmatig was.
- 5 Autolinee Toscane s.p.a. stelde incidenteel beroep in, waarmee zij vorderde dat de offerte van Mobit van de aanbesteding werd uitgesloten. Vervolgens intervenieerde aan de zijde van verweerster Régie Autonome des Transports Parisiens (RATP), een overheidsinstelling opgericht door en onder zeggenschap van de Franse staat, die via RATP DEV S.A. en RATP DEV Italia S.r.l. zeggenschap uitoefent over Autolinee Toscane s.p.a.
- 6 Bij vonnis nr. 1548 van 28 oktober 2016 wees de Tribunale amministrativo Toscana het principale en het incidentele beroep toe en verklaarde hij de bestreden handelingen, en meer in het bijzonder de gunning aan Autolinee Toscane s.p.a., nietig omdat de offerte van deze laatste, net als die van Mobit, niet aan de vereisten van het bestek voldeed.
- 7 Mobit stelde tegen dit vonnis beroep in bij de Consiglio di Stato, en voerde daarbij aan dat het moet worden vernietigd wegens schending van artikel 2, onder b) en j), artikel 5, lid 2, en artikel 8, lid 3, van verordening (EG) nr. 1370/2007.

Voornaamste argumenten van partijen in het hoofdgeding

- 8 Mobit betoogt dat de begunstigde Autolinee Toscane s.p.a. van begin af aan van de aanbestedingsprocedure had moeten worden uitgesloten omdat op haar het verbod van artikel 5, lid 2, onder b) en d), van verordening (EG) nr. 1370/2007 – waarnaar het bestek uitdrukkelijk verwijst – van toepassing is, op grond waarvan de interne exploitant en elke entiteit waarop deze exploitant een, zelfs minimale, invloed heeft, niet mag deelnemen aan extra-moenia-aanbestedingen.
- 9 Dit verbod om aan extra-moenia-aanbestedingen deel te nemen is volgens Mobit op de begunstigde Autolinee Toscane s.p.a. van toepassing omdat de Franse staat aan haar moedervennootschap, RATP, een industriële en commerciële overheidsinstelling waarvan het volledige kapitaal in handen is van de Franse staat, bij wet de opdracht tot levering van personenvervoerdiensten in de regio Parijs (Île-de-France) onderhands heeft gegund. Volgens Mobit moet RATP derhalve worden aangemerkt als interne exploitant in de zin van verordening (EG) nr. 1370/2007 die volledige zeggenschap uitoefent.
- 10 Regione Toscana en Autolinee s.p.a. betogen daarentegen dat RATP niet als interne exploitant kan worden aangemerkt, omdat de voornoemde lokale openbare vervoersdienst binnen het grondgebied van het Île-de-France niet wordt verleend aan de Franse overheid, maar aan het STIF (Syndicat des Transports d'Île de France). Dit is een bestuursorgaan waarin de organisatorische functies van het vervoer in de regio Parijs zijn ondergebracht. Het staat sinds 2004 niet meer onder zeggenschap van de Franse overheid en heeft geen bevoegdheden die van invloed kunnen zijn op het bezit, de toekenningsvoorwaarden, het voorwerp en de attributies van de bij wet aan RATP verleende opdracht.

STIF is de enige regelgevende autoriteit voor de lokale openbare vervoersdienst binnen het Île-de-France en kan derhalve met het oog op de onderzochte regeling als „plaatselijke overheid” worden aangemerkt; zij oefent evenwel geen enkele zeggenschap over RATP uit, en RATP kan derhalve niet worden aangemerkt als „interne exploitant” in de zin van de voornoemde verordening.

Korte uiteenzetting van de motivering van de verwijzing

- 11 In de eerste plaats heeft de Tribunale amministrativo Toscana verklaard dat het verbod van artikel 5, lid 2, onder b) en d), van verordening nr. 1370/2007 slechts van toepassing is op opdrachten die op basis van deze verordening zijn gegund, en dus na de inwerkingtreding daarvan op 3 december 2009.

De rechter in eerste aanleg heeft dit vraagstuk opgelost in het licht van de letterlijke bewoordingen van artikel 61 van wet nr. 99 van 23 juli 1999 en artikel 4-bis van wetsbesluit nr. 78/2009, die aan artikel 5, lid 2, van de onderzochte verordening weliswaar rechtstreekse werking toekennen, doch uitsluitend met betrekking tot onderhandse gunningen door bevoegde autoriteiten die na de inwerkingtreding van de verordening hebben plaatsgevonden.

Volgens deze rechter in eerste aanleg is het deelnemingsverbod van artikel 5, lid 2, van verordening (EG) nr. 1370/2007 derhalve niet op RATP van toepassing, omdat de dienstenovereenkomst van RATP in Frankrijk, die van 1948 dateert, onder de overgangsregeling van artikel 8, lid 3, onder b), van de verordening valt en derhalve ten minste tot 3 december 2039 zal blijven gelden, en RATP niet kan beletten om aan extraterritoriale aanbestedingen deel te nemen.

De Consiglio di Stato merkt op dat de Europese wetgever, volgens het bestreden vonnis, monopolistische exploitanten die begunstigden van onderhandse gunningen zijn heeft gelijkgesteld met normale exploitanten, a fortiori indien eerstgenoemden kunnen worden aangemerkt als „interne exploitanten” in de zin van de onderzochte verordening. Dit houdt in dat dergelijke exploitanten, indien eenmaal is vastgesteld dat de opdracht vóór de inwerkingtreding van de verordening en in overeenstemming met de destijds geldende regeling aan monopolistische exploitanten is gegund, gebruik kunnen maken van hun sterkere positie op de markt van overheidsdiensten, in omstandigheden die formeel dezelfde zijn als die van de andere mededingers.

Volgens de Consiglio di Stato is deze kwestie niet onomstreden en moet zij worden opgelost door een systematische uitlegging van de betrokken verordening en de algemene beginselen van Europees (mededingings)recht, en niet, zoals de rechter in eerste aanleg heeft gedaan, tegen de achtergrond van de nationale uitvoeringsregeling.

Volgens de verwijzende rechter is namelijk een tweede uitlegging mogelijk, volgens welke op opdrachten die op de datum van inwerkingtreding van verordening (EG) nr. 1370/2007 reeds onderhands waren gegund niet alleen de bijzondere overgangsregeling van artikel 8 lid 3, van de verordening van toepassing is, maar ook het verbod van deelname van artikel 5, lid 2, onder b) en d), daarvan.

De enige bepaling van de betrokken verordening waarvan de toepasbaarheid uitdrukkelijk is uitgesteld met de tienjarige overgangperiode van artikel 8, lid 2, is volgens de Consiglio di Stato namelijk artikel 5, lid 3, van de verordening, terwijl het redelijk lijkt dat artikel 5, lid 2, en met name de bepalingen onder b) en d) inzake de verboden voor interne exploitanten om aan extraterritoriale aanbestedingsprocedures deel te nemen, bij uitsluiting rechtstreekse werking heeft.

Deze uitlegging wordt naar het oordeel van de Consiglio di Stato niet alleen ondersteund door de letterlijke bewoording van de bepaling, maar ook door de inhoud van de Interpretatieve richtsnoeren van de Europese Commissie, waarin de Commissie met name bevestigt dat artikel 8 lid 2, weliswaar naar artikel 5 in zijn geheel verwijst, doch in deze context alleen artikel 5, lid 3 relevant is.

Op grond van het bovenstaande geeft volgens de Consiglio di Stato artikel 8, lid 3, van de verordening begunstigden van opdrachten die vóór de inwerkingtreding

van verordening (EG) nr. 1370/2007 zijn gegund, niet het recht om deel te nemen aan extra-moenia-aanbestedingen, maar verduidelijkt het slechts dat deze gunningen, indien zij aan de voorwaarden van het genoemde lid 3 voldoen, en ook indien zij zonder aanbestedingsprocedure zijn gegund, kunnen blijven voortduren tot 3 december 2019, dat wil zeggen, tot het einde van de in dit lid genoemde overgangperiode van tien jaar. Met dit oogmerk voorziet artikel 3, lid 3, hoe dan ook in een duur van maximaal 30 jaar.

- 12 De Consiglio di Stato merkt voorts op dat de rechter in eerste aanleg geen objectief oordeel heeft gegeven over de vraag of Autolinee Toscana s.p.a., of in feite RATP, kan worden aangemerkt als „interne exploitant” in de zin van artikel 2, onder j), van verordening (EG) nr. 1370/2007.

In het bestreden vonnis wordt slechts opgemerkt dat RATP een economische overheidsinstelling is die sinds 1948 in het kader van een wettelijk monopolie werkzaam is, wat in de Europese rechtsorde niet verboden was voordat verordening nr. 1370/2007 in werking trad, en dat in de Franse rechtsorde de zogeheten EPIC's („Établissements publics à caractère industriel et commercial”), zoals RATP, administratief en financieel onafhankelijke publiekrechtelijke rechtspersonen zijn die privaatrechtelijk werkzaam zijn onder zeggenschap van de Staat, en wel met een „mission de contrôle économique et financier des transports”. De rechter in eerste aanleg heeft tevens opgemerkt dat de Code des transports bevestigt dat het reeds aan RATP gegunde beheer van de netwerken en personenvervoerlijnen aan haar toevertrouwd blijft, en STIF definieert als de autoriteit die de vervoersdiensten in de regio Île-de-France organiseert.

Volgens de Consiglio di Stato lijken de basiskenmerken van het begrip „interne exploitant” te zijn gemodelleerd op het rechtsbegrip in-house-opdrachten, al komen zij niet volledig daarmee overeen, gezien de bijzonderheid van de openbare vervoersdiensten waarop de verordening betrekking heeft, die sterk op rentabiliteit zijn gericht. Het verbod op deelneming aan extraterritoriale aanbestedingen blijkt derhalve te voldoen aan de vereisten van de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie inzake in-house-opdrachten, hetgeen rechtvaardigt dat dit verbod rechtstreekse werking heeft, a fortiori tegen de achtergrond van de Interpretatieve richtsnoeren van de Commissie.

Deze richtsnoeren verduidelijken namelijk dat, overeenkomstig artikel 5, lid 2, onder b), van de betrokken verordening, de vervoersactiviteiten van interne exploitanten en elk orgaan waarover zij zeggenschap uitoefenen geografisch moeten worden afgebakend, d.w.z. beperkt moeten blijven tot het grondgebied van de bevoegde overheid of een gebied dat onder gezamenlijke zeggenschap met een bevoegde plaatselijke overheid staat, en dat de Commissie de genoemde bepaling betreffende de geografische afbakening bijzonder strikt zal toepassen, met name wanneer de interne exploitant en een ander orgaan dat vervoersdiensten levert beide onder de zeggenschap van een bevoegde overheid staan.

Gelet op deze aanwijzingen en onder voorbehoud van nader onderzoek door de nationale rechter, is het voormelde begrip „interne exploitant” volgens de Consiglio di Stato van toepassing op een marktdeelnemer die volledig in handen is en onder zeggenschap staat van de staat (of van meerdere overheidsinstellingen pro quota) – die de maatschappelijke organen daarvan benoemt – en begunstigde is van opdrachten die onderhands zijn gegund bij eenzijdige overheidshandeling van bestuurlijke of wetgevende aard, welke mogelijkheid wordt erkend door artikel 2, onder i), van de verordening.

- 13 Bij de vaststelling welke autoriteit overeenkomstig verordening (EG) nr. 1370/2007 bevoegd is om net als over haar eigen diensten zeggenschap uit te oefenen, is in eerste aanleg de vraag gerezen of de Franse staat als een dergelijke autoriteit kan worden aangemerkt omdat de opdracht die onderhands is gegund feitelijk in handen is van deze staat, of juist STIF omdat zij de organisatorische functies van het vervoer in de regio Parijs beheert. De rechter in eerste aanleg heeft deze vraag niet uitdrukkelijk beantwoord, ondanks dat dit antwoord een noodzakelijk logisch gegeven is om correct te kunnen beoordelen of het verbod van artikel 5 van de betrokken verordening om aan extraterritoriale aanbestedingen deel te nemen in casu al dan niet van toepassing is.

Volgens de Consiglio di Stato moet gelet op de ruime definitie van „bevoegde instantie” in artikel 2, onder b), en de overwegingen 9 en 18 van de betrokken verordening, de overheidsinstelling die in feite bevoegd is de opdracht te gunnen als zodanig worden aangemerkt, en niet de organiserende en zeggenschap uitoefenende administratieve organen die deze bevoegdheid niet hebben. De Consiglio di Stato meent dat juist het feit dat STIF de aard (en functie) van regelgevende instelling heeft twijfel doet rijzen of zij moet worden aangemerkt als „begunstigde” of „geadresseerde” van de vervoersdiensten die worden verricht door de rechtssubjecten waaraan de opdracht is gegund (naast RATP in elk geval ook de Franse spoorwegen).

- 14 Tot slot verklaart de Consiglio di Stato dat het vraagstuk inzake de betekenis van de in artikel 8, lid 3, van verordening (EG) nr. 1370/2007 vermelde maximumtermijn van 30 jaar van de opdrachten die ten tijde van de inwerkingtreding van de verordening reeds waren gegund, geen betrekking heeft op de vaststelling van de maximumduur van de gegunde opdracht, gezien de ondubbelzinnige formulering van de genoemde bepaling, maar op de vraag of het gebrek bestaande in een onderhandse gunning met een langere looptijd achteraf kan worden “hersteld” door een automatische “reductie” van de geldigheidsduur van de gunning, los van het feit dat zij in concreto na een bepaalde datum geen gevolgen meer kan sorteren. Meer in het bijzonder rijst deze twijfel volgens de Consiglio di Stato in die gevallen waarin, zoals in casu, bij besluit van de bevoegde overheidsinstelling een termijn van meer dan dertig jaar is vastgesteld nadat verordening (EG) nr. 1370/2007 reeds in werking was getreden.

De Consiglio di Stato merkt op dat de rechter in eerste aanleg niet op basis van een systematische uitlegging van het Europese recht, maar op basis van de

toegepaste nationale regeling heeft geoordeeld dat in bovengenoemd geval de termijn automatisch wordt hersteld en vervangen door de datum 3 december 2039, met als gevolg dat het verbod op deelneming van artikel 18, lid 2, onder a), van wetsbesluit nr. 422 van 19 november 1997 niet op deze gunning van toepassing is. Volgens de verwijzende rechter kan bij een dergelijke uitlegging de – enkel voor de overgangperiode en bij wijze van uitzondering – bescherming gaan gelden voor begunstigden van opdrachten die zonder mededinging zijn gegund en daardoor veel te ruim worden.