



Datum van inontvangstneming : 15/02/2016

**Zaak C-701/15**

**Verzoek om een prejudiciële beslissing**

**Datum van indiening:**

31 december 2015

**Verwijzende rechter:**

Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia / Italië

**Datum van de verwijzingsbeslissing:**

4 november 2015

**Verzoekende partij:**

Malpensa Logistica Europa SpA

**Verwerende partij:**

SEA - Società Esercizi Aeroportuali SpA

---

**ITALIAANSE REPUBLIEK**

**Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia**

**(Sezione Prima)**

**BESLISSING**

op het beroep [OMISSIS] ingesteld door:

Malpensa Logistica Europa SpA [OMISSIS]

*tegen*

SEA - Società Esercizi Aeroportuali SpA [OMISSIS]

*andere partij:*

Beta - Trans SpA [OMISSIS]

**[Or. 2]**

*strekende tot nietigverklaring*

- van het besluit waarbij SEA SpA zonder openbare aanbestedingsprocedure luchthavenruimtes aan de andere belanghebbende, Beta Trans SpA, beschikbaar heeft gesteld voor het verrichten van diensten op het gebied van grondafhandeling van goederen (zogenaamde goederenhandling) buiten de als Cargo City aangeduide zone op de luchthaven Malpensa;
- van iedere ander aan de bestreden besluiten voorafgaand, daaruit voortvloeiend of daarmee samenhangend besluit;

alsook tot nietigverklaring en onverbindendverklaring van de concessie of overeenkomst tot toedeling van de betrokken ruimtes en tot vergoeding van de door de besluiten toegebrachte schade.

[OMISSIS]

[gebruikelijke formules] [OMISSIS]

1. Voorwerp van het geschil, relevante feiten en samenvatting van de argumenten van partijen.

1.1 Bij beroepschrift neergelegd op 18 april 2015 heeft Malpensa Logistica Europa SpA, concessiehouder voor luchthavengebieden voor **[Or. 3]** goederenhandling op de luchthaven Milano Malpensa, verzocht om opschorting van de tenuitvoerlegging en nietigverklaring van het besluit waarbij aan concurrente Beta-Trans SpA een luchthavenruimte (een magazijn van ongeveer 1 000 m<sup>2</sup>) voor goederenhandling is toegewezen, met het betoog dat de toewijzing onrechtmatig is omdat zij niet na openbare inschrijving heeft plaatsgevonden.

1.2. De verzoekende onderneming voert aan dat zij op de luchthaven Malpensa onvoldoende ruimte ter beschikking heeft voor de verrichting van haar activiteit, mede als gevolg van onjuiste planning door de beheerder van de luchthaven (waarbij inzonderheid wordt gewezen op de recente aanleg van een overdekking die ongeschikt blijkt te zijn).

1.3. Malpensa Logistica Europa SpA, die meer ruimtes nodig heeft om te kunnen functioneren, heeft derhalve de rechtmatigheid aangevochten van de rechtstreekse toewijzing door SEA aan een andere onderneming, buiten iedere openbare aanbesteding om, van een luchthaventerrein dat voorheen bestemd was als hangar, om die onderneming is staat te stellen werkzaamheden op het gebied van de grondafhandeling te verrichten.

1.4. De verzoekende onderneming heeft voorts gepreciseerd dat aan Beta-Trans SpA reeds luchthavenruimte is toegewezen in het kader van een eerdere openbare inschrijving – waaraan ook Malpensa Logistica Europa SpA had deelgenomen – en zij dus voor de toebedeling van nieuwe ruimtes dezelfde verwachtingen mocht

koesteren als haar concurrent. Die verwachtingen zijn echter zoals gezegd volledig ongedaan gemaakt door het besluit van SEA nieuwe ruimte toe te wijzen zonder voorafgaande openbare inschrijving.

**[Or. 4]**

2. Rechtens valt de noodzaak van een openbare aanbesteding volgens verzoekster af te leiden uit de gezamenlijke bepalingen van de artikelen 207, 213, 217 en 220 en volgende van decreto legislativo 163/2006. Meer in het bijzonder is verzoekster van oordeel dat aangezien SEA een openbare onderneming is die de in artikel 213 van het wetboek overheidsopdrachten uitdrukkelijk vermelde activiteit verricht („exploitatie van een geografisch gebied met het oog op de beschikbaarstelling aan luchthavens”), die onderneming verplicht is een openbare inschrijving te organiseren wanneer zij (voorlopig of definitief) luchthavenruimtes wil toewijzen.

3. SEA SpA en Beta-Trans SpA hebben geconcludeerd tot verwerping van het beroep en daartoe de volgende argumenten aangevoerd:

- verzoekster beschikt reeds over magazijnruimte ter grootte van ongeveer 18 000 m<sup>2</sup> en daarnaast over overdekte ruimtes van ongeveer 2 700 m<sup>2</sup>;
- in aanvulling op reeds bestaande analoge structuur had SEA, in de overtuiging te voldoen aan de wensen van Malpensa Logistics, een hal met een oppervlakte van 3 327 m<sup>2</sup> laten bouwen voor tijdelijke onderbrenging en „bescherming tegen weer en wind” van goederen;
- de toewijzing zonder openbare aanbesteding aan Beta-Trans SpA betreft een beschikbaarstelling voor beperkte duur (ongeveer twaalf maanden) op een zeer beperkte ruimte, om de nieuwe ondernemer in staat te stellen zijn activiteit op het terrein van Malpensa te starten in afwachting van de toewijzing van ruimtes in het kader van een openbare aanbesteding.

**[Or. 5]**

4. In rechte berusten de standpunten van verweerster en van de andere belanghebbende onderneming op het bepaalde in decreto legislativo 18/1999, dat uitvoering geeft aan richtlijn 96/67/EG betreffende de toegang tot de grondafhandelingsmarkt op de luchthavens van de Europese Unie. Volgens dat decreto is de luchthavenbeheerder – behoudens in uitzonderlijke gevallen, die zich hier niet voordoen – niet verplicht voor de toewijzing van luchthavenruimtes gebruik te maken van openbare aanbestedingen.

4.1. De enige beperking die bij de toewijzing van die ruimtes geldt, betreft de inachtneming van de beginselen van gepastheid, doorzichtigheid, objectiviteit en non-discriminatie, die volgens SEA gelet op de volgende omstandigheden in acht zijn genomen:

- alle ondernemers die op het terrein van de luchthaven Malpensa aanwezig zijn, verzoekster daaronder begrepen, beschikken over meer dan voldoende ruimte voor de verrichting van hun activiteiten;
- de litigieuze toewijzing betreft zeer kleine ruimtes en is hoe dan ook tijdelijk;
- Beta-trans SpA, waaraan ruimtes reeds definitief zijn toegewezen – zij krijgt die echter pas in het voorjaar 2016 ter beschikking – is een nieuwe ondernemer en zou in afwachting van die beschikbaarheid bij gebreke van alternatieve ruimtes haar activiteiten niet hebben kunnen uitoefenen;
- dank zij de tijdelijke toewijzing kan Beta-Trans SpA voldoen aan haar verplichtingen uit de overeenkomst met een grote vervoerder (Nippon Cargo Airlines, die alleen goederen vervoert en voorheen juist contractueel gebonden was aan Malpensa Logistica Europa SpA) voor de verrichting van diensten op het gebied van de grondafhandeling.

**[Or. 6]**

5. [OMISSIS] *[procedure]*

6. Nationale bepalingen die toepassing kunnen vinden en relevante bepalingen van Unierecht

6.1. Om in de onderhavige zaak te kunnen beslissen moet worden nagegaan of voor de toewijzing – ook indien voor bepaalde tijd – van luchthavenruimte voor de grondafhandeling een openbare aanbesteding dient plaats te vinden.

In het onderhavige geval maken twee ondernemers in de sector in het kader van het vrij verrichten van diensten beide aanspraak op meer ruimte voor de verrichting van hun activiteit.

6.2. Op de betrokken feiten kunnen twee verschillende nationale regelingen, die beide zijn afgeleid van gemeenschapsrecht, toepassing vinden.

De eerste, een algemene, betreft de gunning van overheidsopdrachten in zogenoemde bijzondere sectoren (artikelen 207 en volgende van decreto legislativo 163/2006). De tweede betreft specifiek de vrije toegang tot de grondafhandelingsmarkt op de luchthavens van de Gemeenschap (decreto legislativo 18/1999, vastgesteld ter uitvoering van richtlijn 96/67/EG).

6.3. Wat de rechtsaard van SEA SpA (beheerder van de luchthaven Milano Malpensa) betreft, dit is een openbare onderneming (partijen zijn het op dit punt eens) die een van de in de artikelen 208 tot en met 213 van decreto legislativo 163/2006 bedoelde activiteiten verricht en dus is aan te merken als een „aangebodende dienst” die abstract gezien **[Or. 7]** de regels voor aanbestedingen

in de bijzondere sectoren in acht dient te nemen (artikel 207 decreto legislativo 163/2006; in die zin Consiglio di Stato, uitspraak 4934/2013 en uitspraak 2280/2008).

6.4. Inzonderheid is de activiteit van SEA in artikel 213 van decreto legislativo 163/2006 omschreven als volgt: „activiteiten die de exploitatie van een geografisch gebied beogen met het oogmerk op de terbeschikkingstelling aan lucht-, zee- of riviervervoerders van luchthaven-, zeehaven-, binnenhaven- of andere aanlandingsfaciliteiten”.

De definitie, een getrouwe weergave van artikel 7 van richtlijn 2004/17, is in de nationale rechtspraak aldus uitgelegd dat die activiteiten, gericht op de behoeften van het gehele luchtvervoer, „zich dienen uit te strekken tot alle activiteiten die functioneel gericht zijn op de afwikkeling niet alleen van de strikte handelingen in verband met het landen en het opstijgen en alle handelingen ten behoeve van de luchtvaartuigen, maar ook de transit en de veiligheid van de passagiers, het sorteren van bagage en in het algemeen iedere in de regel aanvullende dienst” (zie onder meer Consiglio di Stato uitspraak 4934/2013).

In het bijzonder wordt erop gewezen dat artikel 213 van decreto legislativo 163/2006 niet uitsluitend betrekking kan hebben op de luchthavenstructuur – opgevat als een geheel van installaties ten behoeve van het landen en opstijgen van luchtvaartuigen – met uitsluiting van iedere andere dienst, aangezien dat in tegenspraak zou zijn met de ruime omvang van het begrip („activiteiten die de exploitatie van een geografisch gebied beogen met het oogmerk op de terbeschikkingstelling van luchthavenfaciliteiten”), en de definitie van luchthavengelden zoals die is afgeleid van richtlijn 2009/12, waarin wordt overwogen dat **[Or. 8]** „[d]e belangrijkste functie en commerciële activiteit van luchthavens is het waarborgen van het afhandelen van luchtvaartuigen, van landing tot start [...] teneinde luchtvervoerders in staat te stellen hun luchtvervoersdiensten aan te bieden. Met het oog hierop stellen luchthavens een aantal faciliteiten en diensten ter beschikking die verband houden met de inzet van luchtvaartuigen en de verwerking van passagiers en vracht” (zie Consiglio di Stato, uitspraak 2026/2014).

Voorts is met uitdrukkelijke verwijzing naar de toewijzing van luchthavenruimte voor de verrichting van diensten op het gebied van grondafhandeling geoordeeld dat iedere vorm van beschikbaarstelling van ruimte (geografisch gebied) op luchthavens, dus ook intern, in samenhang met activiteiten die gewoonlijk door luchtvervoerders worden verricht, onder het objectieve toepassingsgebied van de regeling voor de bijzondere sectoren valt (zie in dit verband Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Milaan, 1617/2014, en Consiglio di Stato, uitspraak 2026/2014, reeds aangehaald, waarbij onder het begrip activiteit in de zin van artikel 213 van decreto legislativo 163/2006 mede diensten op het gebied van bagageafwikkeling zijn gebracht).

Het Tribunale ziet geen reden af te wijken van bovenstaande benadering. In het onderhavige geval gaat het immers niet om een extensieve uitlegging van activiteiten die worden beheerst door de communautaire regelgeving (die overigens ontoelaatbaar is met betrekking tot de bijzondere sectoren: zie plenaire zitting van de Consiglio di Stato nr. 16 van 2011), maar om een passende semantische afbakening van het begrip „exploitatie van een geografisch begrip”, in lijn met het – uit voormelde uitspraak van de plenaire zitting afgeleide – **[Or. 9]** beginsel dat de dienst die bij de gunning aan de orde is betrekking moet hebben op de bijzondere activiteit waarop de reeds genoemde regeling van het wetboek overheidsopdrachten betrekking heeft, en rekening houdend met het bepaalde in artikel 217 van decreto legislativo 163/2006, dat artikel 20 van richtlijn 2004/17 weergeeft, dat bepaalt dat de regeling voor de bijzondere sectoren niet van toepassing is op opdrachten die de aanbestedende diensten plaatsen voor andere doeleinden dan de activiteiten die onder het normatieve bereik van die sectoren vallen.

6.5. Behoudens een andere uitlegging door het aangezochte Hof kan derhalve worden geconstateerd dat ook diensten op het gebied van de grondafhandeling op luchthavens, die samenhangen met de exploitatie van geografische ruimtes – die of kunnen worden uitgevoerd door zelfafhandeling door de vervoerders of kunnen worden aangeleverd door gespecialiseerde ondernemers – onder het objectieve toepassingsgebied van de regeling voor de bijzondere sectoren in de zin van artikel 7 van richtlijn 2004/17 vallen.

Bijgevolg zou SEA ingevolge de van het gemeenschapsrecht afgeleide nationale voorschriften op het gebied van overheidsopdrachten moeten overgaan tot een openbare aanbesteding, zij het ook in de voor de bijzondere sectoren voorziene meest flexibele vormen, om het beheer van een nieuwe luchthavenruimte aan een individuele ondernemer toe te wijzen.

7. Deze conclusie, die zoals gezegd is gebaseerd op de algemene – nationale en communautaire – regeling op het gebied van overheidsopdrachten, lijkt echter niet te stroken met de in voormeld decreto legislativo 18/1999 vervatte nauwkeurige bepalingen.

7.1. Ingevolge die bepalingen hoeft de openbare selectie enkel plaats te vinden „voor de aanwijzing van de verrichters van de categorieën van diensten op het gebied van de grondafhandeling **[Or. 10]** waarvoor de toegang is onderworpen aan beperkingen of aan afwijkingen als bedoeld in artikel 12, lid 1” (artikel 11 van decreto legislativo 18/1999).

7.2. De beperkingen zijn die bedoeld in artikel 4, lid 2, van voormeld decreto legislativo („om gegronde redenen verband houdend met de veiligheid, de capaciteit of de beschikbare ruimte op de luchthaven”). De afwijkingen houden op hun beurt verband met „specifieke belemmeringen wat de beschikbare ruimte of

capaciteit betreft, met name wegens congestie en de bezettingsgraad van de oppervlakten, na aankondiging door het beheersorgaan” (aldus artikel 12, lid 1).

Zowel de beperkingen als de afwijkingen vallen in onze rechtsorde onder de bevoegdheid van de Ente nazionale per l’aviazione civile en uit de stukken blijkt niet – en ook door partijen is op dit punt geen andersluidend standpunt verdedigd – dat op de luchthaven Malpensa thans beperkingen of afwijkingen gelden.

7.3. Hieruit volgt dat op het onderhavige geval van toepassing zou zijn de regeling van artikel 4, lid 1, van decreto legislativo 18/1999, op grond waarvan in de regel de dienstverrichter zonder voorafgaande openbare selectie toegang heeft tot de markt voor diensten op het gebied van grondafhandeling enkel op basis van de vereisten in artikel 13, waarbij de voor grondafhandeling beschikbare ruimten op de luchthaven over de verschillende dienstverleners en de verschillende gebruikers die voor zelfafhandeling zorgen moeten worden verdeeld „voor zover dit nodig is voor het uitoefenen van hun rechten en teneinde een daadwerkelijke en eerlijke concurrentie te bewerkstelligen op basis van relevante, objectieve, transparante en niet-discriminerende regels en criteria” (aldus artikel 16, lid 2, van richtlijn 96/67, [Or. 11] waaraan zoals gezegd decreto legislativo 18/1999 rechtstreeks uitvoering geeft).

8. Motivering van de verwijzing en relevantie van de gestelde vraag.

8.1. Het Tribunale is van oordeel dat gelet op het bovenstaande gegronde twijfel bestaat over de daadwerkelijke draagwijdte van richtlijn 2004/17, aangezien volgens de nationale regelgeving (die is afgeleid van het gemeenschapsrecht) op het gebied van de vrije toegang van de dienstverrichter tot de markt voor grondafhandeling in de regel niet de verplichting van voorafgaande selectie geldt voor de toewijzing van luchthavenruimtes voor de activiteiten waarvoor zij bestemd zijn.

8.2. Het Hof van Justitie van de Europese Unie moet dan ook op grond van artikel 267 VWEU worden verzocht om een prejudiciële beslissing over de verhouding tussen beide bovenvermelde regelingen, om te kunnen bepalen of de voorschriften betreffende aanbestedingen in de bijzondere sector van het luchtvervoer en de regeling voor de zogenoemde liberalisering van de markt voor grondafhandeling met elkaar verenigbaar zijn, en, tot slot, of de nationale voorschriften zoals die zijn vervat in decreto legislativo 18/1999 indruisen tegen de communautaire regels inzake overheidsopdrachten.

8.3. Inzonderheid stelt artikel 11 van decreto legislativo 18/1999 een in het Publicatieblad van de Europese Gemeenschap aan te kondigen aanbestedingsprocedure waaraan alle belanghebbende ondernemers kunnen deelnemen enkel verplicht ter bepaling van de verrichters van de categorieën grondafhandelingsdiensten waarvoor de toegang aan beperkingen of afwijkingen is onderworpen.



Daarentegen bepaalt artikel 7 van richtlijn 2004/17, zoals uitgevoerd en uitgelegd door de nationale wetgever en in de nationale rechtspraak, **[Or. 12]** dat iedere vorm van beschikbaarstelling van ruimte (geografisch gebied) op luchthavens in samenhang met activiteiten die gewoonlijk door luchtvervoerders worden verricht, onder het objectieve toepassingsgebied van de regeling voor de bijzondere sectoren valt, met als gevolg dat de luchthavenbeheerder steeds moet overgaan tot een openbare aanbesteding om de exploitatie van een nieuwe luchthavenruimte aan een individuele ondernemer te kunnen toewijzen.

8.4. De beantwoording van deze vraag is van belang voor het geven van een beslissing in de onderhavige zaak, aangezien ingeval voorafgaande openbare selectie ook voor de tijdelijke toewijzing van luchthavenruimte noodzakelijk mocht zijn, het standpunt van verzoekster gegrond zou zijn. Mocht die voorafgaande selectie echter niet noodzakelijk zijn, zou de bevoegde rechter moeten vaststellen of de luchthavenbeheerder bij de litigieuze toewijzing van luchthavenruimte in evenredigheid en op basis van relevante, objectieve, doorzichtige en niet-discriminerende criteria heeft gehandeld.

Voorts zij opgemerkt dat ook zo de tijdelijke toewijzing hangende de beslissing in de zaak mocht eindigen, verzoekster nog steeds belang zou hebben bij schadeloosstelling voor gederfde inkomsten en voor het feit dat de concurrent een luchthavengebruiker heeft verworven die voorheen de diensten van Malpensa Logistica Europa SpA gebruikte.

8.5. Mitsdien is voldaan aan de voorwaarden waaronder het Hof van Justitie de volgende prejudiciële vraag **[Or. 13]** over de juiste uitlegging van de nationale voorschriften gelet op de communautaire regelgeving kan worden voorgelegd:

- Moet artikel 7 van richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten, aldus worden uitgelegd dat waar het de activiteiten die de exploitatie van een geografisch gebied ten behoeve van de terbeschikkingstelling aan luchtvervoerders van luchthavenfaciliteiten beogen – zoals aangeduid in de nationale rechtspraak die in de punten 6.4 en 6.5 in herinnering is gebracht – aan de bepalingen van de communautaire openbare aanbestedingsprocedure onderwerpt, in de weg staat aan een nationale regeling zoals neergelegd in de artikelen 4 en 11 van decreto legislativo 18/1999, op grond waarvan geen openbare selectie voor iedere vorm van toewijzing – ook voor beperkte tijd – van ruimte voor dat doel hoeft plaats te vinden?

9. [OMISSIS]

10. [OMISSIS] [gebruikelijke formules]

Beslissing

Het Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione I) gelast toezending van de stukken aan het Hof van Justitie krachtens artikel 267 VWEU met het verzoek om een prejudiciële beslissing over de in overweging 8.5 geformuleerde vraag.

De behandeling van de zaak wordt geschorst.

[OMISSIS]

[OMISSIS] Milaan [OMISSIS] 4 november 2015 [OMISSIS]

[OMISSIS]

*[gebruikelijke formule]*