

Zaak C-835/19

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:

18 november 2019

Verwijzende rechter:

Consiglio di Stato (Italië)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

13 juni 2019

Verzoekster in eerste aanleg en appellante:

Autostrada Torino Ivrea Valle D'Aosta – Ativa S.p.A.

Verweersters in eerste aanleg en geïntimeerden:

Presidenza del Consiglio dei Ministri

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti

Ministero dell'Economia e delle Finanze

In tegenwoordigheid van:

Autorità di bacino del Po

Regione Piemonte

Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding

Hoger beroep ingesteld bij de Consiglio di Stato (hoogste bestuursrechter, Italië) tegen de vonnissen van de Tribunale amministrativo regionale (TAR) per il Piemonte (bestuursrechter in eerste aanleg Piemonte, Italië), die de beroepen van Autostrada Torino Ivrea Valle D'Aosta – Ativa S.p.A. (hierna: „Ativa”) tegen twee besluiten van het Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti (ministerie van Infrastructuur en Vervoer; hierna: „ministerie”) heeft verworpen. Bij die besluiten heeft het ministerie twee door Ativa ingediende voorstellen voor

projectfinanciering (project financing) voor met name snelwegconcessies afgewezen.

Voorwerp en rechtsgrondslag van de prejudiciële verwijzing

De verwijzende rechter vraagt of de Italiaanse regelgeving inzake de gunning van snelwegconcessies, krachtens welke het gebruik van projectfinanciering (een speciale gunningsprocedure voor de uitvoering van openbare werken, in de regel zonder financiële lasten voor de overheid) momenteel verboden is, verenigbaar is met richtlijn 2014/23, in het bijzonder met het in overweging 68 en in artikel 30 van die richtlijn neergelegde beginsel dat aanbestedende diensten een grote vrijheid moet worden gelaten bij het bepalen en organiseren van de procedure die tot de keuze van de concessiehouder leidt.

Prejudiciële vraag

Verzetten het recht [van de Europese Unie] en in het bijzonder de beginselen van richtlijn [2014/23], inzonderheid de vrije keuze van de gunningsprocedure met eerbiediging van de beginselen van transparantie en [gelijke] behandeling als bedoeld in overweging 68 en artikel 30 van die richtlijn, zich in het kader van concessiegunningen tegen de nationaalrechtelijke bepaling van artikel 178, lid 8-bis, van wetsbesluit nr. 50 van 18 april 2016, dat de overheidsdiensten onvoorwaardelijk verbiedt om bij de gunning van verlopen of aflopende snelwegconcessies gebruik te maken van de procedures van artikel 183, dat de projectfinanciering regelt?

Aangevoerde bepalingen van Unierecht

Richtlijn 2014/23/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten (hierna: „richtlijn 2014/23”).

Aangevoerde bepalingen van nationaal recht

De verwijzende rechter haalt enkele regelingen betreffende snelwegconcessies en projectfinanciering aan, met name:

Wetsbesluit nr. 163 van 12 april 2006 (hierna: „oud wetboek inzake overheidsopdrachten”), met name artikel 153, lid 19, betreffende projectfinanciering op particulier initiatief. De erin vastgestelde gunningsprocedure bestaat uit twee stappen: a) de voorbereidende stap – die de goedkeuring beoogt van het door de indiener voorgestelde voorontwerp van project dat als basis moet dienen voor een eventuele latere aanbestedingsprocedure – waarin de overheidsdienst autonoom beoordeelt of het voorstel het openbaar belang dient; b) de stap van de oproep tot mededinging, met

bekendmaking van een aankondiging, en de uitvoering van de openbare aanbestedingsprocedure op basis waarvan het goedgekeurde ontwerp wordt gegund en waarin de indiener de rol van promotor op zich neemt en een voorrangsrecht heeft.

Voorlopig wetsbesluit nr. 59 van 4 april 2008, art. 8-duodecies, lid 2-ter, waarin uitdrukkelijk is voorzien in de mogelijkheid om concessie- en beheersovereenkomsten, evenals beheersovereenkomsten voor de wegen- en snelwegensector te gunnen volgens de procedures van projectfinanciering als vastgesteld in artikel 153 van het oude wetboek inzake overheidsopdrachten.

Wetsbesluit nr. 50 van 18 april 2016 (hierna: „nieuw wetboek inzake overheidsopdrachten”), waarbij het oude wetboek inzake overheidsopdrachten is ingetrokken, en met name:

- artikel 178, lid 1, dat de verlenging van snelwegconcessies verbiedt, en lid 8-bis, ingevoerd bij wetsbesluit nr. 56 van 19 april 2017, dat als volgt luidt: „De overheidsdiensten mogen voor de gunning van verlopen of aflopende snelwegconcessies geen gebruik maken van de in artikel 183 vastgestelde procedures”;
- artikel 183, dat de regels voor projectfinanciering van het nieuwe wetboek inzake overheidsopdrachten bevat; lid 19 daarvan, dat een nieuwigheid inhoudt ten opzichte van het oude wetboek, met name dat de overheidsdienst tijdens de voorbereidende stap niet meer moet nagaan of het voorstel het openbaar belang dient, maar wel of het voorstel zelf haalbaar is;
- artikel 216, lid 1, waarin met name is bepaald dat voornoemd wetsbesluit van toepassing is op de procedures en overeenkomsten waarvoor de aankondigingen tot inleiding van de procedure die tot de keuze van de contractant leidt, na de datum van inwerkingtreding van het besluit worden bekendgemaakt, en, in geval van opdrachten zonder bekendmaking van aankondigingen, op de procedures en overeenkomsten waarvoor op de datum van inwerkingtreding van dit besluit de uitnodigingen tot het indienen van een offerte nog niet zijn verzonden;
- artikel 216, lid 23, waarin is bepaald dat bij de voorontwerpen voor de uitvoering van openbare werken of werken van openbaar nut die betrekking hebben op concessievoorstellen in de zin van artikel 153 van het oude wetboek inzake overheidsopdrachten, waarvan reeds is verklaard dat zij het openbaar belang dienen maar die op de datum van inwerkingtreding van het wetboek nog niet zijn goedgekeurd, „moet worden nagegaan of zij economisch en financieel haalbaar zijn en dat zij door de overheidsdienst moeten worden goedgekeurd overeenkomstig de bepalingen van dit wetboek”.

Korte uiteenzetting van de feiten en de procedure

- 1 Op 25 september 2015 heeft Ativa, de houder van de concessie voor het beheer van een snelwegtracé in de regio Piemonte op grond van meerdere concessieovereenkomsten, waarvan de laatste in 2016 zou verlopen, een voorstel voor projectfinanciering ingediend voor de concessie voor het beheer van een snelwegtracé.
- 2 Bij nota van 29 juli 2016 heeft het ministerie het voorstel van Ativa van de hand gewezen, mede op grond dat projectfinanciering verboden was bij de gunning van concessies voor het beheer van snelwegen en dat het voorstel, formeel en inhoudelijk, niet voldeed aan de vereisten van artikel 153 van het oude wetboek inzake overheidsopdrachten, waarin is bepaald dat de indiener louter een voorontwerp van de uit te voeren werken mag indienen dat als basis voor de latere aanbestedingsprocedure moet worden gebruikt, en geen gedetailleerd en definitief ontwerp zoals dat van verzoekster.
- 3 Ativa heeft bij de TAR per il Piemonte beroep ingesteld tot nietigverklaring van deze nota, met verzoek vast te stellen en te verklaren dat het ministerie moest uitmaken of verzoeksters voorstel het openbaar belang diende en/of haalbaar was, en dus de gedagvaarde overheidsdiensten te gelasten te beoordelen of dat voorstel het openbaar belang diende en/of haalbaar was. Het beroep steunde niet alleen op grieven inzake de motivering in de bestreden nota, met name dat het voorstel te gedetailleerd was, maar ook op niet-naleving van de termijn van drie maanden vanaf de datum van indiening van het voorstel, waarbinnen de overheidsdienst het voorstel had moeten beoordelen, en onjuiste toepassing van artikel 183 van het nieuwe wetboek inzake overheidsopdrachten, dat pas na de indiening van het voorstel in werking was getreden, maar wel van kracht was op het moment dat het bestreden besluit is genomen.
- 4 Bij vonnis van 31 augustus 2018 heeft de TAR dit beroep verworpen op grond dat, ten eerste, niet-naleving van de termijn van drie maanden op zich de bestreden nota niet onwettig maakte en, ten tweede, het voorstel van Ativa, dat gedetailleerder was dan een voorontwerp, niet-ontvankelijk was.
- 5 Op 20 september 2016 heeft Ativa een volgend voorstel voor projectfinanciering ingediend voor dezelfde concessie. Dit voorstel werd van de hand gewezen bij nota van 22 mei 2017, die steunde op dezelfde motivering als voor de afwijzing van het eerste voorstel waren gegeven. Daarnaast werd aangevoerd dat het laatste voorstel in strijd was met artikel 178, lid 8-bis, van wetsbesluit nr. 50/2016, dat het gebruik van projectfinanciering bij de gunning van verlopen of aflopende snelwegconcessies verbiedt. De TAR per il Piemonte heeft het door Ativa tegen deze nota ingestelde beroep verworpen op vergelijkbare gronden als die zijn eerste vonnis.
- 6 Ativa heeft tegen de twee vonnissen van de TAR hoger beroep ingesteld bij de Consiglio di Stato, de verwijzende rechter.

Voornaamste argumenten van de partijen in het hoofdgeding

- 7 In het kader van het hoger beroep tegen het eerste vonnis van de TAR concludeert Ativa dat het ministerie haar voorstel duidelijk niet wilde beoordelen en via een „in house”-gunning Anas S.p.A. naar voren wilde schuiven voor het beheer van de snelwegconcessie. Volgens Ativa wilde het ministerie dus voorkomen dat de concessiehouders zich zouden beroepen op de regels inzake projectfinanciering, en met name op het recht van voorrang voor de promotor van het voorstel voor projectfinanciering (een recht dat het ministerie ten onrechte als nadelig voor de concurrentie beschouwt), net vóór het aflopen van de concessieovereenkomst. Bovendien is Ativa van mening dat de keuze om via een in house-gunning het snelwegenbeheer aan Anas toe te vertrouwen en de wens om de concessiehouders te beletten gebruik te maken van de procedure voor projectfinanciering, hoewel deze voldoet aan de mededingingseisen, tegenstrijdig en onwettig zijn. Ten slotte heeft Ativa in hoger beroep dezelfde gronden aangevoerd als in eerste aanleg.
- 8 In het kader van het hoger beroep tegen het tweede vonnis van de TAR stelt Ativa ook dat artikel 178, lid 8-bis, van het nieuwe wetboek inzake overheidsopdrachten (zelfs) niet op haar tweede voorstel voor projectfinanciering van toepassing is, omdat het regelgeving betreft die na de indiening van het voorstel is ingevoerd. Volgens Ativa is het voorstel overeenkomstig artikel 11 van de algemene bepalingen en het „tempus regit actum”-beginsel derhalve onderworpen aan de regels die van kracht waren op de datum van indiening ervan. Deze bepaling is bovendien duidelijk in strijd met de regels inzake concessies en publiek-private samenwerkingen die in richtlijn 2014/23 zijn vastgesteld. In het bijzonder moet volgens Ativa rekening worden gehouden met het beginsel van vrijheid van procedure dat de nationale wetgever moet toepassen, waarbij „aanbestedende diensten en aanbestedende instanties een grote vrijheid [moet] worden gelaten bij het bepalen en organiseren van de procedure die tot de keuze van de concessiehouder leidt” (overweging 68), zodat de procedure kan worden gekozen die het meest in overeenstemming is met de vereisten waaraan moet worden voldaan, overeenkomstig de bepalingen van artikel 30 en artikel 37, lid 6, van de richtlijn. De bestreden bepaling maakt het systeem echter onnodig star en beperkt de vrijheid van de overheidsdiensten op ongerechtvaardigde wijze door hun te verbieden gebruik te maken van de procedures voor projectfinanciering.
- 9 Geïntimeerden betogen dat artikel 178, lid 8-bis, op de onderhavige zaak *ratione temporis* van toepassing is, mede gelet op het feit dat het bedoeld is gevolgen te hebben voor „verlopen of aflopende” concessies en de wetgever derhalve welbewust dit artikel van toepassing heeft gemaakt op situaties als die in de onderhavige zaak, met de bedoeling meer concurrentie te creëren en te voorkomen dat de positie van de vroegere houders van aflopende concessies die zonder aanbesteding zijn gegund, bestendig wordt. Zij verwijzen naar de rechtspraak volgens welke de rechtmatigheid van een administratieve maatregel moet worden beoordeeld in het licht van de feitelijke en juridische situatie op het tijdstip van de vaststelling ervan.

- 10 Op grond van die argumenten betogen geïntimeerden dat de regels van het nieuwe wetboek inzake overheidsopdrachten ook van toepassing zijn op het eerste voorstel dat Ativa vóór de inwerkingtreding ervan heeft ingediend, aangezien de onderhavige zaak betrekking heeft op een procedurestap in voorbereiding op de openbare aanbesteding, die na de inwerkingtreding van dat wetboek zou plaatsvinden. Dat wordt volgens hen ook bevestigd door artikel 216, lid 23, van dat wetboek, waarin is bepaald dat bij voorontwerpen betreffende concessievoorstellen in de zin van artikel 153 van het oude wetboek inzake overheidsopdrachten, die op de datum van inwerkingtreding van het nieuwe wetboek nog niet zijn goedgekeurd, moet worden nagegaan of zij economisch en financieel haalbaar zijn en dat zij door de overheidsdienst moeten worden goedgekeurd overeenkomstig de bepalingen van het nieuwe wetboek.
- 11 Geïntimeerden betwisten ook het argument van Ativa dat artikel 178, lid 8-bis, van het nieuwe wetboek inzake overheidsopdrachten in strijd is met het Unierecht. Zij zijn van mening dat het erin vastgestelde verbod de openstelling voor mededinging beoogt teneinde een zo ruim mogelijke toepassing van de beginselen van het Unierecht ter bescherming van de mededinging en de markt mogelijk te maken, met inbegrip van het verbod op verlenging van alle concessies, waaronder ook snelwegconcessies (artikel 178, lid 1, laatste zin, van dat wetboek), en derhalve van de verplichting om ook voor verlopen of aflopende snelwegconcessies openbare aanbestedingen uit te schrijven.

Korte uiteenzetting van de motivering van de prejudiciële verwijzing

- 12 De verwijzende rechter is het eens met de opvatting van geïntimeerden over de toepasselijkheid *ratione temporis* van het nieuwe wetboek inzake overheidsopdrachten, en in het bijzonder van artikel 178, lid 8-bis. In dit verband herinnert hij eraan dat de overheidsdienst niet anders kan dan de wet naleven die van kracht is op het ogenblik dat hij uitdrukking geeft aan zijn wens. Bijgevolg is de regelgeving die van kracht is bij de indiening van de vordering, tenzij de wet zelf anders bepaalt, niet bindend voor de overheidsdienst en moet bij de beoordeling van de vordering de regelgeving worden toegepast die van kracht is op het ogenblik dat de procedure wordt afgerond.
- 13 De overgangsregeling van artikel 216 van het nieuwe wetboek inzake overheidsopdrachten is een toepassing van de hierboven uiteengezette beginselen toe, aangezien in lid 1 ervan is bepaald dat de activiteit bestaande in de openbare procedure voor de keuze van de contractant volledig wordt beheerst door de regels die van kracht zijn op het moment dat de procedure begint, dat wil zeggen de datum van bekendmaking van de aankondigingen tot inleiding van de procedure (of, in geval van opdrachten zonder bekendmaking van aankondigingen, de datum van verzending van de uitnodigingen tot het indienen van een offerte) en, in lid 23 is bepaald dat bij ingediende maar nog niet goedgekeurde voorontwerpen in de zin van het oude wetboek inzake overheidsopdrachten, moet worden nagegaan of zij economisch en financieel haalbaar zijn en dat zij door de overheidsdienst moeten

worden goedgekeurd overeenkomstig de regels van het nieuwe wetboek inzake overheidsopdrachten.

- 14 Als het voorontwerp voor een concessievoorstel dat onder de oude regeling is ingediend, nog niet is goedgekeurd op het moment dat de nieuwe wet van kracht wordt, kan het dus – desgevallend – alleen volgens de nieuwe regelgeving worden goedgekeurd. Na de goedkeuring van de haalbaarheidsstudie moeten bij de op het voorontwerp gebaseerde openbare aanbesteding de bepalingen van het nieuwe wetboek inzake overheidsopdrachten worden nageleefd, met inbegrip van het verbod dat is ingesteld door artikel 178, lid 8-bis; die bepaling is dus van toepassing in de onderhavige gevallen.
- 15 In het licht van bovenstaande conclusie acht de verwijzende rechter het noodzakelijk in te gaan op de grief van Ativa inzake de onverenigbaarheid van artikel 178, lid 8-bis, van het nieuwe wetboek inzake overheidsopdrachten met het Unierecht. In dit verband merkt hij vooraf op dat dat artikel 178, waarvan lid 1 verlengingen van snelwegconcessies verbiedt, een bepaling is die niet direct in richtlijn 2014/23 is opgenomen, maar een bepaling die de machtigingswet ten uitvoer legt volgens welke openbare procedures voor de gunning van nieuwe snelwegconcessies ten minste 24 maanden voor het verstrijken van de lopende concessies van start moeten gaan, inclusief een herziening van het systeem van snelwegconcessies, en in het bijzonder de invoering van een verbod op verlengingen.
- 16 Het lijkt onmogelijk het verbod in voornoemd lid 8-bis, dat is ingevoerd bij wetsbesluit nr. 56/2017 en waarin letterlijk wordt verwezen naar gunningen van „verlopen of aflopende” snelwegconcessies, ondubbelzinnig uit te leggen, in die zin dat het louter een overgangsregeling is – anders dan geïntimeerden beweren, volgens wie het verbod geldt voor concessies die „zijn verlopen of aflopen” op de datum van inwerkingtreding van het nieuwe wetboek inzake overheidsopdrachten. Letterlijk lijkt lid 8-bis te voorzien in een algemeen verbod om snelwegconcessies te gunnen via de procedure van projectfinanciering indien de infrastructuur reeds in concessie is gegeven. Het kan dus ruim worden opgevat als niet louter een overgangsbepaling, maar als een bepaling die altijd moet worden toegepast, bijvoorbeeld wanneer een nieuwe concessie moet worden gegund om de houder van de verlopen concessie op te volgen. De manier waarop de voorwaarden voor de werking van deze regel en de beperkingen ervan moeten worden uitgelegd, zorgt dus voor een dilemma. Beide mogelijke uitleggingen lijken te stroken met het doel van het verbod, dat volgens geïntimeerden erin bestaat te voorkomen dat het verbod op de verlenging van snelwegconcessies wordt omzeild wanneer de indiener van het voorstel, zoals in dit geval, de houder van de verlopen of aflopende concessie is.
- 17 In de regel moet projectfinanciering overeenkomstig de beginselen van een openbare aanbesteding verlopen, om de concurrentie en de gelijke behandeling van potentiële geïnteresseerde partijen te beschermen. De eerste stap bestaande in de promotorkeuze, waarbij in het verleden het voorstel werd beoordeeld op zijn

overeenstemming met het openbaar belang en thans wordt beoordeeld op zijn haalbaarheid, wordt gekenmerkt door een zeer ruime keuzevrijheid van de betrokken overheidsdienst. In dat stadium gaat het er niet om de beste offerte te kiezen op basis van vooraf vastgestelde technische en economische criteria, maar om de voorlopige haalbaarheid van een projectvoorstel te beoordelen. De gunning van de concessie daarentegen volgt na afloop van een latere aanbestedingsprocedure met de economisch voordeligste offerte als criterium. Die stap staat los van de vorige en moet worden uitgevoerd volgens de regels voor openbare aanbestedingen, onverminderd het voordeel dat de promotor onder vooraf vastgestelde voorwaarden een voorrangrecht geniet.

- 18 Het bestaan van een dergelijk voordeel lijkt niet in strijd met de Unierechtelijke beginselen van transparantie en gelijke behandeling, op voorwaarde dat, zoals de advocaat-generaal in zijn conclusie in zaak C-412/04 heeft opgemerkt, alle deelnemers op de hoogte worden gesteld van deze privileges (bestaande in de uitnodiging tot deelneming aan de aanbestedingsprocedure en het voorrangrecht van de promotor) en van de criteria die de keuze bepalen, zoals momenteel gewaarborgd door de in artikel 183, lid 15, van het nieuwe wetboek inzake overheidsopdrachten gespecificeerde procedure.
- 19 Voor de verwijzende rechter lijkt het dus uitgesloten dat het voorstel voor projectfinanciering voor de gunning van een concessie aangemerkt kan worden als een „verlenging” van de vorige concessie. Overigens, als dit wel het geval was, zou het niet te begrijpen zijn waarom het verbod alleen voor snelwegconcessies zou moeten gelden. Dit verbod is onvoorwaardelijk en abstract in die zin dat het de overheidsdiensten altijd en overal belet om projectfinanciering te gebruiken bij de gunning van dit soort concessies, en dus niet alleen bij de gunning van snelwegconcessies die zijn verlopen of op het punt staan te verlopen op de datum van inwerkingtreding van het nieuwe wetboek inzake overheidsopdrachten, maar ook bij de gunning van snelwegconcessies die onder de gewone regeling zullen aflopen.
- 20 De door Ativa gestelde vraag over de onverenigbaarheid van die bepaling met de beginselen van richtlijn 2014/23, en in het bijzonder met het in overweging 68 geformuleerde beginsel dat aanbestedende diensten en aanbestedende instanties een grote vrijheid moet worden gelaten bij het bepalen en organiseren van de procedure die tot de keuze van de concessiehouder leidt, en met artikel 30, dat bepaalt dat zij de procedure die tot de keuze van de concessiehouder leidt, naar eigen goeddunken mogen organiseren, lijkt derhalve gegrond. Dit beginsel kan ook worden toegepast op de vrijheid om het soort procedure voor het gunnen van de concessie te kiezen, mits de beginselen van transparantie en gelijke behandeling worden geëerbiedigd. Gezien het voorgaande heeft de verwijzende rechter besloten de procedure te schorsen en het Hof van Justitie van de Europese Unie hierover om een prejudiciële beslissing te verzoeken.