

Zaak C-515/18

Verzoek om een prejudiciële beslissing

Datum van indiening:

6 augustus 2018

Verwijzende rechter:

Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna (Italië)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

4 juli 2018

Verzoekende partij:

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

Verwerende partij:

Regione autonoma della Sardegna

Andere partij in de procedure:

Trenitalia SpA

[OMISSIS]

[OMISSIS]

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna
(bestuursrechter in eerste aanleg voor de regio Sardinië, Italië)

[OMISSIS]

[OMISSIS]

BESCHIKKING

inzake het beroep [OMISSIS] ingesteld door

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato [OMISSIS]

tegen

Regione Autonoma della Sardegna [OMISSIS]

in aanwezigheid van

Trenitalia S.p.A. [OMISSIS]

tot nietigverklaring

- van beslissing nr. 406 van 17 juli 2017 van het hoofd [van de algemene directie voor het openbaar vervoer van de regio Sardinië] tot **[Or.2]** onderhandse gunning aan Trenitalia S.p.A. van de opdracht voor dienstverlening inzake openbaar spoorvervoer van de regio Sardinië voor de periode van 1 januari 2017 tot en met 31 december 2025;

- van beraadslaging nr. 31/4 van 27 juni 2017 van het bestuursorgaan van de regio Sardinië, waarbij is ingestemd met de sluiting, voor een periode van negen jaar, van de overeenkomst voor dienstverlening inzake openbaar spoorvervoer tussen de regio Sardinië en Trenitalia.

[OMISSIS] *[overwegingen betreffende de procedure]*

1. Met het onderhavige beroep vordert Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (hierna: „Autorità”) overeenkomstig artikel 21-bis van wet nr. 287 van 10 oktober 1990 nietigverklaring [OMISSIS] [van de twee hierboven genoemde regionale beslissingen].

2. De Autorità merkt vooraf op vanwege een onderneming die actief is in de sector van het passagiersvervoer, melding te hebben gekregen van mogelijke gebreken in de procedure die de regio Sardinië heeft gestart voor de onderhandse gunning van regionale spoordiensten.

3. Deze procedure is van start gegaan met een vooraankondiging die is bekendgemaakt op 29 december 2015, zoals is voorzien in artikel 7, lid 2, van **[Or.3]** verordening (EG) nr. 1370/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 23 oktober 2007. Na bekendmaking van de aankondiging heeft het regionale bestuur, naast de inschrijving van Trenitalia S.p.A., blijken van belangstelling ontvangen van ARRIVA ITALIA RAIL s.r.l. (op 13 januari 2016) en van AW RAIL s.r.l. (op 2 november 2016).

4. Bij voornoemde beslissing van 17 juli 2017 heeft de regio Sardinië – ervan uitgaande dat de dienstenovereenkomst die was voortgevloeid uit de onderhandelingen met Trenitalia, beantwoordde aan de doelstellingen die de regio nastreefde – de opdracht voor dienstverlening gegund aan Trenitalia, zonder enige procedure met een oproep tot mededinging waarin de inschrijvingen van marktdeelnemers die een blijk van belangstelling hadden ingediend, zouden worden vergeleken en met name zonder gevolg te verlenen aan de verzoeken

daartoe van ARRIVA ITALIA RAIL s.r.l., die bij brief van 27 maart 2017 had verzocht om „vastlegging door de regio van een formeel kader voor een oproep tot mededinging” [omissis].

5. Het beroep tegen de bestreden beslissingen steunt de Autorità op twee middelen, inzake de onrechtmatigheid van de onderhandse gunning van de overeenkomst voor regionaal spoorvervoer, die in strijd is met artikel 7, leden 2 en 4, van verordening (EG) nr. 1370/2007. De Autorità stelt met name dat de bepalingen van de verordening (artikel 5, lid 6), die toestaan dat de betrokken dienst onderhands wordt gegund, niets zeggen over de procedure die de bevoegde instantie moet volgen bij de gunning, die de algemene beginselen van transparantie, non-discriminatie en gelijke behandeling moet eerbiedigen, waarop het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie is gebaseerd, waarvan de bepalingen van verordening (EG- nr. 1370/2007), met name artikel 7, leden 2 en 4, de toepassing zijn.

6. Naar de mening van de Autorità, die het beroep heeft ingesteld, moeten laatstgenoemde bepalingen bovendien worden uitgelegd tegen de achtergrond van de overwegingen 29 en 30 van de **[Or.4]** verordening. Alsdan kunnen de Europese voorschriften inzake de onderhandse gunning van de betrokken dienst aldus worden uitgelegd dat de bekendmaking van een vooraankondiging ruimschoots vóór het tijdstip van gunning [artikel 7, lid 2, van verordening (EG)] tot doel heeft, eventuele verstrekkers van de openbare dienst in staat te stellen een voorstel voor deelname aan de procedure voor onderhandse gunning voor te bereiden [in dit verband verwijst de Autorità ook naar Mededeling 2014/C 92/01 van de Commissie - Interpretatieve richtsnoeren bij verordening (EG) nr. 1370/2007 betreffende het openbaar personenvervoer per spoor en over de weg, gepubliceerd in het PBEU van 29 maart 2014].

7. Daaruit vloeit voort dat de informatieplichten van de regio Sardinië – in casu de bevoegde overheid – overeenkomstig artikel 7, lid 2, van voornoemde verordening ook het verzoek had moeten omvatten aan de onderneming die altijd de vervoerdiensten heeft verricht (dit is de huidige exploitant, te weten Trenitalia S.p.A.), om alle gegevens die in haar bezit zijn betreffende de grootte van de vraag, de personeelsaantallen, rollend materieel etc., mede te delen, teneinde die gegevens ter beschikking te stellen van marktdeelnemers die eventueel belangstelling zouden hebben voor de gunning van de betrokken diensten.

8. De regio Sardinië heeft in haar verweerschrift – na eraan te hebben herinnerd dat verordening nr. 1370/2007 toestaat dat openbare diensten voor spoorvervoer onderhands worden gegund (artikel 5, lid 6) – tegengeworpen dat de stelling van de Autorità ertoe leidt dat de voorschriften inzake de onderhandse gunning buiten toepassing worden gelaten, hetgeen zou neerkomen op een echte op mededinging gebaseerde aanbestedingsprocedure. Ook met betrekking tot de informatieplichten gaat de regio Sardinië ervan uit dat het regionale bestuur de bepalingen van artikel 7 van verordening nr. 1370/2007 heeft nageleefd, waarbij de laatste documenten die door Arriva Italia Rail s.r.l. zijn opgevraagd, een reeks

detailgegevens betreffen waarvoor enkel in een aanbestedingsprocedure, maar niet in een procedure voor onderhandse gunning plaats is.

9. Ook Trenitalia S.p.A. heeft een memorie ingediend en zij staft de juistheid van de handelwijze van de regio Sardinië, zowel uit het oogpunt van de rechtmatigheid van de onderhandse gunning in de zin van artikel 5, lid 6, van verordening nr. **[Or.5]** 1370/2007, als uit het oogpunt van de informatieplichten en de motiveringsplicht.

10. [OMISSIS] *[procedure]*

11. Gelet op de vragen die de Autorità opwerpt, acht het Collegio [de rechtsprekende kamer] het noodzakelijk krachtens artikel 267 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie het Hof van Justitie van de Europese Unie de hierna geformuleerde prejudiciële vragen te stellen over de uitlegging van de genoemde bepalingen van verordening nr. 1370/2007.

12. Vooraf dient te worden opgemerkt dat beide middelen ter ondersteuning van het beroep, gelet op hun verknochtheid, relevant zijn in de zin dat het volstaat dat slechts één middel wordt toegewezen opdat het geding kan worden afgedaan met nietigverklaring van de bestreden beslissingen.

13. Revelante bepalingen van Unierecht

Voor de beslechting van het geding zijn verschillende bepalingen van verordening nr. 1370/2007 relevant.

Allereerst, artikel 5, lid 6, van deze verordening, dat bepaalt:

„Als de nationale wetgeving het niet verbiedt, kan een bevoegde instantie besluiten openbare dienstcontracten voor vervoer per spoor, met uitzondering van andere vormen van spoorvervoer, zoals metro of tram, onderhands te gunnen. In afwijking van artikel 4, lid 3, hebben deze contracten een maximumduur van tien jaar, behalve wanneer artikel 4, lid 4, van toepassing is.”

Vervolgens, artikel 7, leden 2 en 4, waarin staat:

„Elke bevoegde instantie neemt de nodige maatregelen om ervoor te zorgen dat ten minste één jaar vóór de bekendmaking van de uitnodiging tot inschrijving of een jaar vóór de onderhandse gunning ten minste de volgende informatie in het Publicatieblad van de Europese Unie wordt bekendgemaakt:

a) de naam en het adres van de bevoegde instantie;

b) de beoogde wijze van gunning;

[Or.6]

c) de diensten en de gebieden waarop de gunning potentieel betrekking heeft.

De bevoegde instanties kunnen besluiten om deze informatie niet bekend te maken wanneer het openbaredienstcontract betrekking heeft op een jaarlijkse verstrekking van minder dan 50 000 kilometers openbaar personenvervoer.

Indien de informatie na de bekendmaking wordt gewijzigd, maakt de bevoegde instantie zo spoedig mogelijk een rechtzetting bekend. Deze rechtzetting laat de aanvangsdatum van de onderhandse gunning of de uitnodiging tot inschrijving onverlet.

Dit lid is niet van toepassing op artikel 5, lid 5.” (artikel 7, lid 2, van verordening nr. 1370/2007).

Lid 4 van dat artikel 7 luidt:

„De bevoegde instantie zendt aan een belanghebbende op diens verzoek haar met redenen omklede beslissing betreffende de onderhandse gunning van een openbaredienstcontract toe.”

Ten slotte moet ook overweging 29 van verordening nr. 1370/2007 worden aangehaald: *„Behoudens wanneer het noodmaatregelen en contracten voor bescheiden afstanden betreft, dienen bevoegde instanties die wensen over te gaan tot de aanbesteding van openbaredienstcontracten, dit ten minste één jaar vooraf bekend te maken zodat potentiële exploitanten van openbare diensten over de nodige tijd beschikken om in te schrijven.”*

14. Bepalingen van nationaal recht

De nationaalrechtelijke relevante bepalingen zijn vervat in artikel 61 van wet nr. 99 van 2 juli 2009, dat bepaalt: *„Teneinde de liberalisering en de openstelling voor mededinging van de sector van het regionaal en plaatselijk openbaar vervoer af te stemmen op de communautaire voorschriften, is het de instanties die bevoegd zijn voor de gunning van dienstencontracten, toegestaan, niettegenstaande afwijkende sectoriële regelingen, om toepassing te maken [Or.7] van de bepalingen van artikel 5, leden 2, 4, 5 en 6, en van artikel 8, lid 2, van verordening (EG) nr. 1370/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 23 oktober 2007. De uitsluiting op grond van artikel 18, lid 2, onder a), van wetsbesluit nr. 422 van 19 november 1997 geldt niet voor ondernemingen, in Italië of in het buitenland, waaraan dienstencontracten zijn gegund in de zin van voornoemde verordening (EG) nr. 1370/2007.”*

Bovendien moet rekening worden gehouden met artikel 17, lid 1, onder i), van wetsbesluit nr. 50 van 18 april 2016 („tot uitvoering van richtlijnen 2014/23/EU, 2014/24/EU en 2014/25/EU inzake de gunning van concessieovereenkomsten, overheidsopdrachten en aanbestedingen in de sectoren water, energie, vervoer en postdiensten, alsmede tot hervorming van de geldende regeling inzake overheidsopdrachten voor werken, diensten en leveringen”), dat bepaalt: *„De bepalingen van dit wetboek zijn niet van toepassing op overheidsopdrachten en concessies voor diensten [...] i) voor het openbaar vervoer van passagiers per*

trein of metro; [...]”, alsmede met artikel 4 van datzelfde wetboek inzake overheidsopdrachten, dat bepaalt: „De gunning van lopende overheidsopdrachten voor werken, diensten en leveringen die geheel of gedeeltelijk buiten de werkingssfeer ratione materiae van dit wetboek vallen, gebeurt met eerbiediging van de beginselen van zuinigheid, doeltreffendheid, onpartijdigheid, gelijke behandeling, transparantie, evenredigheid, openbaarheid, bescherming van het leefmilieu en energie-efficiëntie.”

15. Besluiten

De twijfel op grond waarvan de prejudiciële verwijzing opportuun is, betreft de mogelijkheid om artikel 7, leden 2 en 4, van verordening (EG) nr. 1370/2007 uit te leggen in overeenstemming met de Verdragsbeginselen inzake mededinging, niet-discriminatie, transparantie, door voornoemde bepalingen van de verordening een zo ruim mogelijke betekenis te geven, zowel wat betreft de informatieplichten jegens de marktdeelnemers die rusten op de bevoegde instantie die voornemens is een dienstencontract onderhands te gunnen, op grond waarvan alle marktdeelnemers die eventueel belangstelling zouden hebben voor de exploitatie van de dienst, in staat moeten worden gesteld een ernstige en redelijke inschrijving op te stellen, als wat betreft de verplichting tot [Or.8] motivering van de keuze voor de procedure van onderhandse gunning, die ook moet zien op het vergelijkend onderzoek ingeval de instantie, na bekendmaking van de vooraankondiging als bedoeld in artikel 7 van verordening (EG), verschillende voorstellen voor de exploitatie van de dienst ontvangt. Zoals hierboven is uiteengezet, is het antwoord van het Hof van Justitie van doorslaggevend belang voor de beslechting van het geding, waarin het gaat om de normatieve strekking van de hierboven aangehaalde bepalingen van verordening (EG) nr. 1370/2007.

16. Formulering van de prejudiciële vragen

Gelet op een en ander stelt de [Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna] de hierna volgende vragen:

„Dient artikel 7, lid 2, van verordening nr. 1370/2007 van 23 oktober 2007 aldus te worden uitgelegd dat de bevoegde instantie die voornemens is het contract onderhands te gunnen, verplicht is de nodige maatregelen te treffen met het oog op bekendmaking of mededeling van de informatie die alle marktdeelnemers die eventueel belangstelling zouden hebben voor de exploitatie van de dienst, nodig hebben om een ernstige en redelijke inschrijving op te stellen?”

„Dient artikel 7, lid 4, van verordening nr. 1370/2007 van 23 oktober 2007 aldus te worden uitgelegd dat de bevoegde instantie, alvorens het contract onderhands te gunnen, verplicht is alle inschrijvingen voor exploitatie van de dienst die zij eventueel heeft ontvangen na bekendmaking van de in dat artikel 7, lid 4, bedoelde vooraankondiging, vergelijkend te onderzoeken?”

OM DEZE REDENEN

beslist de Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna, eerste kamer,

1) krachtens artikel 267 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie de in het dictum geformuleerde vragen voor te leggen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie;

2) de behandeling van de zaak te schorsen tot de uitspraak op de prejudiciële vragen.

[OMISSIS] **[Or.9]** [OMISSIS]

[OMISSIS] Cagliari [OMISSIS] 4 juli 2018 [OMISSIS]

[OMISSIS] *[procedurele formules en ondertekeningen]*

WERKDOCUMENT