Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
M. Wathelet
fremsat den 23. april 2015 [1]

Sag C-689/13

Puligienica Facility Esco SpA (PFE)
mod
Airgest SpA

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana (Italien))

»Direktiv 89/665/EØF — offentlige kontrakter — sag med påstand om annullation af beslutning om tildeling af offentlig kontrakt — særskilte sager til prøvelse af forbigåede tilbudsgiveres deltagelse i udbuddet — regel i national retspraksis, hvorefter den nationale ret kun kan træffe afgørelse om realiteten i hovedsagen, hvis den særskilte sag er grundløs — bindende virkning af principper fastlagt af den øverste nationale forvaltningsdomstols plenarforsamling, selv om disse principper strider mod EU-retten — dom Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) — artikel 267 TEUF — forrang — overensstemmende fortolkning«

I – **Indledning**

1. Den foreliggende anmodning om præjudiciel afgørelse vedrører dels fortolkningen af artikel 1, stk. 3, i Rådets direktiv 89/665/EØF af 21. december 1989 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter [2], som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2007/66/EF af 11. december 2007 [3] (herefter »direktiv 89/665«), dels fortolkningen af artikel 267 TEUF samt af princippet om EU-rettens forrang og om overensstemmende fortolkning.

2. De præjudicielle spørgsmål, som Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana (den regionale forvaltningsappelret for Sicilien, Italien) har stillet, vedrører således to forskellige retlige problemer. Det første præjudicielle spørgsmål vedrører rækkevidden af dom Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), hvorimod det andet vedrører fortolkningen af artikel 267 TEUF i forbindelse med en national lovgivning, der pålægger en ret at henvise sagen til sin plenarforsamling, hvis den er i tvivl om, hvorvidt et retsprincip fastlagt af plenarforsamlingen stemmer overens med EU-retten.

1 — Originalsprog: fransk.
2 — EFT L 395, s. 33.
3 — EUT L 335, s. 31.

II – **Retsforskrifter**

A – *EU-retten*

3. Artikel 1 i direktiv 89/665 med overskriften »Klageprocedurernes anvendelsesområde og adgang til disse procedurer« bestemmer:

»1. Dette direktiv finder anvendelse på kontrakter som omhandlet i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter [EUT L 134, s. 114], medmindre sådanne kontrakter er undtaget i henhold til artikel 10-18 i nævnte direktiv.

Kontrakter omfatter ifølge dette direktiv offentlige kontrakter, rammeaftaler, koncessionskontrakter om offentlige bygge- og anlægsarbejder og dynamiske indkøbssystemer.

Medlemsstaterne træffer, for så vidt angår kontrakter, der henhører under anvendelsesområdet for direktiv 2004/18/EF, de nødvendige foranstaltninger for at sikre, at der effektivt og navnlig så hurtigt som muligt kan indgives klage over de ordregivende myndigheders beslutninger på de betingelser, der er anført i artikel 2-2f i dette direktiv, med den begrundelse, at beslutningerne er i strid med fællesskabsret vedrørende offentlige kontrakter eller de nationale regler til gennemførelse heraf.

[…]

3. Medlemsstaterne sikrer, at der er adgang til klageprocedurerne efter nærmere bestemmelser, som medlemsstaterne kan fastsætte, i det mindste for personer, der har eller har haft interesse i at opnå en bestemt kontrakt, og som har lidt eller vil kunne lide skade som følge af en påstået overtrædelse.

[…]«

4. Direktivets artikel 2 med overskriften »Krav til klageprocedurerne« bestemmer i stk. 1:

»Medlemsstaterne påser, at de foranstaltninger, der træffes med henblik på de i artikel 1 omhandlede klageprocedurer, omfatter de nødvendige beføjelser til:

[…]

b) at annullere eller foranledige annullering af ulovlige beslutninger […]«

B – *Italiensk ret*

1. Forfatningen

5. Det fremgår af den italienske forfatnings artikel 111, sidste afsnit, at »[d]er kan […] iværksættes kassationsanke til prøvelse af afgørelser truffet af Consiglio di Stato […] for så vidt angår kompetencespørgsmål«.

2. Codice del processo amministrativo

6. Codice del processo amministrativo (den italienske forvaltningslov) blev vedtaget ved lovdekret nr. 104 af 2. juli 2010 (almindeligt tillæg til GURI nr. 156 af 7.7.2010).

7. I denne lovs artikel 6, stk. 1, bestemmes, at »Consiglio di Stato træffer afgørelse i sidste instans i forvaltningssager«. Det præciseres i øvrigt i artikel 6, stk. 6, at »[a]fgørelser truffet af Tribunale amministrativa regionale della Sicilia [(den regionale forvaltningsret for Sicilien)] kan appelleres til Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana i henhold til bestemmelserne om den særlige status og de relevante gennemførelsesbestemmelser«.

8. Lovens artikel 42 bestemmer, at »[s]agsøgte og intervenienter kan nedlægge påstande, der er forbundet med den principale påstand, inden for rammerne af et særskilt søgsmål«.

9. Endelig har artikel 99 følgende ordlyd:

»1. Såfremt den afdeling, der behandler søgsmålet, fastslår, at det retsspørgsmål, der er indbragt for den, skaber eller kan skabe en afvigende retspraksis, kan den på parternes begæring eller af egen drift afsige kendelse om, at sagen henvises til plenarforsamlingen. Plenarforsamlingen kan hjemvise sagen til afdelingen, hvis den finder det hensigtsmæssigt.

2. Consiglio di Statos præsident kan, før der træffes afgørelse, på parternes begæring eller af egen drift henvise enhver sag til plenarforsamlingen med henblik på at afgøre særligt vigtige principielle spørgsmål eller undgå afvigelser i retspraksis.

3. Såfremt den afdeling, der behandler søgsmålet, ikke mener at være enig i et retsprincip fastlagt af plenarforsamlingen, henviser afdelingen ved begrundet kendelse sagen til plenarforsamlingen med henblik på afgørelse.

4. Plenarforsamlingen træffer fuldstændig afgørelse i sagen, medmindre plenarforsamlingen er af den opfattelse, at den alene skal fastlægge retsprincippet, og at sagen i øvrigt hjemvises til den forelæggende afdeling.

5. Såfremt plenarforsamlingen finder spørgsmålet særligt vigtigt, kan den under alle omstændigheder fastlægge retsprincippet i lovens interesse, selv om den fastslår, at sagen ikke kan antages til realitetsbehandling, må afvises eller bortfalder. Plenarforsamlingens afgørelse berører i så fald ikke den anfægtede beslutning.«

3. Lovdekret nr. 373 af 24. december 2003

10. Den 24. december 2003 vedtog den italienske lovgiver lovdekret nr. 373 med titlen »Norme di attuazione dello Statuto speciale della Regione siciliana concernenti l'esercizio nella regione delle funzioni spettanti al Consiglio di Stato« (gennemførelsesbestemmelser vedrørende den særlige status for regionen Sicilien for så vidt angår udøvelsen af Consiglio di Statos beføjelser i regionen, GURI nr. 10 af 14.1.2004).

11. Det fremgår af artikel 1, stk. 2, heri, at »Consiglio di Giustizia amministrativa [per la Regione siciliana] har sæde i Palermo og består af to afdelinger med henholdsvis rådgivende beføjelser og domstolsbeføjelser, som er særskilte afdelinger i Consiglio di Stato«.

III – **De faktiske omstændigheder i hovedsagen**

12. Ved bekendtgørelse af 18. januar 2012 iværksatte Airgest SpA, der er det selskab, der driver den civile lufthavn Trapani-Birgi (Italien), et offentligt udbud om tildeling af en kontrakt vedrørende rengøring og vedligeholdelse af grønne områder i denne lufthavn.

13. Kontrakten blev ved en endelig beslutning om tilslag af 22. maj 2012 tildelt en midlertidig virksomhedssammenslutning (herefter »den midlertidige virksomhedssammenslutning«), der bestod af Gestione Servizi Ambientali Srl (herefter »GSA«) og Zenith Services Group Srl.

14. Puligienica Facility Esco SpA (PFE) (herefter »PFE«), som også havde deltaget i udbuddet, og som havde opnået en andenplads, klagede over denne beslutning til Tribunale amministrativo regionale della Sicilia. PFE nedlagde bl.a. påstand om, at tilslagsbeslutningen blev annulleret, og at PFE som følge heraf blev tildelt kontrakten.

15. PFE gjorde til støtte for sit søgsmål gældende, at den ordregivende myndighed burde have udelukket den midlertidige virksomhedssammenslutning, der fik tilslag, på grund af overtrædelse af artikel 38, stk. 1, litra h) og m), i lovdekret nr. 163 af 12. april 2006 vedrørende lov om offentlige bygge-, anlægs- og indkøbskontrakter ved anvendelse af direktiv 2004/17/EF og 2004/18/EF (GURI nr. 100 af 2.5.2006) og punkt III.2.1 i udbudsbekendtgørelsen og afsnit c) i udbudsbetingelserne.

16. GSA, der var leder af den midlertidige virksomhedssammenslutning, indtrådte i sagen og anlagde et særskilt søgsmål med påstand om, at PFE ikke havde interesse i at forfølge sagen. GSA's særskilte søgsmål var navnlig baseret på, at PFE ikke opfyldte betingelserne for at deltage i udbuddet, fordi dets bud var for upræcist og derfor burde have været udelukket fra udbudsproceduren.

17. Tribunale amministrativo regionale della Sicilia gennemgik de to parters argumenter og gav dem begge medhold.

18. I forlængelse af denne dom udelukkede den ordregivende myndighed de omtvistede virksomheder. I forbindelse med den kontrol, som myndigheden foretog i medfør af denne dom, udelukkede den også alle de øvrige virksomheder, der var blevet opført på listen, fordi de heller ikke havde fremlagt specifikke oplysninger om sikkerhedsomkostninger. Den iværksatte herefter et udbud efter forhandling vedrørende tildeling af den nævnte kontrakt.

19. PFE har appelleret Tribunale amministrativo regionale della Sicilias dom til den forelæggende ret, og GSA har iværksat kontraappel, bl.a. med den begrundelse, at Tribunale amministrativo regionale della Sicilia ikke behandlede søgsmålene i den rækkefølge, som Consiglio di Statos plenarforsamling havde fastlagt i dom nr. 4/2011 (herefter »dom nr. 4/2011«), hvorefter det særskilte søgsmål skal behandles før hovedsøgsmålet, når der er anlagt særskilt søgsmål med påstand om afvisning af hovedsøgsmålet.

20. Den forelæggende ret har i sin anmodning om præjudiciel afgørelse bemærket, at det princip, der blev opstillet i dom nr. 4/2011, blev drøftet indgående i forbindelse med den præjudicielle forelæggelse, der gav anledning til dom Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448).

21. I den sag, der lå til grund for denne dom, havde den ordregivende myndighed på forhånd udvalgt to tilbudsgivere, der blev opfordret til at afgive bud. Den tilbudsgiver, hvis bud ikke blev antaget, indgav klage baseret på, at tilslagsmodtagerens bud ikke overholdt udbudsbetingelserne. Tilslagsmodtageren anlagde til gengæld et særskilt søgsmål med påstand om, at det bud, der ikke blev valgt, burde have været afvist, fordi det heller ikke opfyldte en af minimumsbetingelserne i udbudsmaterialet.

22. Den nationale ret, som sagen var blevet indbragt for – Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte (den regionale forvaltningsret for Piemonte) – fandt, at de to bud var ufuldstændige, hvilket betød, at begge søgsmål måtte tiltrædes, dvs. både hovedsøgsmålet og det særskilte søgsmål, og at hele udbudsproceduren måtte annulleres. Ifølge det retsprincip, der er opstillet i dom nr. 4/2011, skulle det særskilte søgsmål imidlertid have været behandlet inden hovedsøgsmålet, eftersom det særskilte søgsmål vedrørte klageren i hovedsagens søgsmålskompetence, idet klagerens deltagelse i udbuddet blev anfægtet.

23. Domstolen fandt i forbindelse med den præjudicielle anmodning, der var indgivet af Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte, at et særskilt søgsmål anlagt af den tilbudsgiver, hvis bud var blevet antaget, ikke kunne medføre, at en tilbudsgivers klagesag blev afvist, når begge tilbudsgiveres bud var blevet anfægtet inden for rammerne af den samme sag og på samme grundlag. I en sådan situation kan begge konkurrenter nemlig påberåbe sig en ligeværdig retlig interesse i, at den andens bud udelukkes [4].

24. Domstolen fastslog som følge heraf, at artikel 1, stk. 3, i direktiv 89/665 var til hinder for, at den forbigåede tilbudsgivers klage blev afvist fra realitetsbehandling, efter at tilslagsmodtagerens formalitetsindsigelse var blevet vurderet forudgående, såfremt der ikke var blevet taget stilling til, om såvel buddet fra tilslagsmodtageren som buddet fra den tilbudsgiver, der havde iværksat klagesagen, var i overensstemmelse med de tekniske specifikationer i udbudsmaterialet [5].

25. Den forelæggende ret har imidlertid henledt Domstolens opmærksomhed på, at der i hovedsagen deltog mere end to virksomheder i udbuddet, selv om det kun er to af dem, der er parter i hovedsagen, hvilket ikke var tilfældet i den sag, der gav anledning til dom Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448).

26. Den forelæggende ret har også henledt Domstolens opmærksomhed på reglen i codice del processo amministrativos artikel 99, stk. 3, om, at den er forpligtet til at henvise den anfægtede beslutning til Consiglio di Statos plenarforsamling, hvis den ikke er enig i den retspraksis, som denne plenarforsamling har fastlagt.

27. Den forelæggende ret har som følge heraf og i betragtning af de særlige omstændigheder, der gør sig gældende i den sag, som den skal tage stilling til, besluttet at spørge Domstolen, hvordan artikel 1, stk. 3, i direktiv 89/665 og artikel 267 TEUF skal fortolkes.

IV – **Anmodningen om præjudiciel afgørelse og retsforhandlingerne for Domstolen**

28. Ved afgørelse af 26. september 2013, indgået til Domstolen den 24. december 2013, besluttede Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana at udsætte sagen og at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål i henhold til artikel 267 TEUF:

»1) Finder principperne fastlagt i Domstolens dom [Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448)] – med henvisning til det konkrete tilfælde, der lå til grund for den respektive anmodning om præjudiciel forelæggelse, hvor der kun var to deltagere i et udbud af offentlige kontrakter, og henset til det formelle sammenfald mellem omstændighederne i de to sager – også anvendelse i den for nærværende Consiglio verserende sag, hvor alle deltagere i udbuddet, selv om flere end to virksomheder var blevet givet adgang til at deltage i udbuddet, er blevet udelukket af den ordregivende myndighed, og hvor ingen andre virksomheder end de, der er parter i den foreliggende sag, har anfægtet udelukkelsen, således at den foreliggende sag i praksis alene vedrører to virksomheder?

2) Er artikel 99, stk. 3, i codice del processo amministrativo [den italienske forvaltningslov], for så vidt som denne processuelle bestemmelse fastlægger, at alle afdelinger og dommerkollegier i Consiglio di Stato skal følge ethvert retsprincip fastlagt af plenarforsamlingen, selv om det helt klart fremgår, at plenarforsamlingen har fastlagt, eller kan have fastlagt, et princip, som er i strid eller uforeneligt med EU-retten – hvad angår de spørgsmål, som skal afgøres ved anvendelsen af EU-retten – i strid med fortolkningen af EU-retten, og navnlig med artikel 267 TEUF? I særdeleshed ønskes følgende oplyst.

4 — Dom Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448, præmis 33).

5 — Ibidem (præmis 34 og domskonklusionen).

— Er den afdeling eller det dommerkollegium i Consiglio di Stato, der skal behandle sagen, og som nærer tvivl om, hvorvidt et retsprincip fastlagt af plenarforsamlingen er i overensstemmelse eller foreneligt med EU-retten, forpligtet til ved begrundet kendelse at henvise sagen til plenarforsamlingen med henblik på afgørelse, i givet fald inden anmodning af Domstolen om præjudiciel afgørelse for at fastlægge, om det omstridte retsprincip er i overensstemmelse eller foreneligt med EU-retten? Eller kan, eller rettere sagt skal, den afdeling eller det dommerkollegium i Consiglio di Stato, i egenskab af almindelige nationale retter, der skal træffe afgørelse i sidste instans om anvendelsen af EU-retten, selvstændigt forelægge Domstolen et præjudicielt spørgsmål vedrørende den korrekte fortolkning af EU-retten?

— Såfremt spørgsmålet i foregående punkt besvares med, at enhver afdeling og ethvert dommerkollegium i Consiglio di Stato har beføjelse/pligt til at stille præjudicielle spørgsmål direkte for Domstolen – under alle omstændigheder i de tilfælde, hvor Domstolen alligevel har udtalt, og i endnu højere grad, hvis denne udtalelse fremkommer på et senere tidspunkt end stillingtagen af Consiglio di Statos plenarforsamling, at der foreligger en afvigelse eller ikke fuldstændig overensstemmelse mellem den korrekte fortolkning af EU-retten og det nationalretlige princip fastlagt af plenarforsamlingen – har enhver afdeling og ethvert dommerkollegium i Consiglio di Stato, i egenskab af almindelige retter, der skal træffe afgørelse i sidste instans om anvendelsen af EU-retten, da beføjelse eller pligt til umiddelbart at anvende den korrekte fortolkning af EU-retten, som fastslået af Domstolen, eller er de nævnte instanser også i disse tilfælde da forpligtet til ved begrundet kendelse at henvise sagen til plenarforsamlingen med henblik på afgørelse, hvilket bevirker, at alene plenarforsamlingen på grundlag af sin retlige skønsmargin kan træffe afgørelse om den i henhold til Domstolens udtalelser bindende anvendelse af EU-retten?

— Er en fortolkning af Den Italienske Republiks forvaltningsretspleje således, at alene plenarforsamlingen må træffe afgørelse om at forelægge eventuelle spørgsmål for Domstolen – eller også blot løse tvisten, såfremt løsningen er en direkte konsekvens af anvendelsen af de af Domstolen fastlagte EU-retlige principper – forenelig med dels princippet om en rimelig sagsbehandlingstid og princippet om hurtige klagemuligheder i tilfælde af udbud af offentlige kontrakter, dels kravet om, at EU-retten gennemføres fuldstændigt og hurtigt af alle retter i alle medlemsstater på en måde, som er bindende i overensstemmelse med dens korrekte af Domstolen fastlagte fortolkning, også med henblik på den maksimale udfoldelse af princippet om den såkaldte »effektive virkning« og princippet om EU-rettens forrang (ikke bare materielt, men også processuelt) for den nationale lovgivning i de enkelte medlemsstater (og navnlig artikel 99, stk. 3, i Den Italienske Republiks codice del processo amministrativo)?«

29. PFE, GSA, den italienske regering og Europa-Kommissionen har indgivet skriftlige indlæg. Disse parter afgav desuden mundtlige indlæg under retsmødet, der blev afholdt den 11. marts 2015.

V – **Bedømmelse**

A – *Det første præjudicielle spørgsmål*

30. Den forelæggende ret ønsker med det første spørgsmål oplyst, om den fortolkning af artikel 1, stk. 3, i direktiv 89/665, som Domstolen foretog i dom Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), finder anvendelse i et tilfælde, hvor den ordregivende myndighed har udelukket alle de virksomheder, der deltog i den omtvistede udbudsprocedure – hvilket oprindeligt var mere end to virksomheder – og hvor udelukkelsen kun anfægtes af de virksomheder, der er parter i hovedsagen, som alene vedrører to virksomheder.

31. For at kunne besvare dette spørgsmål er det efter min opfattelse nødvendigt først at se på den konkrete virkning, som Domstolens fortolkning i sag Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) har, og dernæst at afgøre, om denne påvirkes eller afhænger af antallet af ansøgere. Hvis det viser sig, at det ikke berører virkningerne af anvendelsen af den af Domstolen fortolkede regel, hvor mange virksomheder der er omhandlet i hovedsagen, bør den forelæggende rets spørgsmål således besvares bekræftende. Hvis det viser sig, at artikel 1, stk. 3, i direktiv 89/665, som fortolket af Domstolen i dom Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), ikke har nogen virkning i en situation som den, der er omhandlet i hovedsagen, bør det første præjudicielle spørgsmål til gengæld besvares benægtende.

1. Fastlæggelse af virkningerne af den fortolkning af artikel 1, stk. 3, i direktiv 89/665, der blev foretaget i dom Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448)

32. Der blev i den sag, der gav anledning til dom Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), lagt vægt på, at det valgte bud med urette ikke var blevet udelukket på det trin, hvor buddene blev kontrolleret, til trods for, at det ikke var i overensstemmelse med de tekniske specifikationer i udbudsbetingelserne [6].

33. Domstolen bemærkede, at, når en tilbudsgiver har indgivet klage, »kan det særskilte søgsmål, anlagt af den tilbudsgiver, hvis bud er blevet antaget, ikke medføre, at [tilbudsgiverens] klage afvises i det tilfælde, hvor begge tilbudsgiveres bud anfægtes inden for rammerne af den samme sag og på samme grundlag, [eftersom] *begge konkurrenter* [i en sådan situation] [*kan] påberåbe sig en ligeværdig interesse i, at den andens bud udelukkes, hvilket kan føre til, at det er umuligt for den ordregivende myndighed at udvælge et foreneligt bud*« [7].

34. Det kan som følge heraf konkluderes, at den forbigåede tilbudsgivers klagesag ikke må afvises fra realitetsbehandling efter forudgående vurdering af tilslagsmodtagerens subsidiære formalitetsindsigelse, uden at der er taget stilling til, om de to bud er i overensstemmelse med specifikationerne [8]. Hvis det fastslås, at ingen af buddene er i overensstemmelse med specifikationerne, indebærer dette konkret, at den ordregivende myndighed ikke har mulighed for at udvælge et foreneligt bud, hvilket betyder, at der skal iværksættes et nyt udbud.

2. Anvendelse af den fortolkning af artikel 1, stk. 3, i direktiv 89/665, der er foretaget i sag Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448)

35. I hovedsagen fik mere end to virksomheder adgang til at deltage i den omtvistede procedure. Det fremgår imidlertid af den forelæggende rets forklaringer, at appellanten i hovedsagen og i kraft af kontraappellen den virksomhed, der fik tilslag, var de eneste af de virksomheder, som blev udelukket fra udbuddet, der indgav administrativ klage eller anlagde sag til prøvelse af udelukkelsen.

36. Hvis den forelæggende ret i en sådan situation fastslår, at begge bud er uforenelige, vil den ordregivende myndighed ikke være forpligtet til at iværksætte et nyt udbud, men kan i givet fald vælge at tildele kontrakten til en anden virksomhed på den liste, som denne myndighed har udarbejdet.

37. Det er dog ikke utænkeligt, at samtlige afgivne bud er behæftet med en af de mangler, der førte til afvisning af de bud, som var afgivet af appellanten i hovedsagen og af tilslagsmodtageren. Hvis det er tilfældet, er ordregiveren nødt til at indlede en ny procedure [9].

6 — Jf. denne doms præmis 32.

7 — Ibidem (præmis 33). Min fremhævelse.

8 — Jf. dom Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448, præmis 34 og domskonklusionen).

9 — Ifølge den forelæggende rets beskrivelse (jf. punkt C4, s. 12, i anmodningen om præjudiciel afgørelse) og de oplysninger, som parterne i hovedsagen har fremlagt (jf. s. 2 i PFE's skriftlige indlæg og punkt 9 i GSA's skriftlige indlæg), ser det i øvrigt ud til at være det, der er sket i hovedsagen.

38. Som Domstolen fastslog i dom Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448, præmis 33), »kan [enhver] konkurrent[…] [under disse omstændigheder] påberåbe sig en ligeværdig retlig interesse i, at [de andres] bud udelukkes, hvilket kan føre til, at det er umuligt for den ordregivende myndighed at udvælge et foreneligt bud«.

39. I denne forbindelse bør det i øvrigt fremhæves, at Domstolen i den nævnte dom ikke havde til hensigt at begrænse dette til et udbud, som kun havde vakt interesse hos to virksomheder (og hvor der derfor kun var afgivet to bud), eftersom der generelt var tale om en retlig interesse hos »[*enhver*] konkurrent[…]« [10] i udelukkelse af ikke den andens, men »[*de andres*]« bud [11].

40. Jeg mener som følge heraf, at den konklusion, som Domstolen nåede frem til i dom Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), nemlig at artikel 1, stk. 3, i direktiv 89/665 er til hinder for, at en forbigået tilbudsgivers klagesag afvises fra realitetsbehandling efter forudgående vurdering af tilslagsmodtagerens subsidiære formalitetsindsigelse, uden at der er taget stilling til, om de to bud er i overensstemmelse med specifikationerne [12], også finder anvendelse under omstændighederne i hovedsagen.

3. Betydningen af en eventuel forskel på de mangler, som hovedsøgsmålet og det særskilte søgsmål støttes på

41. Den forelæggende ret har formelt begrænset de relevante faktiske omstændigheder til den kendsgerning, at den ordregivende myndighed udelukkede alle de virksomheder, der deltog i den offentlige udbudsprocedure – hvilket oprindeligt var mere end to virksomheder – men at udelukkelsen kun anfægtes af de virksomheder, der er parter i den foreliggende sag, således at denne sag i praksis alene vedrører to virksomheder.

42. Jeg har netop forklaret, hvorfor dette forhold ikke berører anvendelsen af den regel, som Domstolen fastlagde i dom Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448).

43. GSA har dog i sit skriftlige indlæg, som det bekræftede under retsmødet, påberåbt sig et andet kriterium for afgrænsningen i forhold til dom Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448). GSA mener således, at fortolkningen i denne dom kun finder anvendelse, hvis de mangler, som hovedsøgsmålet og det særskilte søgsmål støttes på, er *ens*.

44. GSA har imidlertid forklaret, at dets særskilte søgsmål støttes på en anden grund end den, som PFE har fremført til støtte for hovedsøgsmålet. PFE har nedlagt påstand om, at tildelingen af kontrakten til GSA annulleres på grund af en overtrædelse af de underretningskrav, som tilbudsgiverne er pålagt. PFE har således fremført et anbringende om en formmangel. GSA har til gengæld nedlagt påstand om, at PFE udelukkes, fordi dets bud er upræcist, hvilket er en mangel, der vedrører sagens realitet.

10 — Dom Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448, præmis 33). Min fremhævelse.

11 — Ibidem, min fremhævelse. Den relevante passage har følgende ordlyd i den italienske version af nævnte dom (det autentiske processprog): »ciascuno *dei concorrenti* può far valere un analogo interesse legittimo all'esclusione dell'offerta *degli atri*, che può indurre l'amministrazione aggiudicatrice a constatare l'impossibilità di procedere alla scelta di un'offerta regolare« (min fremhævelse).

12 — Jf. dom Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448, præmis 34 og domskonklusionen).

45. Det skal indledningsvis påpeges, at anvendelsen af flertalsformen på processproget (italiensk) (»nell'ambito del medesimo procedimento *e per motivi identici*« [13]) og det mere generelle udtryk »de nature identique« på voteringssproget (fransk) taler for en bred fortolkning af begrebet samme » *grundlag*« (og ikke samme *grund*), som begge søgsmål støttes på [14]. Denne fortolkning understøttes af, at disse grunde sjældent vil være fuldstændig ens.

46. Jeg mener desuden ikke, at de klagepunkter, der er fremsat i hovedsøgsmålet og det særskilte søgsmål, bl.a. vedrørende antallet af tilbudsgivere, er afgørende for den fortolkning af artikel 1, stk. 3, i direktiv 89/665, som Domstolen anlagde i dom Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448).

47. Når Domstolen i denne doms præmis 33 bemærker, at »det særskilte søgsmål, anlagt af den tilbudsgiver, hvis bud er blevet antaget, ikke [kan] medføre, at en tilbudsgivers klage afvises i det tilfælde, hvor begge tilbudsgiveres bud anfægtes inden for rammerne af den samme sag og på samme grundlag«, er det som tidligere nævnt afgørende, at »begge konkurrenter [i en sådan situation kan] påberåbe sig en ligeværdig retlig interesse i, at den andens bud udelukkes, hvilket kan føre til, at det er umuligt for den ordregivende myndighed at udvælge et foreneligt bud« [15].

48. Disse to sætninger vedrører det samme spørgsmål i dommen og kan derfor ikke læses uafhængigt af hinanden.

49. Jeg er derfor enig med Kommissionen, når den i sit indlæg anfører, at det afgørende er, at hovedsøgsmålet og det særskilte søgsmål skaber en ligeværdig retlig interesse i, at udbudsproceduren genåbnes.

50. Det synes dog at fremgå af hovedsagen – hvilket den forelæggende ret skal efterprøve nærmere – at de anbringender, som PFE og GSA har fremført, ganske vist ikke er ens, men muligvis er af samme art (for så vidt som de vedrører foreneligheden af modpartens bud), og at de under alle omstændigheder skaber en »ligeværdig retlig interesse i, at den andens bud udelukkes«, som omhandlet i dom Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) hos alle de erhvervsdrivende, der er involveret i den nationale retssag.

51. Som Kommissionen fremhævede under retsmødet den 11. marts 2015, gør den regel, som Domstolen fastlagde i dom Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), det muligt både at tage hensyn til tilbudsgivernes interesser og at tage hensyn til den ordregivende myndighed, som skal have mulighed for at udvælge det bedste forenelige bud. Hvis kriteriet om de »samme grunde«, som hovedsøgsmålet og det særskilte søgsmål støttes på, anvendes strengt, kan det i hovedsagen resultere i, at den ordregivende myndighed tvinges til at tildele kontrakten til en virksomhed, selv om dennes bud var uforeneligt.

13 — Dom Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448, præmis 33). Min fremhævelse.

14 — Som generaladvokat Kokott tidligere har påpeget vedrørende en dom afsagt af Den Europæiske Unions Ret, hvor den franske version ikke var autentisk (fordi processproget ikke var fransk), men mere præcis end den version, der var affattet på processproget, kan denne sprogversion, »idet den blev anvendt under udarbejdelsen af og forhandlingerne vedrørende dommen, give yderligere indikationer af, hvad Retten i realiteten henviste til« (generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse Bertelsmann og Sony Corporation of America mod Impala, C-413/06 P, EU:C:2007:790, punkt 253).

15 — Dom Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448, præmis 34).

4. Foreløbig konklusion

52. Jeg foreslår på grundlag af det ovenfor anførte, at Domstolen besvarer det første præjudicielle spørgsmål med, at den fortolkning af artikel 1, stk. 3, i direktiv 89/665, der er anlagt i dom Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), også finder anvendelse i det tilfælde, hvor det kun er den ene tilbudsgiver, der anlægger et søgsmål, selv om flere virksomheder havde fået adgang til at deltage i udbudsproceduren, og hvor tilslagsmodtageren anlægger et særskilt søgsmål inden for rammerne af den samme sag, og både den sagsøgende tilbudsgiver og tilslagsmodtageren har en ligeværdig retlig interesse i, at modparten udelukkes.

B – *Det andet præjudicielle spørgsmål*

53. Med det andet spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om artikel 267 TEUF er til hinder for den mekanisme, der er fastlagt i artikel 99, stk. 3, i codice del processo amministrativo, og hvorefter alle afdelinger i Consiglio di Stato har pligt til at henvise sager til plenarforsamlingen, når de finder det nødvendigt ikke at følge et retsprincip, som plenarforsamlingen har fastlagt. Den forelæggende ret er i tvivl om, hvorvidt denne mekanisme for det første forhindrer den i at stille Domstolen et præjudicielt spørgsmål og for det andet forhindrer den i at træffe direkte og selvstændig afgørelse i overensstemmelse med EU-retten uden at gøre brug af denne mekanisme.

54. Da den forelæggende ret med sit første præjudicielle spørgsmål har besluttet at anmode Domstolen om en fortolkning af det gældende direktiv, vil det måske ikke være nødvendigt at besvare det andet præjudicielle spørgsmåls første led.

55. Eftersom Domstolen valgte at besvare samtlige spørgsmål i den sag, der gav anledning til dom Cartesio (C-210/06, EU:C:2008:723), mener jeg imidlertid, at »[d]et vil være i strid med den samarbejdsånd, der bør herske i relationerne mellem de nationale retter og Domstolen, og med procesøkonomiske hensyn at kræve, at en national ret først skal indgive en anmodning om præjudiciel afgørelse, som alene rejser spørgsmålet, om denne ret hører til blandt de retter, der er omfattet af artikel [267], stk. 3, [TEUF], før den eventuelt efterfølgende og ved endnu en anmodning om præjudiciel afgørelse kan formulere spørgsmål vedrørende de fællesskabsretlige bestemmelser, som er relevante for realiteten i den tvist, som er indbragt for denne« [16].

56. Før jeg tager stilling til denne del af det præjudicielle spørgsmål, vil jeg imidlertid se på det andet led, dvs. den forelæggende rets kompetence til at træffe direkte afgørelse i overensstemmelse med EU-retten.

1. Den forelæggende rets kompetence til at træffe direkte afgørelse i overensstemmelse med EU-retten

57. Eftersom den forelæggende ret har besluttet at stille Domstolen et præjudicielt spørgsmål i henhold til artikel 267 TEUF, bør det andet præjudicielle spørgsmåls andet led besvares ud fra Domstolens faste praksis, hvorefter retten ved afgørelsen af tvisten i hovedsagen er bundet af den fortolkning af de omhandlede bestemmelser, som Domstolen anlægger som svar på det første spørgsmål, der er stillet. Den forelæggende ret skal som følge heraf undlade at anvende det retsprincip, der er fastlagt i dom nr. 4/2011, hvis den i betragtning af Domstolens fortolkning er af den opfattelse, at det ikke er i overensstemmelse med EU-retten [17].

16 — Præmis 70. Som Domstolen i øvrigt selv præciserede, havde den »allerede besvaret et spørgsmål vedrørende karakteren af en forelæggende ret i relation til artikel [267], stk. 3, [TEUF] i en sammenhæng med klare ligheder med den, der er tale om i nærværende anmodning om præjudiciel afgørelse, uden at have rejst tvivl om, at dette spørgsmål kunne antages til realitetsbehandling [i dom Lyckeskog (C-99/00, EU:C:2002:329)]« (præmis 71). Det samme gjorde sig gældende i den sag, der gav anledning til dom Melki og Abdeli (C-188/10 og C-189/10, EU:C:2010:363).

17 — Jf. i denne retning domme Elchinov (C-173/09, EU:C:2010:581, præmis 30) og Križan m.fl. (C-416/10, EU:C:2013:8, præmis 69).

58. Det skal i øvrigt understreges, at Consiglio di Statos plenarforsamling ved dom nr. 9/2014 af 25. februar 2014 (herefter »dom nr. 9/2014«) har ændret det retsprincip, som den opstillede i dom nr. 4/2011. Hvis dette princip, som ændret, kan fortolkes på en sådan måde, at det er foreneligt med Domstolens fortolkning af artikel 1, stk. 3, i direktiv 89/665 i dom Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) og i den foreliggende sag, vil det alligevel kunne anvendes. Kravet om overensstemmende fortolkning af national lovgivning er uadskilleligt forbundet med traktatens system, idet traktaten giver den nationale ret mulighed for inden for rammerne af sin kompetence at sikre sig EU-rettens fulde virkning, når den afgør den tvist, der er indbragt for den [18].

59. Princippet om overensstemmende fortolkning kræver således, at de nationale retter gør alt, hvad der henhører under deres kompetence – idet de tager den nationale ret i dens helhed i betragtning og anvender fortolkningsmetoder, der er anerkendt i denne ret – for at sikre den fulde virkning af direktiv 89/665 og for at nå et resultat, der er i overensstemmelse med det, der tilsigtes med dette direktiv [19].

60. Hvis det retsprincip, der er fastlagt i dom nr. 4/2011, som ændret ved dom nr. 9/2014, ikke kan fortolkes i overensstemmelse med artikel 1, stk. 3, i direktiv 89/665, er den forelæggende ret derimod nødt til ikke at anvende det [20] som følge af EU-rettens forrang [21].

61. I denne forbindelse kan det, selv om problemet ikke er relevant i den foreliggende sag – hvor der er forelagt et præjudicielt spørgsmål for Domstolen – være på sin plads at minde om, at selv om en national ret skal undlade at anvende en national bestemmelse, der strider mod EU-retten og ikke kan fortolkes i overensstemmelse hermed, ændret det intet ved princippet om, at den nationale ret »hverken er forpligtet til eller forhindret i forinden at anmode Domstolen om en præjudiciel afgørelse« [22].

62. Det er imidlertid også nødvendigt at undersøge, hvilken betydning artikel 267 TEUF kan have for et processuelt instrument som det, der er fastsat i artikel 99 i codice del processo amministrativo.

18 — Jf. domme Pfeiffer m.fl. (C-397/01 – C-403/01, EU:C:2004:584, præmis 114), Kücükdeveci (C-555/07, EU:C:2010:21, præmis 48), Dominguez (C-282/10, EU:C:2012:33, præmis 24) og Amia (C-97/11, EU:C:2012:306, præmis 28). Ifølge fast retspraksis er den nationale domstol forpligtet til i videst muligt omfang at fortolke nationale retsforskrifter i lyset af det pågældende direktivs ordlyd og formål med henblik på at opnå det med direktivet tilsigtede resultat (jf. ud over de i denne fodnote nævnte direktiver også de principielle domme von Colson og Kamann, 14/83, EU:C:1984:153, præmis 26, og Marleasing, C-106/89, EU:C:1990:395, præmis 8).

19 — Jf. bl.a. domme Dominguez (C-282/10, EU:C:2012:33, præmis 27) og Amia (C-97/11, EU:C:2012:306, præmis 29).

20 — Jf. dom Uniplex (UK) (C-406/08, EU:C:2010:45, præmis 49), der vedrører direktiv 89/665. Selv om Domstolen konsekvent fastslår, at »spørgsmålet om, hvorvidt en national bestemmelse, for så vidt som den er i strid med EU-retten, ikke skal anvendes, kun opstår, såfremt det ikke er muligt at fortolke denne bestemmelse i overensstemmelse med EU-retten« (domme Dominguez, C-282/10, EU:C:2012:33, præmis 23, Amia, C-97/11, EU:C:2012:306, præmis 27) og senest dom Spedition Welter (C-306/12, EU:C:2013:650, præmis 28), berører det ikke forpligtelsen til ikke at anvende modstridende bestemmelser, som har været gældende lige siden dom Simmenthal (106/77, EU:C:1978:49, præmis 21 og 24). Jf. i denne retning domme Amia (C-97/11, EU:C:2012:306, domskonklusionen) og A (C-112/13, EU:C:2014:2195, præmis 36).

21 — Jf. i denne retning dom Kücükdeveci (C-555/07, EU:C:2010:21, præmis 54).

22 — Ibidem (præmis 53).

2. Betydningen af artikel 267 TEUF for mekanismen med obligatorisk henvisning til Consiglio di Statos plenarforsamling

63. Jeg vil indledningsvis påpege, at jeg er fuldstændig enig med generaladvokat Mazák i, at Domstolen i tvister, hvor nationale bestemmelser begrænsede muligheden for, at en national domstol kunne forelægge et præjudicielt spørgsmål i henhold til artikel 267 TEUF, »systematisk [har] udtalt sig i retning af den mest vidtgående mulighed for, at nationale domstole kan forelægge Domstolen spørgsmål om gyldigheden og fortolkningen af EU-retten« [23].

64. Denne generelle antagelse kan støttes på tre forhold:

— For det første har Domstolen med hensyn til retter, der ikke træffer afgørelse i sidste instans, fastslået, at de skal »have frihed til, hvis [de] skønner, at den højere instans' retlige bedømmelse kan føre til, at der afsiges en dom i strid med EU-retten, at forelægge Domstolen de spørgsmål, som giver anledning til tvivl« [24].

— For det andet er de nationale retter, hvis afgørelser ifølge de nationale retsregler ikke kan appelleres, i henhold til artikel 267, stk. 3, TEUF forpligtet til at indbringe sagen for Domstolen, når der opstår et spørgsmål om EU-rettens fortolkning, for at »forhindre, at der i en medlemsstat udvikler sig en national retspraksis, som ikke er i overensstemmelse med [EU-retten]« [25].

— For det tredje har Domstolen fastslået, at en national ret, som behandler en tvist, der berører EU-retten, og som finder, at en national bestemmelse ikke blot er i strid med EU-retten, men også er forfatningsstridig, ikke er afskåret fra eller fritaget for den i artikel 267 TEUF foreskrevne mulighed for eller forpligtelse til at forelægge Domstolen spørgsmål vedrørende fortolkningen eller gyldigheden af EU-retten som følge af den omstændighed, at retten efter denne konstatering af, at en national retsregel er forfatningsstridig, har pligt til at forelægge sagen for medlemsstatens forfatningsdomstol [26].

65. Den forelæggende rets andet præjudicielle spørgsmål bør besvares inden for disse specifikke rammer.

66. Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana består ifølge artikel 1, stk. 2, i lovdekret nr. 373 af 24. december 2003 af to afdelinger, der er særskilte afdelinger i Consiglio di Stato. Der er således ingen tvivl om, at der er tale om en ret som omhandlet i artikel 267 TEUF, og at den kan forelægge Domstolen et præjudicielt spørgsmål [27].

23 — Generaladvokat Mazáks stillingtagen Melki og Abdeli (C-188/10 og C-189/10, EU:C:2010:319, punkt 62). Jf. også vedrørende Domstolens fastsættelse af princippet dom Rheinmühlen-Düsseldorf (166/73, EU:C:1974:3, præmis 3) og efterfølgende bekræftelse i domme Mecanarte (C-348/89, EU:C:1991:278, præmis 44), Palmisani (C-261/95, EU:C:1997:351, præmis 20) og Cartesio (C-210/06, EU:C:2008:723, præmis 88). Den retspraksis, der er udviklet efter generaladvokat Mazáks forslag til afgørelse, peger i samme retning: jf. domme Melki og Abdeli (C-188/10 og C-189/10, EU:C:2010:363, præmis 41), Elchinov (C-173/09, EU:C:2010:581, præmis 26), Kelly (C-104/10, EU:C:2011:506, præmis 61), Križan m.fl. (C-416/10, EU:C:2013:8, præmis 64) og senest A (C-112/13, EU:C:2014:2195, præmis 35).

24 — Jf. dom Rheinmühlen-Düsseldorf (166/73, EU:C:1974:3, præmis 4), der efterfølgende er blevet bekræftet ved domme Cartesio (C-210/06, EU:C:2008:723, præmis 94), ERG m.fl. (C-378/08, EU:C:2010:126, præmis 32), Melki og Abdeli (C-188/10 og C-189/10, EU:C:2010:363, præmis 42), Elchinov (C-173/09, EU:C:2010:581, præmis 27), Kelly (C-104/10, EU:C:2011:506, præmis 61) og Križan m.fl. (C-416/10, EU:C:2013:8, præmis 68).

25 — Dom Lyckeskog (C-99/00, EU:C:2002:329, præmis 14 og den deri nævnte retspraksis).

26 — Jf. domme Melki og Abdeli (C-188/10 og C-189/10, EU:C:2010:363, præmis 45), hvori der henvises til domme Mecanarte (C-348/89, EU:C:1991:278, præmis 39, 45 og 46) og A (C-112/13, EU:C:2014:2195, præmis 38).

27 — Det skal i øvrigt påpeges, at Domstolen har behandlet flere anmodninger om præjudiciel afgørelse fra Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana (jf. dom Valvo, C-78/07, EU:C:2008:171, kendelse Rizzo, C-107/11, EU:C:2012:96, og dom Ottica New Line di Accardi Vincenzo, C-539/11, EU:C:2013:591).

67. Det eneste spørgsmål, der kan opstå i denne sammenhæng, er, om Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione sicilianai betragtning af forpligtelsen til at henvise sager til plenarforsamlingen i henhold til artikel 99, stk. 3, i codice del processo amministrativo skal anses for en national ret, hvis afgørelser ifølge de nationale retsregler ikke kan appelleres, som omhandlet i artikel 267, stk. 3, TEUF, eller om de afgørelser, der træffes af denne ret, kan prøves af domstolene.

68. I det andet tilfælde har den forelæggende ret *frihed* til at forelægge Domstolen de spørgsmål, der giver anledning til tvivl, hvis den skønner, at den højere instans' retlige bedømmelse kan føre til, at der afsiges en dom, som strider mod EU-retten. I det første tilfælde er den forelæggende ret derimod *forpligtet* til at forelægge en anmodning om præjudiciel afgørelse for Domstolen, når den er usikker på, om et retsprincip, som Consiglio di Statos plenarforsamling har fastlagt, er foreneligt med EU-retten.

69. Som jeg netop har nævnt, fremgår det af artikel 1, stk. 2, i lovdekret nr. 373 af 24. december 2003, at Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana består af to afdelinger, der er særskilte afdelinger i Consiglio di Stato.

70. Det bestemmes imidlertid i Codice del processo amministrativos artikel 6, stk. 1, at »Consiglio di Stato træffer afgørelse i sidste instans i forvaltningssager«.

71. Ifølge den italienske forfatnings artikel 111, sidste afsnit, kan der iværksættes kassationsanke til prøvelse af Consiglio di Statos afgørelser, men kun for så vidt angår aspekter vedrørende kompetencefordelingen mellem de forskellige italienske retsinstanser.

72. Lige som Domstolen for nylig har fastslået, at muligheden for at anlægge en sag ved en forfatningsdomstol, som er begrænset til en undersøgelse af den eventuelle tilsidesættelse af de rettigheder og friheder, der er sikret ved den nationale forfatning eller ved en international konvention, ikke giver grundlag for at antage, at den øverste retsinstans ikke kan kvalificeres som en ret, hvis afgørelser ifølge de nationale retsregler ikke kan appelleres i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 267, stk. 3, TEUF [28], vil jeg heller ikke under disse betingelser rejse tvivl om, hvorvidt Consiglio di Stato og de særskilte afdelinger, som den består af, er retter i »sidste instans«.

73. Corte suprema di cassazione fastslog selv i dom nr. 2403, afsagt af de forenede afdelinger den 4. februar 2014, at det i den italienske forvaltningsretspleje uden forskel tilkom Consiglio di Stato, de enkelte afdelinger og plenarforsamlingen at træffe afgørelse i sidste instans som omhandlet i artikel 267, stk. 3, TEUF.

74. Den obligatoriske henvisning til Consiglio di Statos plenarforsamling, der er fastsat i artikel 99, stk. 3, i codice del processo amministrativo, ændrer efter min opfattelse intet ved denne vurdering, eftersom den ikke kan anses for en »appel« som omhandlet i artikel 267, stk. 3, TEUF.

75. Det er således ikke parterne, men den afdeling i Consiglio di Stato, som sagen er indbragt for, der kan benytte sig af dette processuelle instrument. Anvendelsen heraf gør det heller ikke muligt at ændre en afgørelse, der er truffet af en lavere retsinstans, men at ændre Consiglio di Statos plenarforsamlings retspraksis.

76. Ifølge Consiglio di Statos praksis, som den italienske regering har henvist til, kan der i øvrigt ikke pålægges procesretlige sanktioner for manglende overholdelse af artikel 99, stk. 3, i codice del processo amministrativo [29].

28 — Jf. dom Križan m.fl. (C-416/10, EU:C:2013:8, præmis 72).

29 — Dom nr. 4185 afsagt af Consiglio di Statos tredje afdeling den 6.8.2014.

77. Af hensyn til det formål, der forfølges med forpligtelsen i artikel 267, stk. 3, TEUF, må Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana derfor være forpligtet til at forelægge Domstolen et spørgsmål om EU-rettens fortolkning for at forhindre, at der udvikler sig (eller bevares) en national retspraksis, som ikke er i overensstemmelse med EU-retten [30].

78. Risikoen for, at der udvikler sig en national retspraksis, som strider mod EU-retten, er ganske vist begrænset i den forstand, at Consiglio di Statos plenarforsamling som udgangspunkt ikke kan unddrage sig forpligtelsen til at forelægge Domstolen en præjudiciel anmodning, når plenarforsamlingen i henhold til artikel 99, stk. 3, i codice del processo amministrativo skal tage stilling til et retsprincip, der menes at være i strid med EU-retten.

79. Til trods for dette processuelle forhold mener jeg dog, at der i hvert fald er to grunde til, at artikel 267 TEUF ikke kan fortolkes således, at den er til hinder for, at en afdeling i Consiglio di Stato, der behandler en tvist, selv stiller spørgsmål til Domstolen, før den henviser sagen til plenarforsamlingen.

80. For det første vil det, hvis en afdeling af en ret, hvis afgørelser ifølge de nationale retsregler ikke kan appelleres, afskæres fra at stille spørgsmål til Domstolen, alene fordi denne rets plenarforsamling er forpligtet til at gøre det, stride mod Domstolens faste praksis, hvorefter »de nationale retter [har] *en meget vid adgang* til at indbringe spørgsmål for Domstolen, hvis de skønner, at en for dem verserende sag frembyder problemer vedrørende fortolkningen eller vurderingen af gyldigheden af EU-retlige bestemmelser, der er relevante for afgørelsen af den pågældende sag« [31].

81. For det andet har Domstolen fastslået, at en national ret, som behandler en tvist, der berører EU-retten, og som finder, at en national bestemmelse ikke blot er i strid med EU-retten, men også er forfatningsstridig, ikke er afskåret fra eller fritaget for den i artikel 267 TEUF foreskrevne mulighed for eller forpligtelse til at forelægge Domstolen spørgsmål vedrørende fortolkningen eller gyldigheden af EU-retten som følge af den omstændighed, at retten efter denne konstatering af, at en national retsregel er forfatningsstridig, har pligt til at forelægge sagen for medlemsstatens forfatningsdomstol [32].

82. Domstolen har udtalt, at denne bestemmelse er til hinder for en medlemsstats lovgivning, som indfører en procedure for kontrol af nationale loves forfatningsmæssighed, hvis den omstændighed, at denne procedure skal indledes i første række, forhindrer den nationale ret i at udøve sin kompetence eller opfylde sin forpligtelse til at forelægge præjudicielle spørgsmål for Domstolen såvel før forelæggelsen af et spørgsmål om forfatningsmæssighed for den nationale ret, som har til opgave at kontrollere loves forfatningsmæssighed, som i givet fald efter afgørelsen om dette spørgsmål fra denne ret [33].

83. Det taler også for denne løsning, at Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana i den omhandlede bestemmelse forpligtes til at afgive kompetence til Consiglio di Stato, hvorimod den sag, der gav anledning til dom Melki og Abdeli (C-188/10 og C-189/10, EU:C:2010:363), drejede sig om et spørgsmål om forfatningsmæssighed. Det fremgår således af artikel 99, stk. 3, i codice del processo amministrativo, at Consiglio di Statos plenarforsamling, når den forelægges en sag, »træffer fuldstændig afgørelse i sagen, medmindre plenarforsamlingen er af den opfattelse, at den alene skal fastlægge retsprincippet, og at sagen i øvrigt hjemvises til den forelæggende afdeling«.

30 — Dom Lyckeskog (C-99/00, EU:C:2002:329, præmis 14 og den deri nævnte retspraksis).

31 — Dom Križan m.fl. (C-416/10, EU:C:2013:8, præmis 64 og den deri nævnte retspraksis). Min fremhævelse.

32 — Jf. domme Melki og Abdeli (C-188/10 og C-189/10, EU:C:2010:363, præmis 45), hvori der henvises til domme Mecanarte (C-348/89, EU:C:1991:278, præmis 39, 45 og 46) og A (C-112/13, EU:C:2014:2195, præmis 38).

33 — Dom Melki og Abdeli (C-188/10 og C-189/10, EU:C:2010:363, præmis 57 og domskonklusionen). Jf. også dom A (C-112/13, EU:C:2014:2195, præmis 46 og domskonklusionen).

84. Selv om der ifølge de forvaltningsregler, der er omhandlet i hovedsagen, ikke skal ske obligatorisk og forudgående henvisning til en anden ret, men til plenarforsamlingen for den ret, der behandler hovedsagen, mener jeg ikke, at det i sig selv kan begrunde en fravigelse af de forskellige principper, der har dannet grundlag for den brede fortolkning af artikel 267 TEUF, og af den nationale rets frihed til at forelægge Domstolen et præjudicielt spørgsmål.

85. Domstolen har aldrig udtalt sig om netop dette forhold. Jeg mener imidlertid, at den foreslåede vurdering understøttes af den løsning, der blev valgt i dom Parfums Christian Dior (C-337/95, EU:C:1997:517), og som kan anvendes tilsvarende på den situation, som den forelæggende ret befinder sig i.

86. I denne sag, hvor den nationale ret spurgte Domstolen, om det var denne ret eller Benelux-Domstolen, der skulle anses for at være den nationale ret, hvis afgørelser ifølge de nationale retsregler ikke kunne appelleres, og som derfor var pligtig at indbringe sagen for Domstolen i henhold til artikel 267, stk. 3, TEUF, konkluderede Domstolen, at begge retter kunne anses for forpligtet til at indbringe sagen for Domstolen i henhold til artikel 267, stk. 3, TEUF, når der var rejst et spørgsmål om EU-rettens fortolkning.

87. Domstolen fastslog dog, at de to retter i en sådan situation ikke reelt var forpligtet til at forelægge sagen for Domstolen, eftersom retskraften af dennes fortolkning i medfør af artikel 267 TEUF kunne »bevirke, at forudsætningen for [forpligtelsen til præjudiciel forelæggelse] bortfalder, og at den således bliver indholdsløs« [34].

88. Selv om der var tale om to særskilte retter, minder den særlige situation alligevel om den, der gør sig gældende for Consiglio di Statos afdeling og plenarforsamling, som begge er nationale retter, hvis afgørelser ikke kan appelleres ifølge de nationale retsregler.

89. Jeg mener som følge heraf, at det ræsonnement, som Domstolen lagde til grund i dom Parfums Christian Dior (C-337/95, EU:C:1997:517), om nødvendigt kan overføres på den foreliggende sag: »[H]vis en national ret som [Consiglio di Statos afdeling] før [henvisning til plenarforsamlingen] gør brug af sin mulighed for at forelægge Domstolen det under sagen rejste spørgsmål, kan retskraften af Domstolens fortolkning fritage en ret som [Consiglio di Statos plenarforsamling] for pligten til at stille et spørgsmål, der materielt er identisk, før den afsiger dom. Omvendt er en ret som [Consiglio di Statos plenarforsamling], såfremt en national ret som [Consiglio di Statos afdeling] ikke forud har indbragt sagen for Domstolen, pligtig til at forelægge det rejste spørgsmål for Domstolen, hvis afgørelse så kan fritage [Consiglio di Statos afdeling] for pligten til at stille et materielt set identisk spørgsmål, før den afsiger dom« [35].

3. Foreløbig konklusion

90. Det må for det første fastslås, at den forelæggende ret bør undlade at anvende det retsprincip, der er fastlagt i dom nr. 4/2011 og ændret ved dom nr. 9/2014, hvis det ikke kan fortolkes i overensstemmelse med artikel 1, stk. 3, i direktiv 89/665, som præciseret af Domstolen i dom Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) og i den foreliggende sag.

34 — Dom Parfums Christian Dior (C-337/95, EU:C:1997:517, præmis 29).

35 — Dom Parfums Christian Dior (C-337/95, EU:C:1997:517, præmis 29). Det fremgår således af artikel 99, stk. 3, i codice del processo amministrativo, at Consiglio di Statos plenarforsamling kan træffe fuldstændig afgørelse i sagen eller vælge alene at fastlægge retsprincippet og i øvrigt hjemvise sagen til den forelæggende afdeling.

91. For det andet mener jeg, at artikel 267 TEUF er til hinder for en bestemmelse som artikel 99, stk. 3, i codice del processo amministrativo, såfremt den fortolkes således, at den pålægger en afdeling af en ret, hvis afgørelser ikke kan appelleres, og som ikke mener at være enig i et retsprincip fastlagt af denne rets plenarforsamling, at henvise den anfægtede afgørelse til plenarforsamlingen, uden at denne afdeling kan forelægge Domstolen et præjudicielt spørgsmål først.

92. Medmindre artikel 99 i codice del processo amministrativo kan fortolkes på måde, der er forenelig med EU-retten, bør en afdeling i Consiglio di Stato, der ønsker at forelægge sagen for Domstolen i henhold til artikel 267 TEUF, undlade at anvende artikel 99, stk. 3, i codice del processo amministrativo. Domstolen har således bemærket, at »[p]rincippet om [EU-rettens] forrang medfører, at en national ret skal løse en konflikt mellem en bestemmelse i national lovgivning og en umiddelbart anvendelig traktatbestemmelse ved at anvende [EU-retten] og om nødvendigt undlade at anvende den modstående nationale bestemmelse, og ikke ved at erklære den nationale bestemmelse ugyldig, idet administrative organers og retters kompetence i denne henseende er forskellig fra medlemsstat til medlemsstat« [36].

VI – **Forslag til afgørelse**

93. Jeg foreslår på grundlag af det ovenfor anførte, at Domstolen besvarer de præjudicielle spørgsmål, som Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana har forelagt, således:

»1) Den fortolkning af artikel 1, stk. 3, i Rådets direktiv 89/665/EØF af 21. december 1989 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter, som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2007/66/EF af 11. december 2007, som Den Europæiske Unions Domstol anlagde i dom Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), finder også anvendelse i det tilfælde, hvor det kun er den ene tilbudsgiver, der anlægger et søgsmål, selv om flere virksomheder havde fået adgang til at deltage i udbudsproceduren, og hvor tilslagsmodtageren anlægger et særskilt søgsmål inden for rammerne af den samme sag, og både den sagsøgende tilbudsgiver og tilslagsmodtageren har en ligeværdig retlig interesse i, at modparten udelukkes.

2) Når Den Europæiske Unions Domstol allerede har fortolket en bestemmelse i et direktiv, skal en national ret, hvis afgørelser ikke ifølge de nationale retsregler kan appelleres, fortolke den nationale ret efter Den Europæiske Unions Domstols anvisninger, og når en sådan fortolkning ikke er mulig, undlade at anvende den pågældende nationale bestemmelse, uden at den hverken er forpligtet til eller forhindret i forinden at anmode sidstnævnte om en præjudiciel afgørelse.

Artikel 267 TEUF er til hinder for en bestemmelse som artikel 99, stk. 3, i codice del processo amministrativo, såfremt den fortolkes således, at den pålægger en afdeling af en ret, hvis afgørelser ikke kan appelleres, og som ikke mener at være enig i et retsprincip fastlagt af denne rets plenarforsamling, at henvise den anfægtede afgørelse til plenarforsamlingen, uden at denne afdeling kan forelægge Den Europæiske Unions Domstol et præjudicielt spørgsmål.«

36 — Dom Filipiak (C-314/08, EU:C:2009:719, præmis 82).