Sammlung der Rechtsprechung

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS
MELCHIOR WATHELET
vom 23. April 2015[1]

Rechtssache C-689/13

Puligienica Facility Esco SpA (PFE)
gegen
Airgest SpA

(Vorabentscheidungsersuchen des Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana [Italien])

„Richtlinie 89/665/EWG — Öffentliche Aufträge — Klage auf Aufhebung einer Entscheidung über die Vergabe eines öffentlichen Auftrags — Anschlussrechtsbehelfe auf Anfechtung der Teilnahme abgelehnter Bieter an einem öffentlichen Vergabeverfahren — Von der nationalen Rechtsprechung entwickelte Regel, nach der das nationale Gericht über die Begründetheit der Klage nur entscheiden kann, wenn der Anschlussrechtsbehelf unbegründet ist — Verbindlichkeit von Grundsätzen, die vom Plenum des obersten nationalen Verwaltungsgerichts formuliert worden sind, selbst bei Nichtvereinbarkeit mit dem Unionsrecht — Urteil Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) — Art. 267 AEUV — Vorrang — Unionsrechtskonforme Auslegung“

I – **Einleitung**

1. Das vorliegende Vorabentscheidungsersuchen betrifft zum einen die Auslegung von Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge[2] in der durch die Richtlinie 2007/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2007[3] geänderten Fassung (im Folgenden: Richtlinie 89/665) und zum anderen die Auslegung von Art. 267 AEUV sowie der Grundsätze des Vorrangs des Unionsrechts und der unionsrechtskonformen Auslegung.

2. Die Fragen, die das vorlegende Gericht, der Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana (Rat der Verwaltungsgerichtsbarkeit für die Region Sizilien, Italien) zur Vorabentscheidung vorgelegt hat, beziehen sich nämlich auf zwei unterschiedliche Rechtsprobleme. Die erste Vorlagefrage betrifft die Tragweite des Urteils Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), während mit der zweiten eine Frage nach der Auslegung von Art. 267 AEUV für den Fall gestellt wird, dass das nationale Recht einem Gericht vorschreibt, die Rechtssache an sein Plenum zu verweisen, wenn zweifelhaft ist, ob ein von diesem formulierter Rechtsgrundsatz mit dem Unionsrecht vereinbar ist.

1 — Originalsprache: Französisch.
2 — ABl. L 395, S. 33.
3 — ABl. L 335, S. 31.

II – **Rechtlicher Rahmen**

A – *Unionsrecht*

3. Art. 1 („Anwendungsbereich und Zugang zu Nachprüfungsverfahren“) der Richtlinie 89/665 bestimmt:

„(1) Diese Richtlinie gilt für Aufträge im Sinne der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge [ABl. L 134, S. 114], sofern diese Aufträge nicht gemäß den Artikeln 10 bis 18 der genannten Richtlinie ausgeschlossen sind.

Aufträge im Sinne der vorliegenden Richtlinie umfassen öffentliche Aufträge, Rahmenvereinbarungen, öffentliche Baukonzessionen und dynamische Beschaffungssysteme.

Die Mitgliedstaaten ergreifen die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass hinsichtlich der in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2004/18/EG fallenden Aufträge die Entscheidungen der öffentlichen Auftraggeber wirksam und vor allem möglichst rasch nach Maßgabe der Artikel 2 bis 2f der vorliegenden Richtlinie auf Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht im Bereich des öffentlichen Auftragswesens oder gegen die einzelstaatlichen Vorschriften, die dieses Recht umsetzen, nachgeprüft werden können.

…

(3) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass Nachprüfungsverfahren entsprechend den gegebenenfalls von den Mitgliedstaaten festzulegenden Bedingungen zumindest jeder Person zur Verfügung stehen, die ein Interesse an einem bestimmten Auftrag hat oder hatte und der durch einen behaupteten Verstoß ein Schaden entstanden ist bzw. zu entstehen droht.

…“

4. Art. 2 („Anforderungen an die Nachprüfungsverfahren“) dieser Richtlinie sieht in Abs. 1 vor:

„Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass für die in Artikel 1 genannten Nachprüfungsverfahren die erforderlichen Befugnisse vorgesehen werden, damit

…

b) die Aufhebung rechtswidriger Entscheidungen … vorgenommen oder veranlasst werden kann“.

B – *Italienisches Recht*

1. Verfassung

5. Nach Art. 111 letzter Absatz der Verfassung „[ist] [g]egen die Entscheidungen des Consiglio di Stato [Staatsrat] … das Rechtsmittel zum Kassationsgerichtshof nur aus Gründen der Zuständigkeit zulässig“.

2. Verwaltungsprozessordnung

6. Die Verwaltungsprozessordnung wurde mit dem Decreto legislativo (Gesetzesvertretendes Dekret) Nr. 104 vom 2. Juli 2010 (Supplemento ordinario zur GURI Nr. 156 vom 7. Juli 2010) erlassen.

7. Nach Art. 6 Abs. 1 der Verwaltungsprozessordnung „[ist] [d]er Consiglio di Stato … das letztinstanzliche Organ der Verwaltungsgerichtsbarkeit“. Ferner bestimmt Abs. 6 dieses Artikels, dass „Berufungen gegen Entscheidungen des Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia [(Regionales Verwaltungsgericht für Sizilien)] … beim Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana unter Beachtung der Bestimmungen des Sonderstatuts und der diesbezüglichen Durchführungsbestimmungen einzubringen [sind].“

8. In Art. 42 der Verwaltungsprozessordnung ist vorgesehen, dass „die Gegenparteien und die Streithelfer … mittels eines Anschlussrechtsbehelfs Anträge stellen [können], wenn das Interesse dazu sich aus dem Antrag der Hauptklage ergibt“.

9. Schließlich bestimmt Art. 99 dieses Gesetzes:

„(1) Wenn die Abteilung, der ein Rechtsmittel zugewiesen wurde, feststellt, dass die von ihr zu entscheidende Rechtsfrage zu einer widersprüchlichen Rechtsprechung geführt hat oder führen könnte, kann sie mit Beschluss, der auf Antrag einer Partei oder von Amts wegen zu erlassen ist, das Rechtsmittel an das Plenum verweisen. Das Plenum kann die Akten, wenn ihm dies zweckmäßig erscheint, an die Abteilung zurückleiten.

(2) Vor der Entscheidung kann der Präsident des Consiglio di Stato (Staatsrat) auf Antrag einer Partei oder von Amts wegen jedes Rechtsmittel an das Plenum verweisen, um Grundsatzfragen von besonderer Wichtigkeit lösen oder Widersprüche in der Rechtsprechung bereinigen zu lassen.

(3) Wenn eine Abteilung, der ein Rechtsmittel zugewiesen worden ist, glaubt, sich einem vom Plenum formulierten Rechtsgrundsatz nicht anschließen zu können, verweist sie die Entscheidung über das Rechtsmittel mit begründetem Beschluss an das Plenum.

(4) Das Plenum entscheidet über den gesamten Rechtsstreit, es sei denn, es hält es für angebracht, nur einen Rechtsgrundsatz auszusprechen und das Verfahren im Übrigen an die Abteilung, die die Verweisung vorgenommen hat, zurückzuverweisen.

(5) Wenn das Plenum glaubt, dass der Rechtsfrage besondere Bedeutung zukommt, kann es jedenfalls im Interesse der Gesetzesanwendung einen Rechtsgrundsatz aussprechen, auch wenn es das Rechtsmittel für unstatthaft, unzulässig oder unverfolgbar oder das Verfahren für erloschen erklärt. In solchen Fällen hat die Entscheidung des Plenums keine Auswirkung auf die angefochtene Maßnahme.“

3. Decreto legislativo (Gesetzesvertretendes Dekret) Nr. 373 vom 24. Dezember 2003

10. Am 24. Dezember 2003 erließ der italienische Gesetzgeber das Decreto legislativo Nr. 373 mit dem Titel „Modalitäten der Anwendung des Sonderstatuts für die Region Sizilien bei der Ausübung der dem Staatsrat obliegenden Funktionen in der Region“ (Supplemento ordinario zur GURI Nr. 10 vom 14. Januar 2004).

11. Nach Art. 1 Abs. 2 dieses Decreto legislativo „[hat] der Consiglio di giustizia amministrativa [per la Regione siciliana] … seinen Sitz in Palermo und setzt sich aus zwei Abteilungenzusammen, die konsultative bzw. richterliche Aufgaben wahrnehmen und die Außenstellen des Consiglio di Stato darstellen“.

III – **Sachverhalt des Ausgangsverfahrens**

12. Mit einer am 18. Januar 2012 veröffentlichten Bekanntmachung leitete die Airgest SpA, die Betreibergesellschaft des zivilen Flughafens von Trapani-Birgi (Italien), eine Ausschreibung zur Vergabe des Reinigungsdienstes und der Unterhaltung von Grünflächen dieses Zivilflughafens ein.

13. Der Auftrag wurde mit endgültiger Zuschlagsentscheidung vom 22. Mai 2012 an eine befristete Unternehmensvereinigung (im Folgenden: befristete Unternehmensvereinigung), bestehend aus der Gestione Servizi Ambientali Srl (im Folgenden: GSA) und der Zenith Service Group Srl, vergeben.

14. Die Puligienica Facility Esco SpA (PFE), die ebenfalls an der Ausschreibung teilgenommen hatte und auf den zweiten Rang gesetzt worden war, erhob Klage beim Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia. Sie beantragte insbesondere, die Entscheidung über den Zuschlag aufzuheben und infolgedessen anzuordnen, dass der Auftrag an sie vergeben werde.

15. Zur Begründung ihrer Klage machte PFE geltend, der öffentliche Auftraggeber hätte die erfolgreiche befristete Unternehmensvereinigung wegen Verstoßes gegen Art. 38 Abs. 1 Buchst. h und m des Decreto legislativo Nr. 163 vom 12. April 2006 über das Gesetz über die öffentlichen Bau-, Dienstleistungs- und Lieferaufträge zur Anwendung der Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG (GURI Nr. 100 vom 2. Mai 2006) und Nr. III.2.1 der Ausschreibung sowie Buchst. c der Verdingungsunterlagen ausschließen müssen.

16. GSA, das federführende Unternehmen der befristeten Unternehmensvereinigung, trat daraufhin dem Rechtsstreit bei und legte einen Anschlussrechtsbehelf ein, den sie auf das fehlende Rechtsschutzinteresse von PFE an einer Weiterverfolgung ihres Rechtsbehelfs stützte. Dieser Anschlussrechtsbehelf beruht insbesondere darauf, dass PFE nach Ansicht von GSA wegen der Unbestimmtheit ihres Angebots die Zulassungsvoraussetzungen der Ausschreibung nicht erfüllt habe und daher vom Vergabeverfahren hätte ausgeschlossen werden müssen.

17. Das Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia gab nach Prüfung des Vorbringens der beiden Parteien beiden Klagen statt.

18. Nach diesem Urteil schloss der öffentliche Auftraggeber die am Rechtsstreit beteiligten Unternehmen vom Verfahren aus. Nach der im Rahmen der Umsetzung dieses Urteils erfolgten Prüfung schloss er auch alle anderen ursprünglich in die Rangliste aufgenommenen Unternehmen wegen desselben Fehlers der fehlenden detaillierten Darstellung der Sicherheitskosten aus. Anschließend wurde ein Verhandlungsverfahren zur Vergabe der genannten Dienstleistungen eröffnet.

19. PFE hat beim vorlegenden Gericht gegen das Urteil des Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia Berufung eingelegt. GSA hat mit der Begründung Anschlussberufung eingelegt, dass dieses Gericht nicht die im Urteil Nr. 4/2011 des Plenums des Consiglio di Stato (im Folgenden: Urteil Nr. 4/2011) festgelegte Reihenfolge der Prüfung der Klagen eingehalten habe, wonach der Anschlussrechtsbehelf, wenn mit ihm die Zulässigkeit der Klage bestritten werde, vor der Klage zu prüfen sei.

20. In seinem Vorabentscheidungsersuchen weist das vorlegende Gericht darauf hin, dass der im Urteil Nr. 4/2011 formulierte Grundsatz bereits im Mittelpunkt der Erörterungen des Vorabentscheidungsersuchens gestanden habe, das dem Urteil Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) zugrunde gelegen habe.

21. In der Rechtssache, die zu diesem Urteil führte, waren zwei Bieter vom öffentlichen Auftraggeber vorab ausgewählt und aufgefordert worden, ihre Angebote einzureichen. Da der Bieter, dessen Angebot nicht angenommen worden war, der Auffassung war, dass das Angebot des Zuschlagsempfängers nicht den Verdingungsunterlagen entsprochen habe, erhob er Klage. Daraufhin legte der Zuschlagsempfänger seinerseits einen Anschlussrechtsbehelf ein und machte geltend, dass das nicht erfolgreiche Angebot habe ausgeschlossen werden müssen, da es eine der in den Verdingungsunterlagen vorgesehenen Mindestbedingungen nicht erfüllt habe.

22. Nach der Ansicht des mit dem Rechtsstreit befassten nationalen Gerichts, des Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte (Regionales Verwaltungsgericht für Piemont), waren beide Angebote unzulänglich, so dass beiden Rechtsbehelfen, sowohl der Klage als auch dem Anschlussrechtsbehelf, mit der Folge der Nichtigerklärung des gesamten Vergabeverfahrens stattgegeben werden müsse. Gemäß dem im Urteil Nr. 4/2011 aufgestellten Rechtsgrundsatz hätte jedoch der Anschlussrechtsbehelf, der die Klagebefugnis betraf, vor der Klage geprüft werden müssen, da mit ihm die Zulassung des Klägers zum Vergabeverfahren gerügt worden war.

23. Der im Rahmen einer Vorlage zur Vorabentscheidung des Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte angerufene Gerichtshof stellte fest, dass ein Anschlussrechtsbehelf des erfolgreichen Bieters nicht zu einer Abweisung der Klage eines Bieters führen könne, wenn die Ordnungsmäßigkeit des Angebots jedes dieser Wirtschaftsteilnehmer im Rahmen desselben Verfahrens und aus gleichartigen Gründen in Frage gestellt werde. Denn in einem solchen Fall könne sich jeder Wettbewerber auf ein berechtigtes Interesse am Ausschluss des Angebots der jeweils anderen berufen [4].

24. Deshalb entschied der Gerichtshof, dass Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 89/665 dem entgegensteht, dass die Klage des Bieters, dessen Angebot nicht angenommen wurde, nach der Vorabprüfung der vom Zuschlagsempfänger erhobenen Unzulässigkeitseinrede für unzulässig erklärt wird, ohne dass darüber entschieden wird, ob das Angebot des erfolgreichen Bieters, dem der Auftrag erteilt wurde, und dasjenige des Bieters, der die Klage erhoben hat, den technischen Anforderungen entsprechen [5].

25. Ungeachtet dieser Feststellung macht das vorlegende Gericht den Gerichtshof darauf aufmerksam, dass im Ausgangsverfahren, anders als es in der Rechtssache der Fall gewesen sei, die dem Urteil Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) zugrunde gelegen habe, mehr als zwei Unternehmen am Verfahren teilgenommen hätten, auch wenn nur zwei von ihnen Parteien des Ausgangsverfahrens seien.

26. Ferner weist das vorlegende Gericht den Gerichtshof auf die in Art. 99 Abs. 3 der Verwaltungsprozessordnung vorgesehene Regelung hin, wonach es, wenn es der Ansicht sei, sich einem vom Plenum des Consiglio di Stato formulierten Rechtsgrundsatz nicht anschließen zu können, verpflichtet sei, die in Streit stehende Entscheidung an das Plenum zu verweisen.

27. Daher hat das vorlegende Gericht in Anbetracht der Besonderheiten der von ihm zu entscheidenden Rechtssache beschlossen, dem Gerichtshof Fragen nach der Auslegung von Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 89/665 und nach der Auslegung von Art. 267 AEUV zur Vorabentscheidung vorzulegen.

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

5 — Ebd. (Rn. 34 und Urteilstenor).

IV – **Vorabentscheidungsersuchen und Verfahren vor dem Gerichtshof**

28. Mit Entscheidung vom 26. September 2013, die am 24. Dezember 2013 beim Gerichtshof eingegangen ist, hat der Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof nach Art. 267 AEUV die folgenden Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen:

1. Gelten die vom Gerichtshof im Urteil Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) in Bezug auf den dieser Vorabentscheidung zugrunde liegenden Einzelfall, in dem nur zwei Unternehmen an einem Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge teilgenommen hatten, aufgestellten Grundsätze wegen der weitgehenden Ähnlichkeit des Rechtsstreits auch in dem hier dem Consiglio zur Beurteilung vorliegenden Fall, in dem die am Vergabeverfahren teilnehmenden Unternehmen – obwohl mehr als zwei zugelassen worden waren – alle von der Vergabestelle abgelehnt wurden, ohne dass die Ablehnung von anderen als den am vorliegenden Verfahren beteiligten Unternehmen angefochten wurde, so dass der Rechtsstreit, mit dem der Consiglio jetzt befasst ist, *de facto* nur zwei Unternehmen betrifft?

2. Steht bei Fragen, die durch Anwendung des Unionsrechts zu entscheiden sind, Art. 99 Abs. 3 der Verwaltungsprozessordnung in Widerspruch zur Auslegung des Unionsrechts, insbesondere zu Art. 267 AEUV, soweit diese Verfahrensvorschrift jeden vom Plenum formulierten Rechtsgrundsatz für alle Abteilungen und Senate des Consiglio di Stato für verbindlich erklärt, auch wenn klar ersichtlich ist, dass das Plenum einen Grundsatz formuliert hat oder formuliert haben könnte, der dem Unionsrecht widerspricht oder mit ihm unvereinbar ist? Insbesondere:

   — Müssen die mit der Behandlung der Rechtssache befassten Abteilungen oder Senate des Consiglio di Stato bei Zweifeln an der Übereinstimmung oder Vereinbarkeit eines bereits vom Plenum formulierten Rechtsgrundsatzes mit dem Unionsrecht die Entscheidung über das Rechtsmittel – gegebenenfalls noch bevor sie den Gerichtshof um Vorabentscheidung über die Übereinstimmung und Vereinbarkeit des fraglichen Rechtsgrundsatzes mit dem europäischen Recht ersuchen können – mit begründetem Beschluss an das Plenum verweisen, oder können oder besser gesagt müssen die Abteilungen oder Senate des Consiglio di Stato als letztinstanzliches nationales Gericht, das als Gericht der Gemeinschaft das Unionsrecht anzuwenden hat, den Gerichtshof eigenständig um Vorabentscheidung über die korrekte Auslegung des Unionsrechts ersuchen?

   — Können oder müssen – falls die im vorhergehenden Absatz gestellte Frage dahin zu beantworten ist, dass jeder Abteilung und jedem Senat des Consiglio di Stato die Befugnis/Pflicht zuzuerkennen ist, dem Gerichtshof direkt Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen, oder in jedem Fall, in dem der Gerichtshof sich schon geäußert hat, vor allem, wenn er sich nach einer Feststellung des Plenums des Consiglio di Stato geäußert und eine Abweichung oder unzulängliche Übereinstimmung zwischen der korrekten Auslegung des Unionsrechts und dem vom Plenum formulierten innerstaatlichen Rechtsgrundsatz bestätigt hat – alle Abteilungen und Senate des Consiglio di Stato, die als letztinstanzliche Gemeinschaftsgerichte das Unionsrecht anzuwenden haben, unverzüglich die korrekte Auslegung des Unionsrechts in seiner Auslegung durch den Gerichtshof anwenden, oder müssen sie auch in diesen Fällen die Entscheidung über das Rechtsmittel mit begründetem Beschluss an das Plenum verweisen, so dass die Anwendung des vom Gerichtshof bereits verbindlich ausgelegten Unionsrechts allein vom Plenum zu beurteilen ist und in seinem richterlichen Ermessen steht?

   — Widerspricht schließlich eine Auslegung des Verwaltungsprozessrechts der Italienischen Republik dahin, dass über ein etwaiges Ersuchen um Vorabentscheidung des Gerichtshofs – oder auch nur darüber, wie die Rechtssache zu entscheiden ist, wenn sich dies direkt aus der Anwendung vom Gerichtshof bereits aufgestellter unionsrechtlicher Grundsätze ergibt – allein

das Plenum zu befinden hat, nicht nur Grundsätzen der angemessenen Verfahrensdauer und der raschen Einlegung eines Rechtsbehelfs in Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge, sondern auch dem Erfordernis, dass das Unionsrecht von jedem Gericht jedes Mitgliedstaats vollständig und umgehend, in verbindlicher Weise und in Übereinstimmung mit seiner vom Gerichtshof festgelegten korrekten Auslegung anzuwenden ist, auch im Interesse der weitest gehenden Anwendung der Grundsätze der sogenannten „praktischen Wirksamkeit“ und des Vorrangs des Unionsrechts vor dem (nicht nur materiellen, sondern auch prozessualen) innerstaatlichen Recht des einzelnen Mitgliedstaats (im vorliegenden Fall vor Art. 99 Abs. 3 der Verwaltungsprozessordnung der Italienischen Republik)?

29. PFE, GSA, die italienische Regierung sowie die Europäische Kommission haben schriftliche Erklärungen abgegeben. Ferner haben sie alle in der Sitzung vom 11. März 2015 mündlich verhandelt.

V – **Würdigung**

A – *Zur ersten Vorlagefrage*

30. Mit seiner ersten Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob die Auslegung von Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 89/665, die der Gerichtshof im Urteil Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) vorgenommen hat, auch in einem Fall anzuwenden ist, in dem die an dem in Streit stehenden Vergabeverfahren teilnehmenden Unternehmen – obwohl ursprünglich weit mehr als zwei zugelassen worden waren – alle von der Vergabestelle ausgeschlossen wurden, ohne dass der Ausschluss durch andere als die Unternehmen angefochten wurde, die am Ausgangsverfahren beteiligt waren, das nur zwei dieser Unternehmen betraf.

31. Bei der Beantwortung dieser Frage ist in einem ersten Schritt zu untersuchen, welche konkrete Auswirkung die vom Gerichtshof im Urteil Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) vorgenommene Auslegung hat, um dann in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob die Anzahl der Bewerber auf diese einen Einfluss hat oder dafür eine Bedingung darstellt. Denn wenn es so sein sollte, dass die Anzahl der am Ausgangsverfahren beteiligten Unternehmen keine Bedeutung für die Folgen der Anwendung des Grundsatzes in seiner Auslegung durch den Gerichtshof hat, müsste die Frage des vorlegenden Gerichts bejaht werden. Wenn sich jedoch ergeben sollte, dass Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 89/665 im Sinne der Auslegung durch den Gerichtshof im Urteil Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) in einer Situation wie der des Ausgangsverfahrens keine Wirkungen entfalten kann, wäre die erste Vorabentscheidungsfrage zu verneinen.

1. Bestimmung der Wirkungen der Auslegung von Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 89/665 im Urteil Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448)

32. In der Rechtssache, die zum Urteil Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) führte, kam es entscheidend darauf an, dass das ausgewählte Angebot bei der Überprüfung der Angebote zu Unrecht nicht ausgeschlossen worden war, obwohl es den technischen Anforderungen der Verdingungsunterlagen nicht entsprach [6].

6 — Vgl. Rn. 32 dieses Urteils.

33. Der Gerichtshof ist der Auffassung, dass im Rahmen eines von einem Bieter eingeleiteten Verfahrens der Anschlussrechtsbehelf „des erfolgreichen Bieters … dann nicht zur Abweisung der Klage [des] Bieters führen [kann], wenn die Ordnungsmäßigkeit des Angebots jedes dieser Wirtschaftsteilnehmer im Rahmen desselben Verfahrens und aus gleichartigen Gründen in Frage gestellt wird. Denn in einem solchen Fall *kann sich jeder Wettbewerber auf ein berechtigtes Interesse am Ausschluss des Angebots der jeweils anderen berufen, was zu der Feststellung führen kann, dass es dem öffentlichen Auftraggeber unmöglich ist, ein ordnungsgemäßes Angebot auszuwählen*“ [7].

34. Die Verpflichtung, die aus diesen Feststellungen folgt, besteht daher in dem Verbot, die Klage des abgelehnten Bieters nach der Vorabprüfung der im Rahmen eines Anschlussrechtsbehelfs vom Zuschlagsempfänger erhobenen Unzulässigkeitseinrede für unzulässig zu erklären, ohne dass über die Ordnungsmäßigkeit der beiden Angebote entschieden wird [8]. Wenn beide Angebote für nicht regelgerecht erklärt werden, folgt konkret für den öffentlichen Auftraggeber, dass es ihm unmöglich ist, ein ordnungsgemäßes Angebot auszuwählen, was es erforderlich macht, eine neue Ausschreibung einzuleiten.

2. Anwendbarkeit der im Urteil Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) vorgenommenen Auslegung von Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 89/665

35. Im Ausgangsverfahren waren zu dem im Streit stehenden Verfahren mehr als zwei Unternehmen zugelassen. Jedoch ist den Ausführungen des vorlegenden Gerichts zu entnehmen, dass mit Ausnahme der Klägerin des Ausgangsverfahrens (und, aufgrund des Anschlussrechtsbehelfs, des ausgewählten Unternehmens) kein anderes von der Ausschreibung ausgeschlossenes Unternehmen seinen Ausschluss gegenüber der Verwaltung oder vor Gericht angefochten hat.

36. In einem solchen Fall wäre der öffentliche Auftraggeber, wenn das angerufene Gericht die Regelwidrigkeit der zwei fraglichen Angebote feststellen müsste, zwar nicht verpflichtet, eine neue Ausschreibung einzuleiten, er könnte sich aber gegebenenfalls dafür entscheiden, den Auftrag an ein anderes Unternehmen, das in der von ihm aufgestellten Rangliste aufgeführt ist, zu vergeben.

37. Daher ist es nicht ausgeschlossen, dass eine der Regelwidrigkeiten, die dem Ausschluss der Angebote der Klägerin des Ausgangsverfahrens und des Zuschlagsempfängers zugrunde lagen, auch zu einer Fehlerhaftigkeit aller eingereichten Angebote führt. In diesem Fall müsste der Auftraggeber zwingend ein neues Verfahren in die Wege leiten [9].

38. Unter diesen Umständen ist zu beachten, dass sich, wie der Gerichtshof in Rn. 33 des Urteils Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) festgestellt hat, „jeder Wettbewerber auf ein berechtigtes Interesse am Ausschluss des Angebots der jeweils anderen berufen [kann], was zu der Feststellung führen kann, dass es dem öffentlichen Auftraggeber unmöglich ist, ein ordnungsgemäßes Angebot auszuwählen“.

7 — Ebd. (Rn. 33). Hervorhebung nur hier.

8 — Vgl. Urteil Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448, Rn. 34 und Tenor).

9 — Diese Situation war im Übrigen offensichtlich im Ausgangsrechtsstreit gegeben, wenn man von den Ausführungen des vorlegenden Gerichts (vgl. C4, S. 12 des Vorabentscheidungsersuchens) und den Angaben ausgeht, die die Parteien des Ausgangsverfahrens gemacht haben (vgl. S. 2 der schriftlichen Erklärungen von PFE und Nr. 9 der schriftlichen Erklärungen von GSA).

39. Insoweit weise ich im Übrigen darauf hin, dass der Gerichtshof in diesem Urteil seine Feststellung nicht auf den Fall einer Ausschreibung mit Auswirkungen nur auf das Interesse von zwei Unternehmen (und damit allein auf die Abgabe von zwei Angeboten) beschränken wollte, da er allgemein darauf abstellt, dass „*jeder* Wettbewerber“ [10] ein berechtigtes Interesse am Ausschluss des Angebots nicht des anderen, sondern „*der … anderen*“ hat [11].

40. Daher bin ich der Auffassung, dass die Verpflichtung, die der Gerichtshof im Urteil Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) aufgestellt hat und die darauf beruht, dass Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 89/665 es untersagt, die Klage eines abgelehnten Bieters nach Vorabprüfung der im Rahmen eines Anschlussrechtsbehelfs vom Zuschlagsempfänger erhobenen Unzulässigkeitseinrede für unzulässig zu erklären, ohne sich zur Ordnungsmäßigkeit der zwei Angebote zu äußern [12], auch auf die Umstände des Ausgangsverfahrens anzuwenden ist.

3. Mögliche Auswirkung des Unterschieds bei den zur Stützung der Klage und des Anschlussrechtsbehelfs geltend gemachten Rechtswidrigkeitsgründen

41. In formeller Hinsicht hat das vorlegende Gericht den maßgeblichen Sachverhalt darauf beschränkt, dass die am Vergabeverfahren beteiligten Unternehmen – obwohl weit mehr als zwei zugelassen worden waren – alle vom öffentlichen Auftraggeber ausgeschlossen wurden, ohne dass dieser Ausschluss durch andere als die am vorliegenden Verfahren beteiligten Unternehmen angefochten wurde, so dass der Rechtsstreit, mit dem es befasst ist, nur diese beiden Unternehmen betrifft.

42. Ich habe bereits ausgeführt, inwiefern diese Besonderheit keinen Einfluss auf die Anwendung des vom Gerichtshof im Urteil Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) entwickelten Grundsatzes hat.

43. In ihren in der mündlichen Verhandlung bekräftigten schriftlichen Erklärungen macht GSA gleichwohl ein zweites Unterscheidungskriterium gegenüber dem Urteil Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) geltend. Sie trägt nämlich vor, dass die in diesem Urteil vorgenommene Auslegung nur zur Anwendung komme, wenn die zur Stützung der Klage und des Anschlussrechtsbehelfs geltend gemachten Fehler *identisch* seien.

44. Der von ihr eingelegte Anschlussrechtsbehelf beruhe aber auf einer anderen Begründung als jener, die von PFE zur Stützung der Klage geltend gemacht worden sei. PFE beantrage nämlich die Aufhebung der Vergabe des Auftrags an GSA aufgrund einer Verletzung der den Bietern obliegenden Erklärungspflichten, womit sie einen Klagegrund geltend mache, der sich auf eine förmliche Unregelmäßigkeit beziehe. GSA dagegen beantrage den Ausschluss von PFE wegen der Unbestimmtheit ihres Angebots, d. h. einer materiell-rechtlichen Unregelmäßigkeit.

10 — Urteil Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448, Rn. 33). Hervorhebung nur hier.

11 — Ebd., Hervorhebung nur hier. In der italienischen Fassung dieses Urteils (Verfahrenssprache) heißt es: „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“ (Hervorhebung nur hier).

12 — Vgl. Rn. 34 und Tenor des Urteils Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448).

45. Insoweit weise ich zunächst darauf hin, dass der Gebrauch des Plurals in der (italienischen) Verfahrenssprache („nell'ambito del medesimo procedimento *e per motivi identici*“ [13]) und des allgemeineren Ausdrucks „de nature identique“ in der Sprache der Beratung des Urteils (Französisch) für eine weite Auslegung des Begriffs „Identität *der Gründe*“ (und nicht *des* Grundes), die zur Stützung eines jeden der beiden Rechtsbehelfe geltend gemacht wurden, spricht [14]. Der Umstand, dass die Gründe nur in Ausnahmefällen völlig identisch sind, stützt eine solche Auslegung.

46. Sodann bin ich der Auffassung, dass die Identität der zur Stützung der Klage und des Anschlussrechtsbehelfs geltend gemachten Rügen, wie die Anzahl der Bieter, kein entscheidendes Element im Rahmen der vom Gerichtshof im Urteil Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) vorgenommenen Auslegung von Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 89/665 darstellt.

47. Denn wenn der Gerichtshof in Rn. 33 dieses Urteils feststellt, dass der Anschlussrechtsbehelf „des erfolgreichen Bieters … dann nicht zur Abweisung der Klage eines Bieters führen [kann], wenn die Ordnungsmäßigkeit des Angebots jedes dieser Wirtschaftsteilnehmer im Rahmen desselben Verfahrens und aus gleichartigen Gründen in Frage gestellt wird“, so ist dabei, wie ich oben bereits ausgeführt habe, entscheidend, dass „in einem solchem Fall … sich jeder Wettbewerber auf ein berechtigtes Interesse am Ausschluss des Angebots der jeweils anderen berufen [kann], was zu der Feststellung führen kann, dass es dem öffentlichen Auftraggeber unmöglich ist, ein ordnungsgemäßes Angebot auszuwählen“ [15].

48. Diese beiden Sätze bilden zusammen eine einzige Randnummer im Urteil und können daher nicht unabhängig voneinander gesehen werden.

49. Ich stimme daher mit der Auffassung der Kommission überein, wenn sie in ihren Erklärungen vorträgt, dass es entscheidend darauf ankomme, dass die Klage und der Anschlussrechtsbehelf ein gleichwertiges berechtigtes Interesse an der Wiedereröffnung des Vergabeverfahrens begründeten.

50. Im Ausgangsverfahren scheint es jedoch – vorbehaltlich einer eingehenderen Prüfung durch das vorlegende Gericht – so zu sein, dass die von PFE und GSA geltend gemachten Gründe, auch wenn sie nicht identisch sind (soweit sie die Ordnungsmäßigkeit des Angebots des jeweils anderen betreffen), gleichartig sein könnten und jedenfalls bei jedem der am Verfahren vor dem vorlegenden Gericht beteiligten Wirtschaftsteilnehmer „ein berechtigtes Interesse am Ausschluss des Angebots der jeweils anderen“ im Sinne des Urteils Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) begründen.

51. Wie die Kommission im Übrigen in der mündlichen Verhandlung vom 11. März 2015 vorgebracht hat, wahrt der vom Gerichtshof im Urteil Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) entwickelte Grundsatz neben den Interessen der Bieter auch das Interesse der Vergabestelle, die das beste ordnungsgemäße Angebot auszuwählen hat. Jedoch könnte eine restriktive Anwendung des zur Stützung der Klage und des Anschlussrechtsbehelfs geltend gemachten Kriteriums der „Identität der Gründe“ im Ausgangsverfahren dazu führen, dass der öffentliche Auftraggeber den Auftrag an ein Unternehmen vergeben müsste, dessen Angebot schlussendlich nicht ordnungsgemäß war.

13 — Urteil Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448, Rn. 33). Hervorhebung nur hier.

14 — Wie bereits Generalanwältin Kokott im Hinblick auf ein Urteil des Gerichts der Europäischen Union ausgeführt hat, kann, wenn die französische Fassung nicht maßgeblich ist (da sie nicht Verfahrenssprache ist), sie aber präziser ist als die Fassung in der Verfahrenssprache, diese Sprachfassung, „in der das angefochtene Urteil entworfen und beraten wurde, doch zusätzliche Anhaltspunkte dafür bieten, worauf sich das Gericht in Wahrheit … beziehen wollte“ (Schlussanträge der Generalanwältin Kokott in der Rechtssache Bertelsmann und Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2007:790, Nr. 253).

15 — Urteil Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448, Rn. 33).

4. Zwischenergebnis

52. Auf der Grundlage der vorstehenden Erwägungen schlage ich dem Gerichtshof vor, auf die erste Vorlagefrage zu antworten, dass die Auslegung von Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 89/665 im Urteil Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) auch anwendbar ist, wenn zum einen eine Klage von einem einzigen Bieter erhoben wird, obwohl mehrere Unternehmen zur Teilnahme am Vergabeverfahren zugelassen worden waren, und zum anderen der Zuschlagsempfänger im Rahmen dieses Verfahrens seinerseits einen Anschlussrechtsbehelf einlegt und sowohl der klagende Bieter als auch der Zuschlagsempfänger ein gleichwertiges berechtigtes Interesse am Ausschluss des jeweils anderen Wirtschaftsteilnehmers haben.

B – *Zur zweiten Vorlagefrage*

53. Mit seiner zweiten Frage möchte das vorlegende Gericht im Wesentlichen wissen, ob Art. 267 AEUV dem in Art. 99 Abs. 3 der Verwaltungsprozessordnung enthaltenen Mechanismus entgegensteht, der für jede Abteilung des Consiglio di Stato eine obligatorische Verweisung an das Plenum dieses Gerichts vorsieht, wenn die Abteilung es für notwendig hält, einem vom Plenum ausgesprochenen Rechtsgrundsatz nicht zu folgen. Das vorlegende Gericht fragt, ob dieser Mechanismus es daran hindert, erstens dem Gerichtshof eine Frage zur Vorabentscheidung vorzulegen oder zweitens gemäß dem Unionsrecht unter Nichtbeachtung dieses Mechanismus unmittelbar und eigenständig zu entscheiden.

54. Da das vorlegende Gericht beschlossen hat, den Gerichtshof mit seiner ersten Vorlagefrage nach der Auslegung der anzuwendenden Richtlinie zu befragen, könnte fraglich sein, ob es erforderlich ist, auf den ersten Teil der zweiten Vorlagefrage zu antworten.

55. Doch ebenso wie der Gerichtshof entschieden hatte, auf alle Fragen zu antworten, die in der dem Urteil Cartesio (C-210/06, EU:C:2008:723) zugrunde liegenden Rechtssache gestellt wurden, bin ich der Auffassung, dass es „mit dem Geist der Zusammenarbeit, der den Beziehungen zwischen den nationalen Gerichten und dem Gerichtshof zugrunde liegen soll, und dem Gebot der Verfahrensökonomie unvereinbar [wäre], wenn das nationale Gericht zunächst allein die Frage, ob es zu den in Art. [267] Abs. 3 [AEUV] genannten Gerichten gehört, zur Vorabentscheidung vorlegen müsste, um dann gegebenenfalls mit einem zweiten Vorabentscheidungsersuchen Fragen zu den gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen vorzulegen, auf die es für die Begründetheit der bei ihm anhängigen Klage ankommt“ [16].

56. Bevor ich jedoch auf diesen Aspekt der Vorlagefrage antworten werde, werde ich den zweiten in ihr enthaltenen Gesichtspunkt, nämlich die Befugnis des vorlegenden Gerichts, unmittelbar gemäß dem Unionsrecht zu entscheiden, prüfen.

16 — Rn. 70. Wie der Gerichtshof im Übrigen selbst klargestellt hat, hatte er „bereits eine Frage zur Art des vorlegenden Gerichts im Hinblick auf Art. [267] Abs. 3 [AEUV] in einem Zusammenhang beantwortet, der eindeutige Ähnlichkeiten mit dem hier vorliegenden Vorabentscheidungsersuchen aufweist, ohne dass er die Zulässigkeit dieser Frage [im Urteil Lyckeskog, C-99/00, EU:C:2002:329] bezweifelt hätte“ (Rn. 71). Dies war ebenfalls in der Rechtssache der Fall, die dem Urteil Melki und Abdeli (C-188/10 und C-189/10, EU:C:2010:363) zugrunde lag.

1. Befugnis des vorlegenden Gerichts, unmittelbar gemäß dem Unionsrecht zu entscheiden

57. Da das vorlegende Gericht entschieden hat, dem Gerichtshof eine Vorlagefrage nach Art. 267 AEUV zu stellen, ist die Antwort auf den zweiten Aspekt der zweiten Vorlagefrage in der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs zu finden, der zufolge das Gericht bei der Entscheidung über den Ausgangsrechtsstreit an die Auslegung der in Streit stehenden Bestimmungen gebunden ist, die der Gerichtshof bei seiner Antwort auf die erste Frage vorgenommen hat. Das vorlegende Gericht darf deshalb den im Urteil Nr. 4/2011 formulierten Grundsatz unbeachtet lassen, wenn es der Auffassung ist, dass dieser infolge der genannten Auslegung durch den Gerichtshof unionsrechtswidrig ist [17].

58. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass das Plenum des Consiglio di Stato mit dem Urteil Nr. 9/2014 vom 25. Februar 2014 (im Folgenden: Urteil Nr. 9/2014) den Rechtsgrundsatz, den es im Urteil Nr. 4/2011 formuliert hatte, abgeändert hat. Wenn dieser modifizierte Rechtsgrundsatz dahin ausgelegt werden kann, dass er Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 89/665 im Sinne der Auslegung durch den Gerichtshof im Urteil Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) und in der vorliegenden Rechtssache entspricht, darf er nicht außer Acht gelassen werden. Das Gebot einer unionsrechtsgemäßen Auslegung des nationalen Rechts ist dem Vertrag inhärent, da es dem nationalen Gericht dadurch ermöglicht wird, im Rahmen seiner Zuständigkeit die volle Wirksamkeit des Unionsrechts zu gewährleisten, wenn es über den bei ihm anhängigen Rechtsstreit entscheidet [18].

59. Der Grundsatz der unionsrechtskonformen Auslegung verlangt nämlich, dass die nationalen Gerichte unter Berücksichtigung des gesamten innerstaatlichen Rechts und unter Anwendung der dort anerkannten Auslegungsmethoden alles tun, was in ihrer Zuständigkeit liegt, um die volle Wirksamkeit der Richtlinie 89/665 zu gewährleisten und zu einem Ergebnis zu gelangen, das mit dem von dieser Richtlinie verfolgten Ziel im Einklang steht [19].

60. Wenn dagegen der Rechtsgrundsatz, wie er im Urteil Nr. 4/2011 formuliert und im Urteil Nr. 9/2014 modifiziert wurde, nicht im Sinne von Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 89/665 ausgelegt werden könnte, hätte das vorlegende Gericht keine andere Möglichkeit, als ihn unangewandt zu lassen [20], um den Vorrang des Unionsrechts [21] zu wahren.

61. Auch wenn sich dieses Problem im vorliegenden Fall nicht stellt – da dem Gerichtshof eine Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt worden ist –, ist es insoweit zweifellos angebracht, daran zu erinnern, dass die Verpflichtung eines nationalen Richters, eine unionsrechtswidrige nationale Rechtsnorm, bei der sich eine unionsrechtsgemäße Auslegung als unmöglich erweist, unangewandt zu lassen, nichts an dem Grundsatz ändert, wonach der nationale Richter nicht „verpflichtet oder gehindert [sein kann], den Gerichtshof zuvor um Vorabentscheidung zu ersuchen“ [22].

17 — Vgl. in diesem Sinn Urteile Elchinov (C-173/09, EU:C:2010:581, Rn. 30) sowie Križan u. a. (C-416/10, EU:C:2013:8, Rn. 69).

18 — Vgl. Urteile Pfeiffer u. a. (C-397/01 bis C-403/01, EU:C:2004:584, Rn. 114), Kücükdeveci (C-555/07, EU:C:2010:21, Rn. 48), Dominguez (C-282/10, EU:C:2012:33, Rn. 24) sowie Amia (C-97/11, EU:C:2012:306, Rn. 28). Nach ständiger Rechtsprechung muss ein nationales Gericht, soweit es bei der Anwendung des nationalen Rechts dieses Recht auszulegen hat, seine Auslegung so weit wie möglich am Wortlaut und Zweck der in Rede stehenden Richtlinie ausrichten, um das mit der Richtlinie verfolgte Ziel zu erreichen (neben den in dieser Fußnote angeführten Urteilen vgl. auch die Grundsatzurteile von Colson und Kamann, 14/83, EU:C:1984:153, Rn. 26, sowie Marleasing, C-106/89, EU:C:1990:395, Rn. 8).

19 — Vgl. u. a. Urteile Dominguez (C-282/10, EU:C:2012:33, Rn. 27) und Amia (C-97/11, EU:C:2012:306, Rn. 29).

20 — Vgl. insbesondere zur Richtlinie 89/665 Urteil Uniplex (UK) (C-406/08, EU:C:2010:45, Rn. 49). Auch wenn der Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung der Ansicht ist, dass „sich die Frage, ob eine nationale Bestimmung wegen Unvereinbarkeit mit dem Unionsrecht unangewendet bleiben muss, nur stellt, wenn keine unionsrechtskonforme Auslegung dieser Bestimmung möglich ist“ (Urteile Dominguez, C-282/10, EU:C:2012:33, Rn. 23, und Amia, C-97/11, EU:C:2012:306, Rn. 27, oder auch jüngst Urteil Spedition Welter, C-306/12, EU:C:2013:650, Rn. 28), wird die im Urteil Simmenthal (106/77, EU:C:1978:49, Rn. 21 und 24) bekräftigte Verpflichtung zur „Nichtanwendung“ nicht in Frage gestellt. Vgl. insoweit Tenor des Urteils Amia (C-97/11, EU:C:2012:306) sowie Urteil A (C-112/13, EU:C:2014:2195, Rn. 36).

21 — Vgl. in diesem Sinne Urteil Kücükdeveci (C-555/07, EU:C:2010:21, Rn. 54).

22 — Ebd. (Rn. 53).

62. Gleichwohl bleibt zu fragen, welche Auswirkung Art. 267 AEUV auf die in Art. 99 der Verwaltungsprozessordnung vorgesehene Verfahrensmodalität haben könnte.

2. Auswirkung von Art. 267 AEUV auf den Mechanismus der obligatorischen Verweisung an das Plenum des Consiglio di Stato

63. Zunächst muss ich mich der Feststellung von Generalanwalt Mazák anschließen, wonach der Gerichtshof in Rechtssachen, in denen Bestimmungen des nationalen Rechts die Möglichkeit des nationalen Gerichts einschränkten, nach Art. 267 AEUV eine Frage zur Vorabentscheidung vorzulegen, „stets in dem Sinne entschieden [hat], dass die nationalen Gerichte im weitestmöglichen Umfang befugt sind, dem Gerichtshof Fragen nach der Gültigkeit und nach der Auslegung des Unionsrechts vorzulegen“ [23].

64. Diese grundsätzliche Feststellung wird von drei Erwägungen getragen:

— Erstens stellte der Gerichtshof im Hinblick auf nicht letztinstanzliche Gerichte fest, dass, „wenn [sie] der Auffassung [sind], dass [sie] aufgrund der rechtlichen Beurteilung des übergeordneten Gerichts zu einer das [Unions]recht verletzenden Entscheidung gelangen könnte[n], frei entscheiden können [müssen], ob [sie] dem Gerichtshof die Fragen vorleg[en], die ih[nen] zweifelhaft sind“ [24];

— zweitens sind die nationalen Gerichte, deren Entscheidungen selbst nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden können, ihrerseits nach Art. 267 Abs. 3 AEUV verpflichtet, den Gerichtshof anzurufen, wenn sie mit einer Frage nach der Auslegung des Unionsrechts konfrontiert sind, damit sie so „verhindern, dass sich in einem Mitgliedstaat eine nationale Rechtsprechung herausbildet, die nicht mit den Vorschriften des [Unions]rechts in Einklang steht“ [25], und

— drittens hat der Gerichtshof entschieden, dass ein nationales Gericht, bei dem ein das Unionsrecht betreffender Rechtsstreit anhängig ist und das die Auffassung vertritt, dass eine nationale Vorschrift nicht nur gegen das Unionsrecht verstößt, sondern darüber hinaus verfassungswidrig ist, auch dann, wenn gegen die Feststellung der Verfassungswidrigkeit einer innerstaatlichen Vorschrift ein Rechtsbehelf zum Verfassungsgericht zwingend vorgeschrieben ist, gemäß Art. 267 AEUV befugt bzw. verpflichtet ist, dem Gerichtshof Fragen nach der Auslegung oder der Gültigkeit des Unionsrechts vorzulegen [26].

65. In diesem spezifischen Rahmen ist auf die zweite Vorlagefrage des vorlegenden Gerichts zu antworten.

23 — Stellungnahme von Generalanwalt Mazák in den Rechtssachen Melki und Abdeli (C-188/10 und C-189/10, EU:C:2010:319, Rn. 62). Vgl. auch zur Bestätigung des Grundsatzes durch den Gerichtshof Urteil Rheinmühlen-Düsseldorf (166/73, EU:C:1974:3, Rn. 3) und zu seiner Bestätigung in ständiger Rechtsprechung Urteile Mecanarte (C-348/89, EU:C:1991:278, Rn. 44), Palmisani (C-261/95, EU:C:1997:351, Rn. 20) sowie Cartesio (C-210/06, EU:C:2008:723, Rn. 88). Die Rechtsprechung in der Zeit nach der Stellungnahme von Generalanwalt Mazák widerlegt diese Feststellung nicht: vgl. Urteile Melki und Abdeli (C-188/10 und C-189/10, EU:C:2010:363, Rn. 41), Elchinov (C-173/09, EU:C:2010:581, Rn. 26), Kelly (C-104/10, EU:C:2011:506, Rn. 61), Križan u. a. (C-416/10, EU:C:2013:8, Rn. 64) oder auch jüngst A (C-112/13, EU:C:2014:2195, Rn. 35).

24 — Vgl. Urteil Rheinmühlen-Düsseldorf (166/73, EU:C:1974:3, Rn. 4) und zu seiner Bestätigung in ständiger Rechtsprechung Urteile Cartesio (C-210/06, EU:C:2008:723, Rn. 94), ERG u. a. (C-378/08, EU:C:2010:126, Rn. 32), Melki und Abdeli (C-188/10 und C-189/10, EU:C:2010:363, Rn. 42), Elchinov (C-173/09, EU:C:2010:581, Rn. 27), Kelly (C-104/10, EU:C:2011:506, Rn. 61) sowie Križan u. a. (C-416/10, EU:C:2013:8, Rn. 68).

25 — Urteil Lyckeskog (C-99/00, EU:C:2002:329, Rn. 14 und die dort angeführte Rechtsprechung).

26 — Vgl. Urteil Melki und Abdeli (C-188/10 und C-189/10, EU:C:2010:363, Rn. 45), das in dieser Rn. 45 auf die Rn. 39, 45 und 46 des Urteils Mecanarte (C-348/89, EU:C:1991:278) verweist, und Urteil A (C-112/13, EU:C:2014:2195, Rn. 38).

66. Nach Art. 1 Abs. 2 des Decreto legislativo Nr. 373 vom 24. Dezember 2003 setzt sich der Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana aus zwei Abteilungen zusammen, bei denen es sich um Außenstellen des Consiglio di Stato handelt. Dass er den Charakter eines Gerichts im Sinne von Art. 267 AEUV hat und dem Gerichtshof eine Frage zur Vorabentscheidung vorlegen kann, ist daher nicht zweifelhaft [27].

67. Unter diesen Umständen könnte allenfalls zweifelhaft sein, ob der Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana im Hinblick auf die Verpflichtung zur Vorlage an das Plenum nach Art. 99 Abs. 3 der Verwaltungsprozessordnung als ein nationales Gericht anzusehen ist, dessen Entscheidungen im Sinne von Art. 267 Abs. 3 AEUV nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden können, oder ob gegen die Entscheidung dieses Gerichts noch ein Rechtsmittel möglich ist.

68. Im letzteren Fall steht es dem vorlegenden Gericht *frei*, dem Gerichtshof die Fragen, die es sich stellt, vorzulegen, wenn es der Auffassung ist, dass es aufgrund der rechtlichen Beurteilung des übergeordneten Gerichts zu einer das Unionsrecht verletzenden Entscheidung gelangen könnte. Im ersten Fall ist das Gericht dagegen *verpflichtet*, den Gerichtshof um Vorabentscheidung zu ersuchen, wenn es im Zweifel ist, ob ein vom Plenum des Consiglio di Stato formulierter Rechtsgrundsatz mit dem Unionsrecht im Einklang steht.

69. Wie ich bereits ausgeführt habe, setzt sich der Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana nach Art. 1 Abs. 2 des Decreto legislativo Nr. 373 vom 24. Dezember 2003 aus zwei Abteilungen zusammen, die Außenstellen des Consiglio di Stato sind.

70. Nach Art. 6 Abs. 1 der italienischen Verwaltungsprozessordnung ist aber „[d]er Consiglio di Stato… das letztinstanzliche Organ der Verwaltungsgerichtsbarkeit“.

71. Auch wenn nach Art. 111 letzter Absatz der Verfassung gegen die Entscheidungen des Consiglio di Stato eine Kassationsbeschwerde zulässig ist, so ist sie doch auf Aspekte beschränkt, die sich auf die Verteilung der Zuständigkeiten auf die verschiedenen italienischen Gerichte beziehen.

72. In Anlehnung an die jüngst vom Gerichtshof getroffene Feststellung, wonach die Möglichkeit, bei einem Verfassungsgericht ein Rechtsmittel einzulegen, das auf die Prüfung einer etwaigen Verletzung der durch die innerstaatliche Verfassung oder ein internationales Übereinkommen gewährleisteten Rechte und Freiheiten beschränkt ist, nicht zu dem Schluss führen kann, dass ein oberstes Gericht nicht als ein Gericht eingestuft werden kann, dessen Entscheidungen selbst nicht mehr im Sinne von Art. 267 Abs. 3 AEUV mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden können [28], bestehen für mich unter diesen Umständen keine Zweifel, dass der Consiglio di Stato und die Außenstellen, aus denen er besteht, als „letztinstanzliches“ Gericht anzusehen sind.

73. Die Corte suprema di cassazione selbst stellte in ihrem Urteil Nr. 2403 der Vereinigten Kammern vom 4. Februar 2014 fest, dass es im System der italienischen Verwaltungsgerichtsbarkeit Aufgabe des Consiglio di Stato sei, im Sinne von Art. 267 Abs. 3 AEUV letztinstanzlich zu entscheiden, ohne Unterschied danach, ob seine Abteilungen entscheiden oder das Plenum.

74. Die obligatorische Vorlage an das Plenum des Consiglio di Stato nach Art. 99 Abs. 3 der Verwaltungsprozessordnung kann an dieser Würdigung nichts ändern, da diese nicht als „Rechtsmittel“ im Sinne von Art. 267 Abs. 3 AEUV eingestuft werden kann.

27 — Im Übrigen weise ich darauf hin, dass der Gerichtshof bereits auf mehrere Vorabentscheidungsersuchen geantwortet hat, die der Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana an ihn gerichtet hat (vgl. Urteil Valvo, C-78/07, EU:C:2008:171, Beschluss Rizzo, C-107/11, EU:C:2012:96, sowie Urteil Ottica New Line di Accardi Vincenzo, C-539/11, EU:C:2013:591).

28 — Vgl. Urteil Križan u. a. (C-416/10, EU:C:2013:8, Rn. 72).

75. Von dieser Verfahrensmodalität können nämlich nicht die Parteien, sondern nur die angerufene Abteilung des Consiglio di Stato Gebrauch machen. Darüber hinaus ermöglicht das Gebrauchmachen von der Verweisung es nicht, die von einem unterinstanzlichen Gericht getroffene Entscheidung abzuändern, sondern die Rechtsprechung des Plenums des Consiglio di Stato.

76. Überdies führt nach der von der italienischen Regierung angeführten Rechtsprechung des Consiglio di Stato die Nichtbeachtung von Art. 99 Abs. 3 der Verwaltungsprozessordnung nicht zu einer verfahrensrechtlichen Sanktion [29].

77. Daher ist davon auszugehen, dass der Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana gemäß dem Ziel, das mit der Verpflichtung nach Art. 267 Abs. 3 AEUV erreicht werden soll, wenn er mit einer Frage nach der Auslegung des Unionsrechts befasst ist, verpflichtet ist, den Gerichtshof anzurufen, um zu verhindern, dass eine unionsrechtswidrige Rechtsprechung begründet (oder aufrechterhalten) wird [30].

78. Zwar ist die Gefahr, dass sich eine unionsrechtswidrige nationale Rechtsprechung entwickelt, dadurch begrenzt, dass sich das Plenum des Consiglio di Stato seiner Verpflichtung, den Gerichtshof um Vorabentscheidung zu ersuchen, erst recht dann nicht entziehen kann, wenn der Verweisung einer Entscheidung an das Plenum nach Art. 99 Abs. 3 der Verwaltungsprozessordnung die Infragestellung eines Rechtsgrundsatzes wegen seiner angenommenen Unionsrechtswidrigkeit zugrunde liegt.

79. Trotz dieser verfahrensrechtlichen Besonderheit sehe ich jedoch mindestens zwei Gründe, die einer Auslegung von Art. 267 AEUV dahin, dass es einer mit einem Rechtsstreit befassten Abteilung des Consiglio di Stato untersagt sein sollte, vor einer eventuellen Verweisung an das Plenum von sich aus den Gerichtshof mit einer Vorlage zur Vorabentscheidung zu befassen, entgegenstehen.

80. Zum einen würde der Umstand, dass man der Kammer eines Gerichts, dessen Entscheidungen im innerstaatlichen Recht nicht mehr mit einem Rechtsmittel angefochten werden können, die eigenständige Anrufung des Gerichtshofs nur deshalb untersagen wollte, weil das Plenum dieses Gerichts zu seiner Anrufung verpflichtet ist, der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs zuwiderlaufen, in der stets anerkannt worden ist, „dass die nationalen Gerichte … ein *unbeschränktes* Recht zur Vorlage an den Gerichtshof haben, wenn sie der Auffassung sind, dass eine bei ihnen anhängige Rechtssache Fragen nach der Auslegung oder der Gültigkeit der unionsrechtlichen Bestimmungen aufwirft, über die diese Gerichte im konkreten Fall entscheiden müssen“ [31].

81. Zum anderen hat der Gerichtshof entschieden, dass ein innerstaatliches Gericht, bei dem ein das Unionsrecht betreffender Rechtsstreit anhängig ist und das die Auffassung vertritt, dass eine nationale Vorschrift nicht nur gegen das Unionsrecht verstößt, sondern darüber hinaus verfassungswidrig ist, auch dann, wenn gegen die Feststellung der Verfassungswidrigkeit einer innerstaatlichen Vorschrift ein Rechtsbehelf zum Verfassungsgericht zwingend vorgeschrieben ist, gemäß Art. 267 AEUV befugt bzw. verpflichtet ist, dem Gerichtshof Fragen nach der Auslegung oder der Gültigkeit des Unionsrechts vorzulegen [32].

82. Daher steht dieser Artikel des Vertrags nach den Feststellungen des Gerichtshofs den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats entgegen, mit denen ein Zwischenverfahren zur Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit nationaler Gesetze eingeführt wird, soweit die Vorrangigkeit dieses Verfahrens zur Folge hat, dass sowohl vor der Übermittlung einer Frage der Verfassungsmäßigkeit an das mit der

29 — Urteil Nr. 4185 vom 6. August 2014 der Dritten Abteilung des Consiglio di Stato.

30 — Urteil Lyckeskog (C-99/00, EU:C:2002:329, Rn. 14 und die dort angeführte Rechtsprechung).

31 — Urteil Križan u. a. (C-416/10, EU:C:2013:8, Rn. 64 und die dort angeführte Rechtsprechung). Hervorhebung nur hier.

32 — Vgl. Urteil Melki und Abdeli (C-188/10 und C-189/10, EU:C:2010:363, Rn. 45), das in dieser Rn. 45 auf die Rn. 39, 45 und 46 des Urteils Mecanarte (C-348/89, EU:C:1991:278) verweist, und Urteil A (C-112/13, EU:C:2014:2195, Rn. 38).

Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen betraute nationale Gericht als auch gegebenenfalls nach Erlass der Entscheidung dieses Gerichts zu der betreffenden Frage alle anderen nationalen Gerichte an der Wahrnehmung ihrer Befugnis oder der Erfüllung ihrer Verpflichtung gehindert sind, dem Gerichtshof Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen [33].

83. Diese Lösung ist umso mehr geboten, als die in Rede stehende Bestimmung – anders als bei der vorrangigen Frage der Verfassungsmäßigkeit, um die es in der dem Urteil Melki und Abdeli (C-188/10 und C-189/10, EU:C:2010:363) zugrunde liegenden Rechtssache ging – den Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana verpflichtet, sich zugunsten des Plenums des Consiglio di Stato für unzuständig zu erklären. Denn wird das Plenum angerufen, so entscheidet es nach Art. 99 Abs. 4 der Verwaltungsprozessordnung „über den gesamten Rechtsstreit, es sei denn, es hält es für angebracht, nur einen Rechtsgrundsatz auszusprechen und das Verfahren im Übrigen an die Abteilung, die die Verweisung vorgenommen hat, zurückzuverweisen“.

84. Der Umstand allein, dass im Rahmen des verfahrensrechtlichen Systems, das im Ausgangsverfahren in Rede steht, die obligatorische und vorab vorzunehmende Verweisung nicht an ein anderes Gericht, sondern an das Plenum des mit dem Ausgangsrechtsstreit befassten Gerichts erfolgen muss, kann meines Erachtens nicht dazu führen, dass von den Grundsätzen, die die weite Auslegung von Art. 267 AEUV geprägt haben, abgewichen und die diesem nationalen Gericht eingeräumte Freiheit, dem Gerichtshof eine Frage zur Vorabentscheidung vorzulegen, beschränkt wird.

85. Zwar hatte der Gerichtshof bisher noch keine Veranlassung, sich zu dieser besonderen Fallgestaltung zu äußern. Jedoch bin ich der Auffassung, dass die im Urteil Parfums Christian Dior (C-337/95, EU:C:1997:517) gewählte Lösung die vorgeschlagene Analyse stützt und dass sie analog auf den Fall anwendbar ist, in dem sich das vorlegende Gericht befindet.

86. Denn in dieser Rechtssache, in der das nationale Gericht dem Gerichtshof die Frage stellte, ob es selbst oder der Benelux-Gerichtshof als das einzelstaatliche Gericht anzusehen sei, dessen Entscheidungen selbst nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden könnten und das deshalb gemäß Art. 267 Abs. 3 AEUV zur Anrufung des Gerichtshofs verpflichtet sei, kam der Gerichtshof zu dem Ergebnis, dass beide Gerichte so angesehen werden können, dass sie zu einer Anrufung des Gerichtshofs nach Art. 267 Abs. 3 AEUV verpflichtet sind, wenn sie mit einer Frage nach der Auslegung des Unionsrechts befasst sind.

87. Allerdings hat der Gerichtshof für einen solchen Fall entschieden, dass die beiden Gerichte tatsächlich nicht zur Anrufung verpflichtet sein könnten, da die Wirkung, die von einer Auslegung gemäß Art. 267 AEUV ausgeht, „den inneren Grund [der] Verpflichtung [zur Vorlage zur Vorabentscheidung] entfallen und sie somit sinnlos erscheinen lassen“ [34] könnte.

88. Auch wenn es sich hier um zwei unterschiedliche Gerichte handelt, so ist diese besondere Situation dennoch mit der Fallgestaltung vergleichbar, in der sich eine Abteilung des Consiglio di Stato und sein Plenum befinden: Beide sind nationale Gerichte, deren Entscheidungen nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden können.

89. Deshalb können, sofern erforderlich, die Erwägungen des Gerichtshofs im Urteil Parfums Christian Dior (C-337/95, EU:C:1997:517) meines Erachtens auf die vorliegende Rechtssache übertragen werden: „Hat also ein Gericht wie [die Abteilung des Consiglio di Stato] vor der [Vorlage an das Plenum] von seinem Recht Gebrauch gemacht, die sich stellende Frage dem Gerichtshof zur Vorabentscheidung vorzulegen, so kann die Wirkung, die von der von diesem bereits gegebenen Auslegung ausgeht, die Verpflichtung eines Gerichts wie [des Plenums des Consiglio di Stato], vor Erlass seiner Entscheidung

33 — Urteil Melki und Abdeli (C-188/10 und C-189/10, EU:C:2010:363, Rn. 57 und Tenor). Vgl. auch Urteil A (C-112/13, EU:C:2014:2195, Rn. 46 und Tenor).

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

eine inhaltlich gleiche Frage vorzulegen, entfallen lassen. Umgekehrt ist, wenn der Gerichtshof nicht zuvor von einem Gericht wie [der Abteilung des Consiglio di Stato] angerufen worden ist, ein Gericht wie [das Plenum des Consiglio di Stato] verpflichtet, die sich stellende Frage dem Gerichtshof vorzulegen, dessen Entscheidung dann die Verpflichtung [der Abteilung des Consiglio di Stato], vor Erlass seiner Entscheidung eine inhaltlich gleiche Frage vorzulegen, entfallen lassen kann“ [35].

3. Zwischenergebnis

90. Erstens muss das vorlegende Gericht den im Urteil Nr. 4/2011 aufgestellten und im Urteil Nr. 9/2014 modifizierten Rechtsgrundsatz unangewandt lassen, wenn er nicht im Einklang mit Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 89/665 nach dessen Konkretisierung durch den Gerichtshof im Urteil Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) und in der vorliegenden Rechtssache ausgelegt werden kann.

91. Zweitens bin ich der Auffassung, dass Art. 267 AEUV einer Bestimmung wie Art. 99 Abs. 3 der Verwaltungsprozessordnung entgegensteht, wenn diese Bestimmung dahin ausgelegt wird, dass sie die Kammer eines Gerichts, dessen Entscheidungen nicht mehr mit Rechtsmitteln angefochten werden können, verpflichtet, die Entscheidung über das Rechtsmittel, wenn sie sich einem vom Plenum dieses Gerichts formulierten Rechtsgrundsatz nicht anschließt, an dieses zu verweisen, ohne dass sie die Möglichkeit hat, dem Gerichtshof zuvor eine Frage zur Vorabentscheidung vorzulegen.

92. Daher muss eine Abteilung des Consiglio di Stato, die dem Gerichtshof auf der Grundlage von Art. 267 AEUV eine Frage zur Vorabentscheidung vorlegen will, Art. 99 Abs. 3 der Verwaltungsprozessordnung unangewandt lassen, es sei denn, sie nimmt eine unionsrechtskonforme Auslegung von Art. 99 der Verwaltungsprozessordnung vor. Denn „[n]ach dem Grundsatz des Vorrangs des [Unions]rechts wird der Konflikt zwischen einer Vorschrift des nationalen Gesetzes und einer unmittelbar anwendbaren Vertragsbestimmung für ein nationales Gericht dadurch gelöst, dass es das [Unions]recht anwendet und die entgegenstehende nationale Vorschrift erforderlichenfalls unangewandt lässt, und nicht dadurch, dass es die Nichtigkeit der nationalen Vorschrift feststellt, wobei die betreffende Zuständigkeit der Behörden und Gerichte Sache des jeweiligen Mitgliedstaats ist“ [36].

VI – **Ergebnis**

93. Nach alledem schlage ich dem Gerichtshof vor, auf die vom Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana gestellten Fragen wie folgt zu antworten:

1. Die Auslegung von Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge in der durch die Richtlinie 2007/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2007 geänderten Fassung durch den Gerichtshof der Europäischen Union im Urteil Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) ist auch anwendbar, wenn zum einen eine Klage von einem einzigen Bieter erhoben wird, obwohl mehrere Unternehmen zur Teilnahme am Vergabeverfahren zugelassen worden waren, und zum anderen der Zuschlagsempfänger im Rahmen dieses Verfahrens seinerseits einen Anschlussrechtsbehelf einlegt und sowohl der klagende Bieter als auch der Zuschlagsempfänger ein gleichwertiges berechtigtes Interesse am Ausschluss des jeweils anderen Wirtschaftsteilnehmers haben.

35 — Urteil Parfums Christian Dior (C-337/95, EU:C:1997:517, Rn. 30). Ich weise nämlich darauf hin, dass nach Art. 99 Abs. 4 der Verwaltungsprozessordnung das Plenum über den gesamten Rechtsstreit entscheiden oder nur einen Rechtsgrundsatz aussprechen und das Verfahren im Übrigen an die Abteilung, die die Verweisung vorgenommen hat, zurückverweisen kann.

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

2. Wenn die Bestimmung einer Richtlinie vom Gerichtshof der Europäischen Union bereits ausgelegt worden ist, muss ein nationales Gericht, dessen Entscheidungen nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden können, das nationale Recht in dem vom Gerichtshof der Europäischen Union präzisierten Sinn auslegen und, wenn eine solche Auslegung nicht möglich ist, die in Rede stehende Bestimmung des nationalen Rechts unangewandt lassen, ohne dazu verpflichtet oder daran gehindert zu sein, zuvor ein Vorabentscheidungsersuchen an ihn zu richten.

Art. 267 AEUV steht einer Bestimmung wie Art. 99 Abs. 3 der italienischen Verwaltungsprozessordnung entgegen, wenn diese dahin ausgelegt wird, dass sie der Kammer eines Gerichts, dessen Entscheidungen nicht mehr mit Rechtsmitteln angefochten werden können, falls sie sich einem vom Plenum dieses Gerichts formulierten Rechtsgrundsatz nicht anschließt, die Verpflichtung auferlegt, die Entscheidung über das Rechtsmittel an dieses zu verweisen, ohne dass sie die Möglichkeit hat, dem Gerichtshof der Europäischen Union zuvor eine Frage zur Vorabentscheidung vorzulegen.