CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
M. WATHELET
van 23 april 2015[1]

Zaak C-689/13

Puligienica Facility Esco SpA (PFE)
tegen
Airgest SpA

[verzoek van de Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana (Italië) om een prejudiciële beslissing]

„Richtlijn 89/665/EEG — Overheidsopdrachten — Beroep tot nietigverklaring van de handeling waarbij een overheidsopdracht is gegund — Incidenteel beroep dat ertoe strekt de deelname aan de aanbesteding van niet-gekozen inschrijvers te betwisten — Nationale jurisprudentieregel volgens welke de nationale rechter alleen indien het incidentele beroep ongegrond is, ten gronde uitspraak kan doen op het principale beroep — Bindend karakter van de door de nationale hoogste bestuursrechter in voltallige zitting geformuleerde beginselen, ook wanneer deze niet verenigbaar zijn met het Unierecht — Arrest Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) — Artikel 267 VWEU — Voorrang — Conforme uitlegging”

I – **Inleiding**

1. De onderhavige prejudiciële vraag betreft, ten eerste, de uitlegging van artikel 1, lid 3, van richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken[2], zoals gewijzigd bij richtlijn 2007/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007[3] (hierna: „richtlijn 89/665”), en, ten tweede, de uitlegging van artikel 267 VWEU en van de beginselen van de voorrang van het Unierecht en van conforme uitlegging.

2. De door de verwijzende rechter, de Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana (bestuursrechter in hoger beroep van Sicilië, Italië), gestelde prejudiciële vragen hebben immers betrekking op twee verschillende rechtsproblemen. Bij de eerste prejudiciële vraag gaat het om de reikwijdte van het arrest Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), terwijl in de tweede vraag wordt verzocht om uitlegging van artikel 267 VWEU, in de situatie waarin een nationale wettelijke regeling een rechterlijke instantie verplicht om, wanneer zij twijfels heeft over de conformiteit met het Unierecht van een door genoemde Consiglio di giustizia in voltallige zitting (adunanza plenaria) geformuleerd rechtsbeginsel, de zaak naar laatstgenoemde formatie te verwijzen.

1 — Oorspronkelijke taal: Frans.
2 — PB L 395, blz. 33.
3 — PB L 335, blz. 31.

II – **Toepasselijke bepalingen**

A – *Unierecht*

3. Artikel 1 van richtlijn 89/665, „Toepassingsgebied en beschikbaarheid van beroepsprocedures", luidt:

„1. Deze richtlijn is van toepassing op opdrachten als bedoeld in richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten [(PB L 134, blz. 114)], tenzij deze opdrachten overeenkomstig de artikelen 10 tot en met 18 van die richtlijn worden uitgesloten.

Tot de opdrachten in de zin van deze richtlijn behoren overheidsopdrachten, raamovereenkomsten, concessieovereenkomsten voor openbare werken en dynamische aankoopsystemen.

De lidstaten nemen met betrekking tot opdrachten die binnen de werkingssfeer van richtlijn 2004/18/EG vallen, de nodige maatregelen om ervoor te zorgen dat tegen door de aanbestedende diensten genomen besluiten op doeltreffende wijze en vooral zo snel mogelijk beroep kan worden ingesteld overeenkomstig de artikelen 2 tot en met 2 septies van deze richtlijn, op grond van het feit dat door die besluiten het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten of de nationale voorschriften waarin dat Gemeenschapsrecht is omgezet, geschonden zijn.

[...]

3. De lidstaten dragen er zorg voor dat beroepsprocedures, volgens modaliteiten die de lidstaten kunnen bepalen, op zijn minst toegankelijk zijn voor een ieder die belang heeft of heeft gehad bij de gunning van een bepaalde opdracht en die door een beweerde inbreuk is of dreigt te worden geschaad.

[...]"

4. Artikel 2 van deze richtlijn, „Voorschriften voor beroepsprocedures", bepaalt in lid 1:

„De lidstaten zorgen ervoor dat de maatregelen betreffende de in artikel 1 bedoelde beroepsprocedures voorzien in de nodige bevoegdheden om:

[...]

b) onwettig genomen besluiten nietig te verklaren dan wel nietig te doen verklaren [...];"

B – *Italiaans recht*

1. Grondwet

5. Artikel 111, laatste alinea, van de Italiaanse grondwet bepaalt: „Beroep in cassatie kan worden ingesteld tegen de beslissingen van de Consiglio di Stato (Italiaanse raad van state) [...] ter zake van bevoegdheidskwesties."

2. Codice del processo amministrativo

6. Bij decreto legislativo (wetsdecreet) nr. 104 van 2 juli 2010 (gewoon supplement bij GURI nr. 156 van 7 juli 2010), is de Codice del processo amministrativo (wetboek betreffende het bestuursprocesrecht) vastgesteld.

7. Artikel 6, lid 1, van deze Codice bepaalt: „De Consiglio di Stato is de bestuursrechtelijke instantie die in laatste aanleg uitspraak doet." Lid 6 van dit artikel preciseert voorts dat „tegen de beslissingen van het Tribunale amministrativa regionale della Sicilia (administratieve rechtbank van Sicilië) hoger beroep wordt ingesteld bij de Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana overeenkomstig de bepalingen van het bijzondere statuut en de bepalingen ter uitvoering daarvan".

8. Artikel 42 van deze Codice bepaalt dat „[v]erweerders en interveniënten vorderingen kunnen indienen door incidenteel beroep in te stellen, mits deze vorderingen verband houden met het principale beroep".

9. Ten slotte bepaalt artikel 99:

„1. Indien een kamer waaraan de zaak is toegewezen, vaststelt dat de aan haar voorgelegde rechtsvraag aanleiding heeft gegeven of kan geven tot uiteenlopende rechtspraak, kan zij, bij een op verzoek van partijen of ambtshalve te geven beschikking, de zaak naar de voltallige zitting verwijzen. Indien dit in de voltallige zitting nodig wordt geacht, kan zij de stukken naar de kamer terugsturen.

2. Voordat uitspraak wordt gedaan, kan de voorzitter van de Consiglio di Stato, op verzoek van partijen of ambtshalve, iedere zaak naar de voltallige zitting verwijzen om te beslissen over principiële, zeer belangrijke vragen dan wel om een einde te maken aan uiteenlopende rechtspraak.

3. Wanneer een kamer waaraan een zaak is toegewezen, van oordeel is dat zij niet kan instemmen met een rechtsbeginsel dat in voltallige zitting is geformuleerd, verwijst zij de zaak bij een met redenen omklede beschikking naar de voltallige zitting voor uitspraak in het ingestelde beroep.

4. In de voltallige zitting wordt beslist op het beroep in volle omvang, behalve indien het passend wordt geacht om enkel een rechtsbeginsel te formuleren en de zaak voor het overige terug te verwijzen naar de verwijzende kamer.

5. Indien in voltallige zitting de kwestie van bijzondere betekenis wordt geacht, kan in het belang van het recht een rechtsbeginsel worden geformuleerd, ook al verklaart zij dat het beroep om de een of andere reden niet-ontvankelijkheid is of stelt zij vast dat de procedure is beëindigd. In dat geval laat de beslissing van de voltallige zitting de bestreden maatregel onverlet."

3. Decreto legislativo nr. 373 van 24 december 2003

10. Op 24 december 2003 heeft de Italiaanse wetgever decreto legislativo nr. 373 vastgesteld dat het opschrift draagt „Uitvoeringsbepalingen van het bijzondere Statuut van Sicilië betreffende de uitoefening in deze regio van de aan de Consiglio di Stato toekomende bevoegdheden" (gewoon supplement bij GURI nr. 10 van 14 januari 2004).

11. Overeenkomstig artikel 1, lid 2, is „[d]e Consiglio di giustizia amministrativa [per la Regione siciliana] gevestigd in Palermo en bestaat deze uit twee kamers, die respectievelijk een raadgevende en een rechtsprekende taak hebben en afgesplitste kamers van de Consiglio di Stato vormen".

III – **Feiten in het hoofdgeding**

12. Bij aankondiging van 18 januari 2012 heeft Airgest SpA, de onderneming die de civiele luchthaven van Trapani-Birgi (Italië) beheert, een openbare aanbesteding bekendgemaakt voor de gunning van diensten betreffende de reiniging en het onderhoud van de groenvoorzieningen van deze civiele luchthaven.

13. De opdracht is bij het definitieve gunningsbesluit van 22 mei 2012 toegewezen aan het consortium (hierna: „consortium") bestaande uit Gestione Servizi Ambientali Srl (hierna: „GSA") en Zenith Services Group Srl.

14. Puligienica Facility Esco SpA (PFE) (hierna: „PFE"), die ook aan de aanbestedingsprocedure had deelgenomen en daarin als tweede op de ranglijst was gekomen, heeft dit besluit bij het Tribunale amministrativo regionale della Sicilia aangevochten. Zij verzocht met name om nietigverklaring van het gunningsbesluit en dientengevolge om toewijzing van de opdracht aan haar.

15. PFE baseerde haar beroep op de stelling dat de aanbestedende dienst het consortium van de aanbesteding had moeten uitsluiten wegens schending van artikel 38, eerste alinea, onder h) en m) van decreto legislativo nr. 163 van 12 april 2006 tot vaststelling van het wetboek betreffende overheidsopdrachten voor werken, diensten en leveringen ter uitvoering van de richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG (GURI nr. 100 van 2 mei 2006), punt III.2.1 van de aankondiging van de opdracht en punt c) van het bestek.

16. GSA, als leidende onderneming van het consortium, heeft zich vervolgens partij gesteld in deze procedure en incidenteel beroep ingesteld waarin zij aanvoerde dat PFE geen belang had bij het voortzetten van haar vordering. Dit incidentele beroep was met name gebaseerd op het feit dat PFE volgens GSA niet voldeed aan de toelatingsvoorwaarden van de aanbestedingsprocedure omdat haar offerte onduidelijk was en dat zij daarom van de aanbestedingsprocedure had moeten worden uitgesloten.

17. Het Tribunale amministrativo regionale della Sicilia heeft de argumenten van beide partijen onderzocht en beide vorderingen toegewezen.

18. Na deze uitspraak heeft de aanbestedende dienst de litigieuze ondernemingen uitgesloten. Na een toetsing, verricht ter uitvoering van deze uitspraak, heeft de dienst ook alle andere ondernemingen die oorspronkelijk in de rangschikking waren opgenomen, uitgesloten wegens eenzelfde fout namelijk dat de beveiligingskosten niet specifiek waren aangegeven. Vervolgens is voor de hierboven genoemde diensten een procedure van gunning via onderhandeling gestart.

19. PFE heeft bij de verwijzende rechter hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van het Tribunale amministrativo regionale della Sicilia, terwijl GSA incidenteel hoger beroep heeft ingesteld, met name omdat genoemd Tribunale zich niet had gehouden aan de volgorde van de behandeling van de beroepen die in beslissing nr. 4/2011 (hierna: „beslissing nr. 4/2011) van de Consiglio di Stato in voltallige zitting is vastgesteld, welke meebrengt dat, in geval van een incidenteel beroep waarin de ontvankelijkheid van het principale beroep wordt betwist, het incidentele beroep vóór het principale beroep moet worden onderzocht.

20. In zijn verzoek om een prejudiciële beslissing herinnert de verwijzende rechter eraan dat het in beslissing nr. 4/2011 vastgestelde beginsel reeds centraal stond in de discussie bij de prejudiciële verwijzing die tot het arrest Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) heeft geleid.

21. In de zaak die aan dat arrest ten grondslag lag, had de aanbestedende dienst eerst twee inschrijvers uitgekozen en hun gevraagd om een offerte in te dienen. Aangezien de inschrijver waarvan de offerte niet was gekozen, meende dat de offerte van de gekozen inschrijver niet aan het bestek voldeed, had hij beroep ingesteld. Daarop had de gekozen inschrijver op zijn beurt incidenteel beroep ingesteld, waarin hij betoogde dat de niet gekozen offerte had moeten worden uitgesloten aangezien deze evenmin voldeed aan één van de in het bestek vervatte minimumvoorwaarden.

22. Volgens de nationale rechter waarbij het geding aanhangig was, het Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte (regionale administratieve rechtbank van Piémont), waren beide offertes ontoereikend en moesten beide vorderingen daarom worden toegewezen, zowel het principale als het incidentele beroep, met als gevolg dat de gehele aanbestedingsprocedure nietig werd verklaard. Evenwel had krachtens het in beslissing nr. 4/2011 vastgestelde rechtsbeginsel het incidentele beroep vóór het principale beroep moeten worden onderzocht, aangezien het daarbij ging om de procesbevoegdheid van degene die het principale beroep had ingesteld, doordat daarmee diens toelating tot de aanbestedingsprocedure werd betwist.

23. Het Hof, dat uitspraak moest doen over een prejudiciële vraag van het Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte, was van oordeel dat de incidentele vordering van de gekozen inschrijver niet ertoe mag leiden dat het principale beroep van een inschrijver wordt verworpen wanneer de regelmatigheid van de inschrijving van beide ondernemers ter discussie wordt gesteld in het kader van dezelfde procedure en op identieke gronden. In een dergelijke situatie kan elk van de concurrenten immers een gelijkwaardig legitiem belang bij de uitsluiting van de inschrijving van de anderen aanvoeren. [4]

24. Het Hof heeft derhalve geoordeeld dat artikel 1, lid 3, van richtlijn 89/665 zich ertegen verzette dat het beroep van de inschrijver wiens offerte niet was gekozen, niet-ontvankelijk werd verklaard ten gevolge van het voorafgaande onderzoek van de exceptie van niet-ontvankelijkheid die was opgeworpen door de inschrijver aan wie de opdracht is gegund, zonder dat uitspraak wordt gedaan over de vraag of zowel de offerte van de inschrijver aan wie de opdracht is gegund, als de offerte van de inschrijver die het principale beroep heeft ingesteld, overeenstemt met de in het bestek omschreven technische specificaties. [5]

25. Desalniettemin wijst de verwijzende rechter het Hof erop dat, anders dan in de zaak waarin het arrest Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) is gewezen, in het hoofdgeding meer dan twee ondernemingen aan de procedure hebben deelgenomen, ook al zijn slechts twee daarvan partij in het hoofdgeding.

26. Ook wijst de verwijzende rechter het Hof op het voorschrift van artikel 99, lid 3, van de Codice del processo amministrativo, op grond waarvan hij, wanneer hij wil afwijken van een door de Consiglio di Stato in voltallige zitting ontwikkelde tendens in de rechtspraak, verplicht is om de litigieuze beslissing naar diezelfde formatie te verwijzen.

27. Bijgevolg heeft de verwijzende rechter, gelet op de bijzonderheden van de zaak waarover hij een uitspraak moet doen, het Hof prejudiciële vragen gesteld over de uitlegging van artikel 1, lid 3, van richtlijn 89/665 en van artikel 267 VWEU.

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

5 — Ibidem (punt 34 en het dictum).

IV – **Verzoek om een prejudiciële beslissing en procesverloop voor het Hof**

28. Bij beslissing van 26 september 2013, ingekomen bij het Hof op 24 december 2013, heeft de Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana de behandeling van de zaak geschorst en het Hof krachtens artikel 267 VWEU verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

„1) Zijn de beginselen die door het Hof van Justitie van de Europese Unie zijn geformuleerd in het arrest [Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448)], gelet op de specifieke situatie die in die zaak ingevolge een prejudiciële verwijzing aan de orde was en waarin slechts twee ondernemingen aan een procedure voor de gunning van een overheidsopdracht deelnamen, eveneens van toepassing, rekening ermee houdend dat de feiten in casu grotendeels dezelfde zijn, op de onderhavige zaak, waarin de ondernemingen die een inschrijving hebben ingediend in het kader van de aanbestedingsprocedure – ook al zijn er meer dan twee ondernemingen toegelaten – door de aanbestedende dienst allemaal zijn afgewezen, zonder dat deze afwijzing door andere dan de in de onderhavige procedure optredende ondernemingen is aangevochten, waardoor het geding waarin de verwijzende rechterlijke instantie in casu uitspraak dient te doen, feitelijk slechts betrekking heeft op twee ondernemingen?

2) Strookt artikel 99, lid 3, van de Codice del processo amministrativo, in zoverre aangelegenheden aan de orde zijn waarover via de toepassing van het Unierecht kan worden beslist, met de uitlegging die aan dit recht en inzonderheid aan artikel 267 VWEU moet worden gegeven, voor zover voornoemde [Italiaanse] procedurele bepaling voorschrijft dat elke Sezione of Collegio (kamer of afdeling) van de Consiglio di Stato gebonden is door alle rechtsbeginselen die de Consiglio di Stato in voltallige zitting (adunanza plenaria) heeft geformuleerd, ook wanneer het duidelijk is dat deze voltallige zitting een beginsel heeft ontwikkeld – of kan hebben ontwikkeld – dat indruist tegen het recht van de Unie of daarmee onverenigbaar is, waarbij met name de hiernavolgende vragen rijzen:

— Zijn de Sezione of het Collegio van de Consiglio di Stato die de zaak dienen te behandelen, wanneer zij twijfels hebben over de conformiteit of de verenigbaarheid met het Unierecht van een rechtsbeginsel dat eerder door de voltallige zitting is geformuleerd, gehouden de in de beroepsprocedure aanhangige zaak bij een met redenen omklede beschikking naar laatstgenoemde formatie te verwijzen, in voorkomend geval zelfs vóórdat zij een verzoek om een prejudiciële beslissing betreffende de overeenstemming en de verenigbaarheid van het betrokken beginsel met het Unierecht aan het Hof van Justitie hebben kunnen voorleggen, dan wel kunnen – of beter gezegd moeten – voornoemde afdelingen en kamers van de Consiglio di Stato, als nationale rechterlijke instanties waarvan de beslissingen niet vatbaar zijn voor hoger beroep en die het recht van de Europese Unie dienen toe te passen, zich rechtstreeks en op onafhankelijke wijze tot het Hof van Justitie wenden teneinde de juiste uitlegging van dit recht te vernemen?

— Indien de vorige vraag aldus moet worden beantwoord dat de afdelingen en de kamers van de Consiglio di Stato zich rechtstreeks en onafhankelijk tot het Hof van Justitie van de Europese Unie kunnen – dan wel moeten – wenden met een verzoek om een prejudiciële beslissing, en dat dit alleszins het geval is wanneer het Hof van Justitie van de Europese Unie reeds heeft vastgesteld – a fortiori na een uitspraak van de Consiglio di Stato in voltallige zitting – dat sprake is van een tegenstrijdigheid of een ontoereikende overeenstemming tussen de correcte uitlegging van het Unierecht en het door die voltallige zitting geformuleerde interne rechtsbeginsel, kunnen of moeten die afdelingen en kamers van de Consiglio di Stato dan, als rechterlijke instanties in laatste aanleg die het Unierecht moeten toepassen, zelf onverwijld het Unierecht toepassen op basis van de door het Hof van Justitie van de Europese Unie verstrekte juiste uitlegging ervan, of moeten zij de zaak ook in dat geval niettemin bij een met redenen

omklede beschikking naar de voltallige zitting verwijzen, waardoor de toepassing van het reeds op bindende wijze door het Hof van Justitie uitgelegde Unierecht aan de uitsluitende beoordeling en toetsing door die voltallige zitting wordt overgelaten?

— Ten slotte, is de uitlegging van het bestuursprocesrecht van de Italiaanse Republiek volgens welke de eventuele beslissing tot een prejudiciële verwijzing naar het Hof van Justitie, of ook enkel de uitspraak over de zaak zelf wanneer de beslechting daarvan rechtstreeks voortvloeit uit de toepassing van reeds door het Hof van Justitie ontwikkelde Unierechtelijke beginselen, aan de uitsluitende beoordeling van de voltallige zitting moet worden overgelaten, niet alleen onverenigbaar met het beginsel van de redelijke duur van de procedure en van een snelle beslechting van procedures betreffende overheidsopdrachten, maar ook met het vereiste dat het Unierecht door alle rechterlijke instanties van de lidstaten volledig en rechtstreeks op bindende wijze moet worden toegepast conform de juiste uitlegging ervan zoals die door het Hof van Justitie is gegeven, tevens bezien tegen de achtergrond van de doelstelling om de meest ruime toepassing te geven aan het beginsel van het ‚effet utile' en het beginsel van de voorrang van het Unierecht – zowel wat materiële als procedurele kwesties betreft – boven het interne recht van elke lidstaat (in casu: boven artikel 99, lid 3, van de Codice del processo amministrativo)?"

29. Schriftelijke opmerkingen zijn ingediend door PFE, GSA, de Italiaanse regering en de Europese Commissie. Zij zijn bovendien allen gehoord bij de terechtzitting op 11 maart 2015.

V – **Analyse**

A – *Eerste prejudiciële vraag*

30. Met zijn eerste prejudiciële vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of de door het Hof in het arrest Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) verstrekte uitlegging van artikel 1, lid 3, van richtlijn 89/665 van toepassing is, indien de ondernemingen die aan de litigieuze aanbestedingsprocedure hebben deelgenomen – ook al waren er daarvan eerst meer dan twee ondernemingen toegelaten – door de aanbestedende dienst allemaal zijn afgewezen, zonder dat deze afwijzing is aangevochten door andere ondernemingen dan die welke optreden in het hoofdgeding, dat enkel op twee van die ondernemingen betrekking heeft.

31. Om deze vraag te kunnen beantwoorden lijkt het mij noodzakelijk om allereerst na te gaan wat de concrete uitwerking is van de door het Hof in het arrest Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) verstrekte uitlegging om vervolgens vast te stellen of het aantal kandidaten daarop van invloed is dan wel een voorwaarde daarvan is. Mocht namelijk blijken dat het aantal ondernemingen dat bij het hoofdgeding is betrokken, geen invloed heeft op de werking van de bepaling zoals deze door het Hof is uitgelegd, dan zal de verwijzende rechter een bevestigend antwoord moeten krijgen. Omgekeerd zal de eerste prejudiciële vraag ontkennend moeten worden beantwoord, indien blijkt dat artikel 1, lid 3, van richtlijn 89/665, zoals uitgelegd door het Hof in het arrest Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), geen toepassing kan vinden in een situatie als die in het hoofdgeding.

1. Vaststelling van de gevolgen van de in het arrest Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) gegeven uitlegging van artikel 1, lid 3, van richtlijn 89/665

32. In de zaak die tot het arrest Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) heeft geleid, is het beslissende gegeven het feit dat de gekozen inschrijving ten onrechte niet was uitgesloten in het stadium van het onderzoek van de offertes, hoewel deze inschrijving niet in overeenstemming was met de technische specificaties van het bestek. [6]

33. Volgens het Hof mag in het kader van een door een inschrijver ingestelde procedure „de incidentele vordering van de gekozen inschrijver niet ertoe leiden dat het beroep van [de] inschrijver wordt verworpen wanneer de regelmatigheid van de inschrijving van beide ondernemers ter discussie wordt gesteld in het kader van dezelfde procedure en op identieke gronden, [want in] een dergelijke situatie *kan elk van de concurrenten immers een gelijkwaardig legitiem belang bij de uitsluiting van de inschrijving van de anderen aanvoeren, dat kan leiden tot de vaststelling dat de aanbestedende dienst geen regelmatige inschrijving kan selecteren*”. [7]

34. De uit deze overwegingen voortvloeiende voorwaarde is derhalve het verbod om het door de afgewezen inschrijver ingestelde principale beroep niet-ontvankelijk te verklaren op basis van het voorafgaande onderzoek van de exceptie van niet-ontvankelijkheid die incidenteel is opgeworpen door de inschrijver aan wie de opdracht is gegund, zonder dat uitspraak wordt gedaan over de vraag of beide inschrijvingen wel voldoen aan de eisen. [8] Indien beide inschrijvingen geacht worden niet aan de eisen te voldoen, is de concrete consequentie van deze voorwaarde dat de aanbestedende dienst geen regelmatige inschrijving kan kiezen, wat ertoe leidt dat er een nieuwe aanbesteding moet worden georganiseerd.

2. Toepasbaarheid van de in het arrest Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) gegeven uitlegging van artikel 1, lid 3, van richtlijn 89/665

35. In het hoofdgeding mochten meer dan twee ondernemingen aan de litigieuze procedure deelnemen. Uit de toelichting van de verwijzende rechter blijkt echter dat, behalve verzoekster in het hoofdgeding (en via het incidentele beroep de onderneming waaraan de opdracht is gegund), geen van de andere ondernemingen die van de aanbesteding waren uitgesloten, dit via een bestuurlijke of gerechtelijke weg hebben betwist.

36. Indien de rechter bij wie de zaak aanhangig is, in die situatie zou vaststellen dat beide betrokken inschrijvingen onregelmatig waren, zou de aanbestedende dienst niet verplicht zijn om een nieuwe aanbesteding te organiseren, maar zou hij de opdracht eventueel kunnen gunnen aan een andere onderneming die is opgenomen in de door deze dienst vastgestelde rangschikking.

37. Daarmee is echter niet uitgesloten dat een bepaalde onregelmatigheid die tot nietigverklaring heeft geleid van de inschrijvingen van verzoeker in het hoofdgeding en van de inschrijver aan wie de opdracht gegund, ook alle andere ingediende inschrijvingen ongeldig maakt. In die situatie zou de aanbestedende dienst dan noodzakelijkerwijs een nieuwe procedure moeten starten. [9]

6 — Zie punt 32 van dat arrest.

7 — Ibidem (punt 33). Cursivering van mij.

8 — Zie arrest Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448, punt 34 en het dictum).

9 — Dit lijkt zich overigens in het hoofdgeding te hebben voorgedaan volgens de uiteenzetting van de verwijzende rechter (zie punt C4, blz. 12 van het verzoek om een prejudiciële beslissing) en de door partijen in het hoofdgeding verstrekte informatie (zie blz. 2 van de schriftelijke opmerkingen van PFE en punt 9 van de schriftelijke opmerkingen van GSA).

38. Zoals het Hof in punt 33 van het arrest Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) heeft geoordeeld, kan in die situatie „elk van de concurrenten immers een gelijkwaardig legitiem belang bij de uitsluiting van de inschrijving van de anderen aanvoeren, dat kan leiden tot de vaststelling dat de aanbestedende dienst geen regelmatige inschrijving kan selecteren”.

39. Dienaangaande wil ik voorts opmerken dat het Hof in dat arrest zijn oordeel niet heeft willen beperken tot het geval van een aanbesteding die slechts de belangstelling van twee ondernemingen had gewekt (en waarin dus alleen twee inschrijvingen waren ingediend), aangezien het Hof in het algemeen het legitieme belang in aanmerking neemt van „elk *van de* concurrenten” [10], niet bij de uitsluiting van de inschrijving van de ander, maar bij de uitsluiting van de inschrijving „*van de anderen*”. [11]

40. Bijgevolg ben ik van mening dat de door het Hof in het arrest Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) geformuleerde voorwaarde – namelijk dat artikel 1, lid 3, van richtlijn 89/665 verbiedt het door de afgewezen inschrijver ingestelde principale beroep niet-ontvankelijk te verklaren op basis van het voorafgaande onderzoek van de exceptie van niet-ontvankelijkheid die incidenteel is opgeworpen door de inschrijver aan wie de opdracht is gegund, zonder dat uitspraak wordt gedaan over de vraag of beide inschrijvingen aan de eisen voldoen [12] – ook van toepassing is in de omstandigheden van het hoofdgeding.

3. Eventueel gevolg van een verschil in de onregelmatigheden die ter ondersteuning van het principale beroep en het incidentele beroep zijn aangevoerd

41. Formeel heeft de verwijzende rechter de relevante feiten beperkt tot de omstandigheid dat de ondernemingen die aan de procedure voor de gunning van een overheidsopdracht deelnamen – ook al zijn er daarvan meer dan twee toegelaten – door de aanbestedende dienst zijn afgewezen, zonder dat deze afwijzing door andere dan de in de onderhavige procedure optredende ondernemingen is aangevochten, waardoor het bij hem aanhangige geding betrekking heeft op deze twee ondernemingen.

42. Ik heb hierboven uiteengezet waarom deze specifieke omstandigheid geen invloed heeft op de toepassing van de door het Hof in het arrest Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) geformuleerde regel.

43. In haar schriftelijke opmerkingen, die ter terechtzitting zijn bevestigd, voert GSA echter een tweede verschil met het arrest Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) aan. Volgens haar is de in dit arrest verstrekte uitlegging namelijk alleen van toepassing, indien de gebreken die ter ondersteuning van het principale en van het incidentele beroep zijn aangevoerd, *identiek* zijn.

44. Haar incidentele beroep, zo licht zij toe, was op een andere grond gebaseerd dan die waarmee PFE diens principale beroep ondersteunde. PFE vorderde nietigverklaring van de gunning van de opdracht aan GSA wegens schending van de op de inschrijvers rustende mededelingsplicht; zij voerde derhalve een middel aan betreffende een formele onregelmatigheid. GSA vorderde daarentegen uitsluiting van PFE wegens de onduidelijkheid van haar inschrijving, dus wegens een onregelmatigheid die op het geding ten gronde betrekking had.

10 — Arrest Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448, punt 33). Cursivering van mij.

11 — Idem. Cursivering van mij. De Italiaanse versie van het arrest (de procestaal en dus de authentieke versie) luidt: „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” (cursivering van mij).

12 — Zie punt 34 en het dictum van arrest Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448).

45. Ik wil dienaangaande om te beginnen opmerken dat het gebruik van het meervoud in de procestaal (het Italiaans) („nell'ambito del medesimo procedimento *e per motivi identici*" [13]) en de meer algemene uitdrukking „de nature identique" in de taal van de beraadslaging (het Frans), ervoor pleit het begrip „identieke *gronden*" (en niet identieke *grond*) waarmee elk van de twee beroepen wordt onderbouwd, ruim uit te leggen.[14] Het feit dat volstrekt identieke gronden uitzonderlijk zijn, versterkt deze uitlegging.

46. Voorts meen ik dat, net als het aantal inschrijvers, de omstandigheid dat identieke gronden ter ondersteuning van het principale en het incidentele beroep zijn aangevoerd, geen doorslaggevende factor is bij de door het Hof in het arrest Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) gegeven uitlegging van artikel 1, lid 3, van richtlijn 89/665.

47. Wanneer het Hof immers in punt 33 van dat arrest stelt dat „de incidentele vordering van de gekozen inschrijver niet ertoe [mag] leiden dat het beroep van een inschrijver wordt verworpen wanneer de regelmatigheid van de inschrijving van beide ondernemers ter discussie wordt gesteld in het kader van dezelfde procedure en op identieke gronden", is, zoals ik hierboven reeds uiteen heb gezet, de essentie gelegen in het feit dat „[i]n een dergelijke situatie elk van de concurrenten een gelijkwaardig legitiem belang bij de uitsluiting van de inschrijving van de anderen [kan] aanvoeren, dat kan leiden tot de vaststelling dat de aanbestedende dienst geen regelmatige inschrijving kan selecteren". [15]

48. Deze twee zinnen vormen samen één en hetzelfde punt van het arrest en mogen derhalve niet los van elkaar worden gelezen.

49. Ik deel daarom de mening van de Commissie, die in haar schriftelijke opmerkingen stelt dat doorslaggevend is dat het principale en het incidentele beroep een gelijkwaardig legitiem belang scheppen bij het opnieuw starten van de aanbestedingsprocedure.

50. In het hoofdgeding blijkt evenwel, onder voorbehoud van een grondiger onderzoek door de verwijzende rechter, dat de middelen die door PFE en GSA zijn aangevoerd, weliswaar niet identiek zijn, maar wel hetzelfde karakter kunnen hebben (voor zover zij betrekking hebben op de regelmatigheid van de inschrijving van de ander) en zij in elk geval bij elk van de bij de verwijzende rechter aanwezige marktdeelnemers een „gelijkwaardig legitiem belang" scheppen „bij de uitsluiting van de inschrijving van de ander" in de zin van het arrest Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448).

51. Zoals de Commissie ter terechtzitting op 11 maart 2015 heeft opgemerkt, beschermt overigens de door het Hof in het arrest Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) geformuleerde regel, naast de belangen van de inschrijvers, het belang van de aanbestedende dienst, die de beste regelmatige inschrijving moet kunnen kiezen. De strikte toepassing van het criterium „identieke gronden" dat ter ondersteuning van het principale en het incidentele beroep is aangevoerd, zou in het hoofdgeding echter ertoe kunnen leiden dat de aanbestedende dienst gehouden is om de opdracht te gunnen aan een onderneming waarvan de inschrijving niettemin onregelmatig is.

13 — Arrest Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448, punt 33). Cursivering van mij.

14 — Zoals advocaat-generaal Kokott naar aanleiding van een arrest van het Gerecht van de Europese Unie reeds heeft opgemerkt, kan, wanneer de Franse taalversie niet verbindend (omdat deze versie niet de procestaal is) maar wel preciezer is dan de procestaal, „deze taalversie, waarin het bestreden arrest is geconcipieerd en besproken, echter aanvullende aanknopingspunten bieden voor de vraag waarnaar het Gerecht [...] werkelijk wilde verwijzen" (conclusie van advocaat-generaal Kokott in de zaak Bertelsmann en Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2007:790, punt 253).

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

4. Tussenconclusie

52. Gelet op het bovenstaande geef ik het Hof in overweging om op de eerste prejudiciële vraag te antwoorden dat de in het arrest Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) gegeven uitlegging van artikel 1, lid 3, van richtlijn 89/665 ook van toepassing is indien, ten eerste, door één enkele inschrijver beroep is ingesteld terwijl verschillende ondernemingen waren toegelaten om aan de aanbestedingsprocedure deel te nemen, en, ten tweede, de inschrijver aan wie de opdracht is gegund, op zijn beurt in diezelfde procedure incidenteel beroep instelt en de verzoekende inschrijver en de inschrijver aan wie de opdracht is gegund, een gelijkwaardig legitiem belang hebben bij de uitsluiting van de andere marktdeelnemer.

B – *Tweede prejudiciële vraag*

53. Met zijn tweede vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 267 VWEU zich verzet tegen het systeem van artikel 99, lid 3, van de Codice del processo amministrativo, dat voorschrijft dat elke kamer van de Consiglio di Stato een zaak naar de voltallige zitting van deze rechterlijke instantie moet verwijzen, wanneer deze kamer het noodzakelijk acht om een in die voltallige zitting geformuleerd rechtsbeginsel niet te volgen. De verwijzende rechter vraagt zich af of dit systeem hem belet, ten eerste, om een prejudiciële vraag aan het Hof te stellen dan wel, ten tweede, om met voorbijgaan aan dit systeem, rechtstreeks en op onafhankelijke wijze uitspraak te doen in overeenstemming met het Unierecht.

54. Nu de verwijzende rechter met zijn eerste prejudiciële vraag heeft besloten het Hof te vragen hoe de toepasselijke richtlijn moet worden uitgelegd, zou de noodzaak om het eerste deel van de tweede prejudiciële vraag te beantwoorden in twijfel kunnen worden getrokken.

55. Net zoals het Hof er evenwel voor gekozen heeft om alle vragen te beantwoorden die waren gesteld in de zaak waarin het arrest Cartesio (C-210/06, EU:C:2008:723) is gewezen, ben ik van mening dat het zou „indruisen tegen de geest van samenwerking die de verhoudingen tussen de nationale rechterlijke instanties en het Hof dient te beheersen alsmede tegen de vereisten van proceseconomie om te vereisen dat een nationale rechter eerst een verzoek om een prejudiciële beslissing indient waarin enkel de vraag wordt gesteld of deze rechterlijke instantie tot de in artikel [267], derde alinea, [VWEU] bedoelde instanties behoort alvorens eventueel vervolgens en bij een tweede verzoek om een prejudiciële beslissing vragen te formuleren over voorschriften van gemeenschapsrecht die verband houden met het bij hem aanhangige geding ten gronde”. [16]

56. Alvorens dit eerste aspect van de prejudiciële vraag te beantwoorden, zal ik echter het tweede aspect ervan behandelen, te weten de bevoegdheid van de verwijzende rechter om rechtstreeks in overeenstemming met het Unierecht uitspraak te doen.

16 — Punt 70. Bovendien heeft het Hof, zoals het zelf aangaf, „in een context die een zekere gelijkenis vertoont met die van het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing, reeds geantwoord op een vraag over de aard van de verwijzende rechter vanuit het oogpunt van artikel [267], derde alinea, [VWEU], zonder dat het daarbij de ontvankelijkheid van deze vraag ter discussie heeft gesteld [in het arrest Lyckeskog (C-99/00, EU:C:2002:329)]” (punt 71). Dat was ook het geval in de zaak die aanleiding was tot het arrest Melki en Abdeli (C-188/10 en C-189/10, EU:C:2010:363).

1. Bevoegdheid van de verwijzende rechter om rechtstreeks in overeenstemming met het Unierecht uitspraak te doen

57. Aangezien de verwijzende rechter het Hof overeenkomstig artikel 267 VWEU een prejudiciële vraag heeft gesteld, zal het antwoord op het tweede aspect van de tweede prejudiciële vraag te vinden zijn in de vaste rechtspraak van het Hof, volgens welke de rechter voor de beslechting van het hoofdgeding gebonden is aan de uitlegging van de betrokken bepalingen die het Hof als antwoord op de eerste gestelde vraag zal hebben gegeven. De verwijzende rechter zal derhalve het in beslissing nr. 4/2011 geformuleerde rechtsbeginsel naast zich neer moeten leggen indien hij, gelet op bovenstaande uitlegging van het Hof, meent dat dit rechtsbeginsel in strijd is met het Unierecht. [17]

58. Ik merk trouwens op dat de Consiglio di Stato in voltallige zitting bij beslissing nr. 9/2014 van 25 februari 2014 (hierna: „beslissing nr. 9/2014") het in beslissing nr. 4/2011 geformuleerde rechtsbeginsel heeft aangepast. Indien dit rechtsbeginsel, zoals aangepast, kan worden uitgelegd overeenkomstig de betekenis die het Hof in het arrest Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) en in de onderhavige zaak aan artikel 1, lid 3, van richtlijn 89/665 geeft, zal dit beginsel niet van de hand hoeven te worden gewezen. Het vereiste van een conforme uitlegging van het nationale recht is namelijk inherent aan het systeem van het Verdrag, aangezien het de nationale rechter in staat stelt binnen het kader van zijn bevoegdheden de volle werking van het recht van de Unie te verzekeren bij de beslechting van de bij hem aanhangige geschillen. [18]

59. Het beginsel van een conforme uitlegging vereist immers dat de nationale rechter binnen zijn bevoegdheden, gelet op het gehele interne recht en onder toepassing van de daarin erkende uitleggingsmethoden, al het mogelijke doet om de volle werking van richtlijn 89/665 te verzekeren en tot een oplossing te komen die in overeenstemming is met de daarmee nagestreefde doelstelling. [19]

60. Mocht het in beslissing nr. 4/2011 geformuleerde rechtsbeginsel, zoals aangepast in beslissing nr. 9/2014, daarentegen niet in overeenstemming met artikel 1, lid 3, van richtlijn 89/665 kunnen worden uitgelegd, dan zou de verwijzende rechter geen andere mogelijkheid hebben dan het beginsel buiten toepassing te laten [20] krachtens de voorrang van het Unierecht. [21]

61. Hoewel het probleem zich in het onderhavige geval niet voordoet – aan het Hof zijn immers prejudiciële vragen gesteld – is het wellicht zinvol dienaangaande erop te wijzen dat de verplichting van een nationale rechter om een met het Unierecht onverenigbare nationale regel die niet conform het Unierecht kan worden uitgelegd, buiten beschouwing te laten, niet afdoet aan het beginsel dat de nationale rechter niet „verplicht [kan zijn] het Hof vooraf om een prejudiciële beslissing te verzoeken, maar dit [...] hem evenmin [kan] worden [belet]". [22]

62. Toch ligt nog steeds de vraag voor naar de eventuele invloed van artikel 267 VWEU op een procesrechtelijke voorziening, zoals vervat in artikel 99 van de Codice del processo amministrativo.

17 — Zie in die zin arresten Elchinov (C-173/09, EU:C:2010:581, punt 30) en Križan e.a. (C-416/10, EU:C:2013:8, punt 69).

18 — Zie arresten Pfeiffer e.a. (C-397/01–C-403/01, EU:C:2004:584, punt 114), Kücükdeveci (C-555/07, EU:C:2010:21, punt 48), Dominguez (C-282/10, EU:C:2012:33, punt 24) en Amia (C-97/11, EU:C:2012:306, punt 28). Volgens vaste rechtspraak moet de nationale rechter die zijn nationale recht moet uitleggen, dit zoveel mogelijk doen in het licht van de bewoordingen en het doel van de betrokken richtlijn, teneinde het hiermee beoogde resultaat te bereiken [zie behalve de in deze voetnoot aangehaalde arresten, ook de fundamentele arresten von Colson en Kamann (14/83, EU:C:1984:153, punt 26), en Marleasing (C-106/89, EU:C:1990:395, punt 8)].

19 — Zie met name arresten Dominguez (C-282/10, EU:C:2012:33, punt 27) en Amia (C-97/11, EU:C:2012:306, punt 29).

20 — Zie voor richtlijn 89/665 met name arrest Uniplex (UK) (C-406/08, EU:C:2010:45, punt 49). Weliswaar is het sindsdien vaste rechtspraak van het Hof dat „de vraag of een nationale bepaling voor zover zij indruist tegen het recht van de Unie buiten toepassing moet worden gelaten, zich slechts voordoet indien geen met het recht van de Unie strokende uitlegging van die bepaling mogelijk is" [arresten Dominguez (C-282/10, EU:C:2012:33, punt 23), Amia (C-97/11, EU:C:2012:306, punt 27) of nog recenter Spedition Welter (C-306/12, EU:C:2013:650, punt 28)], maar de verplichting „van het buiten toepassing laten", die al in arrest Simmenthal (106/77, EU:C:1978:49, punten 21 en 24) is geformuleerd, wordt niet in twijfel getrokken. Zie op dit punt het dictum van arrest Amia (C-97/11, EU:C:2012:306), en arrest A (C-112/13, EU:C:2014:2195, punt 36).

21 — Zie in die zin arrest Kücükdeveci (C-555/07, EU:C:2010:21, punt 54).

22 — Ibidem (punt 53).

2. Invloed van artikel 267 VWEU op het systeem van verplichte verwijzing naar de voltallige zitting van de Consiglio di Stato

63. Om te beginnen kan ik het alleen maar eens zijn met de constatering van advocaat-generaal Mazák dat het Hof zich in gedingen waarin bepalingen van nationaal recht beperkingen stelden aan de mogelijkheid voor een nationale rechter om het Hof krachtens artikel 267 VWEU een prejudiciële vraag te stellen, „stelselmatig in die zin [heeft] uitgesproken dat de nationale rechter de ruimste mogelijkheid moet hebben om het Hof vragen over de geldigheid en de uitlegging van het Unierecht te stellen” [23].

64. Drie aandachtspunten ondersteunen deze overweging van algemene aard:

— in de eerste plaats heeft het Hof wat de rechter betreft die niet in laatste aanleg uitspraak doet, geoordeeld dat het deze „vrij [moet] staan zich met zijn vragen tot het Hof te wenden indien hij meent dat het rechtsoordeel van de hogere rechter hem tot een met het recht van de Unie strijdig vonnis zou kunnen brengen” [24];

— in de tweede plaats zijn de nationale rechters waarvan de beslissingen volgens het nationale recht niet vatbaar zijn voor hoger beroep, verplicht krachtens artikel 267, derde alinea, VWEU het Hof een prejudiciële vraag te stellen, wanneer zij te maken krijgen met een vraag over de uitlegging van het Unierecht en wel om „te voorkomen dat zich in een lidstaat een nationale rechtspraak ontwikkelt die niet met de regels van [het Unierecht] strookt” [25], en

— in de derde plaats heeft het Hof geoordeeld dat een nationale rechter bij wie een geding over het Unierecht aanhangig is en die vaststelt dat een nationale bepaling niet alleen in strijd met het Unierecht, maar ook ongrondwettig is, niet de in artikel 267 VWEU bedoelde bevoegdheid verliest of van de in dat artikel vervatte verplichting is ontslagen, om zich tot het Hof van Justitie te wenden met vragen betreffende de uitlegging of de geldigheid van het Unierecht op grond dat de vaststelling van de ongrondwettigheid van een regel van nationaal recht hem verplicht, de zaak aan het constitutionele hof voor te leggen. [26]

65. Juist binnen dit kader moet de tweede prejudiciële vraag van de verwijzende rechter worden beantwoord.

66. Overeenkomstig artikel 1, lid 2, van decreto legislativo nr. 373 van 24 december 2003 bestaat de Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana uit twee kamers die afgesplitste kamers van de Consiglio di Stato vormen. Derhalve staat buiten kijf dat deze instantie een rechterlijke instantie in de zin van artikel 267 VWEU is en staat vast dat zij het Hof een prejudiciële vraag kan stellen. [27]

23 — Standpuntbepaling van advocaat-generaal Mazák in de zaken Melki en Abdeli (C-188/10 en C-189/10, EU:C:2010:319, punt 62). Zie ook arrest Rheinmühlen-Düsseldorf (166/73, EU:C:1974:3, punt 3), waarin het Hof dit beginsel formuleert, en voor de bevestiging ervan in vaste rechtspraak arresten Mecanarte (C-348/89, EU:C:1991:278, punt 44), Palmisani (C-261/95, EU:C:1997:351, punt 20) en Cartesio (C-210/06, EU:C:2008:723, punt 88). De rechtspraak daterend van ná de standpuntbepaling van advocaat-generaal Mazák stemt hiermee overeen: zie arresten Melki en Abdeli (C-188/10 en C-189/10, EU:C:2010:363, punt 41), Elchinov (C-173/09, EU:C:2010:581, punt 26), Kelly (C-104/10, EU:C:2011:506, punt 61), Križan e.a. (C-416/10, EU:C:2013:8, punt 64) of, heel recent, A (C-112/13, EU:C:2014:2195, punt 35).

24 — Zie arrest Rheinmühlen-Düsseldorf (166/73, EU:C:1974:3, punt 4) en voor de bevestiging ervan in vaste rechtspraak arresten Cartesio (C-210/06, EU:C:2008:723, punt 94), ERG e.a. (C-378/08, EU:C:2010:126, punt 32), Melki en Abdeli (C-188/10 en C-189/10, EU:C:2010:363, punt 42), Elchinov (C-173/09, EU:C:2010:581, punt 27), Kelly (C-104/10, EU:C:2011:506, punt 61) en Križan e.a. (C-416/10, EU:C:2013:8, punt 68).

25 — Arrest Lyckeskog (C-99/00, EU:C:2002:329, punt 14 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

26 — Zie arrest Melki en Abdeli (C-188/10 en C-189/10, EU:C:2010:363, punt 45), dat verwijst naar de punten 39, 45 en 46 van arrest Mecanarte (C-348/89, EU:C:1991:278), en arrest A (C-112/13, EU:C:2014:2195, punt 38).

27 — Overigens heeft het Hof reeds op verschillende prejudiciële vragen die door de Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana aan hem waren voorgelegd, geantwoord [zie arrest Valvo (C-78/07, EU:C:2008:171), beschikking Rizzo (C-107/11, EU:C:2012:96) en arrest Ottica New Line di Accardi Vincenzo (C-539/11, EU:C:2013:591)].

67. In die omstandigheden zou alleen nog de vraag kunnen rijzen of de Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, gelet op de in artikel 99, lid 3, van de Codice del processo amministrativo opgenomen verplichting tot verwijzing naar de voltallige zitting, moet worden beschouwd als een nationale rechter waarvan de beslissingen volgens het nationale recht niet vatbaar zijn voor hoger beroep in de zin van artikel 267, derde alinea, VWEU, dan wel of de beslissing van deze rechter wel vatbaar is voor hoger beroep.

68. In het tweede geval staat het de verwijzende rechter *vrij* om het Hof zijn vragen te stellen indien hij meent dat het rechtsoordeel van de hogere rechter hem tot een met het recht van de Unie strijdig vonnis zou kunnen brengen. In het eerste geval is de verwijzende rechter daarentegen *verplicht* zich tot het Hof te wenden met een verzoek om een prejudiciële beslissing indien bij hem twijfel bestaat over het feit of een door de Consiglio di Stato in voltallige zitting geformuleerd rechtsbeginsel in overeenstemming is met het Unierecht.

69. Zoals ik hierboven heb vermeld, bestaat de Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana volgens artikel 1, lid 2, van decreto legislativo nr. 373 van 24 december 2003 uit twee kamers, die afgesplitste kamers van de Consiglio di Stato vormen.

70. Artikel 6, lid 1, van de Codice del processo amministrativo bepaalt echter dat „de Consiglio di Stato de bestuursrechtelijke instantie is die in laatste aanleg recht spreekt”.

71. Volgens artikel 111, laatste alinea, van de grondwet is cassatieberoep tegen de beslissingen van de Consiglio di Stato weliswaar toegestaan, doch is het beperkt tot kwesties in verband met de verdeling van bevoegdheden tussen de verschillende Italiaanse rechterlijke instanties.

72. Gelet hierop ben ik niet van plan de kwalificatie van de Consiglio di Stato en diens afgesplitste kamers als rechterlijke instantie in „laatste aanleg” in twijfel trekken, net zoals het Hof recent heeft vastgesteld dat het feit dat tegen de beslissingen van een nationale rechter bij de constitutionele rechter van de betrokken lidstaat beroep kan worden ingesteld dat is beperkt tot de vraag of er sprake is van een eventuele schending van door de nationale grondwet of een internationale overeenkomst gewaarborgde rechten en vrijheden, niet het oordeel rechtvaardigt dat die nationale rechter niet kan worden aangemerkt als een rechterlijke instantie waarvan de beslissingen volgens het nationale recht niet vatbaar zijn voor hoger beroep in de zin van artikel 267, derde alinea, VWEU. [28]

73. De Corte suprema di cassazione zelf heeft in arrest nr. 2403 van 4 februari 2014, gewezen in verenigde kamers, geoordeeld dat in het bestuursrechtelijke stelsel van Italië de Consiglio di Stato, zijn kamers en de voltallige zitting, zonder onderscheid, uitspraak dienen te doen als rechter in laatste aanleg in de zin van artikel 267, derde alinea, VWEU.

74. De verplichte verwijzing naar de voltallige zitting van de Consiglio di Stato, als voorzien in artikel 99, lid 3, van de Codice del processo amministrativo, kan mijns inziens niet afdoen aan dit standpunt, aangezien die verwijzing niet kan worden aangemerkt als een „beroep” in de zin van artikel 267, derde alinea, VWEU.

75. Deze procesrechtelijke voorziening staat immers niet ter beschikking van partijen, maar uitsluitend van de kamer van de Consiglio di Stato waarbij het geding aanhangig is. Daarbij maakt deze verwijzing het mogelijk, niet om de door een lagere rechter genomen beslissing te herzien, maar, integendeel, de rechtspraak van de voltallige zitting van de Consiglio di Stato zelf.

28 — Zie arrest Križan e.a. (C-416/10, EU:C:2013:8, punt 72).

76. Bovendien is volgens de door de Italiaanse regering aangehaalde rechtspraak van de Consiglio di Stato aan de niet-naleving van artikel 99, lid 3, van de Codice del processo amministrativo geen procesrechtelijke sanctie verbonden. [29]

77. Bijgevolg zou overeenkomstig het doel dat aan artikel 267, derde alinea, VWEU, ten grondslag ligt, de Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana die te maken krijgt met een vraag over de uitlegging van het Unierecht, verplicht moeten zijn zich tot het Hof te wenden om te voorkomen dat zich een nationale rechtspraak ontwikkelt (of wordt bestendigd) die niet met de regels van Unierecht strookt. [30]

78. Weliswaar is de kans dat zich een met het Unierecht strijdige nationale rechtspraak ontwikkelt ingeperkt door het feit dat, wanneer een beslissing op grond van artikel 99, lid 3, van de Codice del processo amministrativo naar de voltallige zitting van de Consiglio di Stato wordt verwezen, omdat een rechtsbeginsel wordt betwist wegens vermeende tegenstrijdigheid ervan met het Unierecht, deze voltallige zitting al helemaal niet aan haar verplichting om het Hof een prejudiciële vraag te stellen kan ontkomen.

79. Toch zie ik ondanks deze procesrechtelijke bijzonderheid tenminste twee redenen die eraan in de weg staan om artikel 267 VWEU aldus uit te leggen dat het een kamer van de Consiglio di Stato die in een geding een uitspraak moet doen, zou verbieden om, vóór een eventuele verwijzing naar de voltallige zitting, zelf het Hof een prejudiciële vraag te stellen.

80. Ten eerste, indien aan een kamer van een rechterlijke instantie waarvan beslissingen naar nationaal recht niet vatbaar zijn voor hoger beroep, de mogelijkheid wordt ontzegd om zich tot het Hof te wenden, om de enkele reden dat de voltallige zitting van diezelfde instantie daartoe verplicht is, zou dit in strijd zijn met de vaste rechtspraak van het Hof die altijd „aan de nationale rechterlijke instanties de *meest uitgebreide* bevoegdheid [heeft toegekend om] zich tot het Hof te wenden indien zij menen dat een bij hen aanhangig geding vragen over de uitlegging of de geldigheid van bepalingen van het recht van de Unie opwerpt waarover ter beslechting van het hun voorgelegde geschil moet worden beslist”. [31]

81. Ten tweede heeft het Hof geoordeeld dat een nationale rechter bij wie een geding over het Unierecht aanhangig is en die vaststelt dat een nationale bepaling niet alleen in strijd is met het Unierecht, maar ook ongrondwettig is, niet de in artikel 267 VWEU bedoelde bevoegdheid verliest of van de in dat artikel vervatte verplichting is ontslagen om zich tot het Hof van Justitie te wenden met vragen betreffende de uitlegging of de geldigheid van het Unierecht op grond dat de vaststelling van de ongrondwettigheid van een regel van nationaal recht hem verplicht de zaak aan het constitutionele hof voor te leggen. [32]

82. Het Hof heeft geoordeeld dat dit artikel van het Verdrag zich verzet tegen een wettelijke regeling van een lidstaat die een incidentele procedure voor toetsing van de grondwettigheid van de nationale wetten invoert, wanneer de voorrang van deze procedure ertoe leidt dat de nationale rechter noch vóór de toezending van een grondwettigheidsvraag aan de nationale rechterlijke instantie die met de toetsing van de grondwettigheid van de wetten is belast noch, in voorkomend geval, na de beslissing van deze instantie over die vraag, zijn bevoegdheid kan uitoefenen om zich met prejudiciële vragen tot het Hof te wenden dan wel zijn verplichting daartoe kan nakomen. [33]

29 — Beslissing nr. 4185 van 6 augustus 2014, van de Consiglio di Stato (derde kamer).

30 — Arrest Lyckeskog (C-99/00, EU:C:2002:329, punt 14 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

31 — Arrest Križan e.a. (C-416/10, EU:C:2013:8, punt 64 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Cursivering van mij.

32 — Zie arrest Melki en Abdeli (C-188/10 en C-189/10, EU:C:2010:363, punt 45), dat verwijst naar de punten 39, 45 en 46 van arrest Mecanarte (C-348/89, EU:C:1991:278), en arrest A (C-112/13, EU:C:2014:2195, punt 38).

33 — Arrest Melki en Abdeli (C-188/10 en C-189/10, EU:C:2010:363, punt 57 en het dictum). Zie ook arrest A (C-112/13, EU:C:2014:2195, punt 46 en het dictum).

83. Deze oplossing geldt in casu te meer, aangezien de betrokken bepaling, anders dan de prioritaire grondwettigheidsvraag die aan de orde was in de zaak die heeft geleid tot het arrest Melki en Abdeli (C-188/10 en C-189/10, EU:C:2010:363), de Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana verplicht om de zaak naar de voltallige zitting van de Consiglio di Stato te verwijzen. Immers, artikel 99, lid 4, van de Codice del processo amministrativo bepaalt dat wanneer de zaak naar de voltallige zitting van de Consiglio di Stato is verwezen, zij „op het beroep in volle omvang [beslist], behalve indien zij het passend acht om enkel een beginsel rechtens te formuleren en de zaak voor het overige terug te verwijzen naar de verwijzende kamer".

84. Het enkele feit dat in het procesrechtelijke systeem dat in het hoofdgeding aan de orde is, de zaak niet eerst verplicht naar een andere rechter wordt verwezen, maar naar de voltallige zitting van de rechterlijke instantie waarbij het hoofdgeding aanhangig is, kan er mijns inziens geen rechtvaardiging voor vormen dat wordt afgeweken van de verschillende beginselen die aan de ruime uitlegging van artikel 267 VWEU ten grondslag liggen, en van de vrijheid van deze nationale rechter om het Hof een prejudiciële vraag te stellen.

85. Weliswaar heeft het Hof niet eerder hoeven oordelen over deze bijzondere omstandigheid, doch de oplossing in het arrest Parfums Christian Dior (C-337/95, EU:C:1997:517) lijkt mij steun te bieden aan de voorgestelde zienswijze en mutatis mutandis te kunnen worden toegepast op het geval waarvoor de verwijzende rechter zich ziet geplaatst.

86. In die zaak, waarin de nationale rechter het Hof vroeg of hijzelf dan wel het Beneluxhof-Gerechtshof moest worden aangemerkt als de nationale rechterlijke instantie waarvan de beslissingen volgens het nationale recht niet vatbaar zijn voor hoger beroep, en die derhalve op grond van artikel 267, derde alinea, VWEU gehouden is zich tot het Hof te wenden, is het Hof namelijk tot de slotsom gekomen dat beide instanties konden worden beschouwd als een instantie die ingevolge artikel 267, derde alinea, VWEU gehouden is zich tot het Hof te wenden, wanneer voor haar een vraag over de uitlegging van het Unierecht wordt opgeworpen.

87. Toch heeft het Hof geoordeeld dat in een dergelijke situatie beide instanties niet daadwerkelijk gehouden zijn zich tot het Hof te wenden, aangezien het gezag van een krachtens artikel 267 VWEU verstrekte uitlegging „[de] verplichting [om een prejudiciële vraag te stellen] van haar grond kan beroven en derhalve van haar inhoud kan ontdoen".[34]

88. Hoewel het in dat geval ging om twee aparte rechterlijke instanties, lijkt deze bijzondere situatie niettemin op de configuratie waarbinnen een kamer van de Consiglio di Stato en de voltallige zitting ervan vallen: beide zijn nationale rechterlijke instanties waarvan de beslissingen volgens het nationale recht niet vatbaar zijn voor hoger beroep.

89. Bijgevolg kan, mijns inziens, de redenering van het Hof in het arrest Parfums Christian Dior (C-337/95, EU:C:1997:517), indien nodig, ook worden toegepast in de onderhavige zaak: „wanneer een rechterlijke instantie als de [kamer van de Consiglio di Stato], alvorens [de zaak naar de voltallige zitting te verwijzen], gebruik heeft gemaakt van haar bevoegdheid om de opgeworpen vraag aan het Hof van Justitie voor te leggen, kan het gezag van de door het Hof verstrekte uitlegging een rechterlijke instantie als [de voltallige zitting van de Consiglio di Stato] ontslaan van haar verplichting om een zakelijk gelijke vraag te stellen alvorens uitspraak te doen. Wanneer omgekeerd een rechterlijke instantie als de [kamer van de Consiglio di Stato] zich niet tevoren tot het Hof van Justitie heeft

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

gewend, is een rechterlijke instantie als [de voltallige zitting van de Consiglio di Stato] gehouden de opgeworpen vraag voor te leggen aan het Hof, waarvan de beslissing dan de [kamer van de Consiglio di Stato] kan ontslaan van de verplichting om een zakelijk gelijke vraag te stellen alvorens uitspraak te doen." [35]

3. Tussenconclusie

90. In de eerste plaats geldt dat, indien het in beslissing nr. 4/2011 geformuleerde en in beslissing nr. 9/2014 aangepaste rechtsbeginsel niet kan worden uitgelegd in overeenstemming met artikel 1, lid 3, van richtlijn 89/665, zoals gepreciseerd door het Hof in het arrest Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) en in de onderhavige zaak, de verwijzende rechter dit beginsel buiten toepassing zal moeten laten.

91. In de tweede plaats ben ik van mening dat artikel 267 VWEU zich ertegen verzet om een bepaling als artikel 99, lid 3, van de Codice del processo amministrativo aldus uit te leggen dat dit artikel de kamer van een rechterlijke instantie waarvan de beslissingen niet voor hoger beroep vatbaar zijn, verplicht om, wanneer zij het niet eens is met een door diezelfde rechterlijke instantie in voltallige zitting geformuleerd rechtsbeginsel, de beslissing waarop het beroep betrekking heeft naar die formatie te verwijzen, zonder dat deze kamer de mogelijkheid heeft om eerst een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie te stellen.

92. Derhalve zou een kamer van de Consiglio di Stato die het Hof krachtens artikel 267 VWEU een vraag wil stellen, artikel 99, lid 3, van de Codice del processo amministrativo buiten beschouwing moeten laten, tenzij dit artikel 99 wordt uitgelegd op een wijze die strookt met het Unierecht. Immers, „[k]rachtens het beginsel van de voorrang van het [Unierecht] dient een nationale rechterlijke instantie collisie tussen een nationale wettelijke bepaling en een rechtstreeks toepasselijke verdragsbepaling op te lossen door het [Unie]recht toe te passen en zo nodig de daarmee strijdige nationale bepaling buiten toepassing te laten, en niet door de nietigheid van de nationale bepaling vast te stellen, aangezien de bevoegdheid van de organen en rechterlijke instanties dienaangaande een zaak van de betrokken lidstaat is". [36]

VI – **Conclusie**

93. Gelet op het bovenstaande geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vragen van de Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana als volgt te beantwoorden:

„1) De door het Hof van Justitie van de Europese Unie in het arrest Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) gegeven uitlegging van artikel 1, lid 3, van richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken, zoals gewijzigd bij richtlijn 2007/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007, is ook van toepassing indien, ten eerste, door één enkele inschrijver beroep is ingesteld terwijl verschillende ondernemingen waren toegelaten om aan de aanbestedingsprocedure deel te nemen, en, ten tweede, de inschrijver aan wie de opdracht is gegund, op zijn beurt in diezelfde procedure incidenteel beroep instelt en de verzoekende inschrijver en de inschrijver aan wie de opdracht is gegund, een gelijkwaardig legitiem belang hebben bij de uitsluiting van de andere marktdeelnemer.

35 — Arrest Parfums Christian Dior (C-337/95, EU:C:1997:517, punt 30). Artikel 99, lid 4, van de Codice del processo amministrativo bepaalt immers dat in de voltallige zitting kan worden beslist op het beroep in volle omvang dan wel kan worden beslist om enkel een rechtsbeginsel te formuleren en de zaak voor het overige terug te verwijzen naar de verwijzende kamer.

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

2) Wanneer de bepaling van een richtlijn reeds door het Hof van Justitie van de Europese Unie is uitgelegd, moet een nationale rechterlijke instantie waarvan de beslissingen volgens het nationale recht niet vatbaar zijn voor hoger beroep, het nationale recht uitleggen in de door het Hof van Justitie van de Europese Unie bedoelde zin en wanneer die uitlegging onmogelijk blijkt, de betrokken bepaling van nationaal recht buiten toepassing laten, waarbij zij niet verplicht is het Hof vooraf om een prejudiciële beslissing te verzoeken, maar dit haar evenmin kan worden belet.

Artikel 267 VWEU verzet zich ertegen dat een bepaling als artikel 99, lid 3, van de Codice del processo amministrativo, aldus wordt uitgelegd dat dit artikel de kamer van een rechterlijke instantie waarvan de beslissingen niet voor hoger beroep vatbaar zijn, verplicht om, wanneer zij het niet eens is met een door diezelfde rechterlijke instantie in voltallige zitting geformuleerd rechtsbeginsel, de beslissing waarop het beroep betrekking heeft naar die formatie te verwijzen, zonder dat deze kamer de mogelijkheid heeft om aan het Hof van Justitie van de Europese Unie een prejudiciële vraag te stellen.”