Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
MELCHIOR WATHELET
Föredraget den 23 april 2015 [1]

Mål C-689/13

Puligienica Facility Esco SpA (PFE)
mot
Airgest SpA

(begäran om förhandsavgörande från Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana (Italien))

”Direktiv 89/665/EEG — Offentlig upphandling — Överklagande angående ogiltigförklaring av beslut att tilldela ett kontrakt — Anslutningsöverklagande angående bestridande av att anbudsingivare som inte utvalts deltagit i upphandlingen — Regel i nationell rättspraxis enligt vilken den nationella domstolen kan avgöra målet på grundval av huvudöverklagandet endast om det saknas fog för anslutningsöverklagandet — De principer som fastställts av den högsta nationella förvaltningsdomstolen är tvingande även om de är oförenliga med unionsrätten — Dom Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) — Artikel 267 FEUF — Företräde — Direktivkonform tolkning”

I – **Inledning**

1. Förevarande begäran om förhandsavgörande avser dels tolkningen av artikel 1.3 i rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten [2], i dess lydelse lydelse enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 [3] (nedan kallat direktiv 89/665), dels tolkningen av artikel 267 FEUF samt principen om unionsrättens företräde och principen om direktivkonform tolkning.

2. De tolkningsfrågor som den hänskjutande domstolen, Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana (högsta förvaltningsdomstolen i regionen Sicilien, Italien), har ställt rör nämligen två olika juridiska problem. Den första tolkningsfrågan gäller räckvidden av domen Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) medan den andra angår tolkningen av artikel 267 FEUF i en situation där det enligt den nationella lagstiftningen är obligatoriskt för en domstol att hänskjuta målet till pleniavgörande för det fall det föreligger tvivel om huruvida en rättsprincip som fastställts av denna domstol är förenlig med unionsrätten.

1 — Originalspråk: franska.

2 — EGT L 395, s. 33; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 48.

3 — EUT L 335, s. 31.

II – **Tillämpliga bestämmelser**

A – *Unionsrätt*

3. Artikel 1 i direktiv 89/665, med rubriken ”Tillämpningsområde och tillgängliga prövningsförfaranden” har följande lydelse:

”1. Detta direktiv ska tillämpas på avtal som avses i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster [EUT L 134, s. 114], såvida inte sådana avtal omfattas av undantag i enlighet med artiklarna 10–18 i det direktivet.

Avtal enligt detta direktiv inbegriper offentliga kontrakt, ramavtal, byggkoncessioner och dynamiska inköpssystem.

Medlemsstaterna ska vidta nödvändiga åtgärder för att garantera att en upphandlande myndighets beslut gällande avtal som omfattas av direktiv 2004/18/EG kan prövas effektivt, och i synnerhet så skyndsamt som möjligt enligt villkoren i artiklarna 2–2f i detta direktiv, när det görs gällande att sådana beslut har inneburit en överträdelse av gemenskapslagstiftningen om offentlig upphandling eller nationella bestämmelser som införlivar denna lagstiftning.

…

4. 3. Medlemsstaterna ska se till att prövningsförfaranden är tillgängliga på detaljerade villkor som medlemsstaterna själva anger, åtminstone för var och en som har eller har haft intresse av att få ingå ett visst kontrakt och som har lidit skada eller riskerar att lida skada till följd av en påstådd överträdelse.

…”

5. I Artikel 2 i direktivet med rubriken ”Krav på prövningsförfaranden” anges följande i punkt 1:

”Medlemsstaterna ska se till att de åtgärder som vidtas vad avser prövningsförfarandena i artikel 1 innehåller bestämmelser om befogenheter att

…

b) antingen åsidosätta eller garantera åsidosättande av olagliga beslut …”

B – *Italiensk rätt*

1. Konstitutionen

6. Enligt artikel 111 sista stycket i konstitutionen kan ”avgöranden av Consiglio di Stato … överklagas av skäl som rör behörighet”.

2. Förvaltningsprocesslagen

7. Genom lagstiftningsdekret nr 104 av den 2 juli 2010 (ordinarie tillägg till GURI nr 156, av den 7 juli 2010), infördes förvaltningsprocesslagen (Codice del processo amministrativo).

8. Det anges i artikel 6.1 i förvaltningsprocesslagen lagen att ”Consiglio di Stato är den förvaltningsdomstol som dömer i sista instans”. I artikel 6.6 preciseras det vidare att ”överklaganden av avgöranden av Tribunale amministrativa regionale della Sicilia [förvaltningsdomstol för regionen Sicilien] ska inges till Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana, under iakttagande av bestämmelserna i specialstadgan och motsvarande tillämpningsbestämmelser.”

9. I artikel 42 i lagen föreskrivs det att ”motparter och intervenienter vilkas intresse har samband med ansökan i huvudöverklagandet, kan inge ansökningar genom ett anslutningsöverklagande”.

10. Slutligen föreskrivs följande i artikel 99:

”1. Om den avdelning som tilldelats överklagandet konstaterar att den rättsfråga som den ska pröva kan ge upphov till olika lösningar i rättspraxis kan den genom ett beslut som fattas, på parternas begäran eller ex officio, hänskjuta målet till pleniavgörande. Rätten i plenum kan, om den finner det lämpligt, tillbakavisa målet till avdelningen.

2. Innan domen meddelas kan ordföranden för Consiglio di Stato, på parternas begäran eller ex officio, hänskjuta varje överklagande till rätten i plenum för att den ska avgöra principfrågor av största betydelse eller för att få skiljaktigheter i rättspraxis att upphöra.

3. När den avdelning som ska avgöra målet inte stödjer en rättsprincip som fastslagits av rätten i plenum, ska den, genom ett motiverat beslut, hänskjuta målet till pleniavgörande.

4. Rätten i plenum avgör saken i dess helhet, såvida den inte beslutar att fastställa en rättsprincip och tillbakavisa målet till den hänskjutande avdelningen för en prövning av målet i övrigt.

5. Om rätten i plenum bedömer att frågan är av synnerlig vikt kan den i vart fall fastställa rättsprincipen i lagens intresse, även om den förklarar att överklagandet inte kan upptas till sakprövning, inte kan handläggas enligt ett särskilt förfarande, att det föreligger rättegångshinder som inte kan avhjälpas eller att handläggningen av målet upphör. I det fallet har beslutet av rätten i plenum ingen verkan på den angripna åtgärden.”

3. Lagstiftningsdekret nr 373 av den 24 december 2003

11. Den 24 december 2003 antog den italienske lagstiftaren lagstiftningsdekret nr 373 med rubriken ”Tillämpningsföreskrifter för specialstadgan för regionen Sicilien angående fullgörandet i regionen av de uppgifter som åligger Consiglio di Stato” (ordinarie tillägg till GURI nr 10 av den 14 januari 2004).

12. Det anges i artikel 1.2 att ”Consiglio di Giustizia amministrativa [per la Regione siciliana] har sitt säte i Palermo och den består av två avdelningar med rådgivande respektive dömande funktioner vilka utgör fristående avdelningar i förhållande till Consiglio di Stato”.

III – **Bakgrund till tvisten vid den nationella domstolen**

13. Genom ett meddelande som offentliggjordes den 18 januari 2012, inledde Airgest SpA, det bolag som driver den civila flygplatsen i Trapani-Birgi (Italien) ett öppet anbudförfarande vars föremål var tilldelning av tjänstekontrakt avseende städning och underhåll av denna civila flygplats grönområden.

14. Kontraktet tilldelades genom ett slutgiltigt beslut om tilldelning av den 22 maj 2012, det tillfälliga samriskföretag (nedan kallad det tillfälliga samriskföretaget) som bildats av bolaget Gestione Servizi Ambientali Srl (nedan kallat GSA) och bolaget Zenith Services Group Srl.

15. Puligienica Facility Esco SpA (PFE) (nedan kallat PFE), som också hade deltagit i anbudsförfarandet och placerats på andra plats överklagade beslutet vid Tribunale amministrativo regionale della Sicilia. PFE begärde att tilldelningsbeslutet skulle ogiltigförklaras och att kontraktet följaktligen skulle tilldelas bolaget.

16. Till stöd för sitt överklagande anförde PFE att den upphandlande myndigheten borde ha uteslutit det tillfälliga samriskföretaget på grund av åsidosättande av artikel 38 första stycket h och m i lagstiftningsdekret nr 163/2006 av den 12 april 2006 om lag om offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster med tillämpning av direktiven 2004/17/EG och 2004/18/EG (GURI nr 100 av den 2 maj 2006) och punkt III.2.1 i meddelandet om upphandling samt punkt c i förfrågningsunderlaget.

17. GSA som är ledande i det tillfälliga samriskföretaget, blev då part i målet och ingav ett anslutningsöverklagande i syfte att göra gällande att PFE saknade intresse för att kunna fullfölja sitt överklagande. Detta anslutningsöverklagande grundades på att PFE, enligt GSA, inte uppfyllde villkoren för att delta i upphandlingen på grund av att dess anbud var otydligt och således borde ha uteslutits från upphandlingsförfarandet.

18. Tribunale amministrativa regionale della Sicilia prövade de båda parternas argument och biföll båda överklagandena.

19. Efter att denna dom meddelats, uteslöt den upphandlande myndigheten de tvistande företagen. Sedan den upphandlande myndigheten verkställt domen genom att utföra en kontroll, uteslöt den alla företag som ursprungligen hade godtagits och rangordnats, med anledning av samma brist, nämligen den som bestod i att det saknades en specifik angivelse av kostnaderna för säkerheten. Det inleddes då ett förhandlat förfarande för tilldelning av de ovannämnda tjänsterna.

20. PFE överklagade den av Tribunale amministrativa regionale della Sicilia meddelade domen till den hänskjutande domstolen, medan GSA ingav ett anslutningsöverklagande med motiveringen att Tribunale amministrativa regionale della Sicilia inte hade iakttagit den ordning för prövning av talan som införts genom dom nr 4/2011 av Consiglio di Stato i plenum (nedan kallad dom nr 4/2011), enligt vilken vid fall av anslutningstalan som innebär en processinvändning mot huvudtalan, anslutningstalan ska prövas före huvudtalan.

21. Den hänskjutande domstolen har i sin begäran om förhandsavgörande erinrat om att den princip som formulerats i dom nr 4/2011 redan var i centrum för diskussionen i den begäran om förhandsavgörande som ledde till domen Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448).

22. I det mål som gav upphov till den domen hade två anbudsgivare tidigare valts ut av den upphandlande myndigheten och inbjudits att inkomma med anbud. Den anbudsgivare vars anbud inte hade antagits överklagade beslutet då denne ansåg att den anbudsingivares anbud som antagits inte motsvarade förfrågningsunderlaget. Som en reaktion på detta hade den anbudsgivare som vunnit upphandlingen i sin tur ingett ett anslutningsöverklagande under åberopande av att det anbud som inte antagits borde ha uteslutits med motiveringen att det inte heller uppfyllde ett av de minimikrav som föreskrevs i förfrågningsunderlaget.

23. Enligt den nationella domstol vid vilken överklagandet ingavs, nämligen Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte (förvaltningsdomstol för regionen Piemonte), var båda anbuden inadekvata, och det fanns således anledning att bifalla överklagandet i båda målen, såväl huvudöverklagandet som anslutningsöverklagandet, med följden att hela upphandlingsförfarandet ogiltigförklarades. I enlighet med den rättsprincip som fastslagits i dom nr 4/2011, borde emellertid anslutningsöverklagandet ha prövats före anslutningsöverklagandet, eftersom den förstnämnda avsåg huvudklagandens talerätt samtidigt som hans rätt att delta i anbudsinfordran bestreds.

24. Efter det att Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte hänskjutit en begäran om förhandsavgörande till domstolen, fann denna att en särskild talan som väckts av den vinnande anbudsgivaren inte kan medföra att en anbudsgivares talan avvisas i ett sådant fall då båda anbudsgivarnas anbud ifrågasätts i samma förfarande och på identiska grunder. I en sådan situation kan nämligen båda konkurrenterna göra gällande ett berättigat intresse av att övriga anbud utesluts. [4]

25. Domstolen ansåg följaktligen att artikel 1.3 i direktiv 89/665 utgjorde hinder mot att den talan som väckts av den anbudsgivare som inte tilldelats kontraktet avvisas efter en första prejudiciell prövning av den invändning om rättegångshinder som framställts av den vinnande anbudsgivaren vilken tilldelats kontraktet, utan att det prövas huruvida såväl det anbud som lämnats av den vinnande anbudsgivaren, vilken tilldelats kontraktet, som anbudet från den anbudsgivare som väckt huvudtalan i det nationella målet uppfyller kraven i nämnda specifikationer. [5]

26. Oavsett denna erinran har den hänskjutande domstolen uppmärksammat att de deltagande företagen i det nationella målet till skillnad från dem i målet Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), är fler än två, även om endast två av dem är parter i det nationella målet.

27. Den hänskjutande domstolen har även uppmärksammat domstolen på regeln i artikel 99.3 i förvaltningsprocesslagen enligt vilken den hänskjutande domstolen, om den avviker från den inriktning i rättspraxis som fastslagits av Consiglio di Stato i plenum, måste hänskjuta målet till pleniavgörande.

28. Med hänsyn till de specifika omständigheterna i det mål som den hänskjutande domstolen har att avgöra, beslutade den följaktligen att ställa frågor till domstolen angående tolkningen av artikel 1.3 i direktiv 89/665 och tolkningen av artikel 267 FEUF.

IV – **Begäran om förhandsavgörande och förfarandet vid domstolen**

29. Genom beslut av den 26 september 2013 som inkom till domstolen den 24 december 2013 beslutade Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana att förklara målet vilande och att i enlighet med artikel 267 FEUF ställa följande tolkningsfrågor till domstolen:

”1) Är de principer som kommer till uttryck i EU-domstolens dom [Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448)] med avseende på den specifika situation som var föremål för begäran om förhandsavgörande i det målet, i vilken endast två företag deltog i en offentlig upphandling, även tillämpliga – med hänsyn till de likartade omständigheterna – i det mål som denna domstol har att avgöra, i vilket den upphandlande myndigheten har uteslutit samtliga företag som bjudits in att delta i anbudsförfarandet, vilka dock var fler än två, och i vilket inga andra än de företag som är parter i förevarande mål har överklagat nämnda uteslutning, med följden att målet de facto är begränsat till två företag?

2) Är – vad gäller frågor som kan avgöras med stöd av unionsrätten – artikel 99.3 i förvaltningsprocesslagen förenlig med tolkningen av unionsrätten och särskilt av artikel 267 FEUF, i den mån det i den nationella bestämmelsen föreskrivs att varje princip som Consiglio di Stato har slagit fast i plenum är bindande för varje avdelning och domarsammansättning vid Consiglio di

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

5 — Ibid. (punkt 34 samt domslutet).

Stato, även när det klart framgår att nämnda rätt i plenum har eller kan ha fastställt en princip som strider mot eller är oförenlig med unionsrätten? Den hänskjutande domstolen vill i synnerhet få klarhet i följande:

— Är den avdelning eller domarsammansättning vid Consiglio di Stato som ska pröva målet och som är osäker på huruvida en princip som slagits fast i ett pleniavgörande är förenlig med unionsrätten, skyldig att genom ett motiverat beslut hänskjuta frågan till pleniavgörande, i förekommande fall innan den kan hänskjuta en fråga till EU-domstolen angående den omtvistade principens förenlighet med unionsrätten, eller kan i stället nämnda avdelning eller domarsammansättning vid Consiglio di Stato, eller snarare, är den skyldig, att i egenskap av nationell domstol som avgör frågan om unionsrättens tillämpning i sista instans direkt hänskjuta en fråga till EU-domstolen för en korrekt tolkning av unionsrätten?

— För det fall svaret på frågan i föregående stycke innebär att varje avdelning och domarsammansättning vid Consiglio di Stato kan eller är skyldig att direkt inge en begäran om förhandsavgörande till EU-domstolen, det vill säga i de fall där EU-domstolen har slagit fast – och i synnerhet om detta har skett efter det att Consiglio di Stato har fattat ett pleniavgörande – att det föreligger diskrepans eller bristande förenlighet mellan den korrekta tolkningen av unionsrätten och den nationella rättsprincip som Consiglio di Stato har slagit fast i plenum, kan eller är varje avdelning och domarsammansättning vid Consiglio de Stato, i egenskap av domstol som avgör frågan om unionsrätten tillämpning i sista instans, skyldig att direkt tillämpa den korrekta tolkningen av unionsrätten, såsom den har tolkats av unionsdomstolen eller är den, även i sådana fall, skyldig att genom ett motiverat beslut hänskjuta frågan till pleniavgörande, med följden att det enbart ankommer på den sistnämnda domstolen att efter eget skön tillämpa den unionsrätt som EU-domstolen redan har gett en bindande tolkning?

— Strider, slutligen, en tolkning av det förvaltningsprocessrättsliga systemet i Republiken Italien, enligt vilket bedömningen av huruvida en fråga ska hänskjutas till EU-domstolen för ett förhandsavgörande enbart ankommer på rätten i plenum – eller till och med lösningen på tvisten, i den mån den är en direkt följd av tillämpningen av de gemensamma rättsprinciper som EU-domstolen redan har slagit fast – mot såväl principen om en rimlig handläggningstid och att snabbt kunna anföra klagomål i samband med offentlig upphandling, som kravet på att unionsrätten ska tillämpas fullt ut av samtliga domstolar i medlemsstaterna, på ett bindande sätt i enlighet med den korrekta tolkning som EU-domstolen har gjort, även med beaktande av den mest extensiva tolkningen av principen om den så kallade ”ändamålsenliga verkan” och unionsrättens företräde (inte bara i materiellt utan även i processuellt hänseende) framför den nationella rätten i varje enskild medlemsstat (i förevarande fall artikel 99.3 i Republiken Italiens förvaltningsprocesslag)?”

30. PFE, GSA, Italiens regering och Europeiska kommissionen har inkommit med skriftliga yttranden. Samtliga har dessutom yttrat sig vid förhandlingen den 11 mars 2015.

V – **Bedömning**

A – *Den första tolkningsfrågan*

31. Den hänskjutande domstolen har ställt den första frågan för att få klarhet i huruvida domstolens tolkning av artikel 1.3 i direktiv 89/665 i domen Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) kan tillämpas i en situation där samtliga företag som bjudits in att delta i anbudsförfarandet, vilka dock var fler än två, har uteslutits av den upphandlande myndigheten och där inga andra än de företag som är parter i det nationella målet har överklagat nämnda uteslutning, med följden att målet de facto är begränsat till två företag.

32. För att kunna besvara denna fråga anser jag att det är nödvändigt att i första hand eftersöka den konkreta verkan av domstolens tolkning i domen Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448). Därefter ska det avgöras om antalet anbudsgivare har någon betydelse eller är ett villkor för denna verkan. Om det tvärtom visar sig att antalet företag i fråga i det nationella målet inte påverkar verkningarna av att bestämmelsen tillämpas på det sätt som domstolen tolkat den, måste den hänskjutande domstolens fråga ges ett jakande svar. Om det tvärtom framgår att artikel 1.3 i direktiv 89/665, såsom den tolkats av domstolen i domen Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) inte kan ge upphov till verkningar i en situation som den i det nationella målet, ska således den första tolkningsfrågan besvaras nekande.

1. Fastställande av verkningarna av den tolkning som domstolen gav artikel 1.3 i direktiv 89/665 i domen Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448)

33. I det mål där domstolen meddelade dom Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), var den avgörande faktorn att det valda anbudet med orätt inte hade förkastats i det skede då anbuden kontrollerades, trots att det inte uppfyllde kraven i de tekniska specifikationer som ingick i förfrågningsunderlaget. [6]

34. Enligt domstolen kan i ett förfarande som inletts av en anbudsgivare ”en särskild talan som väckts av den vinnande anbudsgivaren inte medföra att en anbudsgivares talan avvisas i ett sådant fall då båda anbudsgivarnas anbud ifrågasätts i samma förfarande och på identiska grunder. I en sådan situation *kan nämligen båda konkurrenterna göra gällande ett berättigat intresse av att övriga anbud utesluts, vilket kan leda till slutsatsen att det är omöjligt för den upphandlande myndigheten att välja ett anbud som uppfyller de ställda kraven*”. [7]

35. Den skyldighet som följer av dessa konstateranden är således ett förbud mot att avvisa huvudöverklagandet efter en första prejudiciell prövning av invändningen om rättegångshinder utan att det prövas huruvida de båda anbuden uppfyller kraven i specifikationerna [8]. Om de båda anbuden inte bedöms uppfylla kraven blir den konkreta följden av denna skyldighet att det är omöjligt för den upphandlande myndigheten att välja ett anbud som uppfyller kraven vilket leder till att en ny anbudsinfordran måste äga rum.

2. Huruvida tolkningen av artikel 1.3 i direktiv 89/665 i domen Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) är tillämplig

36. I det nationella målet var de företag som tilläts delta i det omtvistade förfarandet fler än två. Det framgår emellertid av de förklaringar som den hänskjutande domstolen tillhandahållit att det med undantag av klaganden i det nationella målet (och via ett anslutningsöverklagande av det företag som tilldelats kontraktet) inte är något av de övriga företag som uteslutits från upphandlingen som har bestritt sin uteslutning vid myndigheten eller i domstol.

37. Om i sådan situation den domstol till vilken överklagandet ingavs konstaterade att de båda ifrågavarande anbuden inte uppfyllde kraven, skulle den upphandlande myndigheten inte vara skyldig att göra en ny anbudsinfordran, utan den skulle i förekommande fall kunna välja att ge kontraktet till ett annat företag som återfanns i den rangordning som den upphandlande myndigheten upprättat.

6 — Se punkt 32 i nämnda dom.

7 — Ibid. (punkt 33). Min kursivering.

8 — Se domen Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448, punkt 34 samt domslutet).

38. Det är dock inte uteslutet att en av de brister som låg till grund för ogiltigförklaringen av de anbud som huvudklaganden och den anbudsgivare som vunnit upphandlingen lämnat, även behäftar alla de övriga anbuden. Under dessa förhållanden måste då den upphandlande myndigheten med nödvändighet inleda ett nytt förfarande. [9]

39. Under dessa förhållanden kan, såsom domstolen fann i punkt 33 i domen Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), ”båda konkurrenterna göra gällande ett berättigat intresse av att övriga anbud utesluts, vilket kan leda till slutsatsen att det är omöjligt för den upphandlande myndigheten att välja ett anbud som uppfyller de ställda kraven”.

40. Jag påpekar för övrigt att domstolen i den ovannämnda domen inte avsåg att begränsa sitt konstaterande till en situation med en upphandling som endast väckt två företags intresse (och således lett till att endast två anbud lämnats), eftersom den rent allmänt åsyftade ”*båda* konkurrenternas” [10] berättigade intresse, inte av att den andres, utan av att ”*övriga*” [11] anbud utesluts.

41. Följaktligen bedömer jag att den skyldighet som domstolen slog fast i domen Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) enligt vilken artikel 1.3 i direktiv 89/665 utgör hinder mot att avvisa ett huvudöverklagande som ingetts av en utesluten anbudsgivare efter en första prejudiciell prövning av invändningen om rättegångshinder vilken framställts i form av ett anslutningsöverklagande av den vinnande anbudsgivaren, vilken tilldelats kontraktet, utan att det prövas huruvida de båda anbuden uppfyller kraven i specifikationerna [12], likaledes är tillämplig under omständigheterna i det nationella målet.

3. Den eventuella betydelsen av olikheterna i de grunder avseende brister som anförts till stöd för huvudöverklagandet och anslutningsöverklagandet

42. Den hänskjutande domstolen har uttryckligen begränsat de faktiska omständigheter som är relevanta till det faktum att de företag som deltagit i det offentliga upphandlingsförfarandet, även om fler än två anbudsgivare godtagits, alla har uteslutits av den upphandlande myndigheten, utan att några andra företag än de företag som var involverade i detta förfarande har överklagat beslutet om uteslutning så att den tvist som anhängiggjorts vid den hänskjutande domstolen därför begränsas till att omfatta dessa båda företag.

43. Jag har nyss förklarat varför denna specifika omständighet inte har någon inverkan på tillämpningen av den regel som domstolen formulerade i domen Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448).

44. GSA har inte desto mindre i sina inlagor, vilket bekräftats vid förhandlingen, åberopat en andra olikhet i förhållande till domen Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448). Bolaget anser nämligen att domstolens tolkning i den domen endast är tillämplig om de grunder avseende brister som anförts till stöd huvudöverklagandet och anslutningsöverklagandet är *identiska*.

9 — Det var för övrigt denna situation som uppstod, förefaller det, i det nationella målet enligt den hänskjutande domstolens beskrivning (se punkt C4, s. 12 i begäran om förhandsavgörande) och de upplysningar som parterna i det nationella målet tillhandahållit (se s. 2 i PFE:s skriftliga yttrande och punkt 9 i GSA:s skriftliga yttrande).

10 — Dom Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448, punkt 33). Min kursivering. (I den franska versionen står det precis som i den italienska ”var och en av konkurrenterna” och inte ”båda”, övers. anm.).

11 — Ibid., min kursivering. Enligt den italienska versionen av domen (rättegångsspråk som är bindande) ”ciascuno *dei concorrenti* può far valere un analogo interesse legittimo all’esclusione dell’offerta *degli altri*, che può indurre l’amministrazione aggiudicatrice a constatare l’impossibilità di procedere alla scelta di un’offerta regolare” (min kursivering).

12 — Se punkt 34 samt domslutet i domen Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448).

45. Enligt dessa förklaringar har emellertid GSA:s anslutningsöverklagande en annan grund än den som PFE åberopat till stöd för huvudöverklagandet. PFE har begärt ogiltigförklaring av beslutet att tilldela GSA kontraktet på grund av att det skett ett åsidosättande av den skyldighet som åligger anbudsgivarna att lämna alla relevanta uppgifter. PFE har således anfört en grund som avser en formell brist. GSA har däremot begärt att PFE ska uteslutas med anledning av att anbudet är otydligt, det vill säga att rör sig om en materiell brist hos anbudet.

46. Jag noterar inledningsvis att användningen av pluralis på rättegångsspråket (italienska) (”nell’ambito del medesimo procedimento *e per motivi identici*”[13]) och av det mer allmänna uttrycket ”de nature identique” (identisk till sin karaktär) på det språk på vilket den överklagade domen diskuterades (franska), talar för en vid tolkning av begreppet *identiska grunder* (och inte *identisk grund*) vilket åberopats till stöd för vart och ett av de båda överklaganden.[14] Den omständigheten att det är ytterst ovanligt att grunder är fullständigt identiska stödjer denna tolkning.

47. Sedan anser jag att frågan om huruvida de anmärkningar som åberopats till stöd för huvudöverklagandet och anslutningsöverklagandet är identiska, exempelvis antalet anbudsgivare, inte utgör en avgörande faktor för den tolkning av artikel 1.3 i direktiv 89/665 som domstolen gjorde i domen Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448).

48. När domstolen hävdade i punkt 33 i denna dom att ”en särskild talan som väckts av den vinnande anbudsgivaren [inte] kan … medföra att en anbudsgivares talan avvisas i ett sådant fall då båda anbudsgivarnas anbud ifrågasätts i samma förfarande och på identiska grunder”, består det väsentliga, enligt vad jag redan tidigare förklarat, i det faktum att ”[i] en sådan situation kan nämligen båda konkurrenterna göra gällande ett berättigat intresse av att övriga anbud utesluts, vilket kan leda till slutsatsen att det är omöjligt för den upphandlande myndigheten att välja ett anbud som uppfyller de ställda kraven”[15].

49. Dessa båda meningar utgör tillsammans en och samma punkt i domen och kan följaktligen inte läsas var och en för sig.

50. Jag delar således kommissionens uppfattning i dess yttrande att den omständigheten är avgörande att huvudöverklagandet och anslutningsöverklagandet ger upphov till ett berättigat intresse av att upphandlingsförfarandet återupptas.

51. I det nationella målet visar det sig emellertid – med förbehåll för en grundligare prövning av den hänskjutande domstolen – att de grunder som PFE och GSA åberopat, även om de inte är identiska, skulle kunna vara av samma karaktär (såtillvida att de avser bristande uppfyllelse hos det andra anbudet av de ställda kraven) och i vart fall hos var och en av aktörerna i målet vid den hänskjutande domstolen skapar ”ett berättigat intresse av att övriga anbud utesluts” i den mening som avses i domen Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448).

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

14 — Såsom generaladvokaten Kokott redan har framhållit angående en dom meddelad av Europeiska unionens tribunal, kan när den franska språkversionen inte är bindande (därför att franska inte är rättegångsspråket) men den är mer exakt än den version som upprättades på rättegångsspråket, denna språkversion ”på vilken utkastet till den överklagade domen upprättades och den överklagade domen diskuterades, ge ytterligare ledning till vad [tribunalen] i själva verket avsåg att hänföra sig till” (förslag till avgörande av generaladvokat Kokott Bertelsmann och Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU: C:2007:790, punkt 253).

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

52. Såsom kommissionen vidare framhöll vid förhandlingen den 11 mars 2015 skyddar den regel som domstolen formulerade i domen Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), förutom anbudsgivarnas intresse, även den upphandlande myndighetens intresse av att kunna välja det bästa anbud som uppfyller kraven i specifikationerna. I det nationella målet skulle dock en strikt tolkning av kriteriet ”identiska grunder” vilket har anförts till stöd för huvudöverklagandet och anslutningsöverklagandet, kunna leda till att den upphandlande myndigheten är skyldig att tilldela ett företag kontraktet fastän dess anbud inte uppfyller de ställda kraven.

4. Mellanliggande förslag till avgörande

53. Mot bakgrund av det ovan anförda, föreslår jag att domstolen besvarar den första tolkningsfrågan så, att den tolkning av artikel 1.3 i direktiv 89/665 som domstolen gjorde i domen Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) även är tillämplig i en situation där ett överklagande inges av en enda anbudsgivare medan flera företag hade tillåtits att delta i anbudsinfordran och den anbudsgivare som vunnit upphandlingen i sin tur inger ett anslutningsöverklagande inom ramen för samma förfarande och såväl huvudklaganden som den anbudsgivare som vunnit upphandlingen har ett berättigat intresse av att den andre aktören utesluts.

B – *Den andra tolkningsfrågan*

54. Den hänskjutande domstolen har ställt den andra frågan för att få klarhet i huruvida artikel 267 FEUF utgör hinder mot den mekanism som införts genom artikel 99.3 i förvaltningsprocesslagen, vilken föreskriver att det är obligatoriskt för varje avdelning och domarsammansättning vid Consiglio di Stato att när den anser att det inte är nödvändigt att följa en rättsprincip, hänskjuta frågan till pleniavgörande. Den hänskjutande domstolen har frågat sig om denna mekanism utgör hinder för att den dels ställer en fråga till domstolen, dels avgör målet i enlighet med unionsrätten på ett direkt och självständigt sätt genom att underlåta att tillämpa denna mekanism.

55. Eftersom den hänskjutande domstolen beslutade att, genom sin första tolkningsfråga, rådfråga domstolen angående tolkningen av det tillämpliga direktivet, skulle det kunna ifrågasättas om det är nödvändigt att besvara den första delen av den andra tolkningsfrågan.

56. Jag anser emellertid i likhet med domstolen vilken valde att besvara alla de frågor som ställts i det mål som ledde till domen Cartesio (C-210/06, EU:C:2008:723) med att ”[d]et skulle strida mot den samarbetsanda som måste råda i förhållandet mellan de nationella domstolarna och [EU-]domstolen och mot kraven på processekonomi, att kräva att en nationell domstol först måste begära ett förhandsavgörande uteslutande avseende frågan huruvida den domstolen ingår bland de domstolar som avses i artikel [267] tredje stycket [FEUF] innan den eventuellt i ett senare skede ska begära ytterligare ett förhandsavgörande avseende de frågor som avser de [unions]rättsliga bestämmelser som rör saken i det mål den har att avgöra” [16].

57. Innan denna aspekt av tolkningsfrågan besvaras, ska jag emellertid studera den andra aspekten av denna fråga, det vill säga den hänskjutande domstolens behörighet att direkt avgöra målet på ett sätt som är förenligt med unionsrätten.

16 — Punkt 70. Vidare hade domstolen, såsom den själv preciserade, ”redan besvarat en fråga om den hänskjutande domstolens beskaffenhet med hänsyn till artikel [267 FEUF] tredje stycket FEUF. Omständigheterna i det fallet liknade dem som är i fråga i förevarande begäran om förhandsavgörande, och domstolen ifrågasatte inte att den aktuella begäran kunde tas upp till sakprövning [i dom Lyckeskog (C-99/00, EU:C:2002:329)]” (punkt 71). Så var även fallet i det mål som ledde till dom Melki och Abdeli (C-188/10 och C-189/10, EU:C:2010:363).

1. Den hänskjutande domstolens behörighet att direkt avgöra målet på ett sätt som är förenligt med unionsrätten

58. Då den hänskjutande domstolen beslutat att ställa en tolkningsfråga till domstolen med tillämpning av artikel 267 FEUF, kommer svaret på den andra aspekt som togs upp i den andra tolkningsfrågan att återfinnas i domstolens fasta rättspraxis enligt vilken den nationella domstolen är bunden av EU-domstolens tolkning av de aktuella bestämmelserna med vilken den skulle ha besvarat den första tolkningsfrågan. Den hänskjutande domstolen är följaktligen skyldig att avvika från den rättsprincip som fastställts i dom nr 4/2011 om den mot bakgrund av EU-domstolens ovannämnda tolkning finner att principen är oförenlig med unionsrätten. [17]

59. Jag framhåller vidare att Consiglio di Stato i plenum genom dom nr 9/2014 av den 25 februari 2014 (nedan kallad dom nr 9/2014) ändrade den rättsprincip som den fastställt i dom nr 4/2011. Om nämnda rättsprincip i ändrad lydelse kan tolkas på ett sätt som är förenligt med den innebörd som domstolen gav artikel 1.3 i direktiv 89/665 i domen Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) även i förevarande mål, ska den inte åsidosättas. Kravet på en direktivkonform tolkning av nationell rätt följer nämligen av det i fördraget upprättade systemet som sådant, eftersom det tillåter att den nationella domstolen inom ramen för sin behörighet säkerställer att unionsrätten ges full verkan när den avgör den vid denna domstol anhängiggjorda tvisten. [18]

60. Principen om direktivkonform tolkning innebär nämligen att de nationella domstolarna ska göra allt som ligger inom deras behörighet, med hänsyn till den nationella rätten i sin helhet och med tillämpning av de tolkningsmetoder som är erkända i nationell rätt, för att säkerställa att direktiv 89/665 ges full verkan och för att uppnå ett resultat som är förenligt med direktivets syfte. [19]

61. Om däremot den rättsprincip som fastställts i dom nr 4/2011, såsom den ändrats genom dom nr 9/2014, inte kunde tolkas i enlighet med artikel 1.3 i direktiv 89/665, skulle den hänskjutande domstolen inte ha något annat val än att underlåta att tillämpa den [20] i enlighet med principen om unionsrättens företräde [21].

62. Trots att problemet inte uppkommer i förevarande fall – eftersom en tolkningsfråga har ställts till domstolen – är det helt klart inte överflödigt att erinra om den nationella domstolens skyldighet att underlåta att tillämpa en nationell norm som strider mot unionsrätten och inte kan tolkas på ett sätt som överensstämmer med denna. Denna skyldighet påverkar på intet sätt principen enligt vilken den nationella domstolen ”varken är tvungen eller förhindrad att först begära ett förhandsavgörande från domstolen” [22].

17 — Se, för ett liknande resonemang, dom Elchinov (C-173/09, EU:C:2010:581, punkt 30) och dom Križan m.fl. (C-416/10, EU:C:2013:8, punkt 69).

18 — Se dom Pfeiffer m.fl. (C-397/01–C-403/01, EU:C:2004:584, punkt 114), dom Kücükdeveci (C-555/07, EU:C:2010:21, punkt 48), dom Dominguez (C-282/10, EU:C:2012:33, punkt 24), och dom Amia (C-97/11, EU:C:2012:306, punkt 28). Enligt fast rättspraxis är den nationella domstolen, vid tillämpningen av nationell rätt och i synnerhet av de bestämmelser i en nationell lag som har införts särskilt för genomförandet av ett direktiv, skyldig att i möjligaste mån tolka den nationella rätten mot bakgrund av direktivets ordalydelse och syfte så att det resultat som avses i direktivet uppnås (utöver de domar som anges i denna fotnot, se även, den principiella domen von Colson och Kamann (14/83, EU:C:1984:153, punkt 26) och dom Marleasing (C-106/89, EU:C:1990:395, punkt 8).

19 — Se, bland annat, dom Dominguez (C-282/10, EU:C:2012:33, punkt 27) och dom Amia (C-97/11, EU:C:2012:306, punkt 29).

20 — I fråga om direktiv 89/665, se, bland annat, dom Uniplex (UK) (C-406/08, EU:C:2010:45, punkt 49). Även om domstolen enligt sin hädanefter fasta praxis anser att ”frågan huruvida en nationell bestämmelse, för det fall den strider mot unionsrätten, inte ska tillämpas endast uppstår om det inte är möjligt att tolka bestämmelsen på ett sätt som är förenligt med unionsrätten” dom Dominguez (C-282/10, EU:C:2012:33, punkt 23), dom Amia (C-97/11, EU:C:2012:306, punkt 27) och nyligen dom Spedition Welter (C-306/12, EU:C:2013:650, punkt 28), ifrågasätts inte skyldigheten att ”underlåta att tillämpa”, vilken slogs fast i domen Simmenthal (106/77, EU:C:1978:49, punkterna 21 och 24). Se, i detta avseende, domslutet i dom Amia (C-97/11, EU:C:2012:306), och dom A (C-112/13, EU:C:2014:2195, punkt 36).

21 — Se, för ett liknande resonemang, dom Kücükdeveci (C-555/07, EU:C:2010:21, punkt 54).

22 — Ibid, punkt 53.

63. En fråga kvarstår dock, nämligen frågan om vilken inverkan artikel 267 FEUF skulle kunna ha på ett sådant förfarande som föreskrivs i artikel 99 i förvaltningsprocesslagen.

2. Inverkan av artikel 267 FEUF på mekanismen med obligatoriskt hänskjutande för pleniavgörande av Consiglio di Stato

64. Till att börja med kan jag inte annat än dela generaladvokaten Mazáks uppfattning att i mål där bestämmelser i nationell rätt begränsar en nationell domstols möjlighet att med stöd av artikel 267 FEUF ställa en tolkningsfråga till EU-domstolen, har den ”systematiskt uttalat sig för att de nationella domstolarna i största möjliga omfattning ska kunna ställa frågor till domstolen om giltigheten och tolkningen av unionsrätten” [23].

65. Tre överväganden stödjer denna allmänna reflexion:

— För det första har domstolen, vad gäller domstolar som inte dömer i sista instans, uttalat att ”[d]et måste … stå en sådan domstol fritt att ställa frågor till EU-domstolen, om den anser att ett avgörande i enlighet med den högre instansens rättsliga bedömning skulle strida mot unionsrätten” [24].

— För det andra är de nationella domstolar, mot vars avgöranden det inte finns något rättsmedel enligt nationell lagstiftning i överensstämmelse med artikel 267 tredje stycket FEUF skyldiga att begära förhandsavgörande av [EU-]domstolen när de ställs inför en fråga om tolkningen av unionsrätten. Denna skyldighet syftar till att “förhindra att det i någon medlemsstat uppstår en inhemsk rättspraxis som inte står i överensstämmelse med de [unions]rättsliga reglerna” [25].

— För det tredje har domstolen förklarat att en nationell domstol som har att avgöra ett mål där unionsrätten är tillämplig, och som anser att en nationell bestämmelse inte bara strider mot unionsrätten, utan även är oförenlig med landets grundlag, inte är berövad möjligheten eller befriad från skyldigheten att enligt artikel 267 FEUF ställa en fråga till [EU-]domstolen om unionsrättens tolkning eller giltighet på grund av att frågan huruvida en regel i nationell rätt är oförenlig med landets grundlag måste överlämnas till landets författningsdomstol. [26]

66. Det är inom denna precisa ram som den andra tolkningsfrågan från den hänskjutande domstolen ska placeras.

67. Enligt artikel 1.2 i lagstiftningsdekret nr 373 av den 24 december 2003 består Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana av två avdelningar som är fristående i förhållande till Consiglio di Stato. Dess karaktär av domstol i den mening som avses i artikel 267 FEUF är således ställd utom tvivel, och dess rätt att ställa en tolkningsfråga till domstolen är odiskutabel. [27]

23 — Förslag till avgörande av generaladvokat Mazák i målen Melki och Abdeli (C-188/10 och C-189/10, EU:C:2010:319, punkt 62). Se även, angående domstolens fastställande av principen, dom Rheinmühlen-Düsseldorf (166/73, EU:C:1974:3, punkt 3) och för en bekräftelse av principen, dom Mecanarte (C-348/89, EU:C:1991:278, punkt 44), dom Palmisani (C-261/95, EU:C:1997:351, punkt 20), och dom Cartesio (C-210/06, EU:C:2008:723, punkt 88). Rättspraxis efter generaladvokaten Mazáks förslag till avgörande motsäger inte det konstaterandet. Se dom Melki och Abdeli (C-188/10 och C-189/10, EU:C:2010:363, punkt 41), dom Elchinov (C-173/09, EU:C:2010:581, punkt 26), dom Kelly (C-104/10, EU:C:2011:506, punkt 61), dom Križan m.fl. (C-416/10, EU:C:2013:8, punkt 64), och helt nyligen, dom A (C-112/13, EU:C:2014:2195, punkt 35).

24 — Se dom Rheinmühlen-Düsseldorf (166/73, EU:C:1974:3, punkt 4) och för dess bekräftelse, dom Cartesio (C 210/06, EU:C:2008:723, punkt 94), dom ERG m.fl. (C-378/08, EU:C:2010:126, punkt 32), dom Melki och Abdeli (C-188/10 och C-189/10, EU:C:2010:363, punkt 42), dom Elchinov (C-173/09, EU:C:2010:581, punkt 27), dom Kelly (C-104/10, EU:C:2011:506, punkt 61), och dom Križan m.fl. (C-416/10, EU:C:2013:8, punkt 68).

25 — Dom Lyckeskog (C-99/00, EU:C:2002:329, punkt 14 och där angiven rättspraxis).

26 — Se dom Melki och Abdeli (C-188/10 och C-189/10, EU:C:2010:363, punkt 45), i vilken det hänvisas till punkterna 39, 45 och 46 i dom Mecanarte (C-348/89, EU:C:1991:278), och dom A (C-112/13, EU:C:2014:2195, punkt 38)

27 — Jag framhåller dessutom att domstolen redan vid flera tillfällen har besvarat en begäran om förhandsavgörande som Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana riktat till den (se dom Valvo (C-78/07, EU:C:2008:171), beslut Rizzo (C-107/11, EU:C:2012:96), och dom Ottica New Line di Accardi Vincenzo (C-539/11, EU:C:2013:591)).

68. Under dessa förhållanden är den enda fråga som skulle kunna uppkomma, frågan om huruvida Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana med hänsyn till den skyldighet att hänskjuta till pleniavgörande som införts i artikel 99.3 i förvaltningsprocesslagen, ska betraktas som en nationell domstol, mot vars avgöranden det inte finns något rättsmedel enligt nationell lagstiftning, i den mening som avses i artikel 267 tredje stycket FEUF eller om det finns rättsmedel mot denna domstols avgöranden.

69. I den andra situationen står det den hänskjutande domstolen *fritt* att ställa frågor till EU-domstolen, om den anser att ett avgörande i enlighet med den högre instansens rättsliga bedömning skulle strida mot unionsrätten. I den första situationen är den hänskjutande domstolen däremot *skyldig* att vända sig till domstolen med en begäran om förhandsavgörande när den tvivlar på huruvida en rättsprincip som fastställts av du Consiglio di Stato i plenum är förenlig med unionsrätten.

70. Enligt vad jag nyss erinrat om, anges det i artikel 1.2 i lagstiftningsdekret nr 373 av den 24 december 2003 att Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana består av två avdelningar som utgör fristående avdelningar i förhållande till Consiglio di Stato.

71. Enligt artikel 6.1 i förvaltningsprocesslagen är emellertid ”Consiglio di Stato den förvaltningsdomstol som dömer i sista instans”.

72. Även om det enligt artikel 111 sista stycket i konstitutionen är tillåtet att överklaga beslut som fattats av Consiglio di Stato, inskränker sig denna möjlighet till att endast avse frågor om kompetensfördelningen mellan de olika italienska domstolarna.

73. Domstolen konstaterade nyligen att möjligheten att väcka talan vid en författningsdomstol, varvid denna endast kan pröva om de rättigheter och friheter som följer av den nationella konstitutionen eller av en internationell konvention har åsidosatts, nämligen inte innebär att en högsta domstol inte kan kvalificeras som en domstol mot vars avgöranden det inte finns något rättsmedel enligt nationell lagstiftning i den mening som avses i artikel 267 tredje stycket FEUF.[28] Under dessa förhållanden har jag har inte för avsikt att ifrågasätta att Consiglio di Stato och de fristående avdelningar som den består av ska kvalificeras som domstol ”i sista instans”.

74. Corte suprema di Cassazione har själv uttalat, i dom nr 2403 av den 4 februari 2014 i utökad sammansättning, att enligt det italienska förvaltningsprocessrättsliga systemet ankommer det på Consiglio di Stato, dess avdelningar och på rätten i plenum att utan distinktion döma i egenskap av domstol som dömer i sista instans i den mening som avses i artikel 267 tredje stycket FEUF.

75. Det obligatoriska hänskjutande till Consiglio di Stato i plenum som föreskrivs i artikel 99.3 i förvaltningsprocesslagen anser jag inte kunna ändra denna bedömning eftersom det inte kan betecknas som ett överklagande i den mening som avses i artikel 267 tredje stycket FEUF.

76. Detta förfarande disponerar inte parterna över, utan det gör endast den avdelning vid Consiglio di Stato som har att döma i målet. Vidare kan förfarandet inte leda till att ett avgörande av en domstol i lägre instans ändras men däremot till att rättspraxis från Consiglio di Stato i plenum ändras.

77. Enligt rättspraxis från Consiglio di Stato som åberopats av den italienska regeringen leder ett åsidosättande av artikel 99.3 i förvaltningsprocesslagen inte till några processrättsliga sanktioner.[29]

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

29 — Dom nr 4185 av den 6 augusti 2014, meddelad av tredje avdelningen vid Consiglio di Stato.

78. I överensstämmelse med det bakomliggande syftet med artikel 267 tredje stycket FEUF ska Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana när den ställs inför en fråga som avser tolkningen av unionsrätten vara skyldig att vända sig till domstolen för att förebygga att en nationell rättspraxis uppstår (eller lever kvar) som inte står i överensstämmelse med de unionsrättsliga reglerna. [30]

79. Risken att det utvecklas en nationell rättspraxis som strider mot unionsrätten begränsas förvisso av det faktum att, även om ett pleniavgörande av Consiglio di Stato med stöd av artikel 99.3 i förvaltningsprocesslagen grundas på att en rättsprincip har ifrågasatts därför att den presumerats strida mot unionsrätten, har Consiglio di Stato i plenum ännu mindre möjligheter att undkomma sin skyldighet att begära ett förhandsavgörande av domstolen.

80. Trots denna förfarandemässiga egenhet, ser jag åtminstone två skäl till att artikel 267 FEUF inte kan tolkas så, att den innebär ett förbud för en avdelning vid Consiglio di Stato vid vilken en tvist anhängiggjorts att själv ställa frågor till domstolen före ett eventuellt hänskjutande till pleniavgörande.

81. Att vägra en avdelning vid en domstol, mot vars avgöranden det inte finns något rättsmedel enligt nationell lagstiftning, möjligheten att ställa frågor till EU-domstolen enbart av det skälet att samma domstol i plenum är skyldig att göra det, strider mot domstolens fasta rättspraxis som alltid har tillerkänt ”en nationell domstol *en mycket vittgående* möjlighet att hänskjuta en fråga till EU-domstolen, om den bedömer att det i ett mål som pågår inför den har uppkommit frågor som kräver ett avgörande avseende tolkningen eller giltigheten av bestämmelser i unionsrätten för att den ska kunna döma i målet” [31].

82. Domstolen har dessutom förklarat att en nationell domstol som har att avgöra ett mål där unionsrätten är tillämplig, och som anser att en nationell bestämmelse inte bara strider mot unionsrätten, utan även är oförenlig med landets grundlag, inte är berövad möjligheten eller befriad från skyldigheten att enligt artikel 267 FEUF ställa en fråga till EU-domstolen om unionsrättens tolkning eller giltighet på grund av att frågan om huruvida en regel i nationell rätt är oförenlig med landets grundlag måste överlämnas till landets författningsdomstol. [32]

83. Domstolen har slagit fast att artikel 267 FEUF utgör hinder för en medlemsstats lagstiftning om ett förfarande för kontroll av de nationella lagarnas förenlighet med grundlagen, såvitt den omständigheten att detta förfarande ska handläggas med förtur medför att övriga nationella domstolar är förhindrade att använda sin möjlighet eller uppfylla sin skyldighet att begära att EU-domstolen meddelar förhandsavgörande, såväl före hänskjutandet av en fråga om grundlagsförenlighet till den nationella domstol som har till uppgift att kontrollera lagarnas förenlighet med grundlagen som, i förekommande fall, efter det att sistnämnda domstol har meddelat ett avgörande i denna fråga. [33]

84. Denna lösning är i än högre grad självklar här, som bestämmelsen i fråga ålägger Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Siciliana att avstå från fortsatt handläggning av målet till förmån för Consiglio di Stato i plenum, till skillnad mot vad som gällde den fråga som skulle handläggas med förtur angående förenligheten med konstitutionen i det mål som ledde till domen Melki och Abdeli (C-188/10 och C-189/10, EU:C:2010:363). Det föreskrivs nämligen i artikel 99.4 i förvaltningsprocesslagen att, när frågan hänskjutits för pleniavgörande av Consiglio di Stato, rätten ”i plenum avgör saken i dess helhet, såvida den inte beslutar att fastställa en rättsprincip och tillbakavisa målet till den hänskjutande avdelningen för en prövning av målet i övrigt”.

30 — Dom Lyckeskog (C-99/00, EU:C:2002:329, punkt 14 och där angiven rättspraxis).

31 — Dom Križan m.fl. (C-416/10, EU:C:2013:8, punkt 64 och där angiven rättspraxis). Min kursivering.

32 — Se dom Melki och Abdeli (C-188/10 och C-189/10, EU:C:2010:363, punkt 45), i vilken det hänvisas till punkterna 39, 45 och 46 i dom Mecanarte (C-348/89, EU:C:1991:278) och dom A (C-112/13, EU:C:2014:2195, punkt 38).

33 — Dom Melki och Abdeli (C-188/10 och C-189/10, EU:C:2010:363, punkt 57 samt domslutet). Se även dom A (C-112/13, EU:C:2014:2195, punkt 46 samt domslutet).

85. Enbart den omständigheten att det i det aktuella nationella förfarandet inte rör sig om ett obligatoriskt hänskjutande i förväg till en annan domstol utan till den domstol i plenum vid vilken överklagandet ingavs i det nationella målet, förefaller mig inte kunna motivera att det görs avsteg från de olika principer som format den vida tolkningen av artikel 267 FEUF eller från den nationella domstolens frihet att ställa en tolkningsfråga till EU-domstolen.

86. Domstolen har förvisso aldrig föranletts att uttala sig angående denna egenhet. Den lösning som valdes i domen Parfums Christian Dior (C-337/95, EU:C:1997:517) verkar emellertid bekräfta den föreslagna bedömningen och kunna tillämpas, i tillämpliga delar, på den situation i vilken den hänskjutande domstolen befinner sig.

87. I det målet frågade nämligen den nationella domstolen EU-domstolen om det var den själv eller Beneluxdomstolen som skulle betraktas som den nationella domstol mot vars avgöranden det inte finns något rättsmedel enligt nationell lagstiftning och som därför var skyldig att begära förhandsavgörande av EU-domstolen i enlighet med artikel 267 tredje stycket FEUF. Domstolen drog slutsatsen att båda domstolarna kunde betraktas som skyldiga att föra frågan vidare till domstolen i den mening som avses i artikel 267 tredje stycket FEUF så snart en fråga om unionsrättens tolkning väcks vid dem.

88. I denna typ av situation fann EU-domstolen emellertid att båda domstolarna faktiskt inte kunde vara skyldiga att vända sig till den eftersom ”grunden för denna skyldighet [kan] bortfalla genom verkan av den tolkning som [EU-]domstolen gjort med stöd av artikel [267 FEUF] och skyldigheten [att begära förhandsavgörande] på så sätt förlora sitt innehåll” [34].

89. Även om det här rörde sig om två olika domstolar liknar denna speciella situation ändå situationen med en avdelning vid Consiglio di Stato och Consiglio di Stato i plenum. Båda är nationella domstolar mot vilkas avgöranden det inte finns något rättsmedel i nationell lagstiftning.

90. Följaktligen anser jag att domstolens sätt att resonera i domen Parfums Christian Dior (C-337/95, EU:C:1997:517), vid behov, kan överföras till förevarande mål: ”om en sådan domstol som [avdelningen vid Consiglio di Stato] har utnyttjat sin rätt att först hänskjuta den uppkomna frågan till [EU-]domstolen, [innan den hänskjuter frågan till Consiglio di Stato i plenum], kan verkan av [EU-]domstolens tolkning befria en sådan domstol som [Consiglio di Stato i plenum] från skyldigheten att ställa en praktiskt taget likalydande fråga innan den dömer i saken. Omvänt gäller att när en sådan domstol som [avdelningen vid Consiglio di Stato] inte först har vänt sig till [EU]-domstolen, är en sådan domstol som [Consiglio di Stato i plenum] tvungen att hänskjuta den uppkomna frågan till [EU]-domstolen, vars avgörande således kan befria [avdelningen vid Consiglio di Stato] från skyldigheten att ställa en praktiskt taget likalydande fråga innan den dömer i saken” [35].

3. Mellanliggande förslag till avgörande

91. Om för det första den princip som fastställdes i dom nr 4/2011 och ändrades i dom nr 9/2014 inte kan tolkas på ett sätt som är förenligt med artikel 1.3 i direktiv 89/665, såsom har preciserats av domstolen i domen Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) och även i förevarande mål, ska den hänskjutande domstolen avstå från att tillämpa den.

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

35 — Dom Parfums Christian Dior (C-337/95, EU:C:1997:517, punkt 29). Vi kan nämligen notera att enligt artikel 99.4 i förvaltningsprocesslagen ska rätten i plenum avgöra saken i dess helhet, såvida den inte beslutar att fastställa en rättsprincip och tillbakavisa målet till den hänskjutande avdelningen för en prövning av målet i övrigt.

92. För det andra anser jag att artikel 267 FEUF utgör hinder mot en sådan bestämmelse som artikel 99.3 i förvaltningsprocesslagen, tolkad så, att en avdelning vid en domstol, mot vars avgöranden det inte finns något rättsmedel, när den inte godtar en rättsprincip som fastställts av samma domstol i plenum, måste hänskjuta det avgörande som är föremål för överklagandet till denna, utan att ha möjlighet att i förväg ställa en tolkningsfråga till EU-domstolen.

93. Om artikel 99 i förvaltningsprocesslagen inte tolkas på ett sätt som är förenligt med unionsrätten, ska följaktligen en avdelning vid Consiglio di Stato som önskar ställa frågor till domstolen med stöd av 267 FEUF, underlåta att tillämpa artikel 99.3 i förvaltningsprocesslagen. Domstolen har slagit fast följande: ”Enligt principen om [unions]rättens företräde ska nämligen en konflikt mellan en bestämmelse i nationell lag och en direkt tillämplig bestämmelse i fördraget lösas så av en nationell domstol, att den ska tillämpa [unions]rätten och vid behov underlåta att tillämpa den motstridande nationella bestämmelsen, utan att därvid ogiltigförklara den nationella bestämmelsen, eftersom behörigheten för organ och domstolar i det avseendet är unik för varje medlemsstat.” [36]

VI – **Förslag till avgörande**

94. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen besvarar de tolkningsfrågor som ställts av Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana enligt följande:

1) Den tolkning av artikel 1.3 i rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten i dess lydelse enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007, som Europeiska unionens domstol gjorde i domen Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) är även tillämplig i en situation där ett överklagande inges av en enda anbudsgivare medan flera företag hade tillåtits att delta i anbudsinfordran och den anbudsgivare som vunnit upphandlingen, i sin tur inger ett anslutningsöverklagande inom ramen för samma förfarande, och såväl huvudklaganden som den anbudsgivare som vunnit upphandlingen har ett berättigat intresse av att den andre aktören utesluts.

2) När en bestämmelse i ett direktiv redan har tolkats av Europeiska unionens domstol ska en nationell domstol, mot vars avgöranden det inte finns något rättsmedel i nationell lagstiftning, tolka den nationella rätten så, att den överensstämmer med den innebörd som Europeiska unionens domstol har preciserat och när en sådan tolkning visar sig vara omöjlig, avstå från att tillämpa den ifrågavarande bestämmelsen i nationell rätt utan att vare sig vara tvingad eller förhindrad att i förväg begära ett förhandsavgörande av EU-domstolen.

Artikel 267 FEUF utgör hinder mot en sådan bestämmelse som artikel 99.3 i den italienska förvaltningsprocesslagen, tolkad så, att en avdelning vid en domstol, mot vars avgöranden det inte finns något rättsmedel, när den inte godtar en rättsprincip som fastställts av samma domstol i plenum, måste hänskjuta det avgörande som är föremål för överklagandet till denna, utan att ha möjlighet att ställa en tolkningsfråga till Europeiska unionens domstol.

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