Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
GERARD HOGAN
föredraget den 9 september 2021 [1]

Mål C-497/20

Randstad Italia SpA
mot
Umana SpA,
Azienda USL Valle d'Aosta,
IN. VA SpA,
Synergie Italia agenzia per il lavoro SpA

(begäran om förhandsavgörande från Corte suprema di cassazione (Högsta domstolen, Italien))

”Begäran om förhandsavgörande – Offentlig upphandling – Direktiv 89/665/EEG – Artikel 1 – Rätt till ett effektivt rättsmedel – Artikel 47 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna – Medlemsstaternas skyldighet att föreskriva ett prövningsförfarande – Tillgång till prövningsförfaranden – Talan om ogiltigförklaring av ett beslut om tilldelning av ett offentligt kontrakt – Genkäromål väckt av den vinnande anbudsgivaren – Författningsdomstolens praxis rörande begränsning av de fall där kassationsöverklagande är möjligt – Artikel 267 FEUF”

I. Inledning

1. Den aktuella begäran om förhandsavgörande aktualiserar betydelsefulla och i vissa hänseenden nya frågeställningar när det gäller huruvida en medlemsstat är skyldig att erbjuda en rätt att överklaga vidare i fall där en domstol som utgör överklagandeinstans själv har tolkat eller tillämpat unionsrätten på ett felaktigt sätt. Dessutom aktualiserar begäran frågan vilka eventuella andra rättsliga åtgärder som står till buds för en förfördelad part, om en sådan rätt att överklaga saknas.

2. Närmare bestämt rör begäran tolkningen av artiklarna 4.3 FEU, 19.1 FEU, 2.1 FEUF, 2.2 FEUF och 267 FEUF mot bakgrund av artikel 47 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (nedan kallad stadgan). Dessutom aktualiserar den frågor som rör vilken den rätta tolkningen är av artiklarna 1.1, 1.3 och 2.1 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 enligt bland annat Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007. [3]

[1] Originalspråk: engelska.

[2] EGT L 395, 1989, s. 33.

[3] EUT L 335, 2007, s. 1.

3. Begäran har framställts inom ramen för en tvist mellan å ena sidan Randstad Italia SpA (nedan kallat Randstad) och å andra sidan Umana SpA, Azienda USL (Unità Sanitaria Locale) Valle d'Aosta (den lokala vårdmyndigheten i regionen Aostadalen, Italien; nedan kallad USL), IN. VA SpA och Synergie Italia agenzia per il lavoro SpA (nedan kallad Synergie). Tvisten rör dels den omständigheten att Randstad uteslöts från deltagande i ett förfarande för tilldelning av ett offentligt kontrakt, dels det förfarandets rättsenlighet.

4. EU-domstolen har således ännu en gång ombetts av en italiensk domstol att yttra sig över omfattningen av medlemsstaternas skyldighet enligt artikel 1 i direktiv 89/665 att se till att en effektiv prövning av offentliga kontrakt kan ske i fall där talan har väckts om ogiltigförklaring av beslutet om tilldelning av ett offentligt kontrakt och den vinnande anbudsgivaren har väckt genkäromål mot den icke-vinnande anbudsgivaren.

5. Den nu aktuella begäran om förhandsavgörande har emellertid framställts i ett specifikt och känsligt sammanhang där å ena sidan Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen, Italien) förefaller ha haft – åtminstone vid den tidpunkt då nämnda domstol hade att yttra sig om den ifrågavarande tvisten – vissa svårigheter att tillämpa EU-domstolens praxis på området, samtidigt som å andra sidan Corte suprema di cassazione (Högsta domstolen, Italien) hyser tvivel om omfattningen av sin behörighet såvitt avser överklaganden av avgöranden meddelade av Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) såsom denna behörighet nyligen har fastställts av Corte costituzionale (Författningsdomstolen, Italien). Förevarande begäran om förhandsavgörande innebär således att EU-domstolen indirekt uppmanas att slita en tvist mellan Italiens tre högsta domstolar.

II. Tillämpliga bestämmelser

A. Unionsrätt

6. Skälen 17, 34 och 36 i direktiv 2007/66 har följande lydelse:

”(17) Ett prövningsförfarande bör finnas tillgängligt åtminstone för varje person som har eller har haft ett intresse av att erhålla ett särskilt kontrakt och som har skadats eller riskerar att skadas av en påstådd överträdelse.

…

(34) … I enlighet med proportionalitetsprincipen i … artikel [5 FEU] går detta direktiv inte utöver vad som är nödvändigt för att uppnå dessa mål, samtidigt som principen om medlemsstaternas självständighet i processuella frågor följs.

…

(36) Detta direktiv respekterar de grundläggande rättigheterna och följer de principer som erkänns särskilt i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna. Detta direktiv syftar särskilt till att fullt ut säkerställa rätten till effektiva rättsmedel och opartiska domstolar i enlighet med artikel 47 första och andra styckena i stadgan.”

7. I artikel 1 i direktiv 89/665 i dess nuvarande lydelse, med rubriken ”Tillämpningsområde och tillgängliga prövningsförfaranden”, föreskrivs följande:

”1. Detta direktiv ska tillämpas på kontrakt som avses i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU [av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (EUT L 94, 2014, s. 65)], såvida inte sådana kontrakt är undantagna i enlighet med artiklarna 7, 8, 9, 10, 11, 12, 15, 16, 17 och 37 i det direktivet.

…

Medlemsstaterna ska vidta nödvändiga åtgärder för att säkerställa att en upphandlande myndighets beslut om kontrakt som omfattas av direktiv [2014/24] eller [Europaparlamentets och rådets] direktiv 2014/23/EU [av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner (EUT L 94, 2014, s. 1)] kan prövas effektivt och i synnerhet så skyndsamt som möjligt enligt villkoren i artiklarna 2–2f i det här direktivet, när det görs gällande att sådana beslut innebär en överträdelse av unionsrätten om offentlig upphandling eller nationella bestämmelser som införlivar denna rätt.

…

3. Medlemsstaterna ska se till att prövningsförfarandena ska vara tillgängliga på de villkor som medlemsstaterna själva anger, åtminstone för var och en som har eller har haft intresse av att få ingå ett visst avtal och som har lidit skada eller riskerar att lida skada till följd av en påstådd överträdelse.”

8. Artikel 2 i direktiv 89/665 har rubriken ”Krav på prövningsförfaranden”. Enligt de båda första punkterna i den artikeln gäller följande:

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

a) vid första möjliga tillfälle och genom interimistiskt förfarande vidta provisoriska åtgärder i syfte att korrigera den påstådda överträdelsen eller förhindra att de berörda intressena skadas ytterligare, inbegripet åtgärder för att skjuta upp eller garantera uppskovet av förfarandet för tilldelning av ett offentligt kontrakt eller av genomförandet av ett beslut som fattats av den upphandlande myndigheten,

b) antingen [åsidosätta] eller garantera åsidosättande av beslut som fattats på olagligt sätt, inbegripet undanröjande av diskriminerande tekniska, ekonomiska eller finansiella specifikationer i anbudsinfordran, kontraktshandlingarna eller något annat dokument som avser tilldelningsförfarandet,

c) bevilja skadestånd till personer som skadats av en överträdelse.

2. De befogenheter som avses i punkt 1 och i artiklarna 2d och 2e får tilldelas separata organ som ansvarar för olika aspekter av prövningsförfarandet.”

B. Italiensk rätt

9. I artikel 111 åttonde stycket i den italienska grundlagen föreskrivs följande:

”Kassationsöverklagande av avgöranden meddelade av Högsta förvaltningsdomstolen och Corte dei conti [(Revisionsrätten)] får ske endast av skäl som rör behörighet.”

10. I artikel 360 första stycket nr 1 i Codice di procedura civile (civilprocesslagen) föreskrivs följande:

”Avgöranden meddelade av domstol som utgör överinstans eller enda instans får kassationsöverklagas

1) av skäl som rör behörighet …”

11. I artikel 362 första stycket nr 2 i samma lag föreskrivs följande:

”1. Avgöranden meddelade av en specialdomstol som utgör överinstans eller enda instans får kassationsöverklagas … av skäl som rör specialdomstolens behörighet.

2. Följande kan alltid bli föremål för kassationsöverklagande:

1) positiva eller negativa behörighetskonflikter mellan specialdomstolar eller mellan specialdomstol och allmän domstol,

2) negativa behörighetskonflikter mellan offentlig förvaltning och allmän domstol.”

12. I artikel 91 i Codice del processo amministrativo (förvaltningsprocesslagen) föreskrivs följande:

”Rättsmedel mot [förvaltningsdomstolars] avgöranden är överklagande, talan om resning och tredjemanstalan samt – uteslutande av skäl som rör behörighet – kassationsöverklagande.”

13. I artikel 110 i samma lag stadgas följande:

”Kassationsöverklagande av avgöranden meddelade av Consiglio di Stato [(Högsta förvaltningsdomstolen)] får ske endast av skäl som rör behörighet.”

III. Bakgrund till tvisten i målet vid den nationella domstolen

14. USL inledde ett upphandlingsförfarande motsvarande ett värde av mer än 12 miljoner euro där ett bemanningsföretag skulle tilldelas ett kontrakt om tillhandahållande av tillfällig personal på grundval av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. I upphandlingsdokumenten fastställde den upphandlande myndigheten en ”tröskel” – uppgående till 48 poäng – som de tekniska anbuden måste överstiga och angav att anbudsgivare med poäng under den tröskeln skulle uteslutas.

15. I upphandlingsförfarandet deltog åtta konkurrerande företag, däribland dels Randstad, dels en tillfällig företagssammanslutning bildad av Synergie och Umana (nedan kallad sammanslutningen), dels Gi Group Spa. Efter att ha utvärderat de tekniska anbuden gjorde upphandlingskommittén ekonomiska bedömningar endast av sammanslutningens och Gi Groups anbud, medan Randstad uteslöts med hänvisning till att dess poängtal inte översteg tröskeln. Kontraktet tilldelades slutligen sammanslutningen den 6 november 2018.

16. Randstad väckte talan vid Tribunale amministrativo regionale della Valle d'Aosta (Regionala förvaltningsdomstolen i Aostadalen, Italien) och invände dels mot att bolaget hade uteslutits med hänvisning till att dess poängtal inte översteg tröskeln, dels mot att kontraktet hade tilldelats sammanslutningen. Randstad krävde att åter få delta i upphandlingsförfarandet med hänvisning till att dess tilldelade poängtal var orimligt, att bedömningskriterierna var oklara, att det saknades en motivering till de tilldelade poängen och att upphandlingskommittén hade tillsatts på ett rättsstridigt sätt och hade en rättsstridig sammansättning samt att upphandlingsförfarandet inte hade delats upp i delar.

17. USL och sammanslutningen gick i svaromål och framställde en invändning om rättegångshinder med innebörden att Randstads grunder inte kunde upptas till prövning i sak, varvid de gjorde gällande att Randstad saknade talerätt såvitt avsåg de aktuella yrkandena, eftersom bolaget i alla händelser hade uteslutits från upphandlingsförfarandet.

18. Genom dom meddelad den 15 mars 2019 ogillade Tribunale amministrativo regionale della Valle d'Aosta (Regionala förvaltningsdomstolen i Aostadalen, Italien) nämnda invändning om rättegångshinder med motiveringen att Randstad hade deltagit i laga ordning i upphandlingsförfarandet, eftersom bolaget uppfyllde de berörda kraven, och hade uteslutits från detta förfarande till följd av en negativ bedömning av dess anbud, varför Randstad hade talerätt såvitt avsåg utfallet av upphandlingsförfarandet. Därefter gjorde nämnda domstol en prövning i sak av samtliga yrkanden som Randstad hade framställt i sin talan och lämnade dem utan bifall.

19. Randstad överklagade den ovannämnda domen från Tribunale amministrativo regionale della Valle d'Aosta (Regionala förvaltningsdomstolen i Aostadalen, Italien) till Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) och anförde därvid samma argument som bolaget hade anfört i målet i första instans. Synergie och Umana anslutningsöverklagade och ifrågasatte därvid den regionala förvaltningsdomstolens dom i den del som den domstolen hade funnit för gott att göra en prövning i sak av Randstads yrkanden, vilka enligt deras åsikt hade framställts av en person som på grund av att den hade uteslutits från upphandlingsförfarandet saknade talerätt.

20. Genom dom meddelad den 7 augusti 2019 slog Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) fast dels att Randstads överklagande skulle ogillas såvitt avsåg den huvudsakliga grund för detta varigenom Randstad hade bestritt tilldelandet av ett alltför lågt poängtal, dels att anslutningsöverklagandena skulle bifallas. I synnerhet ändrade Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) delvis den överklagade domen och slog fast att Randstad saknade talerätt, eftersom bolaget hade uteslutits från upphandlingsförfarandet, och att den regionala förvaltningsdomstolen därför inte borde ha gjort någon prövning i sak av de övriga yrkandena inom ramen för huvudkäromålet.

21. Enligt Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) hade Randstad, i och med att bolaget hade uteslutits från upphandlingsförfarandet, inte någon talerätt, eftersom bolaget endast hade ett rent faktiskt intresse, i likhet med varje annan aktör i branschen som inte hade deltagit i upphandlingsförfarandet. Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) grundade sig därvid

på sin tidigare praxis enligt vilken en anbudsgivare som har uteslutits från ett upphandlingsförfarande inte har talerätt såvitt avser bestridande av upphandlingsdokumenten, utom om anbudsgivaren genom domstolsavgörande får det fastställt att dess uteslutning var rättsstridig.

22. Randstad har nu ingett ett kassationsöverklagande till den hänskjutande domstolen av domen från Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen). Synergie, Umana och den upphandlande myndigheten har gått i svaromål.

23. Randstad har gjort gällande att Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) åsidosatte artikel 362 första stycket i den italienska civilprocesslagen och artikel 110 i den italienska förvaltningsprocesslagen när den slog fast att en person som – genom ett beslut vars rättsenlighet inte slutgiltigt har fastställts, eftersom det är föremål för en rättstvist – har uteslutits från ett upphandlingsförfarande saknar talerätt och berättigat intresse av att framställa invändningar mot nämnda upphandlingsförfarande. Enligt Randstad strider den bedömningen mot den princip om ett effektivt domstolsskydd som har stadfästs genom direktiv 89/665, eftersom nämnda bedömning innebär en underlåtenhet att bereda tillgång till ett sådant skydd – en underlåtenhet som i enlighet med artikel 111 åttonde stycket i den italienska grundlagen kan bestridas genom kassationsöverklagande av skäl som rör behörighet.

24. Randstad har åberopat EU-domstolens praxis med innebörden att ett berättigat intresse av att väcka talan och en rätt till domstolsskydd föreligger redan när det är sannolikt att en person genom att väcka talan kan uppnå en fördel i form av utfallet av domstolsprövningen, exempelvis att det utlyses ett nytt upphandlingsförfarande. Härvidlag har Randstad hänvisat till domen av den 4 juli 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), domen av den 5 april 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199), och domen av den 5 september 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675).

25. Motparterna har gjort gällande att överklagandet inte kan upptas till sakprövning. Enligt deras uppfattning rör den ifrågavarande grunden för överklagandet ett påstått åsidosättande av lagen, något som inte utgör ett skäl ”som rör behörighet” och därför inte inför Corte suprema di cassazione (Högsta domstolen) kan anföras mot en dom meddelad av Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen).

26. Enligt den hänskjutande domstolen bör det i ett sådant fall föreligga en sådan möjlighet att inge ett kassationsöverklagande som avses i artikel 111 åttonde stycket i den italienska grundlagen. Den ändamålsenliga verkan av artikel 267 FEUF undergrävs om den nationella domstolen är förhindrad att omedelbart tillämpa unionsrätten i enlighet med EU-domstolens praxis. I ett sådant fall som det aktuella utgör ett kassationsöverklagande den sista möjligheten att förhindra att en dom meddelad av Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) som (enligt vad som påstås) strider mot unionsrätten vinner laga kraft.

27. Det framgår emellertid av dom nr 6 av den 18 januari 2018 meddelad av Corte costituzionale (Författningsdomstolen)[4] rörande artikel 111 åttonde stycket i den italienska grundlagen (nedan kallad dom nr 6/2018) att det enligt gällande italiensk konstitutionell rätt såsom denna tolkades i den domen inte är tillåtet att likställa en överträdelse av unionsrätten med en grund som rör behörighet. I nämnda dom anges följande: ”Ett sådant ’överskridande av domstols behörighet’ som kan bestridas genom kassationsöverklagande av skäl som avser behörighet [i den mening som avses i artikel 111 åttonde stycket i den italienska grundlagen] åsyftar och har alltid …

[4] Dom av den 18 januari 2018, nr 6/2018 (ECLI:IT:COST:2018:6).

åsyftat uteslutande två typer av situationer: dels sådana där det helt saknas domstolsbehörighet, det vill säga där Högsta förvaltningsdomstolen eller Revisionsrätten påstår sig ha behörighet på områden som är förbehållna lagstiftaren eller förvaltningen (så kallat intrång), eller där endera av dessa domstolar tvärtom uppger sig sakna behörighet utifrån det felaktiga antagandet att saken i absolut bemärkelse inte kan bli föremål för dess prövning (så kallad underlåtenhet), dels situationer [som kännetecknas av att behörighet saknas] i så måtto att endera domstolen gör gällande behörighet över en sak som faller inom en annan domstols behörighet eller tvärtom uppger sig sakna behörighet utifrån det felaktiga antagandet att behörigheten tillkommer andra domstolar.” [5]

28. Den hänskjutande domstolen har dragit slutsatsen att om den ska rätta sig efter nämnda dom från Corte costituzionale (Författningsdomstolen), måste den avvisa Randstads kassationsöverklagande. Mot bakgrund av detta undrar den hänskjutande domstolen huruvida dom nr 6/2018, som såvitt avser förvaltningsrättsliga mål inskränker behörigheten för Corte suprema di cassazione (Högsta domstolen) enligt artikel 111 åttonde stycket i den italienska grundlagen till fall där det görs gällande att Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) har överträtt de ”yttre gränserna” för sin behörighet, kan anses strida mot unionsrätten.

29. Därvidlag anser den hänskjutande domstolen att om Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) tillämpar eller tolkar nationella lagbestämmelser på ett sätt som är oförenligt med unionsrättens bestämmelser såsom dessa har tolkats av EU-domstolen, utövar Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) en domstolsbefogenhet som den inte har. Närmare bestämt utövar nämligen Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) då en lagstiftningsbefogenhet som inte ens tillkommer den nationella lagstiftaren. Således föreligger det en bristande behörighet som torde kunna bli föremål för överklagande till Corte suprema di cassazione (Högsta domstolen). I detta sammanhang är det ovidkommande huruvida EU-domstolen meddelade den dom som gör att den nationella domstolens tillämpning eller tolkning är oförenlig med unionsrätten innan eller efter det att nämnda tillämpning eller tolkning gjordes.

30. Den hänskjutande domstolen har påpekat att före dom nr 6/2018 innebar den fasta praxis som den hade slagit fast i plenum att i fall av överklagande av en dom meddelad av Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) kunde en prövning med avseende på de yttre gränserna för ”behörighet” i den mening som avses i artikel 111 åttonde stycket i den italienska grundlagen inte innefatta en prövning av huruvida nämnda förvaltningsdomstol vid sin tolkning hade gjort sig skyldig till rena fel ”*in iudicando*” (i materiellt hänseende) eller ”*in procedendo*” (i processuellt hänseende) annat än om det förelåg en fundamental förvrängning av de tillämpliga reglerna som kunde utgöra rättsvägran, exempelvis ett fel *in procedendo* som innebar tillämpning av en nationell processrättslig regel vars verkan var att den berörda parten förvägrades tillgång till det rättsskydd som följer av direkt tillämpliga unionsrättsliga bestämmelser.

31. Ett sådant synsätt är, som den hänskjutande domstolen ser saken, förenligt med likvärdighets- och effektivitetsprinciperna, vilka enligt EU-domstolens praxis måste iakttas av medlemsstaterna när dessa utövar sin processuella autonomi. Dom nr 6/2018 och den praxis som bygger på denna är däremot oförenliga med dessa båda principer.

[5] Dom nr 6/2018, punkt 15 (i engelsk översättning på webbplatsen för Corte costituzionale (Författningsdomstolen)). https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/Sentenza%20n.%206%20del%202018%20red.%20Coraggio%20EN.pdf.

32. Det är således väsentligt för Corte suprema di cassazione (Högsta domstolen) att genom begäran om förhandsavgörande få klarhet i huruvida det synsätt som Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) använde i den överklagade domen är förenligt med domen av den 4 juli 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), med domen av den 5 april 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199), och med domen av den 5 september 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675). Denna aspekt av tvisten aktualiserar två olika frågor.

33. Till att börja med undrar den hänskjutande domstolen huruvida EU-domstolens befintliga praxis rörande prövningsrätt för anbudsgivare som har uteslutits från förfaranden för offentlig upphandling kan tillämpas på ett sådant fall som det som är i fråga i det nationella målet. Med tanke på att Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) avstod, utan att motivera detta, från att fråga EU-domstolen om huruvida de lärdomar som kan dras av de i föregående punkt i detta förslag till avgörande angivna domarna kan tillämpas på ett sådant fall som det som är i fråga i det nationella målet, anser den hänskjutande domstolen vidare att det är betydelsefullt att den nu själv kan hänskjuta den frågan till EU-domstolen.

IV. Begäran om förhandsavgörande och förfarandet vid EU-domstolen

34. Mot bakgrund av det ovan anförda beslutade Corte suprema di cassazione (Högsta domstolen), genom beslut av den 7 juli 2020 som inkom till EU-domstolen den 30 september 2020, att vilandeförklara målet och hänskjuta följande frågor till EU-domstolen för förhandsavgörande:

”1) Utgör artiklarna 4.3 FEU, 19.1 FEU, 2.1 FEUF, 2.2 FEUF och 267 FEUF, även mot bakgrund av artikel 47 i stadgan, hinder mot en tolkningspraxis som den avseende artikel 111 åttonde stycket i den italienska grundlagen, artiklarna 360 första stycket nr 1 och 362 första stycket i den italienska civilprocesslagen och artikel 110 i den italienska förvaltningsprocesslagen – vad gäller den del där det i dessa bestämmelser stadgas att kassationsöverklagande av domar meddelade av Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) kan ske enbart av ’skäl som rör behörighet’ – såsom denna tolkningspraxis framgår av dom nr 6/2018 meddelad av Corte costituzionale (Författningsdomstolen) och senare nationell rättspraxis där det, med avvikelse från tidigare praxis, har slagits fast att rättsmedlet i form av kassationsöverklagande, närmare bestämt på grund av ’bristande behörighet’, inte kan användas för att överklaga Högsta förvaltningsdomstolens domar i vilka har tillämpats nationell tolkningspraxis som strider mot EU-domstolens domar inom de områden som omfattas av unionsrätten (i förevarande fall inom området för offentlig upphandling) och där medlemsstaterna har frånsagt sig rätten att utöva sina suveräna rättigheter i en riktning som är oförenlig med unionsrätten, vilket dels leder till en konsolidering av åsidosättanden av unionsrätten som skulle kunna avhjälpas genom användning av ovannämnda rättsmedel, dels undergräver en enhetlig tillämpning av unionsrätten och ett effektivt domstolsskydd av subjektiva rättsliga situationer som regleras av unionsrätten, när det beaktas att den aktuella praxisen strider mot kravet på att unionsrätten ska tillämpas fullständigt och på vederbörligt sätt av samtliga domstolar i medlemsstaterna, på ett sätt som med nödvändighet är förenligt med den korrekta tolkning som EU-domstolen har gjort, med hänsyn tagen till gränserna för medlemsstaternas ’processuella autonomi’ i samband med utformningen av deras processrättsliga regler?

2) Utgör artiklarna 4.3 FEU, 19.1 FEU och 267 FEUF, även mot bakgrund av artikel 47 i stadgan, hinder mot en tolkning och tillämpning av artikel 111 åttonde stycket i den italienska grundlagen, artiklarna 360 första stycket nr 1 och 362 första stycket i den italienska civilprocesslagen och artikel 110 i den italienska förvaltningsprocesslagen, såsom nämnda tolkning och tillämpning framgår av nationell rättspraxis, enligt vilka det inte går att inge kassationsöverklagande till Högsta domstolen i plenum av 'skäl som rör behörighet', närmare bestämt på grund av 'bristande behörighet', av domar som meddelats av Högsta förvaltningsdomstolen där denna, i samband med att den skulle meddela avgörande i tvister angående tillämpningen av unionsrätten, omotiverat har underlåtit att begära förhandsavgörande av EU-domstolen trots att de villkor som fastställts av EU-domstolen (från och med dess dom av den 6 oktober 1982, Cilfit m.fl., 283/81 [EU:C:1982:335]) – vilka är uttömmande och ska tolkas strikt – enligt vilka en nationell domstol undantas från denna skyldighet inte var uppfyllda, när det beaktas att den aktuella situationen strider mot principen att nationella bestämmelser eller nationell processuell praxis, även av lagstiftningsmässig eller konstitutionsmässig karaktär, är oförenliga med unionsrätten för det fall att en nationell domstol (oavsett om den ska meddela avgörande i sista instans eller ej) mot bakgrund därav, om än temporärt, fråntas behörigheten att hänskjuta tolkningsfrågor, med den följden dels att EU-domstolen berövas sin exklusiva behörighet att meddela den korrekta och bindande tolkningen av unionsrätten, dels att en eventuell avvikande tolkning av den lagstiftning som den nationella domstolen har tillämpat jämfört med unionsrätten blir oåterkallelig (och att dess konsolidering främjas), dels att en enhetlig tillämpning av unionsrätten och ett effektivt domstolsskydd av subjektiva rättsliga situationer som följer av unionsrätten undergrävs?

3) Är de principer som EU-domstolen slog fast i domen av den 5 september 2019, Lombardi, C-333/18[, EU:C:2019:675], domen av den 5 april 2016, PFE, C-689/13[, EU:C:2016:199], och domen av den 4 juli 2013, Fastweb, C-100/12[, EU:C:2013:448], mot bakgrund av artiklarna 1.1, 1.3 och 2.1 i [direktiv 89/665] i dess lydelse enligt [direktiv 2007/66], tillämpliga i den situation som är för handen i det nationella målet, där Högsta förvaltningsdomstolen – då en anbudsgivare hade bestritt uteslutningen från ett upphandlingsförfarande och tilldelningen av kontraktet till ett annat företag – begränsade sin sakprövning till den grund varigenom den uteslutna anbudsgivaren hade bestritt det poängtal som hade tilldelats dess tekniska anbud, vilket låg under 'tröskeln', och – då Högsta förvaltningsdomstolen först behandlade de anslutningsöverklaganden som hade ingetts av den upphandlande myndigheten och den vinnande anbudsgivaren – biföll dessa anslutningsöverklaganden samt avvisade (och underlät att pröva i sak) de övriga grunder för huvudöverklagandet varigenom anbudsgivaren hade bestritt upphandlingsförfarandets utfall av andra skäl (oklarhet i upphandlingsdokumenten vad gäller kriterierna för bedömning av anbuden, bristande motivering till de tilldelade poängen, rättsstridig utnämning och sammansättning av upphandlingskommittén), med stöd av en nationell rättspraxis enligt vilken ett företag som har uteslutits från ett upphandlingsförfarande saknar talerätt när det gäller att framställa invändningar mot att konkurrenten tilldelats kontraktet, däribland genom yrkande om ogiltigförklaring av upphandlingsförfarandet, och är det då förenligt med unionsrätten att företaget mot denna bakgrund fråntas rätten att få till stånd en domstolsprövning av varje grund för bestridande av upphandlingsförfarandets utfall i en situation där företagets uteslutning inte har fastställts definitivt och där alla anbudsgivare kan göra gällande ett liknande 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 och att det behöver inledas ett nytt förfarande i vilket alla anbudsgivare kan delta?"

35. I begäran om förhandsavgörande ansökte Corte suprema di cassazione (Högsta domstolen) om att målet skulle handläggas skyndsamt i enlighet med artikel 105 i EU-domstolens rättegångsregler.

36. Till stöd för ansökan anförde den hänskjutande domstolen i allt väsentligt att det finns giltiga skäl att snabbt få frågor av konstitutionell betydelse klargjorda. Det stora antalet mål anhängiga vid Corte di cassazione (Högsta domstolen) där unionsrättsrelaterade domar meddelade av Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) har överklagats visar att det råder allvarlig osäkerhet om omfattningen av domstolsskyddet för rättigheter som följer av unionsrätten. Denna osäkerhet behöver undanröjas, särskilt på ett sådant centralt område som offentlig upphandling, så att det bland annat kan undvikas att nationell praxis från domstolar i sista instans konsolideras och eventuellt får vägleda ett stort antal påföljande avgöranden.

37. Den 21 oktober 2020 beslutade EU-domstolens ordförande, efter att ha hört referenten och generaladvokaten, att avslå den hänskjutande domstolens ansökan om skyndsam handläggning. Samma dag beslutade EU-domstolens ordförande också att förevarande mål i enlighet med artikel 53.3 i rättegångsreglerna skulle avgöras med förtur.

38. Skriftliga yttranden har inkommit från Randstad, Umana, USL, Synergie, den italienska regeringen och kommissionen. Dessutom yttrade sig Randstad, Umana, den italienska regeringen och kommissionen muntligen vid förhandlingen den 6 juli 2021.

V. Inledande anmärkningar rörande sammanhanget

39. Som jag har nämnt i inledningen till detta förslag till avgörande, rör förevarande mål primärt omfattningen av medlemsstaternas skyldighet enligt artikel 1 i direktiv 89/665 att se till att en effektiv prövning av offentliga kontrakt kan göras i den särskilda situation där den vinnande anbudsgivaren väcker genkäromål. Tolkningsfrågorna utgör dessutom en del av ett bredare meningsutbyte mellan Italiens tre högsta domstolar. Med tanke på detta förefaller det lämpligt att jag, innan jag går närmare in på frågorna från Corte suprema di cassazione (Högsta domstolen), inleder min bedömning med att erinra inte endast om EU-domstolens praxis på området utan också om det italienska processuella sammanhanget.

A. Sammanfattning av EU-domstolens praxis rörande direktiv 89/665 såvitt avser fall där den vinnande anbudsgivaren väcker genkäromål

40. Frågan hur man inom ramen för direktiv 89/665 ska hantera en situation där det väcks talan mot en anbudsgivare med yrkande om att denne ska uteslutas och det sedan väcks ett genkäromål är inte ny. Enligt min uppfattning finns det fog för att påstå att en rad fall av begäran om förhandsavgörande har resulterat i att EU-domstolen klart och tydligt har slagit fast vad som gäller i fråga om talerätt i mål om offentlig upphandling.

41. För det första framgår det av artikel 1.1 tredje stycket och artikel 1.3 i direktiv 89/665 att det, för att en prövning av den upphandlande myndighetens beslut ska anses vara effektiv, krävs att prövningsförfarandena åtminstone är tillgängliga 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. [6]

42. Detta betyder att om två anbudsgivare, efter ett förfarande för offentlig upphandling, väcker talan om ömsesidig uteslutning, har var och en av dessa anbudsgivare ett intresse av att erhålla ett visst kontrakt, i den mening som avses i de bestämmelser som har nämnts i föregående punkt. Uteslutning av den ena anbudsgivaren kan nämligen till att börja med leda till att den andra anbudsgivaren direkt får kontraktet i samma upphandlingsförfarande. För det fall att alla anbudsgivarna blir uteslutna och det inleds ett nytt anbudsförfarande, kan vidare var och en av de båda anbudsgivarna delta i det förfarandet och därigenom indirekt få kontraktet. [7]

43. Härav följer att ett genkäromål som har väckts av den vinnande anbudsgivaren inte kan medföra att en annan anbudsgivares talan avvisas i ett fall där båda anbudsgivarnas anbud ifrågasätts i samma förfarande, eftersom båda konkurrenterna då kan göra gällande ett berättigat intresse av att den andres anbud utesluts, vilket kan leda till slutsatsen att det är omöjligt för den upphandlande myndigheten att välja ett anbud som uppfyller de ställda kraven. [8]

44. För det andra har EU-domstolen framhållit att varken antalet deltagare i det aktuella upphandlingsförfarandet, antalet deltagare som har väckt talan eller de olika skäl som dessa har anfört har någon betydelse för tillämpligheten av principen att de intressen som eftersträvas när flera anbudsgivare har väckt talan om ömsesidig uteslutning ska anses vara principiellt likvärdiga. [9]

45. Detta betyder att den principen ska tillämpas även när andra anbudsgivare har lämnat in anbud inom ramen för tilldelningsförfarandet och talan om ömsesidig uteslutning inte avser sådana anbud som har placerats lägre i rangordningen än de anbud som är föremål för nämnda talan om uteslutning. [10] Om den icke-vinnande anbudsgivarens talan bifölls, skulle den upphandlande myndigheten nämligen kunna komma att besluta att avbryta upphandlingsförfarandet och inleda ett nytt sådant förfarande av det skälet att de kvarvarande rättsenliga anbuden inte i tillräcklig utsträckning motsvarar den upphandlande myndighetens förväntningar. [11]

46. För det tredje har EU-domstolen slagit fast att möjligheten att ta upp huvudkäromålet till prövning under sådana omständigheter inte – utan att den ändamålsenliga verkan av direktiv 89/665 äventyras – kan vara beroende av att det först fastställs att samtliga anbud med en lägre rangordning än det anbud som har lämnats av den anbudsgivare som har väckt huvudkäromålet också är rättsstridiga. [12]

47. Detta betyder att var och en av parterna i målet har ett berättigat intresse av att övriga konkurrenters anbud utesluts. Det bakomliggande resonemanget är att det kan tänkas att samtliga anbud i upphandlingen har någon av de brister som motiverar uteslutning av både den

6 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 4 juli 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448, punkt 25), dom av den 5 april 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199, punkt 23), och dom av den 5 september 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675, punkt 22).

7 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 5 april 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199, punkt 27), och dom av den 5 september 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675, punkt 23).

8 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 4 juli 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448, punkt 33), dom av den 5 april 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199, punkt 24), och dom av den 5 september 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675, punkt 24).

9 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 5 april 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199, punkt 29), och dom av den 5 september 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675, punkt 30).

10 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 5 september 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675, punkt 26).

11 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 5 september 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675, punkt 28).

12 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 5 september 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675, punkt 29).

vinnande anbudsgivarens anbud och anbudet från den anbudsgivare som har bestritt den upphandlande myndighetens beslut, vilket skulle kunna leda till att myndigheten måste inleda en ny upphandling. [13]

48. Av EU-domstolens praxis följer att huvudkäromålets upptagande till prövning inte kan göras beroende av att anbudsgivaren lägger fram bevis för att den upphandlande myndigheten kommer att behöva göra om förfarandet för offentlig upphandling, utan den omständigheten att det finns en möjlighet att så kommer att ske ska anses vara tillräcklig i detta avseende. [14]

49. Med andra ord måste en anbudsgivare som har uteslutits från ett förfarande för offentlig upphandling ha rätt att få såväl uteslutningsbeslutet som andra beslut av den upphandlande myndigheten prövade, under förutsättning att en sådan prövning åtminstone *teoretiskt* kan leda antingen till att käranden tilldelas kontraktet eller till att ett nytt upphandlingsförfarande inleds. [15]

50. Jag anser därför (om jag delvis får föregripa min bedömning av den tredje tolkningsfrågan) att det rent objektivt [16] förhåller sig så, att Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) genom att i förevarande mål dra en annan slutsats underlät att på ett korrekt sätt tillämpa EU-domstolens befintliga praxis rörande talerätt i upphandlingsmål. De aktuella talerättsreglerna, som av nödvändighet är allmänna och generösa, har ett betydelsefullt syfte av allmänt intresse, nämligen att se till att företag som hävdar att de på ett rättsstridigt eller orättmätigt sätt har uteslutits från ett upphandlingsförfarande kan bestrida uteslutningsbeslutet. Syftet med upphandlingsreglerna är att se till att allmänna medel utbetalas på ett rättmätigt sätt och att offentliga kontrakt tilldelas på grundval av objektivt försvarliga kriterier. En felaktig tillämpning av dessa talerättsregler är därför inte att anse som en underlåtenhet eller ett fel av teknikalitetskaraktär från en nationell domstols sida, utan det rör sig om något som kan påverka – ibland på ett genomgripande sätt – hela upphandlingsprocessens effektivitet eller till och med dess rättfärdighet.

51. Domen Lombardi – som rörde en begäran om förhandsavgörande från just Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) – meddelades visserligen i september 2019, ungefär en månad efter det att Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) hade meddelat den dom som nu är i fråga, men i själva verket hade EU-domstolens befintliga praxis från mål som Fastweb och PFE redan gett tydlig vägledning i den allmänna frågan om talerätt i upphandlingsmål. Även om det – som vederbörligen redovisas i domen Lombardi [17] – förelåg reella tvivel inom de olika avdelningarna vid Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) om hur denna befintliga praxis skulle tillämpas, var den domstolen i egenskap av domstol i sista instans under alla omständigheter skyldig i kraft av artikel 267 tredje stycket FEUF att framställa en begäran om förhandsavgörande till EU-domstolen.

[13] Se, för ett liknande resonemang, dom av den 5 april 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199, punkt 28), och dom av den 5 september 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675, punkt 27).

[14] Se, för ett liknande resonemang, dom av den 5 september 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675, punkt 29).

[15] Se, för ett liknande resonemang, Ginter, C., & Väljaots, T., ”Excluded Tenderer’s Access to a Review in a Public Procurement Procedure”, *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 2018/4, s. 301–306, särskilt s. 303.

[16] Se, i det hänseendet, det förbehåll som kommer till uttryck i punkt 78 i detta förslag till avgörande.

[17] Se dom av den 5 september 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675, punkterna 13–19).

B. Offentlig upphandling och prövningsförfaranden i Italien

52. Mycket schematiskt kan sägas att de prövningsförfaranden som tillämpas i Italien såvitt avser offentlig upphandling omfattas av förvaltningsdomstolarnas behörighet. Det finns två domstolsnivåer: tribunali amministrativi regionali (regionala förvaltningsdomstolar) prövar tvister i första instans, och deras avgöranden kan överklagas till Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen).

53. Vid sidan av denna ”klassiska” organisation föreskrivs också i artikel 111 åttonde stycket i den italienska grundlagen en möjlighet att inge ett kassationsöverklagande av avgöranden av Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen), men enbart av skäl som rör behörighet.

54. Corte costituzionale (Författningsdomstolen) har nyligen – i dom nr 6/2018 – fastställt villkoren för denna möjlighet att inge kassationsöverklagande till Corte suprema di cassazione (Högsta domstolen). Som jag har förklarat ovan, slås det i den domen fast att ”överskridande av domstols behörighet” uteslutande åsyftar två typer av situationer, nämligen dels situationer där det helt saknas domstolsbehörighet, det vill säga där Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) påstår sig ha behörighet på ett område som är förbehållet lagstiftaren eller förvaltningen (så kallat intrång) eller där den domstolen tvärtom uppger sig sakna behörighet utifrån det felaktiga antagandet att saken i absolut bemärkelse inte kan bli föremål för dess prövning (så kallad underlåtenhet), dels situationer som kännetecknas av att det saknas behörighet i så måtto att Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) gör gällande behörighet över en sak som faller inom en annan domstols behörighet eller tvärtom uppger sig sakna behörighet utifrån det felaktiga antagandet att behörigheten tillkommer andra domstolar. [18]

55. Samma dom innehåller också klargöranden från Corte costituzionale (Författningsdomstolen) på två andra punkter. Till att börja med kan ett ingripande av Corte suprema di cassazione (Högsta domstolen) avseende behörighetsprövning ”inte vara motiverat ens i fall av överträdelse av unions[rätten]”. [19] Vidare är det ”inte heller tillåtet att överpröva domar [enligt det aktuella förfarandet] i fall där Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) … har valt en tolkning av en processrättslig eller materiell bestämmelse som medför att prövning inte görs av samtliga i målet anförda grunder”. [20]

VI. Bedömning

A. Den första tolkningsfrågan

56. Corte suprema di cassazione (Högsta domstolen) har i allt väsentligt ställt sin första tolkningsfråga för att få klarhet i huruvida artiklarna 4.3 FEU, 19.1 FEU, 2.1 FEUF, 2.2 FEUF och 267 FEUF, även mot bakgrund av artikel 47 i stadgan, utgör hinder för en sådan bestämmelse som artikel 111 åttonde stycket i den italienska grundlagen, såsom den bestämmelsen har tolkats i dom nr 6/2018, enligt vilken kassationsöverklagande av skäl som rör behörighet inte kan användas för att angripa domar där en domstol i andra instans har tillämpat en nationell tolkningspraxis som strider mot EU-domstolens domar inom områden som omfattas av unionsrätten.

[18] Se, för ett liknande resonemang, dom nr 6/2018, punkt 15 (engelsk version). Se webbplatsadressen i fotnot 5 i detta förslag till avgörande.

[19] Dom nr 6/2018, punkt 14.1 (engelsk version). Se webbplatsadressen i fotnot 5 i detta förslag till avgörande.

[20] Dom nr 6/2018, punkt 17 (engelsk version). Se webbplatsadressen i fotnot 5 i detta förslag till avgörande.

1. Bestämmelser av relevans för svaret på den första tolkningsfrågan

57. Inom ramen för det förfarande för samarbete mellan nationella domstolar och EU-domstolen som har införts genom artikel 267 FEUF ankommer det enligt fast rättspraxis på EU-domstolen att ge den nationella domstolen ett användbart svar, som gör det möjligt för den domstolen att avgöra det mål som den ska pröva. I detta syfte kan EU-domstolen behöva omformulera de frågor som har hänskjutits. EU-domstolen har till uppgift att tolka samtliga bestämmelser i unionsrätten som behövs för att de nationella domstolarna ska kunna avgöra de mål som är anhängiga vid dem, även om dessa bestämmelser inte är uttryckligen angivna i de frågor som dessa domstolar har hänskjutit till EU-domstolen. [21]

58. Att den hänskjutande domstolen formellt sett har begränsat sin första fråga till att avse tolkningen av artiklarna 4.3 FEU, 19.1 FEU, 2.1 FEUF, 2.2 FEUF och 267 FEUF, även mot bakgrund av artikel 47 i stadgan, utgör således inte hinder för att EU-domstolen tillhandahåller den domstolen alla uppgifter om unionsrättens tolkning som kan vara användbara vid avgörandet av det nationella målet, oberoende av huruvida nämnda domstol har hänvisat därtill i sina frågor. Därvidlag ankommer det på EU-domstolen att, utifrån samtliga uppgifter som den nationella domstolen har lämnat och i synnerhet utifrån skälen i beslutet om hänskjutande, avgöra vilka delar av unionsrätten som behöver tolkas med hänsyn till saken i det nationella målet. [22]

59. Mot bakgrund av uppgifterna i begäran om förhandsavgörande förefaller det inte som om ett användbart svar på den första frågan kräver tolkning av artiklarna 2.1 FEUF, 2.2 FEUF och 267 FEUF, med tanke på att dessa artiklar innehåller bestämmelser om unionens exklusiva och delade befogenheter respektive bestämmelser om mekanismen för begäran om förhandsavgörande. I stället finns det anledning att erinra om att det tydligt framgår av skäl 36 i direktiv 2007/66 att det direktivet – och således även direktiv 89/665, som har ändrats och kompletterats genom direktiv 2007/66 – syftar till att fullt ut säkerställa rätten till effektiva rättsmedel och opartiska domstolar i enlighet med artikel 47 första och andra styckena i stadgan. [23]

60. I den omfattning som artikel 47 i stadgan gäller för medlemsstaterna, motsvarar den vidare artikel 19.1 andra stycket FEU och utgör ett specifikt uttryck för den princip om lojalt samarbete som stadfästs i artikel 4.3 FEU. [24] Det står således enligt fast rättspraxis klart dels att ”det ankommer på medlemsstaternas domstolar att, enligt principen om lojalt samarbete i artikel 4.3 FEU, säkerställa domstolsskyddet för de rättigheter som enskilda har enligt unionsrätten[, dels att medlemsstaterna e]nligt artikel 19.1 FEU ska … tillhandahålla sådana möjligheter till överklagande som behövs för att säkerställa ett effektivt domstolsskydd *i den mening som avses i bland annat artikel 47 i stadgan* inom de områden som omfattas av unionsrätten”. [25] Dessutom har EU-domstolen redan tidigare påpekat att medlemsstaternas skyldighet enligt artikel 19.1 EUF ”*motsvaras* av rättigheten i artikel 47 i stadgan”. [26]

[21] Se, för ett liknande resonemang, dom av den 2 april 2020, Ruska Federacija (C-897/19 PPU, EU:C:2020:262, punkt 43).

[22] Se, för ett liknande resonemang, dom av den 19 november 2020, 5th AVENUE Products Trading (C-775/19, EU:C:2020:948, punkt 34), och dom av den 22 april 2021, PROFI CREDIT Slovakia (C-485/19, EU:C:2021:313, punkt 50).

[23] Se, för ett liknande resonemang, dom av den 15 september 2016, Star Storage m.fl. (C-439/14 och C-488/14, EU:C:2016:688, punkt 45).

[24] Förslag till avgörande av generaladvokaten Sharpston i de förenade målen Star Storage m.fl. (C-439/14 och C-488/14, EU:C:2016:307, fotnot 32).

[25] Dom av den 14 juni 2017, Online Games m.fl. (C-685/15, EU:C:2017:452, punkt 54, min kursivering). Se även dom av den 2 mars 2021, A.B. m.fl. (tillsättning av domare vid Högsta domstolen – rättsmedel) (C-824/18, EU:C:2021:153, punkt 143).

[26] Dom av den 27 september 2017, Puškár (C-73/16, EU:C:2017:725, punkt 58). Min kursivering. Se även, för ett liknande resonemang, dom av den 16 maj 2017, Berlioz Investment Fund (C-682/15, EU:C:2017:373, punkt 44).

61. Mot bakgrund av detta, och med tanke på att det är ostridigt att det i Italien finns ett förfarande för prövning vid oberoende domstolar och att diskussionen inte rör införandet av ett rättsmedel utan det sätt på vilket ett befintligt rättsmedel omsätts i praktiken av de behöriga domstolarna, förefaller artiklarna 4.3 FEU och 19.1 FEU inte heller behöva tolkas.

62. Därför anser jag – i linje med vad kommissionen har föreslagit [27] – att den hänskjutande domstolens första tolkningsfråga bör förstås så, att den avser huruvida artikel 1.1 och 1.3 i direktiv 89/665 mot bakgrund av artikel 47 i stadgan ska tolkas så, att den utgör hinder för en sådan bestämmelse som artikel 111 åttonde stycket i den italienska grundlagen såsom den bestämmelsen har tolkats i dom nr 6/2018, enligt vilken kassationsöverklagande av skäl som rör behörighet inte kan användas för att angripa domar där en domstol i andra instans har tillämpat en nationell tolkningspraxis som strider mot EU-domstolens domar inom områden som omfattas av unionsrätten.

2. Bedömningsram: processuell autonomi enligt artikel 47 i stadgan

63. Att medlemsstaterna är skyldiga att se till att det finns ett prövningsförfarande på området offentlig upphandling slås fast i artikel 1.1 i direktiv 89/665. Enligt tredje stycket i den bestämmelsen ska medlemsstaterna vidta nödvändiga åtgärder för att säkerställa att en upphandlande myndighets beslut om kontrakt som omfattas av direktiv 2014/24 eller direktiv 2014/23 kan prövas effektivt och i synnerhet så skyndsamt som möjligt, när det görs gällande att sådana beslut innebär en överträdelse av unionsrätten om offentlig upphandling eller av nationella bestämmelser som införlivar denna rätt.

64. Härvidlag specificeras i artikel 1.3 i direktiv 89/665 endast att medlemsstaterna ska se till att prövningsförfarandena är tillgängliga, på de villkor som medlemsstaterna själva anger, åtminstone för var och en som har eller har haft intresse av att få ingå ett visst avtal och som har lidit skada eller riskerar att lida skada till följd av en påstådd överträdelse.

65. Med andra ord innehåller direktiv 89/665 inte några bestämmelser som specifikt reglerar villkoren för användning av de berörda prövningsförfarandena. I det direktivet föreskrivs endast de minimivillkor som prövningsförfarandena i de nationella rättsordningarna måste uppfylla för att anses förenliga med kraven enligt unionsrätten på området offentlig upphandling. [28] I alla händelser innehåller direktiv 89/665 inga specifika bestämmelser om överklagandeförfaranden som får eller måste finnas.

66. I sammanhang där det saknas unionsbestämmelser på ett område, har EU-domstolen konsekvent funnit att det ankommer på varje medlemsstat att fastställa de regler för det administrativa förfarandet och domstolsförfarandet som syftar till att säkerställa skyddet av de rättigheter för enskilda som följer av unionsrätten. [29] Denna respekt för medlemsstaternas processuella autonomi nämns uttryckligen i skäl 34 i direktiv 2007/66 och avspeglas i artikel 1.3 i direktiv 89/665.

[27] Kommissionens skriftliga yttrande, punkterna 35 och 39.

[28] Se, för ett liknande resonemang, dom av den 29 juli 2019, Hochtief Solutions Magyarországi Fióktelepe (C-620/17, EU:C:2019:630, punkt 52).

[29] Se, exempelvis, såvitt avser direktiv 89/665, dom av den 12 mars 2015, eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166, punkt 39).

67. När medlemsstaterna fastställer förfaranderegler för domstolsprövning i syfte att tillvarata rättigheter som följer av direktiv 89/665 och tillkommer anbudssökande och anbudsgivare som har förfördelats genom beslut av upphandlande myndigheter, måste de – som EU-domstolen också tidigare har påpekat – säkerställa rätten till effektiva rättsmedel och opartiska domstolar i enlighet med artikel 47 i stadgan. [30]

68. När medlemsstaterna genomför direktiv 89/665 har de således, i kraft av sin processuella autonomi, möjlighet att anta bestämmelser som kan skilja sig från en medlemsstat till en annan. Medlemsstaterna ska emellertid se till att dessa bestämmelser inte strider mot de krav som följer av direktivet, särskilt vad gäller det domstolsskydd som garanteras genom artikel 47 i stadgan, vilket ligger till grund för direktivet. [31] Detta betyder att beskaffenheten hos ett sådant rättsmedel som avses i artikel 1.1 i direktiv 89/665 ska bedömas på ett sätt som är förenligt med artikel 47 i stadgan och inte i förhållande till principerna om likvärdighet och effektivitet, vilka endast ”ger uttryck för medlemsstaternas allmänna skyldighet att säkerställa ett domstolsskydd för enskildas rättigheter enligt [union]srätten”, [32] en skyldighet som numera har stadfästs i artikel 19.1 FEU och i artikel 47 i stadgan. [33]

69. Således kan en inskränkning i rätten till ett effektivt rättsmedel inför en domstol, i den mening som avses i artikel 47 i stadgan, vara tillåten i kraft av artikel 52.1 i stadgan endast om den är föreskriven i lag, är förenlig med det väsentliga innehållet i denna rätt och i enlighet med proportionalitetsprincipen är nödvändig och faktiskt svarar mot mål av allmänt samhällsintresse som erkänns av unionen eller behovet av skydd för andra människors rättigheter och friheter. [34]

3. Tillämpning av principerna på det aktuella fallet

70. Den bestämmelse som är i fråga i förevarande mål avser en inskränkning av rätten att inge kassationsöverklagande av skäl som rör behörighet. Av EU-domstolens fasta praxis följer att artikel 47 i stadgan inte uppställer något krav på prövning i två instanser. [35] Enligt den bestämmelsen medför principen om ett effektivt domstolsskydd inte någon rätt att få sin sak prövad i en andra instans utan endast en rätt att få sin sak prövad i domstol. [36]

[30] Se, för ett liknande resonemang, dom av den 15 september 2016, Star Storage m.fl. (C-439/14 och C-488/14, EU:C:2016:688, punkt 46).

[31] Se, för ett liknande resonemang, såvitt avser rådets rambeslut 2002/584/RIF av den 13 juni 2002 om en europeisk arresteringsorder och överlämnande mellan medlemsstaterna (EGT L 190, 2002, s. 1) i dess lydelse enligt rådets rambeslut 2009/299/RIF av den 26 februari 2009 (EUT L 81, 2009, s. 24), dom av den 10 mars 2021, PI (C-648/20 PPU, EU:C:2021:187, punkt 58).

[32] Dom av den 15 april 2008, Impact (C-268/06, EU:C:2008:223, punkt 47). Se även dom av den 18 mars 2010, Alassini m.fl. (C-317/08–C-320/08, EU:C:2010:146, punkt 49), och dom av den 14 september 2016, Martínez Andrés och Castrejana López (C-184/15 och C-197/15, EU:C:2016:680, punkt 59).

[33] Se, för ett liknande resonemang, förslag till avgörande av generaladvokaten Wathelet i målet Hochtief (C-300/17, EU:C:2018:405, punkterna 32–35).

[34] Se, för ett liknande resonemang, dom av den 15 september 2016, Star Storage m.fl. (C-439/14 och C-488/14, EU:C:2016:688, punkt 49).

[35] Se, för ett liknande resonemang, dom av den 19 juni 2018, Gnandi (C-181/16, EU:C:2018:465, punkt 57), och dom av den 26 september 2018, Belastingdienst/Toeslagen (överklagandets suspensiva verkan) (C-175/17, EU:C:2018:776, punkt 34). Tilläggas kan också att Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, som undertecknades i Rom den 4 november 1950 (nedan kallad Europakonventionen), hittills inte heller har ansetts skapa eller kräva en rätt till en andra domstolsnivå, åtminstone inte i tvistemål.

[36] Se, för ett liknande resonemang, dom av den 17 juli 2014, Sánchez Morcillo och Abril García (C-169/14, EU:C:2014:2099, punkt 36), dom av den 11 mars 2015, Oberto och O’Leary (C-464/13 och C-465/13, EU:C:2015:163, punkt 73), dom av den 19 juni 2018, Gnandi (C-181/16, EU:C:2018:465, punkt 57), dom av den 26 september 2018, Belastingdienst/Toeslagen (överklagandets suspensiva verkan) (C-175/17, EU:C:2018:776, punkt 34), och dom av den 29 juli 2019, Bayerische Motoren Werke och Freistaat Sachsen/kommissionen (C-654/17 P, EU:C:2019:634, punkt 51).

71. Att det kassationsöverklagande som kan inges till domstol i tredje instans av en anbudsgivare som inte har tilldelats ett kontrakt endast får avse frågor som rör behörighet kan mot bakgrund av detta definitivt inte i sig anses strida mot unionsrätten, inte ens om denna omständighet gör det omöjligt att angripa en dom där domstolen i andra instans har tillämpat en tolkning av nationell rätt som i objektiv bemärkelse strider mot unionsrätten.

72. Unionsrätten utgör nämligen i princip inte hinder för att medlemsstaterna, i enlighet med principen om processuell autonomi, föreskriver begränsningar eller villkor för vilka grunder som får åberopas i mål om kassationsöverklagande, under förutsättning att garantierna enligt artikel 47 i stadgan iakttas.[37] Därvidlag måste det framhållas att nationella processrättsliga regler som garanterar iakttagandet av anbudsgivarens rätt att få sin talan prövad i sak av domstol i första instans och i förekommande fall efter överklagande[38] inte torde kunna anses undergräva den ändamålsenliga verkan av direktiv 89/665 eller kraven enligt artikel 47 i stadgan.

73. För fullständighetens skull vill jag tillägga att om en sådan processrättslig regel som den i det nationella målet aktuella inskränkningen i rätten att inge ett kassationsöverklagande skulle anses utgöra en begränsning av rätten till ett effektivt rättsmedel inför en domstol i den mening som avses i artikel 47 i stadgan, måste det i alla händelser konstateras att det rör sig om en åtgärd som dels är föreskriven ”i lag”, dels i överensstämmelse med artikel 47 första och andra styckena i stadgan är ägnad att avskräcka från okynnesöverklaganden och att minimera handläggningstiderna, vilket främjar intresset av en god rättskipning.[39] Dessutom går den aktuella regeln inte längre än vad som är nödvändigt för att det syftet ska kunna uppnås.

74. Artikel 47 i stadgan innebär naturligtvis ett krav på att det ska finnas ett rättsmedel som är effektivt i både juridisk och praktisk bemärkelse.[40] I fall där det förefaller dels som om tillgången till en ”domstol” i den mening som avses i artikel 47 i stadgan är garanterad och inte förenad med några svårigheter, dels som om nationell rätt – såsom framgår av den dom som i förevarande mål meddelades av Tribunale amministrativo regionale della Valle d’Aosta (Regionala förvaltningsdomstolen i Aostadalen) – ger denna ”domstol” behörighet att pröva en tvist i sak, kan emellertid varken direktiv 89/665 eller artikel 47 i stadgan tolkas så, att de skulle innebära ett krav på ytterligare en överklagandeinstans som kan avhjälpa en felaktig tillämpning av de aktuella reglerna från andrainstansdomstolens sida.

75. Som flera rättegångsdeltagare har påpekat, måste man i själva verket fråga sig vad som skulle hända om domstolen i tredje instans fastställde den tolkning som domstolen i andra instans hade gjort. Skulle då artikel 1.1 och 1.3 i direktiv 89/665 mot bakgrund av artikel 47 i stadgan innebära ett krav på införande av en fjärde domstolsnivå? Den frågan behöver knappast ens besvaras. Som jag ser saken, måste man i fall där en domstol i sista instans tillämpar unionsrätten felaktigt använda andra processuella lösningar, exempelvis fördragsbrottstalan enligt artikel 258

[37] Se, för ett liknande resonemang (med hänvisning till effektivitets- och likvärdighetsprinciperna snarare än till artikel 47 i stadgan), dom av den 17 mars 2016, Bensada Benallal (C-161/15, EU:C:2016:175, punkt 27).

[38] Såvitt avser detta krav, se dom av den 5 september 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675, punkt 33).

[39] Se, för ett liknande resonemang (på tal om en garanti för gott uppträdande), dom av den 15 september 2016, Star Storage m.fl. (C-439/14 och C-488/14, EU:C:2016:688, punkt 54). Härvidlag ska det erinras om att EU-domstolen har tolkat artikel 1.1 och 1.3 i direktiv 89/665 så, att medlemsstaterna är skyldiga att vidta nödvändiga åtgärder för att garantera att en upphandlande myndighets beslut i samband med upphandlingsförfaranden kan prövas effektivt, och i synnerhet så skyndsamt som möjligt, när det görs gällande att sådana beslut har inneburit en överträdelse av unionslagstiftningen om offentlig upphandling eller nationella bestämmelser som införlivar denna lagstiftning (se, för ett liknande resonemang, dom av den 12 mars 2015, eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, punkt 50, dom av den 15 september 2016, Star Storage m.fl., C-439/14 och C-488/14, EU:C:2016:688, punkt 39, och dom av den 29 juli 2019, Hochtief Solutions Magyarországi Fióktelepe, C-620/17, EU:C:2019:630, punkt 50).

[40] Se, för ett liknande resonemang (rörande artiklarna 6 och 13 i Europakonventionen), Varga, Z., ”National Remedies in the Case of Violation of EU Law by Member State Courts”, *CML Rev.*, 2017, vol. 54, s. 52–80, särskilt. s. 75.

FEUF[41] eller en sådan talan som i målet Francovich,[42] med syftet att hålla staten skadeståndsansvarig för att på detta sätt erhålla ett rättsligt skydd för rättigheter som tillkommer enskilda enligt unionsrätten.[43]

4. Ytterligare synpunkter på den rättspraxis som bygger på domen Francovich och behovet av utveckling av denna rättspraxis

76. Vid förhandlingen fördes en omfattande diskussion om vilka rättsmedel eller andra rättsliga åtgärder som kunde tänkas stå till buds för Randstad under de aktuella omständigheterna, och få deltagare föreföll ställa sig bakom den dom som Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) faktiskt hade meddelat, där överklagandet hade avvisats av talerättsskäl.

77. En annan möjlighet som nämndes vid förhandlingen är att Randstad skulle kunna grunda sig på artikel 2.1 c i direktiv 89/665, som rör skadestånd för överträdelser inom ramen för en upphandling. Noga räknat behöver detta egentligen inte tas upp här, men som jag ser saken rör den bestämmelsen helt enkelt de nationella domstolarnas befogenhet att på grundval av strikt ansvar bevilja skadestånd för *en upphandlande myndighets* överträdelser av upphandlingsreglerna – inte för en domstols felaktiga tillämpning av unionsrätten på området offentlig upphandling. Vid förhandlingen påpekades också att det skulle kunna vara möjligt att genom skadeståndstalan av Francovich-typ hålla den italienska staten ansvarig för att dess nationella domstolssystem hade underlåtit att tillämpa unionsrätten på ett korrekt sätt.

78. I detta sammanhang kan det noteras att det inte är alldeles klart vilka närmare omständigheter som föranledde Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) att döma till nackdel för Randstad på den aktuella punkten. Om Randstad framöver vidtar andra rättsliga åtgärder, kommer den behöriga nationella domstolen att behöva fastställa och värdera skälen till att Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) *förefaller* ha underlåtit att antingen tillämpa EU-domstolens fasta praxis rörande talerätt i upphandlingsmål eller – om den hyste tvivel därvidlag – i egenskap av domstol i sista instans framställa en vederbörlig begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF. Det kan tänkas att det finns en förklaring till det beslut som Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) fattade i den frågan.

79. Icke desto mindre vill jag ta tillfället i akt att påpeka att jag anser det nödvändigt att ta upp den praxis som grundar sig på domen Francovich till ny bedömning mot bakgrund av kraven enligt artikel 47 i stadgan och därvid i mån av behov vidareutveckla denna praxis. Av domen av den 5 mars 1996, Brasserie du pêcheur och Factortame (C-46/93 och C-48/93, EU:C:1996:79) (domen Brasserie du pêcheur och Factortame), framgår klart och tydligt att medlemsstaterna kan hållas skadeståndsansvariga för tillräckligt klara överträdelser av unionsrätten där de ”uppenbart och allvarligt har missbedömt gränserna för sitt utrymme för skönsmässig bedömning”.[44]

80. Tillämpningen i praktiken av det rekvisitet försvåras emellertid av att klara fel av medlemsstaterna (inbegripet deras domstolar) alltför ofta och kanske alltför lättvindigt ursäktas med att det rör sig om fel som har begåtts med ärligt uppsåt, som av andra skäl var förståeliga under de rådande omständigheterna eller som i alla händelser inte är att anse som ”uppenbara och

41 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 4 oktober 2018, kommissionen/Frankrike (förskottsskatt) (C-416/17, EU:C:2018:811).

42 Dom av den 19 november 1991, Francovich m.fl. (C-6/90 och C-9/90, EU:C:1991:428).

43 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 4 mars 2020, Telecom Italia (C-34/19, EU:C:2020:148, punkterna 67–69), och dom av den 29 juli 2019, Hochtief Solutions Magyarországi Fióktelepe (C-620/17, EU:C:2019:630, punkt 64).

44 Dom av den 5 mars 1996, Brasserie du pêcheur och Factortame (C-46/93 och C-48/93, EU:C:1996:79, punkt 55).

allvarliga”. Artighet mot andra domstolar eller respekt för vördnadsbjudande nationella rättsinstanser bör emellertid inte föranleda tvekan att beskriva sådana fel som ”uppenbara och allvarliga” i den mening som avses i domen Brasserie du pêcheur när detta är befogat. Om man, till följd av en villighet eller benägenhet att ursäkta uppenbara och allvarliga fel som en medlemsstat gör sig skyldig till när den tillämpar unionsrätten, tonar ned allvaret i sådana fel, innebär detta i sig tvivelsutan att parter i tvister nekas tillgång till ett sådant effektivt rättsmedel som de är berättigade till enligt artikel 47 i stadgan, särskilt i fall där det objektivt sett inte är realistiskt att en underlåtenhet att tillämpa väletablerad unionsrätt ska anses berättigad eller på annat sätt ursäktlig. Tillämpningsområdet för den praxis som grundar sig på domen Francovich är i förevarande mål nödvändigtvis en ständigt aktuell fråga, men eftersom den frågan inte uttryckligen har tagits upp här måste den ändå vänta till ett senare tillfälle på sin lösning.

81. Samtidigt är viljan att ursäkta medlemsstaternas fel en klen tröst för en part i en tvist om det i praktiken är orimligt svårt att väcka ”Francovich-talan”. Sammanfattningsvis kan sägas att om den omständigheten att en överdomstol vars avgöranden inte kan överklagas underlåter att tillämpa EU-domstolens fasta praxis på ett korrekt sätt inte i sig utgör tillräcklig grund för en skadeståndstalan med hänvisning till rekvisitet ”uppenbar och allvarlig missbedömning”, behöver det rekvisitet – som ju är äldre än stadgan – finslipas ytterligare. Om löftet i artikel 47 i stadgan inte ska bli tomt, måste enligt min uppfattning den nu aktuella underlåtenheten av en domstol i sista instans att tillämpa EU-domstolens fasta praxis föranleda ett skadeståndsansvar av Francovich-typ för den berörda medlemsstaten. I alla händelser har EU-domstolen funnit att när en nationell domstol har åsidosatt unionsrätten genom att dess avgörande ”uppenbart har fattats i strid med [EU-]domstolens rättspraxis på området”, innebär detta i sig att överträdelsen är tillräckligt klar. [45]

82. Allt detta får mig att tänka på Sherlock Holmes-fallet med hunden som inte skällde. [46] På liknande sätt som i det fallet är det i förevarande mål den allmänna avsaknaden av rättspraxis på området som är avslöjande. [47] Denna avsaknad kan i sig ses som ett tecken på att sådana fel och sådan underlåtenhet i praktiken alltför beredvilligt ursäktas, och på att väckande av Francovich-talan för många som inte har fått sina rättigheter enligt unionsrätten tillgodosedda är en illusion snarare än en reell möjlighet. Detta utgör ytterligare ett skäl till att rekvisitet ”uppenbar och allvarlig missbedömning” från domen Brasserie du pêcheur och Factortame, kan behöva ses över för att unionsrätten ska komma att tillämpas med vederbörlig kraft av medlemsstaternas domstolar – även om hänsyn också bör tas till de särskilda omständigheter som EU-domstolen framhöll i domen av den 30 september 2003, Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513), såvitt avser skadeståndsansvar med anledning av fel begångna av domstolar, nämligen ”den dömande verksamhetens särdrag” och kraven på rättssäkerhet. [48] Oaktat detta är den rättspraxis som grundar sig på domen Francovich så att säga en hund som måste få skälla, så att dess skall kan uppmärksamma oss på att rättigheter som unionsrätten är tänkt att slå vakt om och skydda undergrävs – ibland i tysthet – genom att nationella domstolar begår fel.

[45] Se, för ett liknande resonemang, dom av den 30 september 2003, Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513, punkt 56), och dom av den 25 november 2010, Fuß (C-429/09, EU:C:2010:717, punkt 52).

[46] ”The Adventure of the Silver Blaze”, i: Conan Doyle, A., *The Memoirs of Sherlock Holmes* (London, 1892).

[47] Se, allmänt, Beutler, B., ”State Liability for Breaches of Community Law by National Courts: Is the Requirement of a Manifest Infringement of the Applicable Law an Insurmountable Obstacle?”, *CML Rev*, 46, 2009, s. 773–787.

[48] Se, för ett liknande resonemang, dom av den 30 september 2003, Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513, punkt 53).

83. Till detta skulle kunna läggas att det såvitt avser just överträdelser på området offentlig upphandling vore något ologiskt om direktiv 89/665 föreskrev en form av strikt ansvar för fel begångna av en upphandlande myndighet samtidigt som villkoren för utkrävande av ansvar för nationella domstolars fel med anknytning till prövning av upphandlingsprocessen förblev på en avskräckande hög nivå.

84. Som jag ser saken, har unionsrätten emellertid i någon mån vidareutvecklats sedan domen av den 30 september 2003, Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513). Med tanke på att artikel 47 i stadgan har trätt i kraft sedan den domen meddelades, anser jag att det av de ovan angivna skälen även behöver prövas huruvida det ifrågavarande felet av en domstol var *objektivt* ursäktligt. Om en sådan prövning inte görs, ligger det tvivelsutan i farans riktning att tillämpningen av rekvisitet från domen Brasserie du pêcheur och Factortame, i praktiken gör det orimligt svårt att genom Francovich-talan erhålla skadestånd för ett fel av en domstol, i så måtto att det då endast under ytterst särpräglade omständigheter torde vara sannolikt att detta ansvarsrekvisit skulle vara uppfyllt.

5. Slutsatser om den första tolkningsfrågan

85. Sammanfattningsvis anser jag således att artikel 1.1 och 1.3 i direktiv 89/665 mot bakgrund av artikel 47 i stadgan ska tolkas så, att den inte utgör hinder för en sådan bestämmelse som artikel 111 åttonde stycket i den italienska grundlagen såsom den bestämmelsen har tolkats i dom nr 6/2018, enligt vilken kassationsöverklagande ”på grund av bristande behörighet” inte kan användas för att angripa domar där en domstol i andra instans har tillämpat en nationell tolkningspraxis som objektivt strider mot EU-domstolens domar inom områden som omfattas av unionsrätten.

86. När en domstol i sista instans har tillämpat unionsrätten på ett felaktigt sätt, måste man använda andra processuella lösningar, exempelvis fördragsbrottstalan enligt artikel 258 FEUF eller talan med syftet att hålla staten skadeståndsansvarig, för att på detta sätt erhålla ett rättsligt skydd för rättigheter enligt unionsrätten.

B. Den andra tolkningsfrågan

87. Corte suprema di cassazione (Högsta domstolen) har i allt väsentligt ställt sin andra tolkningsfråga för att få klarhet i huruvida artiklarna 4.3 FEU, 19.1 FEU och 267 FEUF mot bakgrund av artikel 47 i stadgan utgör hinder för att bestämmelserna om kassationsöverklagande ”av skäl som rör behörighet” tolkas och tillämpas så, att det inte går att inge ett kassationsöverklagande till Högsta domstolen i plenum av en dom meddelad av Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) där denna omotiverat har underlåtit att begära förhandsavgörande av EU-domstolen trots att de av EU-domstolen i domen av den 6 oktober 1982, Cilfit m.fl. (283/81, EU:C:1982:335), fastställda villkoren för när en nationell domstol undantas från den skyldigheten inte var uppfyllda.

88. Tanken bakom denna fråga är att en nationell domstol inte ens tillfälligt får hindras från att begära förhandsavgörande, eftersom detta skulle medföra att EU-domstolen berövas sin exklusiva behörighet att med bindande verkan slå fast hur unionsrätten ska tolkas och därmed skulle äventyra en enhetlig tillämpning av, och ett effektivt domstolsskydd för, de rättigheter som enskilda har enligt unionsrätten.

89. Inledningsvis ska det påpekas att Corte di Cassazione (Högsta domstolen) i inledningen av sin begäran om förhandsavgörande tar upp ytterligare ett spörsmål som har anknytning till dess andra tolkningsfråga men som sedan inte nämns i den slutliga lydelsen av den frågan. Av punkt 50 i begäran om förhandsavgörande framgår nämligen tydligt att Corte suprema di Cassazione (Högsta domstolen) utöver att vilja få svar på den formellt ställda frågan också ifrågasätter ett synsätt som innebär att denna domstol inte själv direkt skulle få framställa en begäran om förhandsavgörande.

90. Eftersom detta inte tas upp i den slutligen hänskjutna tolkningsfrågan kommer jag att fatta mig kort. Dessutom förefaller det mig inte som om det skulle råda något tvivel om vilket svaret måste bli. Det följer nämligen av fast rättspraxis att en nationell domstol enligt artikel 267 FEUF har en mycket vittgående möjlighet att hänskjuta en fråga till EU-domstolen, om den bedömer att det i ett mål som pågår vid den har uppkommit frågor som kräver ett avgörande avseende tolkningen eller giltigheten av unionsrätten för att den ska kunna döma i målet.[49] Om talan har väckts i vederbörlig ordning vid Corte suprema di cassazione (Högsta domstolen), kan nationella processrättsliga regler därför inte påverka den domstolens befogenheter och skyldigheter enligt artikel 267 FEUF.[50]

91. Efter att ha slagit fast detta övergår jag nu till den andra tolkningsfrågan såsom den uttryckligen är formulerad. Som jag ser saken, behöver sådana nationella processrättsliga regler som den ifrågavarande regeln, enligt vilken kassationsöverklagande kan inges endast i behörighetsfrågor, inte för att vara förenliga med unionsrätten tolkas så, att de medger kassationsöverklagande i fall där en domstol i första instans eller en domstol mot vars avgöranden det inte finns något rättsmedel enligt nationell lagstiftning har underlåtit att framställa en begäran om förhandsavgörande till EU-domstolen.

92. Eftersom det ankommer på de nationella domstolarna att tillämpa unionsrätten, är det med nödvändighet de som ska göra en första tolkning därav. Som EU-domstolen tidigare har framhållit, fullgör de nationella domstolarna, i samverkan med EU-domstolen, en uppgift som har tillerkänts dem gemensamt, nämligen att säkra respekten för rättsordningen vid tolkningen och tillämpningen av fördragen.[51] Av det domstolssystem som fastställs i fördragen – särskilt i artiklarna 4.3 FEU, 19.1 FEU och 267 FEUF, vilka den hänskjutande domstolen har hänvisat till – framgår att EU-domstolen inte har ensamrätt att tolka unionsrätten utan har exklusiv behörighet att *slutgiltigt* tolka den.[52]

[49] Se, för ett liknande resonemang, bland annat dom av den 16 december 2008, Cartesio (C-210/06, EU:C:2008:723, punkt 88), dom av den 15 januari 2013, Križan m.fl. (C-416/10, EU:C:2013:8, punkt 64), och dom av den 2 mars 2021, A.B. m.fl. (tillsättning av domare vid Högsta domstolen – rättsmedel) (C-824/18, EU:C:2021:153, punkt 91 och där angiven rättspraxis).

[50] Se, för ett liknande resonemang, dom av den 18 juli 2013, Consiglio Nazionale dei Geologi (C-136/12, EU:C:2013:489, punkt 32). Att Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) och Corte di Cassazione (Högsta domstolen) inom ramen för en och samma process båda skulle kunna anses ha en skyldighet enligt artikel 267 tredje stycket FEUF att framställa en begäran om förhandsavgörande är ovidkommande. Tvärtom gäller att om en sådan domstol som Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) i en sådan situation inte har framställt någon begäran om förhandsavgörande till EU-domstolen, måste en sådan domstol som Corte di Cassazione (Högsta domstolen) i plenum själv hänskjuta frågan till EU-domstolen (se, för ett liknande resonemang, i ett sammanhang där det är sannolikt att två olika domstolar har en skyldighet att framställa en begäran om förhandsavgörande till EU-domstolen, dom av den 4 november 1997, Parfums Christian Dior, C-337/95, EU:C:1997:517, punkt 30).

[51] Se, för ett liknande resonemang, yttrande 1/09 (avtal om inrättande av ett enhetligt system för patenttvister) av den 8 mars 2011 (EU:C:2011:123, punkt 69) och dom av den 27 februari 2018, Associação Sindical dos Juízes Portugueses (C-64/16, EU:C:2018:117, punkt 33).

[52] Se, för ett liknande resonemang, yttrande 1/17 av den 30 april 2019 (EU:C:2019:341, punkt 111).

93. Den skyldighet att begära förhandsavgörande av EU-domstolen som enligt artikel 267 tredje stycket FEUF åvilar nationella domstolar mot vilkas avgöranden det inte finns något rättsmedel utgör ett led i samarbetet mellan de nationella domstolarna – som ska tillämpa unionsrätten – och EU-domstolen med syftet att säkerställa att unionsrätten tillämpas korrekt och tolkas enhetligt i alla medlemsstater. [53]

94. Artikel 267 FEUF skapar således förutsättningar för en dialog mellan EU-domstolen och medlemsstaternas domstolar. [54] Som jag redan har erinrat om i detta förslag till avgörande, följer det av fast rättspraxis att en nationell domstol enligt den bestämmelsen har en mycket vittgående möjlighet att hänskjuta en fråga till EU-domstolen, om den bedömer att det i ett mål som pågår vid den har uppkommit frågor som kräver ett avgörande avseende tolkningen eller giltigheten av unionsrätten för att den ska kunna döma i målet. [55] Dessutom måste det hållas i åtanke att när en fråga om tolkningen av unionsrätten uppkommer vid en nationell domstol mot vars avgöranden det inte finns något rättsmedel enligt nationell lagstiftning, är den domstolen enligt artikel 267 tredje stycket FEUF *i princip* skyldig att begära att EU-domstolen meddelar förhandsavgörande. [56]

95. Vad som är förbjudet i det specifika sammanhang som utgörs av samarbetet enligt artikel 267 FEUF är därför att en regel i nationell rätt *hindrar* en nationell domstol från att använda sig av den möjligheten respektive att fullgöra den skyldigheten. [57] Annorlunda uttryckt gäller som *minimikrav* att en domstol som i den nationella rättsordningen har uppgiften att meddela avgöranden i frågor som rör unionsrätten – såsom i det nu aktuella fallet tribunali amministrativi regionali (de regionala förvaltningsdomstolarna) och Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) på området offentlig upphandling – ska ha möjlighet, eller till och med skyldighet, att begära förhandsavgörande. Om så är fallet, ankommer det uteslutande på den nationella domstolen, vid vilken målet har anhängiggjorts och vilken har ansvaret för det rättsliga avgörandet, att mot bakgrund av de särskilda omständigheterna i målet bedöma såväl om ett förhandsavgörande är nödvändigt för att döma i saken som relevansen av de frågor som ställs till EU-domstolen. [58] Som generaladvokaten Bobek nyligen har förklarat, förhåller det sig sammanfattningsvis så, att logiken bakom EU-domstolens praxis på detta område handlar om att säkerställa att nationella processrättsliga regler inte hindrar att frågor om unionsrätten ställs, så att en begäran om förhandsavgörande kan framställas oavsett skede i det rättsliga förfarandet. [59]

96. Som kommer att framgå av min bedömning av den tredje tolkningsfrågan från Corte suprema di cassazione (Högsta domstolen), måste det noteras att även om det står klart att Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) vid minsta tvivel om tillämpningsområdet för artikel 1.1 och 1.3 i direktiv 89/665 såsom den bestämmelsen tidigare hade tolkats av EU-domstolen borde ha hänskjutit en tolkningsfråga till denna, fanns det inte någon nationell processrättslig regel som hindrade Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) från att inleda en sådan dialog med EU-domstolen.

[53] Se, för ett liknande resonemang, dom av den 6 oktober 1982, Cilfit m.fl. (283/81, EU:C:1982:335, punkt 7), och dom av den 9 september 2015, X och van Dijk (C-72/14 och C-197/14, EU:C:2015:564, punkt 54).

[54] Se, för ett liknande resonemang, dom av den 2 mars 2021, A.B. m.fl. (tillsättning av domare vid Högsta domstolen – rättsmedel) (C-824/18, EU:C:2021:153, punkt 90).

[55] Se den rättspraxis som har nämnts i fotnot 49.

[56] Se, för ett liknande resonemang, dom av den 24 oktober 2018, XC m.fl. (C-234/17, EU:C:2018:853, punkt 43). Se även, med en annan formulering, dom av den 5 april 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199, punkt 32), och dom av den 2 mars 2021, A.B. m.fl. (tillsättning av domare vid Högsta domstolen – rättsmedel) (C-824/18, EU:C:2021:153, punkt 92).

[57] Se, för ett liknande resonemang, dom av den 5 april 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199, punkterna 32 och 33), och dom av den 2 mars 2021, A.B. m.fl. (tillsättning av domare vid Högsta domstolen – rättsmedel) (C-824/18, EU:C:2021:153, punkt 93).

[58] Se, för ett liknande resonemang, dom av den 9 september 2015, X och van Dijk (C-72/14 och C-197/14, EU:C:2015:564, punkt 57).

[59] Se, för ett liknande resonemang, förslag till avgörande av generaladvokaten Bobek i målet Consorzio Italian Management och Catania Multiservizi (C-561/19, EU:C:2021:291, punkt 27).

97. Enligt min åsikt är det därför visserligen sannolikt att underlåtenheten att hänskjuta en fråga till EU-domstolen för förhandsavgörande strider mot materiell rätt (på grund av felaktig tillämpning av unionsrätten, som den nationella domstolen tolkade på ett felaktigt sätt) och/eller mot processrättsliga regler (på grund av att den berörda domstolen inte begärde förhandsavgörande av EU-domstolen trots att den var skyldig att göra detta), men däremot torde denna underlåtenhet inte kunna anses utgöra en fråga som rör behörighet i den mening som avses i artikel 111 åttonde stycket i den italienska grundlagen. Som jag påpekade i slutet av min bedömning av den första tolkningsfrågan, måste de processuella lösningar som används i fall där en domstol i sista instans har tillämpat unionsrätten – inbegripet, vill jag här tillägga, skyldigheterna enligt artikel 267 FEUF – på ett felaktigt sätt vara av annat slag. Även om det inte är några optimala lösningar, kan det exempelvis handla om att väcka fördragsbrottstalan eller om att väcka skadeståndstalan mot staten för att på detta sätt erhålla rättsligt skydd för enskildas rättigheter.

98. Med tanke på den dömande maktens väsentliga funktion för skyddet av de rättigheter som enskilda åtnjuter enligt unionsbestämmelserna skulle, som jag redan har framhållit, nämligen den fulla verkan av dessa bestämmelser äventyras, och skyddet för de rättigheter som följer av dem försvagas, om det var uteslutet att enskilda på vissa villkor skulle kunna få ersättning eller skadestånd då deras rättigheter har kränkts genom en överträdelse av unionsrätten som beror på ett avgörande av en domstol i en medlemsstat som dömer i sista instans. [60]

99. Jag drar därför, i överensstämmelse med det ovan anförda, slutsatsen att artiklarna 4.3 FEU, 19.1 FEU och 267 FEUF mot bakgrund av artikel 47 i stadgan inte utgör hinder för att bestämmelserna om kassationsöverklagande av skäl som rör behörighet tolkas och tillämpas så, att det inte går att inge ett kassationsöverklagande till Corte suprema di cassazione (Högsta domstolen) i plenum av en dom meddelad av Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) där denna omotiverat har underlåtit att begära förhandsavgörande av EU-domstolen.

C. Den tredje tolkningsfrågan

100. Corte suprema di cassazione (Högsta domstolen) har i allt väsentligt ställt sin tredje tolkningsfråga för att få klarhet i huruvida den tolkning av artiklarna 1.1, 1.3 och 2.1 i direktiv 89/665 i dess lydelse enligt direktiv 2007/66 som härrör från EU-domstolens dom av den 4 juli 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), dess dom av den 5 april 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199), och dess dom av den 5 september 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675), är tillämplig på det fall som är i fråga i det nationella målet.

101. Jag noterar att EU-domstolens uppgift i samband med en begäran om förhandsavgörande enligt fast rättspraxis är att bidra till den faktiska lösningen av en tvist som rör unionsrätten, inte att uttala sig om allmänna eller hypotetiska frågor. [61]

102. Eftersom jag på tal om den första tolkningsfrågan har gjort bedömningen att den inskränkning av behörigheten för Corte di cassazione (Högsta domstolen) som föreskrivs i artikel 111 åttonde stycket i den italienska grundlagen, såsom den bestämmelsen har tolkats i dom nr 6/2018, inte strider mot artikel 1.1 och 1.3 i direktiv 89/665 och artikel 47 i stadgan, torde den

[60] Se, för ett liknande resonemang, dom av den 30 september 2003, Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513, punkt 33), och dom av den 9 september 2015, Ferreira da Silva e Brito m.fl. (C-160/14, EU:C:2015:565, punkt 47).

[61] Se, för ett liknande resonemang, dom av den 3 oktober 2019, A m.fl. (C-70/18, EU:C:2019:823, punkt 73).

hänskjutande domstolen sakna behörighet att i det nationella målet pröva tillämpningsområdet för direktiv 89/665. För den händelse att EU-domstolen därvidlag skulle göra en annan bedömning, kommer jag här ändå att ta upp den tredje tolkningsfrågan.

103. Jag erinrar om att Randstad i det nationella målet hade bestritt bolagets uteslutning från ett upphandlingsförfarande och tilldelningen av det aktuella kontraktet till ett annat företag. Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) utförde emellertid en prövning i sak endast av den grund för Randstads överklagande varigenom bolaget hade bestritt det poängtal som hade tilldelats dess tekniska anbud – ett poängtal som låg under ”minimitröskeln” – och prövade först de anslutningsöverklaganden som hade ingetts av den upphandlande myndigheten och den vinnande anbudsgivaren. Dessa anslutningsöverklaganden bifölls av Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen), som däremot avstod från att göra en prövning i sak av de övriga grunderna för huvudöverklagandet, varigenom Randstad hade bestritt upphandlingsförfarandets resultat av skäl som inte avsåg det poängtal som dess tekniska anbud hade tilldelats.

104. I mina inledande anmärkningar i detta förslag till avgörande har jag redan redogjort för EU-domstolens praxis rörande omfattningen av skyldigheten enligt artikel 1.1 och 1.3 i direktiv 89/665 att tillhandahålla ett prövningsförfarande när det specifikt gäller fall där den vinnande anbudsgivaren har väckt genkäromål. Därför kan jag i detta skede av mitt resonemang slå fast att den omständighet som gör att en domstol är skyldig att pröva en anbudsgivares överklagande är att båda parter i målet har ett berättigat intresse av att övriga anbudsgivares anbud utesluts. Det kan nämligen tänkas att samtliga anbud i upphandlingen har någon av de brister som motiverar uteslutning av såväl den vinnande anbudsgivarens anbud som det anbud som har lämnats av den anbudsgivare som har bestritt den upphandlande myndighetens beslut, vilket skulle kunna leda till att myndigheten behöver inleda en ny upphandling. [62]

105. EU-domstolen har varit ytterst tydlig på denna punkt: ”möjligheten att ta upp huvudkäromålet till prövning [kan] inte, utan att äventyra den ändamålsenliga verkan av direktiv 89/665, vara beroende av att det först fastställs att samtliga anbud med en lägre rangordning än det anbud som lämnats av den anbudsgivare som väckt detta käromål också är rättsstridiga [eller] göras beroende av att den nämnda anbudsgivaren ska lägga fram bevis för att den upphandlande myndigheten kommer att göra om förfarandet för offentlig upphandling. *Den omständigheten att det finns en möjlighet att så kommer att ske ska anses vara tillräcklig i detta avseende.*” [63] En anbudsgivare vars anbud av den upphandlande myndigheten har uteslutits från ett förfarande för offentlig upphandling kan nekas rätten att väcka talan mot beslutet om tilldelning av kontraktet endast om beslutet att utesluta denna anbudsgivare har bekräftats genom ett avgörande som har vunnit laga kraft innan den domstol vid vilken talan har väckts mot beslutet om tilldelning av kontraktet har avgjort målet, eftersom anbudsgivaren då ska anses vara definitivt utesluten från upphandlingsförfarandet i fråga. [64]

106. I det nationella målet är det till att börja med ostridigt att Randstad ännu inte definitivt hade uteslutits från upphandlingsförfarandet när bolaget ingav sitt överklagande till Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen). Vidare framgår det av begäran om förhandsavgörande att Randstad, som en av grunderna för yrkandet att bolaget åter skulle få delta i upphandlingsförfarandet, gjorde gällande att den upphandlingskommitté som utförde den

[62] Se, för ett liknande resonemang, dom av den 5 april 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199, punkt 28), och dom av den 5 september 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675, punkt 27).

[63] Dom av den 5 september 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675, punkt 29). Min kursivering.

[64] Se, för ett liknande resonemang, dom av den 5 september 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675, punkt 33 och där angiven rättspraxis).

ekonomiska bedömningen hade tillsatts på ett rättsstridigt sätt och hade en rättsstridig sammansättning. Om dessa brister befanns föreligga, skulle de dels motivera uteslutning av både den vinnande anbudsgivarens anbud och anbudet från den anbudsgivare som hade bestritt den upphandlande myndighetens beslut, dels påverka även övriga anbud som hade lämnats in under upphandlingsförfarandet, vilket skulle kunna medföra att den upphandlande myndigheten behövde inleda ett nytt förfarande.

107. Under dessa omständigheter förefaller det mig inte råda något tvivel om att den princip som har slagits fast och bekräftats i den rättspraxis som den hänskjutande domstolen har hänvisat till var tillämplig i det nationella målet. Således hade Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) en skyldighet att antingen erkänna Randstads berättigade intresse av att, såväl i första instans som efter överklagande, bestrida rättsenligheten av förfarandet och därmed även av beslutet att tilldela kontraktet, eller – i mån av tvivel – framställa en begäran om förhandsavgörande rörande detta till EU-domstolen.

VII. Förslag till avgörande

108. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag därför att EU-domstolen ska besvara tolkningsfrågorna från Corte suprema di cassazione (Högsta domstolen, Italien) enligt följande:

1) Artikel 1.1 och 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 bland annat Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 ska mot bakgrund av artikel 47 i stadgan tolkas så, att den inte utgör hinder för en sådan bestämmelse som artikel 111 åttonde stycket i den italienska grundlagen såsom den bestämmelsen har tolkats i dom nr 6/2018, enligt vilken kassationsöverklagande av skäl som rör behörighet inte kan användas för att angripa domar där en domstol i andra instans har tillämpat en nationell tolkningspraxis som strider mot EU-domstolens domar inom områden som omfattas av unionsrätten.

   När en domstol i sista instans har tillämpat unionsrätten på ett felaktigt sätt, måste man använda andra processuella lösningar, exempelvis fördragsbrottstalan enligt artikel 258 FEUF eller talan med syftet att hålla staten skadeståndsansvarig, för att på detta sätt erhålla ett rättsligt skydd för enskildas rättigheter enligt unionsrätten.

2) Artiklarna 4.3 FEU, 19.1 FEU och 267 FEUF utgör mot bakgrund av artikel 47 i stadgan inte hinder för att bestämmelserna om kassationsöverklagande av skäl som rör behörighet tolkas och tillämpas så, att det inte går att inge ett kassationsöverklagande till Corte suprema di cassazione (Högsta domstolen) i plenum av en dom meddelad av Consiglio di Stato (Högsta förvaltningsdomstolen) där denna omotiverat har underlåtit att begära förhandsavgörande av EU-domstolen.

   Alternativt:

3) Den tolkning av artiklarna 1.1, 1.3 och 2.1 i direktiv 89/665 i dess lydelse enligt direktiv 2007/66 som härrör från EU-domstolens dom av den 4 juli 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), dess dom av den 5 april 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199), och dess dom av den 5 september 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675), är tillämplig på det fall som är i fråga i det nationella målet, där beslutet att utesluta den icke-vinnande anbudsgivaren inte hade bekräftats genom ett avgörande som hade vunnit laga kraft innan den domstol vid vilken talan

hade väckts mot beslutet om tilldelning av kontraktet meddelade sitt avgörande och där den anbudsgivaren hade anfört en grund som kunde leda till att den upphandlande myndigheten behövde inleda ett nytt förfarande.