Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
G. HOGAN
fremsat den 9. september 2021 [1]

Sag C-497/20

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

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Corte suprema di cassazione (kassationsdomstol, Italien))

»Præjudiciel forelæggelse – offentligt udbud – direktiv 89/665/EØF – artikel 1 – adgang til effektive retsmidler – artikel 47 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder – forpligtelse for medlemsstater til at fastlægge en klageprocedure – adgang til klageprocedurer – søgsmål med påstand om annullation af beslutningen om tildeling af en offentlig kontrakt – kontrasøgsmål anlagt af den valgte tilbudsgiver – forvaltningsdomstolens praksis, der begrænser de situationer, hvor det er muligt at iværksætte kassationsanke – artikel 267 TEUF«

I. Indledning

1. Den foreliggende anmodning om en præjudiciel afgørelse rejser vigtige og i visse henseender nye spørgsmål vedrørende spørgsmålet om, hvorvidt en medlemsstat er forpligtet til at give mulighed for en yderligere adgang til appel, såfremt en appeldomstol selv har foretaget en fejlagtig fortolkning af EU-retten eller har anvendt EU-retten forkert. Den rejser ligeledes spørgsmålet om, hvilke andre retsmidler (om nogle) en skadelidt part har adgang til i tilfælde af, at der ikke gælder en sådan ret til appel.

2. Denne anmodning omhandler nærmere bestemt fortolkningen af artikel 4, stk. 3, TEU og artikel 19, stk. 1, TEU og af artikel 2, stk. 1 og 2, TEUF og artikel 267 TEUF, sammenholdt med artikel 47 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder (herefter »chartret«). Den rejser ligeledes spørgsmål om den korrekte fortolkning af artikel 1, stk. 1 og 3, og artikel 2, stk. 1, i Rådets direktiv 89/665/EØF af 21. december 1989 om samordning af love og

[1] – Originalsprog: engelsk.

administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter[2] som ændret ved bl.a. Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2007/66/EF af 11. december 2007[3].

3. Nærværende anmodning om en præjudiciel afgørelse er indgivet i forbindelse med en retssag mellem Randstad Italia SpA (herefter »Randstad«) og Umana SpA, Azienda USL (Unità Sanitaria Locale) Valle d'Aosta (den lokale sundhedsmyndighed for Valle d'Aosta, herefter »USL«), IN. VA SpA og Synergie Italia agenzia per il lavoro SpA (herefter »Synergie«). Denne retssag omhandler på den ene side udelukkelsen af Randstad fra en procedure om tildelingen af en offentlig kontrakt og på den anden side denne procedures lovlighed.

4. Domstolen anmodes således endnu en gang efter en anmodning fra en italiensk ret om at tage stilling til omfanget af medlemsstaternes forpligtelser, der er fastsat i artikel 1 i direktiv 89/665, til at foretage en effektiv prøvelse af offentlige kontrakter, såfremt den valgte tilbudsgiver i forbindelse med et søgsmål med påstand om annullation af beslutningen om tildeling af en offentlig kontrakt anlægger et kontrasøgsmål mod en afvist tilbudsgiver.

5. Denne anmodning er imidlertid indgivet i en specifik og sensitiv sammenhæng, hvor Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager, Italien) på den ene side i det mindste på det tidspunkt, hvor den blev anmodet om at træffe afgørelse i den omhandlede tvist, synes at have visse vanskeligheder i forbindelse med anvendelsen af Domstolens praksis for så vidt angår dette spørgsmål, og hvor på den anden side Corte suprema di cassazione (kassationsdomstol, Italien) nærer tvivl om omfanget af dens kompetence for så vidt angår appeller af domme fra Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager), således som den for nylig er blevet præciseret af Corte costituzionale (forfatningsdomstol, Italien). Med den foreliggende anmodning om en præjudiciel afgørelse anmodes Domstolen følgelig implicit om at tage stilling i en konflikt mellem de tre øverste domstole i Italien.

II. Retsforskrifter

A. EU-retten

6. Følgende fremgår af 17., 34. og 36. betragtning til direktiv 2007/66:

»(17) Der bør være adgang til en klageprocedure i det mindste for personer, der har eller har haft interesse i at få tildelt en bestemt kontrakt, og som har lidt eller vil kunne lide skade som følge af en påstået overtrædelse.

[…]

(34) […] I overensstemmelse med proportionalitetsprincippet, jf. [artikel 5 TEU], går dette direktiv ikke ud over, hvad der er nødvendigt for at nå dette mål, idet det navnlig overholder princippet om medlemsstaternes procesautonomi.

[…]

[2] – EFT 1989, L 395, s. 33.

[3] – EUT 2007, L 335, s. 31.

(36) I dette direktiv overholdes de grundlæggende rettigheder og de principper, som anerkendes i bl.a. Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder. Dette direktiv har navnlig til formål at sikre adgangen til effektive retsmidler og til en upartisk domstol i overensstemmelse med chartrets artikel 47, [stk. 1 og 2].«

7. Artikel 1 i direktiv 89/665 i dens nugældende version, der bærer overskriften »Klageprocedurernes anvendelsesområde og adgang til disse procedurer«, bestemmer følgende:

»1. Dette direktiv finder anvendelse på kontrakter som omhandlet i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU [af 26. februar 2014 om offentlige kontrakter og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF (EUT 2014, L 94, s. 65)], medmindre sådanne kontrakter er undtaget i henhold til artikel 7, 8, 9, 10, 11, 12, 15, 16, 17 og 37 i nævnte direktiv.

[…]

Medlemsstaterne træffer, for så vidt angår kontrakter, der henhører under anvendelsesområdet for direktiv [2014/24] eller [Europa-Parlamentets og Rådets] direktiv 2014/23/EU [af 26. februar 2014 om tildeling af koncessionskontrakter (EUT 2014, L 94, s. 1)], de nødvendige foranstaltninger for at sikre, at der effektivt og navnlig så hurtigt som muligt kan indgives klage over de ordregivende myndigheders beslutninger på de betingelser, der er anført i artikel 2 til 2f i dette direktiv, med den begrundelse, at beslutningerne er i strid med EU-retten vedrørende offentlige udbud eller de nationale regler til gennemførelse heraf.

[…]

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

8. Artikel 2 i direktiv 89/665 bærer overskriften »Krav til klageprocedurerne«. I henhold til stk. 1 og 2 i denne bestemmelse gælder følgende:

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

a) hurtigst muligt og som hastesag at træffe midlertidige foranstaltninger, der har til formål at bringe den påståede overtrædelse til ophør eller hindre, at der påføres de pågældende interesser anden skade, herunder foranstaltninger med henblik på at afbryde eller foranledige afbrydelse af den pågældende procedure for indgåelse af en offentlig kontrakt eller stille gennemførelsen af enhver beslutning, der er truffet af den ordregivende myndighed, i bero,

b) at annullere eller foranledige annullering af ulovlige beslutninger, herunder at fjerne de diskriminerende tekniske, økonomiske eller finansielle specifikationer i udbudsmaterialet, i udbudsbetingelserne eller i andre dokumenter i forbindelse med den pågældende procedure for indgåelse af en kontrakt,

c) at tilkende skadelidte personer skadeserstatning.

2. De i stk. 1 og artikel 2d og 2e omhandlede beføjelser kan tillægges særlige instanser, der har ansvaret for forskellige aspekter af klageproceduren.«

B. Italiensk ret

9. Artikel 111, stk. 8, i den italienske forfatning bestemmer følgende:

»Der kan kun iværksættes kassationsanke til prøvelse af afgørelser truffet af Consiglio di Stato [(øverste domstol i forvaltningsretlige sager)] og Corte dei conti [(revisionsretten)] for så vidt angår kompetencespørgsmål.«

10. Artikel 360, stk. 1, nr. 1, i Codice di procedura civile (retsplejeloven) bestemmer følgende:

»Der kan iværksættes kassationsanke til prøvelse af domme afsagt i anden instans eller i første og sidste instans:

1) for så vidt angår kompetencespørgsmål […].«

11. Artikel 362, stk. 1, nr. 2, i denne lov bestemmer følgende:

»1. Der kan iværksættes kassationsanke […] til prøvelse af afgørelser truffet af en specialret i anden instans eller i første og sidste instans for så vidt angår kompetencespørgsmål, som er specifikke for denne ret. […]

2. Der kan til enhver tid iværksættes kassationsanke af følgende:

1) positive eller negative kompetencekonflikter mellem dommere ved en specialret, eller mellem dem og dommere ved de almindelige retter

2) negative beføjelseskonflikter mellem den offentlige forvaltning og dommere ved de almindelige retter.«

12. Artikel 91 i Codice del processo amministrativo (lov om forvaltningsproceduren) bestemmer følgende:

»Retsmidler til prøvelse af [forvaltningsdomstolenes] domme udgøres af appel, begæring om genoptagelse, tredjemandsindsigelse og kassationsanke for så vidt angår kompetencespørgsmål.«

13. Artikel 110 i denne lov bestemmer følgende:

»Der kan kun iværksættes kassationsanke til prøvelse af domme afsagt af Consiglio di Stato [(øverste domstol i forvaltningsretlige sager)] for så vidt angår kompetencespørgsmål.«

III. De faktiske omstændigheder i hovedsagen

14. USL indledte en udbudsprocedure til en værdi på mere end 12 000 000 EUR, hvori kontrakten skulle tildeles på grundlag af det økonomisk mest fordelagtige bud, med henblik på at udvælge et vikarbureau. I udbudsmaterialet fastsatte den ordregivende myndighed en »minimumstærskel« for de tekniske bud på 48 point, og at tilbudsgivere med færre point skulle udelukkes.

15. Otte konkurrerende virksomheder deltog i udbudsproceduren, herunder Randstad, der var en midlertidig virksomhedssammenslutning, der var stiftet af Synergie og Umana samt Gi Group Spa. Efter vurdering af de tekniske bud foretog udbudskomitéen kun en vurdering af de økonomiske bud fra Synergie og Umana samt Gi Group og udelukkede Randstad, fordi virksomhedens bud ikke opnåede tærsklen. Kontrakten blev afslutningsvis tildelt Synergie og Umana den 6. november 2018.

16. Randstad anlagde sag ved Tribunale amministrativo regionale della Valle d'Aosta (den regionale forvaltningsdomstol for Valle d'Aosta, Italien) til prøvelse af sin udelukkelse, fordi virksomhedens bud ikke opnåede tærsklen, og tildelingen af kontrakten til Synergie og Umana. Med henblik på igen at få adgang til udbudsproceduren påberåbte Randstad sig, at de point, som virksomheden var blevet tildelt, var urimelige, at vurderingskriterierne var uklare, at der ikke var givet en begrundelse for de tildelte point, at udnævnelsen og sammensætningen af udbudskomitéen var ulovlig, og at udbuddet ikke var opdelt i partier.

17. USL og Synergie og Umana forsvarede foranstaltningen og fremsatte formalitetsindsigelse vedrørende Randstads anbringender, idet de gjorde gældende, at Randstad savnede søgsmålskompetence, idet virksomheden under alle omstændigheder var blevet udelukket fra udbudsproceduren.

18. I en dom, der blev offentliggjort den 15. marts 2019, forkastede Tribunale amministrativo regionale della Valle d'Aosta (den regionale forvaltningsdomstol for Valle d'Aosta) denne formalitetsindsigelse med den begrundelse, at Randstad lovligt havde deltaget i udbudsproceduren, da virksomheden opfyldte kravene herfor, og var blevet udelukket som følge af den negative vurdering af dens bud, hvorfor virksomheden havde en retlig interesse i at anfægte udfaldet af udbudsproceduren. Denne ret forkastede dernæst alle Randstads anbringender efter realitetsbehandling.

19. Randstad iværksatte appel ved Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) til prøvelse af den ovennævnte dom afsagt af Tribunale amministrativo regionale della Valle d'Aosta (den regionale forvaltningsdomstol for Valle d'Aosta) og fremsatte de samme anbringender som i første instans. Selskaberne Synergie og Umana iværksatte kontraappel, hvori de anfægtede dommen afsagt af Tribunale amministrativo regionale della Valle d'Aosta (den regionale forvaltningsdomstol for Valle d'Aosta), for så vidt som denne ret havde antaget Randstads klagepunkter til realitetsbehandling og foretaget en materiel bedømmelse heraf, idet disse selskaber var af den opfattelse, at de nævnte klagepunkter var blevet fremsat af en virksomhed, der savnede søgsmålskompetence, idet den var blevet udelukket fra udbudsproceduren.

20. I en dom af 7. august 2019 forkastede Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) det anbringende i hovedappellen, hvormed Randstad bestred tildelingen af for få point, og tog kontraappellerne til følge. Navnlig foretog Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) en delvis ændring af den appellerede dom, idet den fastslog, at Randstad savnede søgsmålskompetence, fordi virksomheden var blevet udelukket fra udbudsproceduren. Den regionale forvaltningsdomstol skulle derfor ikke have realitetsbehandlet de øvrige klagepunkter fremført til støtte for hovedsagen.

21. Ifølge Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) savnede Randstad søgsmålskompetence, fordi virksomheden i egenskab af udelukket virksomhed alene havde en simpel faktuel interesse på samme måde som enhver anden virksomhed i branchen, der ikke

havde deltaget i udbudsproceduren. Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) baserede sig på sin tidligere praksis, hvorefter en tilbudsgiver, som er blevet udelukket fra en udbudsprocedure, ikke har kompetence til at anfægte udbudsmaterialet, medmindre det ved dom konstateres, at udelukkelsen var ulovlig.

22. Randstad har iværksat kassationsanke til prøvelse af Consiglio di Statos (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) dom ved den forelæggende ret. Synergie, Umana og den ordregivende myndighed har gjort indsigelse mod kassationsanken.

23. Randstad har gjort gældende, at dommen afsagt af Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) udgør en tilsidesættelse af artikel 362, stk. 1, i den italienske retsplejelov og artikel 110 i lov om forvaltningsproceduren, idet det med denne dom er fastslået, at en virksomhed, der er blevet udelukket fra en udbudsprocedure – ved en afgørelse, hvis lovlighed endnu ikke er endeligt konstateret, idet den er blevet anfægtet inden for rammerne af et søgsmål – ikke har søgsmålskompetence eller søgsmålsinteresse i forhold til at anfægte udbudsproceduren. Randstad har gjort gældende, at dette bevirker en tilsidesættelse af princippet om effektiv domstolsbeskyttelse, som er fastsat i direktiv 89/665, og at adgang til denne beskyttelse er blevet nægtet, hvilket kan anfægtes inden for rammerne af en kassationsanke for så vidt angår kompetencespørgsmål i henhold til den italienske forfatnings artikel 111, stk. 8.

24. Randstad har påberåbt sig Domstolens praksis, hvorefter det alene på grundlag af sandsynligheden for, at sagsanlægget kan medføre en given fordel, der består i udfaldet af sagsanlægget, eksempelvis indledning af en ny udbudsprocedure, kan bevirke en retlig interesse og en ret til domstolsbeskyttelse. Appellanten har i denne forbindelse påberåbt sig dom af 4. juli 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), af 5. april 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199), og af 5. september 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675).

25. De kassationsindstævnte har gjort gældende, at appellen ikke kan antages til realitetsbehandling. De har anført, at det omhandlede anbringende vedrører en angivelig tilsidesættelse af lov. Dette er ikke et »kompetencespørgsmål« og kan følgelig ikke påberåbes ved Corte suprema di cassazione (kassationsdomstol) til prøvelse af en dom fra Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager).

26. Ifølge den forelæggende ret bør der være adgang til den kassationsanke, der nævnes i den italienske forfatnings artikel 111, stk. 8, i en sådan situation. Artikel 267 TEUF's effektivitet ville blive undermineret, såfremt den nationale ret blev afskåret fra at kunne foretage en umiddelbar anvendelse af EU-retten i overensstemmelse med Domstolens praksis. I en sag som den foreliggende vil kassationsanke være det sidste middel til at hindre, at en dom fra Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager), der (angiveligt) er i strid med EU-retten, opnår retskraft.

27. Det fremgår imidlertid tydeligt af Corte costituzionales (forfatningsdomstol) dom nr. 6 af 18. januar 2018[4] vedrørende den italienske forfatnings artikel 111, stk. 8 (herefter »dom nr. 6/2018«), at det ikke i nugældende italiensk forfatningsret, således som den er fortolket i denne dom, er tilladt at sidestille en tilsidesættelse af EU-retten med en kompetenceindsigelse. Ifølge denne dom henviser »»overskridelse af retlig kompetence«, der kan anfægtes ved en appel til Corte suprema di cassazione [(kassationsdomstol)] af grunde, der vedrører kompetence [som omhandlet i den italienske forfatnings artikel 111, stk. 8], således som den altid er blevet fortolket

[4] – Dom af 18.1.2018, nr. 6/2018 (ECLI:IT:COST:2018:6).

[…], udelukkende til to scenarier: et, der karakteriseres ved en fuldstændig manglende kompetence, dvs. når Consiglio di Stato [(øverste domstol i forvaltningsretlige sager)] eller revisionsretten erklærer sig kompetent over det område, der er forbeholdt lovgiver eller forvaltningen (såkaldt invasion eller indgreb), eller omvendt når de erklærer ikke at have kompetence ud fra den forkerte antagelse, at genstanden ikke absolut set kan være genstand for deres domstolsprøvelse (såkaldt inaktivitet), samt de scenarier [der er karakteriseret ved en relativ mangel på] kompetence, når en dommer ved en forvaltningsdomstol eller en dommer ved revisionsretten erklærer sig kompetent for så vidt angår en sagsgenstand, der henhører under et andet kompetenceområde, eller omvendt erklærer sig inkompetent ud fra den forkerte antagelse, at nævnte sagsgenstand henhører under andre retter« [5].

28. Den forelæggende ret har konkluderet, at den skal fastslå, at Randstads kassationsanke ikke kan antages til realitetsbehandling, såfremt den skal efterleve dommen fra Corte costituzionale (forfatningsdomstol). Idet dette er tilfældet, har den rejst spørgsmålet om, hvorvidt dom nr. 6/2018, der i forvaltningsretlige forhold begrænser Corte suprema di cassaziones (kassationsdomstol) kompetence, der nævnes i den italienske forfatnings artikel 111, stk. 8, til situationer, hvor det gøres gældende, at Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) har set bort fra »de ydre grænser« for sin kompetence, tilsidesætter EU-retten.

29. Det er i denne forbindelse den forelæggende rets opfattelse, at såfremt Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) anvender nationale retsforskrifter forkert eller foretager en ukorrekt fortolkning af nationale retsforskrifter på en måde, der er i strid med EU-retlige bestemmelser, således som de er blevet fortolket af Domstolen, udøver den en kompetencemæssig beføjelse, som den ikke er i besiddelse af. Den udøver i realiteten en lovskabende kompetence, som end ikke tilkommer den nationale lovgiver. Dette udgør manglende kompetence, der bør være genstand for en appel til Corte suprema di cassazione (kassationsdomstol). Det er i denne forbindelse irrelevant, hvorvidt Domstolens dom, som uoverensstemmelsen mellem den anvendelse eller fortolkning, der foretages af den nationale ret og EU-retten, er opstået af, ligger forud for eller efter denne anvendelse eller fortolkning.

30. Den forelæggende ret har fremhævet, at det forud for dom nr. 6/2018 fulgte af fast retspraksis fra dens egen sammensætning i plenum, at i tilfælde af en appel af en dom fra Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) omfattede prøvelsen af de ydre grænser for begrebet »kompetence« som omhandlet i den italienske forfatnings artikel 111, stk. 8, ikke de fortolkningsmæssige valg, som den administrative domstol har foretaget, og som kan involvere simple fejl »in iudicando« (for så vidt angår sagens realitet) eller »in procedendo« (for så vidt angår processuelle forhold), medmindre der var tale om en grundlæggende fordrejning af de gældende regler, der kunne udgøre en retsnægtelse, således som en processuel fejl bestående i anvendelsen af en national processuel regel, der har som følge, at den omhandlede part nægtes adgang til den retsbeskyttelse, der tillægges ved EU-retlige bestemmelser, der finder direkte anvendelse.

31. En sådan tilgang vil være i overensstemmelse med ækvivalensprincippet og effektivitetsprincippet, som udøvelsen af medlemsstaters procesautonomi i henhold til Domstolens praksis er underlagt. Dom nr. 6/2018 og den retspraksis, der er opstået i kølvandet heraf, er derimod i strid med disse principper.

[5] – Dom nr. 6/2018, præmis 15 (der findes i en engelsk oversættelse på Corte costituzionales (forfatningsdomstol) webside (https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/Sentenza%20n.%206%20del%202018%20red.%20Coraggio%20EN.pdf).

32. Det er dernæst vigtigt for Corte suprema di cassazione (kassationsdomstol), efter denne anmodning om en præjudiciel afgørelse, at få klarhed om, hvorvidt den tilgang, der anvendes af Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) i den appellerede dom, er i overensstemmelse med dom af 4. juli 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), af 5. april 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199), og af 5. september 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675). Dette aspekt af tvisten rejser to separate spørgsmål.

33. Den forelæggende ret er for det første i tvivl om, hvorvidt den allerede foreliggende praksis fra Domstolen vedrørende retten til domstolsprøvelse for tilbudsgivere, der er udelukket fra offentlige udbudsprocedurer, kan overføres til en sag som den i hovedsagen omhandlede. Eftersom Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) for det andet afstod fra uden en begrundelse at spørge Domstolen om, hvorvidt det, der kan udledes fra de domme, der nævnes i de ovenstående punkter i dette forslag til afgørelse, kan overføres til en sag som den i hovedsagen omhandlede, er det efter den forelæggende rets opfattelse vigtigt, at den selv nu kan forelægge Domstolen dette spørgsmål.

IV. Anmodningen om en præjudiciel afgørelse og retsforhandlingerne ved Domstolen

34. Det er under disse omstændigheder, at Corte suprema di cassazione (kassationsdomstol) ved afgørelse af 7. juli 2020, der er tilgået Domstolen den 30. september 2020, har besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende spørgsmål med henblik på en præjudiciel afgørelse:

»1) Er artikel 4, stk. 3 TEU, artikel 19, stk. 1, TEU, artikel 2, stk. 1 og 2, TEUF og artikel 267 TEUF, sammenholdt med [chartrets] artikel 47 […], til hinder for en fortolkningspraksis som den, der er anlagt vedrørende artikel 111, stk. 8, i Costituzione (forfatningen), artikel 360, stk. 1, nr. 1, og artikel 362, stk. 1, i codice di procedura civile (retsplejeloven) og artikel 110 i codice del processo amministrativo (lov om forvaltningsproceduren) – med hensyn til den del, hvorved disse bestemmelser giver tilladelse til iværksættelse af kassationsanke til prøvelse af domme afsagt af Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) for så vidt angår »kompetencespørgsmål« – når henses til, at det fremgår af denne fortolkningspraksis og nærmere bestemt af dom nr. 6/2018 fra Corte costituzionale (forfatningsdomstol) og den efterfølgende nationale retspraksis, at retsmidlet kassationsanke på grundlag af en indsigelse om »manglende domstolskompetence« – som en fravigelse fra den tidligere praksis – ikke kan benyttes for at anfægte domme fra Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager), der er afsagt med henvisning til en national fortolkningspraksis, som er i strid med Domstolens domme, på områder, der er omfattet af EU-retten (i den foreliggende situation på området for tildeling af offentlige kontrakter), hvor medlemsstaterne har givet afkald på at udøve deres selvstændige beføjelser i en retning, som er uforenelig med EU-retten, idet den nævnte fortolkningspraksis medfører en konsolidering af tilsidesættelser af EU-retten, som ville kunne afhjælpes ved brug af ovennævnte retsmiddel, og dels underminerer en ensartet anvendelse af EU-retten, dels en effektiv domstolsbeskyttelse af subjektive retlige situationer, der er reguleret af EU-retten, idet den omhandlede praksis er i strid med kravet om, at EU-retten gennemføres fuldstændigt og hurtigt af alle retter på en måde, som er bindende og i overensstemmelse med dens korrekte og af Domstolen fastlagte fortolkning, henset til grænserne for medlemsstaternes »procesautonomi« ved udformning af processuelle retsmidler?

2) Er artikel 4, stk. 3, TEU, artikel 19, stk. 1, TEU og artikel 267 TEUF, sammenholdt med [chartrets] artikel 47 […], til hinder for en fortolkning og anvendelse af artikel 111, stk. 8, i forfatningen, artikel 360, stk. 1, nr. 1, og artikel 362, stk. 1, i retsplejeloven og artikel 110 i lov om forvaltningsproceduren, sådan som ovennævnte fortolkning og anvendelse fremgår af national retspraksis, hvorefter kassationsanke til Corte suprema di cassazione (kassationsdomstol) i plenum for så vidt angår »kompetencespørgsmål«, nærmere bestemt på grund af såkaldt »manglende domstolskompetence«, ikke kan iværksættes til prøvelse af domme afsagt af Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) – som i forbindelse med afgørelse af spørgsmål vedrørende anvendelse af EU-retten ubegrundet har undladt at anmode Domstolen om en præjudiciel afgørelse, uden at de af Domstolen (fra og med dom af 6.10.1982, Cilfit, 283/81[, EU:C:1982:335]) fastsatte betingelser, som er udtømmende opregnet og skal fortolkes strengt, hvorunder den nationale ret undtages fra den omhandlede pligt, er opfyldt – i strid med princippet om, at nationale bestemmelser eller national praksis, også af lovgivningsmæssig eller forfatningsmæssig karakter, er uforenelige med EU-retten, såfremt disse bestemmelser eller denne praksis i sig selv midlertidigt fratager en national ret (hvad enten den skal træffe afgørelse i sidste instans eller ej) beføjelsen til at forelægge præjudicielle spørgsmål, således at Domstolen fratages sin enekompetence til at sikre en korrekt og bindende fortolkning af EU-retten, hvorved en eventuelt modstridende fortolkning, der er anlagt af den nationale ret, mellem den national lovgivning og EU-retten bliver uigenkaldelig (og dens konsolidering fremmes), og en ensartet anvendelse af EU-retten og en effektiv domstolsbeskyttelse af subjektive retlige situationer, der er afledt af EU-retten, undermineres?

3) Finder de principper, som Domstolen fastslog i dom af 5. september 2019, Lombardi, C-333/18[, EU:C:2019:675], af 5. april 2016, PFE, C-689/13[, EU:C:2016:199], og af 4. juli 2013, Fastweb, C-100/12[, EU:C:2013:448], i relation til artikel 1, stk. 1 og 3, og artikel 2, stk. 1, i [direktiv 89/665], som ændret ved [direktiv 2007/66], anvendelse i den i hovedsagen omhandlede situation, hvor Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) – idet en tilbudsgiver havde bestridt sin udelukkelse fra en udbudsprocedure og tildelingen af kontrakten til en anden virksomhed – kun realitetsbehandlede anbringendet, hvormed den udelukkede tilbudsgiver havde anfægtet, at dets tekniske bud var blevet tildelt færre point end »tærsklen«, og – da Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) først behandlede kontraappellen anlagt af den ordregivende myndighed og den tilbudsgiver, hvis bud var blevet antaget – tog kontraappellen til følge samt afviste (og undlod at realitetsbehandle) de øvrige anbringender fremført til støtte for hovedappellen, hvormed tilbudsgiveren havde anfægtet udfaldet af udbudsproceduren af andre grunde (uklarhed i udbudsmaterialet omkring kriterierne for vurdering af buddene, manglende begrundelse for de tildelte point, retsstridig udnævnelse og sammensætning af udbudskomitéen), med henvisning til en national retspraksis, hvorefter en virksomhed, der er blevet udelukket fra en udbudsprocedure, savner retlig interesse i at fremsætte påstande vedrørende tildelingen af kontrakten til konkurrenten, herunder en påstand om annullation af udbudsproceduren, og er det da foreneligt med EU-retten, at virksomheden som følge heraf fratages retten til at opnå domstolsprøvelse – på et hvilket som helst grundlag – med henblik på at anfægte udfaldet af udbudsproceduren i en situation, hvor virksomhedens udelukkelse ikke er blevet endeligt fastlagt, og hvor alle tilbudsgivere kan påberåbe sig en ligeværdig retlig interesse i, at bud fra de øvrige tilbudsgivere udelukkes, hvilket kan føre til, at det er umuligt for den ordregivende myndighed at udvælge et foreneligt bud, og at en ny udbudsprocedure, hvori alle konkurrenter kan deltage, indledes?«

35. Corte suprema di cassazione (kassationsdomstol) har i forelæggelsesafgørelsen anmodet om, at den foreliggende præjudicielle forelæggelse skal behandles i henhold til den fremskyndede procedure i henhold til artikel 105 i Domstolens procesreglement.

36. Den forelæggende ret har til støtte for sin anmodning i det væsentlige gjort gældende, at der er gyldige grunde til at ønske, at spørgsmål af forfatningsmæssig betydning præciseres hurtigt. Antallet af appeller af domme fra Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) i sager vedrørende EU-retten, der verserer ved Corte di cassazione (kassationsdomstol) viser, at der er stor usikkerhed for så vidt angår omfanget af retsbeskyttelsen af rettigheder, der tillægges ved EU-retten. Dette skal fjernes, navnlig i nøglesektorer såsom sektoren for offentlige udbud, med henblik på bl.a. at undgå konsolidering af national retspraksis i retterne i sidste instans, der kan blive lagt til grund i en række andre domme.

37. Den 21. oktober 2020 besluttede Domstolens præsident efter at have hørt den refererende dommer og generaladvokaten, at meddele afslag på den forelæggende rets anmodning vedrørende anvendelse af den fremskyndede procedure. Domstolens præsident har samme dag besluttet, at den foreliggende sag i overensstemmelse med artikel 53, stk. 3, i Domstolens procesreglement skal pådømmes forud for andre sager.

38. Der er indgivet skriftlige indlæg af Randstad, Umana, USL, Synergie, den italienske regering og Kommissionen. Randstad, Umana, den italienske regering og Kommissionen har yderligere afgivet mundtlige indlæg i retsmødet den 6. juli 2021.

V. Indledende betragtninger om sammenhængen

39. Som nævnt i indledningen til dette forslag til afgørelse omhandler den foreliggende sag som udgangspunkt omfanget af medlemsstaters forpligtelser, der er fastsat i artikel 1 i direktiv 89/665, til at sikre effektiv prøvelse af offentlige kontrakter i den særlige situation, hvor et kontrasøgsmål er anlagt af den valgte tilbudsgiver. De præjudicielle spørgsmål er endvidere en del af de bredere drøftelser mellem de tre øverste domstole i Italien. Forud for en nærmere behandling af de spørgsmål, der er rejst af Corte suprema di cassazione (kassationsdomstol), synes det i denne sammenhæng at være nyttigt at indlede bedømmelsen ved at erindre om ikke alene Domstolens praksis om emnet, men ligeledes den italienske processuelle kontekst.

A. Sammenfatning af Domstolens praksis om direktiv 89/665, når et kontrasøgsmål anlægges af den valgte tilbudsgiver

40. Spørgsmålet om, hvordan en situation, hvor et søgsmål anlægges mod en tilbudsgiver med påstand om dennes udelukkelse, og der anlægges et kontrasøgsmål, skal håndteres i forhold til direktiv 89/665, er ikke nyt. Det er min opfattelse, at man med rimelighed kan sige, at virkningen af en række præjudicielle forelæggelser har været, at Domstolen klart har taget stilling til spørgsmålet om søgsmålskompetence i udbudsager.

41. Det følger for det første af artikel 1, stk. 1, tredje afsnit, og artikel 1, stk. 3, i direktiv 89/665 at med henblik på, at prøvelsen af beslutninger, der træffes af ordregivende myndigheder, kan anses for effektiv, skal der være adgang til en sådan prøvelse i det mindste for personer, der har eller har haft interesse i at opnå en bestemt kontrakt, og som har lidt eller vil kunne lide skade som følge af

en påstået overtrædelse [6].

42. Når to tilbudsgivere efter en offentlig udbudsprocedure således indgiver klage med henblik på gensidigt at udelukke hinanden, har hver af de to tilbudsgivere følgelig interesse i at opnå en bestemt kontrakt som omhandlet i de bestemmelser, der er nævnt i det foregående punkt. Dels kan udelukkelsen af en tilbudsgiver nemlig føre til, at den anden tilbudsgiver opnår kontrakten direkte inden for rammerne af samme klageprocedure. Dels vil alle tilbudsgivere i tilfælde af udelukkelse af samtlige tilbudsgivere og indledningen af en ny offentlig udbudsprocedure kunne deltage heri og således indirekte opnå kontrakten [7].

43. Det følger heraf, at det kontrasøgsmål, som er anlagt af den valgte tilbudsgiver, ikke kan medføre, at en afvist tilbudsgivers søgsmål afvises i det tilfælde, hvor begge tilbudsgiveres bud anfægtes inden for rammerne af den samme sag, eftersom begge konkurrenter i en sådan situation kan påberåbe sig en legitim interesse i, at den andens bud udelukkes, hvilket kan føre til, at det er umuligt for den ordregivende myndighed at udvælge et forskriftsmæssigt bud [8].

44. Domstolen har for det andet ligeledes fremhævet, at antallet af deltagere i den pågældende offentlige udbudsprocedure, såvel som antallet af deltagere, der har indgivet klage samt uoverensstemmelserne mellem de retlige begrundelser, som disse deltagere fremfører, ikke er relevante for anvendelsen af princippet om, at de interesser, der forfølges i forbindelse med et søgsmål med henblik på gensidigt at udelukke hinanden, i princippet anses for at være ligestillede [9].

45. Dette betyder, at princippet ligeledes finder anvendelse, når andre tilbudsgivere har afgivet bud i forbindelse med tildelingsproceduren, og søgsmålene med henblik på gensidig udelukkelse af hinanden ikke vedrører sådanne bud, som har fået en ringere placering end de bud, som er genstand for disse udelukkelsessøgsmål [10]. Såfremt der gives medhold i et søgsmål, som en afvist tilbudsgiver har anlagt, kan den ordregivende myndighed således beslutte at annullere proceduren og indlede en ny udbudsprocedure med den begrundelse, at de øvrige lovlige bud ikke i tilstrækkelig grad lever op til den ordregivende myndigheds forventninger [11].

46. Domstolen har for det tredje i denne forbindelse udtalt, at under disse omstændigheder kan spørgsmålet om formaliteten vedrørende hovedsøgsmålet ikke afhænge af, om det forudgående er blevet konstateret, at samtlige de bud, der er placeret lavere på ranglisten, end buddet fra den tilbudsgiver, som har anlagt søgsmålet, ligeledes er retsstridige, da dette ville skade direktiv 89/665's effektive virkning [12].

6 – Jf. i denne retning dom af 4.7.2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448, præmis 25), af 5.4.2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199, præmis 23), og af 5.9.2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675, præmis 22).

7 – Jf. i denne retning dom af 5.4.2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199, præmis 27), og af 5.9.2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675, præmis 23).

8 – Jf. i denne retning dom af 4.7.2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448, præmis 33), af 5.4.2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199, præmis 24), og af 5.9.2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675, præmis 24).

9 – Jf. i denne retning dom af 5.4.2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199, præmis 29), og af 5.9.2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675, præmis 30).

10 – Jf. i denne retning dom af 5.9.2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675, præmis 26).

11 – Jf. i denne retning dom af 5.9.2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675, præmis 28).

12 – Jf. i denne retning dom af 5.9.2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675, præmis 29).

47. Betydningen af dette er, at hver af sagens parter har en legitim interesse i udelukkelsen af bud indgivet af andre konkurrenter. Begrundelsen er her, at en af de uregelmæssigheder, der begrunder udelukkelsen af både buddet fra den valgte tilbudsgiver og fra den tilbudsgiver, der anfægter den ordregivende myndigheds beslutning, ligeledes skader de andre bud, der er indgivet i udbudsproceduren, der kan føre til, at myndigheden skal indlede en ny procedure [13].

48. Det følger af denne praksis fra Domstolen, at formalitetsspørgsmålet i hovedsagen ikke kan være betinget af, at den nævnte tilbudsgiver kan bevise, at den ordregivende myndighed vil være foranlediget til at gentage den offentlige udbudsprocedure. Den omstændighed, at denne mulighed blot foreligger, bør anses for tilstrækkelig i denne henseende [14].

49. En tilbudsgiver, der er udelukket fra en offentlig udbudsprocedure, skal med andre ord have adgang til prøvelse af beslutningen om at udelukke vedkommende fra udbudsproceduren samt adgang til prøvelse af andre beslutninger, som den ordregivende myndighed har truffet, forudsat at en sådan prøvelse i det mindste *teoretisk set* kan føre til enten tildelingen af kontrakten til sagsøgeren eller en ny udbudsprocedure [15].

50. Selv om jeg nu må foregribe forhold, der er omfattet af det tredje spørgsmål, er jeg følgelig af den opfattelse, at for så vidt som Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) traf en afgørelse i anden retning i den foreliggende sag, udgjorde dette – objektivt set [16] – en undladelse af at anvende Domstolens eksisterende praksis angående søgsmålskompetence i udbudsretlige forhold korrekt. Disse regler om søgsmålskompetence, der af nødvendighed er brede og liberale, tjener det vigtige public policy mål at sikre, at virksomheder, der finder, at de ukorrekt eller urimeligt er blevet udelukket fra udbudsproceduren, kan anfægte denne beslutning. Udbudsreglerne har til formål at sikre, at offentlige midler fordeles rimeligt, og at offentlige kontrakter tildeles på grundlag af objektivt begrundede kriterier. Den fejlagtige anvendelse af disse regler om søgsmålskompetence er følgelig ikke blot en teknisk forsømmelse eller fejl fra en national domstols side, men er snarere en fejl, der har potentialet til at påvirke – i visse situationer på en vidtrækkende måde – effektiviteten og endda integriteten af hele udbudsproceduren.

51. Det er korrekt, at Lombardi-dommen (der ligeledes udsprang af en forelæggelse fra Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager)) blev afsagt i september 2019 omkring en måned efter den afgørelse, der var genstand for den foreliggende sag, blev truffet af Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager). Den gældende praksis fra Domstolen i sager som de sager, der gav anledning til Fastweb-dommen og PPE-dommen, har imidlertid faktisk allerede givet meget klar vejledning om dette generelle spørgsmål om søgsmålskompetence vedrørende udbudsspørgsmål. Selv såfremt der hersker reel tvivl inden for de forskellige afdelinger af Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) vedrørende den korrekte anvendelse af denne tidligere retspraksis – således som det med rette anføres i Lombardi-dommen [17] – var denne domstol i sidste instans under alle omstændigheder selv var forpligtet til at indgive en forelæggelse i henhold til artikel 267, stk. 3, TEUF.

[13] – Jf. i denne retning dom af 5.4.2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199, præmis 28), og af 5.9.2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675, præmis 27).

[14] – Jf. i denne retning dom af 5.9.2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675, præmis 29).

[15] – Jf. i denne retning C. Ginter og T. Väljaots, »Excluded Tenderer's Access to a Review in a Public Procurement Procedure«, *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 2018/4, s. 301-306, særligt s. 303.

[16] – Jf. i denne forbindelse det forbehold, der er anført i punkt 78 i det foreliggende forslag til afgørelse.

[17] – Jf. i denne forbindelse dom af 5.9.2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675, præmis 13-19).

B. Offentlige udbud og procedurer for domstolsprøvelse i Italien

52. På en meget skematisk måde henhører procedurerne for domstolsprøvelse i Italien på udbudsområdet under forvaltningsdomstolenes kompetence. Der findes to kompetenceniveauer: Tribunali Amministrativi Regionali (de regionale forvaltningsdomstole) tager stilling til tvister i første instans, og en appel kan derefter indgives til Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager).

53. I tillæg til denne »klassiske« konstruktion bestemmer den italienske forfatnings artikel 111, stk. 8, i den italienske forfatning, at der kan iværksættes kassationsanker af afgørelser fra Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager), men alene for så vidt angår kompetencespørgsmål.

54. Corte costituzionale (forfatningsdomstol) har for nylig fastlagt omfanget af denne specifikke appel til Corte suprema di cassazione (kassationsdomstol) i dom nr. 6/2018. Som det tidligere er blevet forklaret, følger det af denne dom, at »overskridelse af retlig kompetence« udelukkende henviser til to former for scenarier: de scenarier, der er karakteriseret ved en fuldstændig manglende kompetence, dvs. såfremt Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) erklærer sig selv kompetent på et område, der er forbeholdt lovgiver eller forvaltningen (såkaldt invasion eller indgreb), eller når den omvendt erklærer sig inkompetent på det fejlagtige grundlag, at sagens genstand, i absolut henseende, ikke er omfattet af dens domstolsprøvelse (såkaldt inaktivitet), samt scenarier, der er karakteriseret ved en relativ manglende kompetence, når en dommer ved en forvaltningsdomstol erklærer sig kompetent over en sagsgenstand, der henhører under en anden domstols kompetence eller omvendt erklærer sig inkompetent ud fra den forkerte antagelse, at nævnte sagsgenstand henhører under andre retter [18].

55. Corte costituzionale (forfatningsdomstol) foretog i den samme dom to yderligere præciseringer. Dels blev det præciseret, at Corte suprema di cassaziones (kassationsdomstol) indgreb i forbindelse med dens prøvelse af kompetencespørgsmålet »en ikke er begrundet ved tilsidesættelsen af EU[-retten]« [19]. Dels blev det præciseret, at det »ikke er tilladt at anfægte afgørelser [ved denne processuelle procedure] i situationer, hvor en forvaltningsdomstol […] har foretaget en fortolkning af en processuel eller materiel regel således, at hele sagens realitet ikke er genstand for prøvelsen« [20].

VI. Bedømmelse

A. Det første spørgsmål

56. Corte suprema di cassazione (kassationsdomstol) ønsker med det første spørgsmål nærmere bestemt oplyst, hvorvidt artikel 4, stk. 3, TEU, artikel 19, stk. 1, TEU, artikel 2, stk. 1 og 2, TEUF, og artikel 267 TEUF, sammenholdt med chartrets artikel 47, er til hinder for en regel som den italienske forfatnings artikel 111, stk. 8, således som den fortolkes i dom nr. 6/2018, hvorefter der ikke er adgang til kassationsanke for så vidt angår kompetencespørgsmål med henblik på at

18 – Jf. i denne retning dom nr. 6/2018, præmis 15 (engelsk version). Jf. websideadressen i fodnote 5 i det foreliggende forslag til afgørelse.

19 – Dom nr. 6/2018, præmis 14.1 (engelsk version). Jf. websideadressen i fodnote 5 i det foreliggende forslag til afgørelse.

20 – Dom nr. 6/2018, præmis 17 (engelsk version). Jf. websideadressen i fodnote 5 i det foreliggende forslag til afgørelse.

anfægte domme, hvor domstolen i anden instans har anvendt en fortolkningspraksis, der er udviklet nationalt, men i strid med Domstolens domme inden for sektorer, der er reguleret af EU-retten.

1. De for besvarelsen af det første spørgsmål relevante bestemmelser

57. Ifølge Domstolens faste praksis gælder, at det som led i den samarbejdsprocedure mellem de nationale retter og Domstolen, som er indført ved artikel 267 TEUF, tilkommer denne at give den nationale ret et hensigtsmæssigt svar, som sætter den i stand til at afgøre den tvist, der verserer for den. Ud fra denne synsvinkel påhviler det Domstolen i givet fald at omformulere de spørgsmål, der forelægges den. Det påhviler nemlig Domstolen at fortolke alle de bestemmelser i EU-retten, som de nationale retter skal anvende for at træffe afgørelse i de for dem verserende tvister, også selv om disse bestemmelser ikke udtrykkeligt er omtalt i de præjudicielle spørgsmål, der forelægges den [21].

58. Selv om den forelæggende ret således formelt set har begrænset sit første spørgsmål til fortolkningen af artikel 4, stk. 3, TEU, artikel 19, stk. 1, TEU, artikel 2, stk. 1 og 2, TEUF, og artikel 267 TEUF, sammenholdt med chartrets artikel 47, er denne omstændighed følgelig ikke til hinder for, at Domstolen oplyser denne ret om alle de momenter angående fortolkningen af EU-retten, som kan være til nytte ved afgørelsen af den sag, som verserer for den, uanset om den forelæggende ret henviser til dem i sine spørgsmål. Det tilkommer herved Domstolen ud fra samtlige de oplysninger, der er fremlagt af den nationale ret, navnlig af forelæggelsesafgørelsens begrundelse, at udlede de EU-retlige elementer, som det under hensyn til hovedsagens genstand er nødvendigt at fortolke [22].

59. I denne forbindelse fremgår det, at fortolkningen af artikel 2, stk. 1 og 2, TEUF og af artikel 267 TEUF i lyset af de oplysninger, der er indeholdt i anmodningen om en præjudiciel afgørelse, ikke fremstår som nødvendig med henblik på at give et nyttigt svar på det første præjudicielle spørgsmål, henset til, at disse bestemmelser vedrører reglerne for henholdsvis Unionens enekompetence og delte kompetence og mekanismen for præjudicielle sager. Det skal derimod bemærkes, at direktiv 2007/66 – og dermed også direktiv 89/665, som det ændrer og supplerer – således som det fremgår af 36. betragtning til førstnævnte direktiv, har til formål at sikre fuld respekt af adgangen til effektive retsmidler og til en upartisk domstol i overensstemmelse med chartrets artikel 47, stk. 1 og 2 [23].

60. Tilsvarende gælder, at for så vidt som chartrets artikel 47 finder anvendelse på medlemsstaterne, afspejler den artikel 19, stk. 1, andet afsnit, TEU og er det konkrete udtryk for princippet om loyalt samarbejde i artikel 4, stk. 3, TEU [24]. Det følger således af fast retspraksis for det første, at det »påhviler medlemsstaternes retsinstanser i medfør af det princip om loyalt samarbejde, der er indeholdt i artikel 4, stk. 3, TEU, at sikre domstolsbeskyttelse af borgernes rettigheder i henhold til EU-retten [og for det andet, at i henhold til] artikel 19, stk. 1, TEU skal medlemsstaterne i øvrigt indføre de retsmidler, der er nødvendige for at sikre en effektiv

[21] – Jf. i denne retning dom af 2.4.2020, Ruska Federacija (C-897/19 PPU, EU:C:2020:262, præmis 43).

[22] – Jf. i denne retning dom af 19.11.2020, 5th AVENUE Products Trading (C-775/19, EU:C:2020:948, præmis 34), og af 22.4.2021, PROFI CREDIT Slovakia (C-485/19, EU:C:2021:313, præmis 50).

[23] – Jf. i denne retning dom af 15.9.2016, Star Storage m.fl. (C-439/14 og C-488/14, EU:C:2016:688, præmis 45).

[24] – Generaladvokat Sharpstons forslag til afgørelse Star Storage m.fl. (C-439/14 og C-488/14, EU:C:2016:307, fodnote 32).

domstolsbeskyttelse, *som omhandlet i bl.a. chartrets artikel 47*, på de områder, der er omfattet af EU-retten«[25]. Domstolen har endvidere allerede fremhævet, at den pligt, der pålægges medlemsstaterne i artikel 19, stk. 1, TEU, »*svarer til* den ret, der er fastsat i chartrets artikel 47«[26].

61. Idet det i denne forbindelse er ubestridt, at der eksisterer en procedure for domstolsprøvelse ved de uafhængige domstole i Italien, og at tvisten ikke vedrører fastlæggelsen af et retsmiddel, men den måde, hvorpå dette retsmiddel er gennemført af de kompetente domstole, synes artikel 4, stk. 3, TEU og artikel 19, stk. 1, TEU heller ikke at være nyttige.

62. Som foreslået af Kommissionen[27] er det følgelig min opfattelse, at det første spørgsmål, der er blevet forelagt af den forelæggende ret, skal forstås således, at det ønskes oplyst, hvorvidt artikel 1, stk. 1 og 3, i direktiv 89/665, sammenholdt med chartrets artikel 47, skal fortolkes således, at de er til hinder for en regel som den italienske forfatnings artikel 111, stk. 8, således som den er fortolket i dom nr. 6/2018, hvorefter der ikke er adgang til kassationsanke for så vidt angår kompetencespørgsmål med henblik på at anfægte domme, hvor retten i anden instans har anvendt en fortolkningspraksis, der er udviklet nationalt, men i strid med Domstolens praksis, i sektorer, der er omfattet af EU-retten.

2. Rammerne for bedømmelsen: procesautonomi i henhold til chartrets artikel 47

63. Forpligtelsen for medlemsstater til at etablere en klageprocedure på området for offentlige kontrakter er fastlagt i artikel 1, stk. 1, i direktiv 89/665. Ifølge tredje afsnit af denne bestemmelse skal medlemsstater træffe de nødvendige foranstaltninger til for så vidt angår kontrakter, der henhører under anvendelsesområdet for direktiv 2014/24 eller direktiv 2014/23, at sikre, at der effektivt og navnlig så hurtigt som muligt kan indgives klage over de ordregivende myndigheders beslutninger med den begrundelse, at beslutningerne er i strid med EU-retten vedrørende offentlige udbud eller de nationale regler til gennemførelse heraf.

64. Artikel 1, stk. 3, i direktiv 89/665 præciserer i denne forbindelse alene, at medlemsstater skal sikre adgang til klageprocedurer efter nærmere bestemmelser, som medlemsstaterne kan fastsætte, i det mindste for personer, der har eller har haft interesse i at opnå en bestemt kontrakt, og som har lidt eller vil kunne lide skade som følge af en påstået overtrædelse.

65. Direktiv 89/665 indeholder med andre ord ikke bestemmelser, der specifikt fastsætter de betingelser, hvorunder disse klagemuligheder kan anvendes. Dette direktiv indeholder kun bestemmelser, der fastsætter de mindstekrav, som de klageprocedurer, der er indført i de nationale retsordener, skal opfylde, med henblik på at sikre iagttagelsen af EU-retten vedrørende offentlige udbud[28]. Under alle omstændigheder skal det medgives, at direktiv 89/665 ikke indeholder nogle specifikke bestemmelser vedrørende appeller, der kan eller skal organiseres.

66. I en sammenhæng, hvor der ikke er nogle EU-retlige regler, der omhandler forholdene, følger det imidlertid af Domstolens faste praksis, at det tilkommer hver enkelt medlemsstat at fastsætte processuelle regler for den administrative procedure samt for sagsanlæg til sikring af beskyttelsen

[25] – Dom af 14.6.2017, Online Games m.fl. (C-685/15, EU:C:2017:452, præmis 54, min fremhævelse). Jf. ligeledes dom af 2.3.2021, A.B. m.fl. (Udnævnelse af dommere ved den øverste domstol – søgsmål) (C-824/18, EU:C:2021:153, præmis 143).

[26] – Dom af 27.9.2017, Puškár (C-73/16, EU:C:2017:725, præmis 58). Min fremhævelse. Jf. ligeledes i denne retning dom af 16.5.2017, Berlioz Investment Fund (C-682/15, EU:C:2017:373, præmis 44).

[27] – Punkt 35 og 39 i Kommissionens skriftlige indlæg.

[28] – Jf. i denne retning dom af 29.7.2019, Hochtief Solutions Magyarországi Fióktelepe (C-620/17, EU:C:2019:630, præmis 52).

af de rettigheder, som EU-retten medfører for borgerne [29]. Denne respekt for medlemsstaternes procesautonomi anføres udtrykkelig i 34. betragtning til direktiv 2007/66 og afspejles i artikel 1, stk. 3, i direktiv 89/665.

67. Domstolen har således følgelig tidligere anført, at når medlemsstaterne fastsætter de proceduremæssige regler for klageadgangen, der skal sikre beskyttelsen af de rettigheder, som direktiv 89/665 tillægger de ansøgere og tilbudsgivere, der bebyrdes af de ordregivende myndigheders beslutninger, skal de derfor sikre adgangen til effektive retsmidler og til en upartisk domstol, som er fastsat i chartrets artikel 47 [30].

68. Med andre ord bevarer medlemsstaterne ved gennemførelsen af direktiv 89/665 i overensstemmelse med deres procesautonomi muligheden for at vedtage regler, der kan være forskellige fra den ene medlemsstat til den anden. Medlemsstaterne skal imidlertid sikre, at disse regler ikke hindrer de krav, der følger af direktivet, navnlig hvad angår den domstolsbeskyttelse, der er sikret ved chartrets artikel 47, som ligger til grund for den [31]. Dette betyder, at kendetegnene ved et retsmiddel i henhold til artikel 1, stk. 1, i direktiv 89/665 skal fastlægges i overensstemmelse med chartrets artikel 47 i stedet for med henvisning til ækvivalensprincippet og effektivitetsprincippet, idet disse krav kun »er udtryk for medlemsstaternes almindelige forpligtelse til at sikre retsbeskyttelsen af borgernes rettigheder i henhold til [EU-retten]« [32], der nu er beskrevet i artikel 19, stk. 1, TEU og chartrets artikel 47 [33].

69. En begrænsning af retten til effektive retsmidler ved en domstol som omhandlet i chartrets artikel 47 kan i overensstemmelse med chartrets artikel 52, stk. 1, følgelig kun begrundes, såfremt den er fastlagt i lovgivningen, respekterer rettighedens væsentligste indhold og under iagttagelse af proportionalitetsprincippet er nødvendig og faktisk svarer til mål af almen interesse, der er anerkendt af EU, eller et behov for beskyttelse af andres rettigheder og friheder [34].

3. Anvendelse på principperne i den foreliggende sag

70. I den foreliggende sag drejer den omhandlede regel sig om begrænsningen af retten til kassationsanke for så vidt angår kompetencespørgsmål. Det følger imidlertid af Domstolens faste praksis, at chartrets artikel 47 ikke fører til, at der skal være adgang til behandling i to instanser [35]. I henhold til denne bestemmelse giver princippet om effektiv domstolsbeskyttelse således ikke ret til adgang til prøvelse i to retsinstanser, men alene ret til adgang til en domstol [36].

[29] – Jf. eksempelvis for så vidt angår direktiv 89/665, dom af 12.3.2015, eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166, præmis 39).

[30] – Jf. i denne retning dom af 15.9.2016, Star Storage m.fl. (C-439/14 og C-488/14, EU:C:2016:688, præmis 46).

[31] – Jf. i denne retning for så vidt angår Rådets rammeafgørelse 2002/584/RIA af 13.6.2002 om den europæiske arrestordre og om procedurerne for overgivelse mellem medlemsstaterne (EFT 2002, L 190, s. 1), som ændret ved Rådets rammeafgørelse 2009/299/RIA af 26.2.2009 (EUT 2009, L 81, s. 24), dom af 10.3.2021, PI (C-648/20 PPU, EU:C:2021:187, præmis 58).

[32] – Dom af 15.4.2008, Impact (C-268/06, EU:C:2008:223, præmis 47). Jf. ligeledes dom af 18.3.2010, Alassini m.fl. (C-317/08 - C-320/08, EU:C:2010:146, præmis 49), og af 14.9.2016, Martínez Andrés og Castrejana López (C-184/15 og C-197/15, EU:C:2016:680, præmis 59).

[33] – Jf. i denne retning generaladvokat Wathelets forslag til afgørelse Hochtief (C-300/17, EU:C:2018:405, punkt 32-35).

[34] – Jf. i denne retning dom af 15.9.2016, Star Storage m.fl. (C-439/14 og C-488/14, EU:C:2016:688, præmis 49).

[35] – Jf. i denne retning dom af 19.6.2018, Gnandi (C-181/16, EU:C:2018:465, præmis 57), og af 26.9.2018, Belastingdienst/Toeslagen (Opsættende virkning af appelsager) (C-175/17, EU:C:2018:776, præmis 34). Det skal ligeledes tilføjes, at til dato skaber eller kræver den europæiske konvention til beskyttelsen af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder, der blev undertegnet i Rom den 4.11.1950 (herefter »EMRK«), heller ikke, i hvert fald hvad angår civilretlige forhold, adgang til en overordnet retsinstans.

[36] – Jf. i denne retning dom af 17.7.2014, Sánchez Morcillo og Abril García (C-169/14, EU:C:2014:2099, præmis 36), af 11.3.2015, Oberto og O'Leary (C-464/13 og C-465/13, EU:C:2015:163, præmis 73), af 19.6.2018, Gnandi (C-181/16, EU:C:2018:465, præmis 57), af 26.9.2018, Belastingdienst/Toeslagen (Opsættende virkning af appelsager) (C-175/17, EU:C:2018:776, præmis 34), og af 29.7.2019, Bayerische Motoren Werke og Freistaat Sachsen mod Kommissionen (C-654/17 P, EU:C:2019:634, præmis 51).

71. Under disse omstændigheder kan det forhold, at adgangen til kassationsanke for en afvist tilbudsgiver, som en adgang til en tredje instans, er begrænset til kompetencespørgsmål, med sikkerhed ikke i sig selv anses for at være i strid med EU-retten, selv såfremt den er til hinder for anfægtelse af en dom, hvor en ret i anden instans anvendte en fortolkning af national ret, der objektivt set er i strid med EU-retten.

72. EU-retten er således i princippet ikke til hinder for, at medlemsstaterne i overensstemmelse med princippet om procesautonomi og med forhold for de garantier, der er fastsat i chartrets artikel 47, begrænser eller betinger de anbringender, der kan påberåbes under kassationsanker [37]. Såfremt de nationale processuelle regler imidlertid sikrer, at retten til at få tilbudsgiverens klage realitetsbehandlet af retten i første instans, og i givet fald retten til appel respekteres [38], vil den omhandlede processuelle regel ikke underminere den effektive virkning af direktiv 89/665 eller kravene i chartrets artikel 47.

73. Jeg vil ligeledes for fuldstændigheden skyld tilføje, at såfremt en processuel regel, som eksempelvis den i hovedsagen omhandlede begrænsning af retten til at iværksætte kassationsanke, skulle anses for en begrænsning i adgangen til et effektivt retsmiddel ved en domstol som omhandlet i chartrets artikel 47, må det under alle omstændigheder medgives, at det er en foranstaltning, der dels er fastsat »ved lov« og dels er egnet til at afskrække uberettigede klager og til at sikre, at alle retsundergivne – under hensyn til en ordnet retspleje – kan få behandlet deres klager inden for de kortest mulige frister i overensstemmelse med chartrets artikel 47, stk. 1 og 2 [39]. Den omhandlede regel går endelig ikke længere end det, som er påkrævet med henblik på at opnå dette formål.

74. Chartrets artikel 47 kræver naturligt indførelsen af et retsmiddel, der både retligt set og i praksis er effektivt [40]. Såfremt det imidlertid fremgår dels, at adgang til en »domstol« som omhandlet i chartrets artikel 47 sikres uden vanskeligheder, dels, at national ret tillægger denne »domstol« kompetence til at foretage en behandling af sagens realitet – således som det fremgår af dommen fra Tribunale amministrativo regionale della Valle d'Aosta (den regionale forvaltningsdomstol for Valle d'Aosta) i den foreliggende sag – kan hverken direktiv 89/665 eller chartrets artikel 47 fortolkes således, at de kræver et yderligere appelniveau med henblik på at afhjælpe en fejlagtig anvendelse af disse regler fra appeldomstolens side.

75. Som adskillige parter har fremhævet, kan det således spørges, hvad der ville ske, såfremt en ret i tredje instans på sin side stadfæstede den fortolkning, som retten i anden instans har anlagt. Vil artikel 1, stk. 1 og 3, i direktiv 89/665, sammenholdt med chartrets artikel 47, da kræve, at der etableres en fjerde instans? Dette spørgsmål besvarer i det væsentlige sig selv. Løsningen på en fejlagtig anvendelse af EU-retten af en ret i sidste instans skal findes i andre processuelle former,

[37] – Jf. i denne retning (med henvisning til effektivitetsprincippet og ækvivalensprincippet frem for chartrets artikel 47) dom af 17.3.2016, Bensada Benallal (C-161/15, EU:C:2016:175, præmis 27).

[38] – Jf. for så vidt angår dette krav dom af 5.9.2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675, præmis 33).

[39] – Jf. i denne retning (for så vidt angår en opfyldelsesgaranti) dom af 15.9.2016, Star Storage m.fl. (C-439/14 og C-488/14, EU:C:2016:688, præmis 54). Der skal i denne forbindelse erindres om, at Domstolen fortolker artikel 1, stk. 1 og 3, i direktiv 89/665 således, at medlemsstater har en pligt til at træffe de nødvendige foranstaltninger for at sikre, at der i forbindelse med fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige kontrakter, effektivt og navnlig så hurtigt som muligt kan indgives klage over de ordregivende myndigheders beslutninger, med den begrundelse, at beslutningerne er i strid med EU-ret vedrørende offentlige udbud eller de nationale regler til gennemførelse heraf (jf. i denne retning dom af 12.3.2015, eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, præmis 50, af 15.9.2016, Star Storage m.fl., C-439/14 og C-488/14, EU:C:2016:688, præmis 39, og af 29.7.2019, Hochtief Solutions Magyarországi Fióktelepe, C-620/17, EU:C:2019:630, præmis 50).

[40] – Jf. i denne retning (for så vidt angår EMRK's artikel 6 og 13), Z. Varga, »National Remedies in the Case of Violation of EU-law by Member State Courts«, CML Rev., 2017, bind 54, s. 52-80, navnlig s. 75.

således som indledning af et traktatbrudssøgsmål i henhold til artikel 258 TEUF [41] eller eksempelvis et søgsmål som i Francovich-dommen [42], der giver mulighed for at drage staten til ansvar for ved hjælp af dette middel at opnå retslig beskyttelse af borgerenes rettigheder, der er anerkendt ved EU-retten [43].

4. Yderligere bemærkninger om retspraksis i henhold til Francovich-dommen og behovet for dens udvikling

76. Det må i denne forbindelse medgives, at der i retsmødet var mange drøftelser for så vidt angår, hvilke retsmidler Randstad har adgang til under de foreliggende omstændigheder, idet det synes at være rimeligt at anføre, at selve den foreliggende afgørelse fra Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) – hvormed appellen blev afvist på grund af manglende søgsmålskompetence– ikke havde mange fortalere.

77. Det blev i retsmødet foreslået, at Randstad eventuelt kunne påberåbe sig artikel 2, stk. 1, litra c), i direktiv 89/665 om tilkendelse af skadeserstatning for så vidt angår overtrædelser i forbindelse med udbudsproceduren. Selv om det strengt taget ikke er nødvendigt at træffe afgørelse om dette punkt, forekommer det mig, at denne bestemmelse alene vedrører de nationale retters kompetence til at tilkende erstatning på grundlag af et objektivt ansvar for tilsidesættelse af udbudsreglerne, der er begået af *en ordregivende myndighed*, til forskel fra en rets fejlagtige anvendelse af udbudsreglerne i EU-retten. Det blev ligeledes bemærket, at den italienske stat potentielt kan ifalde ansvar for så vidt angår et erstatningskrav som det, der var tale om i Francovich-dommen, der udspringer af denne stats retssystems undladelse af at anvende EU-retten korrekt.

78. Det skal i denne forbindelse bemærkes, at de nærmere omstændigheder om grunden til, at Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) traf en afgørelse, der gik imod Randstad for så vidt angår dette punkt, ikke er fuldstændig klare. I det tilfælde, at Randstad måtte anlægge andre retssager efterfølgende, vil den kompetente nationale ret skulle fastlægge disse omstændigheder og bedømme grundene til, at Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) *tilsyneladende* ikke anvendte Domstolens faste praksis for så vidt angår søgsmålskompetence med hensyn til udbudsretlige forhold, eller, for så vidt som Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) nærede tvivl, grundene til, at den undlod (som en ret i sidste instans) at indgive den passende præjudicielle forelæggelse i henhold til artikel 267 TEUF. Der findes måske en forklaring på den afgørelse, som Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) har truffet om dette forhold.

79. Jeg vil ikke desto mindre benytte denne anledning til at bemærke, at retspraksis i henhold til Francovich-dommen nu bør fortolkes med nye øjne i lyset af kravene i chartrets artikel 47 og om nødvendigt udvikles yderligere i lyset heraf. Det fremgår klart af dom af 5. marts 1996, Brasserie du pêcheur og Factortame (C-46/93 og C-48/93, EU:C:1996:79) (herefter »dommen i sagen Brasserie du pêcheur og Factortame«), at medlemsstater har pligt til at yde erstatning for så vidt angår en tilstrækkelig kvalificeret overtrædelse af EU-retten, såfremt de »åbenbart og groft har overskredet grænserne for [deres] skønsbeføjelser« [44].

[41] – Jf. i denne retning dom af 4.10.2018, Kommissionen mod Frankrig (Forskudsskat) (C-416/17, EU:C:2018:811).

[42] – Dom af 19.11.1991, Francovich m.fl. (C-6/90 og C-9/90, EU:C:1991:428).

[43] – Jf. i denne retning dom af 4.3.2020, Telecom Italia (C-34/19, EU:C:2020:148, præmis 67-69), og af 29.7.2019, Hochtief Solutions Magyarországi Fióktelepe (C-620/17, EU:C:2019:630, præmis 64).

[44] – Dommen i sagen Brasserie du pêcheur og Factortame (præmis 55).

80. Problemet med den praktiske anvendelse af dette kriterium er, at klare forsømmelser fra medlemsstaters side (herunder retslige forsømmelser) alt for ofte og eventuelt for hurtigt undskyldes på det grundlag, at disse fejl blev begået i god tro eller på anden måde var undskyldelige under de givne omstændigheder, eller at de under alle omstændigheder ikke er »åbenbare og grove«. Betragtninger om judiciel høflighed eller respekt for ærværdige nationale retsinstanser bør imidlertid ikke give anledning til en tøven med at beskrive disse fejl som »åbenbare og grove«, således som dette udtryk anvendes i dommen i sagen Brasserie du pêcheur, når dette anses for påkrævet. En vilje eller tilbøjelighed til at undskylde åbenbare og grove undladelser fra en medlemsstats side i forbindelse med dens anvendelse af EU-retten ved at nedtone alvoren af disse forsømmelser ville i sig selv udgøre en klar nægtelse af adgang til effektive retsmidler for parter i en retssag i henhold til chartrets artikel 47, navnlig hvor forsømmelsen af at anvende klar fastslået EU-ret ikke objektivt kan begrundes eller på anden måde undskyldes. Uanset at anvendelsesområdet for Francovich-dommen nødvendigvis altid skal tages i betragtning i forhold til den foreliggende sag, vil spørgsmålet ikke desto mindre skulle løses på et senere tidspunkt, eftersom det ikke er blevet rejst direkte i den foreliggende sag.

81. Enhver vilje til at undskylde medlemsstaters forsømmelser er samtidig kun en ringe trøst for en part i en retssag, såfremt adgangen til et »Francovich-søgsmål« i sig selv blev gjort urimeligt vanskeligt i praksis. Dette kan opsummeres således, at såfremt undladelsen fra en appeldomstols side, hvor der ikke består en yderligere appeladgang, af at anvende Domstolens faste praksis korrekt ikke i sig selv giver grundlag for et erstatningskrav som følge af kriterier om »åbenbar og grov overskridelse«, da er det nødvendigt, at disse kriterier – der trods alt ligger forud for den dato, hvor chartret trådte i kraft – selv skal præciseres yderligere. Såfremt løftet i chartrets artikel 47 ikke skal lyde hult, forekommer det mig, at i det foreliggende tilfælde bør en rets undladelse som sidste appelinstans af at anvende Domstolens faste praksis give anledning til et ansvar, som minder om det, der var tale om Francovich-dommen, for den omhandlede medlemsstat. Domstolen har under alle omstændigheder fastslået, at såfremt en national ret har tilsidesat EU-retten ved, at den »åbenbart tilsidesætter Domstolens praksis«, er dette noget, der i sig selv kan tyde på, at der foreligger en tilstrækkelig kvalificeret tilsidesættelse [45].

82. Alt dette fører tankerne tilbage på Sherlock Holmes-fortællingen om en hund, der ikke gøede [46]. Det er på samme måde den generelle mangel på retspraksis på dette område, der er sigende [47]. Dette kan i sig selv anses for at være en indikation for, at disse fejl og undladelser i praksis for ofte undskyldes, og at for mange af dem, hvis rettigheder i henhold til EU-retten ikke er blevet sikret, forbliver et retsmiddel som i Francovich-dommen en illusion frem for en realitet. Dette er endnu en grund til, hvorfor der skal foretages en fornyet bedømmelse af kriteriet »grov og åbenbar« i dommen i sagen Brasserie du pêcheur og Factortame, således at EU-retten håndhæves med den passende grad af styrke af de dømmende myndigheder i medlemsstaterne, selv såfremt der ligeledes skal tages hensyn til de særlige faktorer, der blev identificeret af Domstolen i dom af 30. september 2003, Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513), for så vidt angår ansvar for retslige fejl, nærmere bestemt »den dømmende funktions særlige karakter«, sammen med kravet om retssikkerhed [48]. Francovich-dommen er imidlertid så at sige en hund, der skal have lov til at gø,

[45] – Jf. i denne retning dom af 30.9.2003, Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513, præmis 56), og af 25.11.2010, Fuß (C-429/09, EU:C:2010:717, præmis 52).

[46] – »The Adventure of the Silver Blaze« i A. Conan Doyle, *The Memoirs of Sherlock Holmes*, London, 1892.

[47] – Jf. generelt B. Beutler, »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] – Jf. i denne retning dom af 30.9.2003, Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513, præmis 53).

for det er selve denne gøen, der skal tjene som en advarsel til os om, at rettigheder, som EU-retten havde til hensigt at sikre og beskytte, kompromitteres – til tider i stilhed – ved nationale retslige fejl.

83. Hertil kan tilføjes, at særligt for så vidt angår overtrædelser i forbindelse med offentlige udbud ville det være ganske upassende, såfremt direktiv 89/665 fastsatte en form for objektivt ansvar for fejl fra den ordregivende myndigheds side, mens ansvar for nationale retslige fejl for så vidt angår prøvelsen af udbudsproceduren samtidigt forblev på et markant højere niveau.

84. Det er imidlertid min opfattelse, at lovgivningen i en vis grad har bevæget sig videre siden dom af 30. september 2003, Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513). I lyset af den efterfølgende ikrafttræden af chartrets artikel 47 er det min opfattelse, at det af de grunde, der allerede er anført, ligeledes er nødvendigt at foretage en behandling af, hvorvidt den omhandlede retslige fejl *objektivt set* kunne undskyldes. Uden en sådan behandling består der en reel fare for, at anvendelsen af de kriterier, der er fastlagt i dommen i sagen Brasserie du pêcheur og Factortame, i praksis ville kunne gøre retten til at opnå en erstatning som i Francovich-sagen for så vidt angår en retslig fejl uforholdsmæssigt vanskelig, således at det kun ville være under ganske særlige omstændigheder, at disse betingelser for ansvar ville være opfyldt.

5. Konklusion for så vidt angår det første spørgsmål

85. Jeg er følgelig sammenfattende af den opfattelse, at artikel 1, stk. 1 og 3, i direktiv 89/665, sammenholdt med chartrets artikel 47, skal fortolkes således, at disse bestemmelser ikke er til hinder for en regel som den italienske forfatnings artikel 111, stk. 8, således som den er fortolket i dom nr. 6/2018, hvorefter der ikke er adgang til kassationsanke som følge af en »manglende kompetence« med henblik på at anfægte domme, hvor en ret i anden instans har anvendt en fortolkningspraksis, der udvikles nationalt, men som objektivt er i strid med Domstolens praksis, i sektorer, der er omfattet af ved EU-retten.

86. Løsningen for så vidt angår den forkerte anvendelse af EU-retten af en ret i sidste instans skal findes i andre processuelle former, som eksempelvis et traktatbrudssøgsmål i henhold til artikel 258 TEUF eller muligheden for at drage staten til ansvar med henblik på opnå retslig beskyttelse af de rettigheder, der er anerkendt ved EU-retten.

B. Det andet spørgsmål

87. Corte suprema di cassazione (kassationsdomstol) ønsker med det andet spørgsmål nærmere bestemt oplyst, hvorvidt artikel 4, stk. 3, TEU, artikel 19, stk. 1, TEU og artikel 267 TEUF, sammenholdt med chartrets artikel 47, er til hinder for, at regler for kassationsanke for så vidt angår »kompetencespørgsmål« fortolkes og anvendes, således at de hindrer kassationsanke ved Corte suprema di cassazione (kassationsdomstol) i plenum med henblik på at anfægte en dom, hvor Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) uden grund afstår fra at indgive en anmodning om en præjudiciel afgørelse til Domstolen, hvor betingelserne for at fritage en national ret fra denne forpligtelse som opregnet af Domstolen i dom af 6. oktober 1982, Cilfit m.fl. (283/81 EU:C:1982:335), ikke er til stede.

88. Tanken bag dette spørgsmål er, at en national domstol ikke, selv ikke midlertidigt, kan være afskåret fra at indgive en præjudiciel anmodning, idet dette ville føre til, at der gøres indgreb i Domstolens enekompetence til at foretage en korrekt og bindende fortolkning af EU-retten, hvorved den ensartede anvendelse og effektive domstolsbeskyttelse af borgeres rettigheder i henhold til EU-retten undermineres.

89. Det skal som udgangspunkt bemærkes, at Corte di cassazione (kassationsdomstol) har rejst et yderligere spørgsmål i den indledende del af anmodningen om en præjudiciel afgørelse vedrørende det andet spørgsmål, der ikke fremgår af ordlyden af det endelige spørgsmål. Det fremgår faktisk tydeligt af præmis 50 i anmodningen om en præjudiciel afgørelse, at Corte suprema di Cassazione (kassationsdomstol) i tillæg til det spørgsmål, der formelt er blevet rejst, ligeledes har rejst tvivl ved den tilgang, hvorved den selv kunne indgive en præjudiciel anmodning direkte.

90. Henset til, at det endelige præjudicielle spørgsmål ikke omfatter dette spørgsmål, vil min gennemgang af det være kortfattet. Svaret på dette spørgsmål giver endvidere ikke efter min opfatteles anledning til tvivl. Det følger af fast retspraksis, at i henhold til artikel 267 TEUF har de nationale retter en meget vid adgang til at indbringe spørgsmål for Domstolen, hvis de skønner, at en for dem verserende sag frembyder problemer vedrørende fortolkningen eller gyldigheden af EU-retlige bestemmelser, der er relevante for afgørelsen af den pågældende sag [49]. Såfremt sagen følgelig gyldigt er indbragt for Corte suprema di cassazione (kassationsdomstol), kan de nationale processuelle regler ikke berøre den kompetence og de pligter, som gælder for denne nationale ret i henhold til artikel 267 TEUF [50].

91. Når dette er sagt, og jeg nu vil tage stilling til det andet præjudicielle spørgsmål, som det udtrykkeligt er udformet, er det ikke min opfattelse, at de nationale processuelle regler som eksempelvis den omhandlede regel, der begrænser kassationsanke til kompetencespørgsmål, for at være i overensstemmelse med EU-retten nødvendigvis skal fortolkes således, at de giver mulighed for at iværksætte en kassationsanke, såfremt en ret i første instans eller en ret, hvis afgørelse ifølge de nationale retsregler ikke kan appelleres, ikke forelægger Domstolen et spørgsmål.

92. Eftersom det således tilkommer de nationale retter at anvende EU-retten, henhører den første fortolkningsopgave nødvendigvis under disse retter. Som Domstolen tidligere har anført, udøver de nationale retter i samarbejde med Domstolen en virksomhed, der er tillagt dem i fællesskab med henblik på at værne om lov og ret ved anvendelsen og fortolkningen af traktaterne [51]. Det følger af det retssystem, der er indført ved traktaterne – og navnlig artikel 4, stk. 3, TEU,

[49] – Jf. i denne retning bl.a. dom af 16.12.2008, Cartesio (C-210/06, EU:C:2008:723, præmis 88), af 15.1.2013, Križan m.fl. (C-416/10, EU:C:2013:8, præmis 64), og af 2.3.2021, A.B. m.fl. (Udnævnelse af dommere ved den øverste domstol – søgsmål) (C-824/18, EU:C:2021:153, præmis 91 og den deri nævnte retspraksis).

[50] – Jf. i denne retning dom af 18.7.2013, Consiglio Nazionale dei Geologi (C-136/12, EU:C:2013:489, præmis 32). Den omstændighed, at både Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) og Corte di cassazione (kassationsdomstolen) kan anses for at være forpligtede til at indgive en præjudiciel anmodning til Domstolen i henhold til artikel 267, stk. 3, TEUF i den samme retssag, er ikke genstand for tvivl. I denne situation skal en ret som Corte di cassazione (kassationsdomstolen) i plenum, såfremt der ikke er blevet indgivet en præjudiciel anmodning til Domstolen af en ret som Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager), tværtimod selv forelægge Domstolen spørgsmålet (jf. i denne retning i en sammenhæng, hvor to retter kan være forpligtede til at indgive en præjudiciel anmodning til Domstolen, dom af 4.11.1997, Parfums Christian Dior, C-337/95, EU:C:1997:517, præmis 30).

[51] – Jf. i denne retning udtalelse 1/09 (aftale om indførelse af en fælles patentdomstolsordning) af 8.3.2011 (EU:C:2011:123, punkt 69), og dom af 27.2.2018, Associação Sindical dos Juízes Portugueses (C-64/16, EU:C:2018:117, præmis 33).

artikel 19, stk. 1, TEU og artikel 267 TEUF, som den forelæggende ret har henvist til – at Domstolen ikke har et monopol på fortolkningen af EU-retten, men derimod har enekompetence for så vidt angår den *endelige* fortolkning af den nævnte ret [52].

93. Forpligtelsen for de nationale retter, hvis afgørelse ifølge de nationale retsregler ikke kan appelleres, til i henhold til artikel 267, stk. 3, at forelægge præjudicielle spørgsmål for Domstolen er et led i samarbejdet mellem de nationale retter, som skal anvende EU-retten og Domstolen, og skal sikre, at EU-retten anvendes korrekt og fortolkes ensartet i alle medlemsstater [53].

94. Artikel 267 TEUF giver således mulighed for, at der indledes en dialog mellem Domstolen og medlemsstaternes domstole [54]. Som allerede mindet om i dette forslag til afgørelse giver denne bestemmelse i overensstemmelse med fast retspraksis de nationale retter en meget vid adgang til at indbringe spørgsmål for Domstolen, hvis de skønner, at en for dem verserende sag frembyder problemer vedrørende fortolkningen eller gyldigheden af EU-retlige bestemmelser, der er relevante for afgørelsen af den pågældende sag [55]. Det må yderligere erindres, at i henhold til artikel 267, stk. 3, TEUF er en national ret, hvis afgørelse ifølge de nationale retsregler ikke kan appelleres, *principielt* forpligtet til at indbringe sagen for Domstolen, såfremt et spørgsmål om fortolkningen af EU-retten rejses ved denne ret [56].

95. For så vidt angår specifikt det samarbejde, der er indført ved artikel 267 TEUF, er det følgelig forbudt i en national retsforskrift *at hindre* en national ret i at udøve dette skøn eller at opfylde denne forpligtelse [57]. *Minimumskravet* er med andre ord, at en domstol, der i det nationale processuelle system er udpeget til at træffe afgørelse om EU-retlige spørgsmål – som i denne sag Tribunali amministrativi regionali (de regionale forvaltningsdomstole) og Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) på udbudsområdet – bør have muligheden for, hvis den da ikke ligefrem er forpligtet til det, at indgive en præjudiciel anmodning. Såfremt dette er tilfældet, tilkommer det udelukkende den nationale retsinstans, for hvilken en tvist er indbragt, og som har ansvaret for den retsafgørelse, som skal træffes, på grundlag af omstændighederne i den konkrete sag at vurdere, såvel om en præjudiciel afgørelse er nødvendig for, at den kan afsige dom, som relevansen af de spørgsmål, den forelægger Domstolen [58]. Sammenfattende er logikken i Domstolens praksis på dette område, som generaladvokat Bobek for nylig har forklaret, dermed alene at sikre, at nationale processuelle regler ikke er til hinder for, at EU-retlige forhold rejses, således at en anmodning om præjudiciel afgørelse kan indgives uanset retsforhandlingernes stadium [59].

96. Som det imidlertid vil fremgå af min bedømmelse af det tredje spørgsmål, der er blevet rejst af Corte suprema di cassazione (kassationsdomstol), skal det, såfremt det fremgår klart, at Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) burde have forelagt Domstolen et spørgsmål,

[52] – Jf. i denne retning udtalelse 1/17 af 30.4.2019 (EU:C:2019:341, punkt 111).

[53] – Jf. i denne retning dom af 6.10.1982, Cilfit m.fl. (283/81, EU:C:1982:335, præmis 7), og af 9.9.2015, X og van Dijk (C-72/14 og C-197/14, EU:C:2015:564, præmis 54).

[54] – Jf. i denne retning dom af 2.3.2021, A.B. m.fl. (Udnævnelse af dommere ved den øverste domstol – søgsmål) (C-824/18, EU:C:2021:153, præmis 90).

[55] – Jf. den retspraksis der er nævnt i fodnote 49.

[56] – Jf. i denne retning dom af 24.10.2018, XC m.fl. (C-234/17, EU:C:2018:853, præmis 43). Jf. ligeledes en anden formulering i dom af 5.4.2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199, præmis 32), og af 2.3.2021, A.B. m.fl. (Udnævnelse af dommere ved den øverste domstol – søgsmål) (C-824/18, EU:C:2021:153, præmis 92).

[57] – Jf. i denne retning dom af 5.4.2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199, præmis 32 og 33), og af 2.3.2021, A.B. m.fl. (Udnævnelse af dommere ved den øverste domstol – søgsmål) (C-824/18, EU:C:2021:153, præmis 93).

[58] – Jf. i denne retning dom af 9.9.2015, X og van Dijk (C-72/14 og C-197/14, EU:C:2015:564, præmis 57).

[59] – Jf. i denne retning generaladvokat Bobeks forslag til afgørelse Consorzio Italian Management og Catania Multiservizi (C-561/19, EU:C:2021:291, punkt 27).

såfremt den nærede nogen tvivl om anvendelsesområdet for artikel 1, stk. 1 og 3, i direktiv 89/665, således som bestemmelsen tidligere er blevet fortolket af Domstolen, bemærkes, at der ikke imidlertid ikke var nogen national processuel regel, der forhindrer den i at indlede denne dialog med Domstolen.

97. Efter min opfattelse vil undladelsen af at forelægge Domstolen et spørgsmål med henblik på en præjudiciel afgørelse følgelig kunne føre til materiel ulovlighed (som følge af den fejlagtige anvendelse af EU-retten, der blev fortolket forkert af den nationale ret) og/eller processuel ulovlighed (som følge af undladelsen af at forelægge Domstolen et spørgsmål med henblik på en præjudiciel afgørelse, når den pågældende ret er forpligtet til at gøre dette), men det skal ikke anses for et kompetencespørgsmål som omhandlet i den italienske forfatnings artikel 111, stk. 8. Som jeg har anført i afslutningen på min bedømmelse af det første præjudicielle spørgsmål, skal svaret på en fejlagtig anvendelse af EU-retten af en ret i sidste instans – og jeg skal her tilføje herunder forpligtelserne i henhold til artikel 267 TEUF – selv om disse løsninger ikke er optimale, findes i andre processuelle former som eksempelvis et traktatbrudssøgsmål eller muligheden for at pålægge staten et erstatningsansvar med henblik på at opnå retslig beskyttelse af borgeres rettigheder.

98. I betragtning af, at den dømmende magt har afgørende betydning for beskyttelsen af borgernes rettigheder i henhold til EU-retten, ville EU-rettens fulde virkning, som jeg allerede har anført, blive afsvækket og beskyttelsen af disse rettigheder blive forringet, hvis borgerne ikke under visse betingelser kunne opnå erstatning, såfremt deres rettigheder er blevet krænket ved en tilsidesættelse af EU-retten, der skyldes en afgørelse, som en ret i en medlemsstat har truffet som sidste instans [60].

99. I overensstemmelse med de forudgående betragtninger er jeg følgelig nået til den konklusion, at artikel 4, stk. 3, TEU, artikel 19, stk. 1, TEU og artikel 267 TEUF, sammenholdt med chartrets artikel 47, ikke til hinder for, at regler for kassationsanke for så vidt angår kompetencespørgsmål fortolkes og anvendes således, at de hindrer kassationsanke ved Corte suprema di cassazione (kassationsdomstol) i plenum med henblik på at anfægte en dom, hvor Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) uden grund afstår fra at indgive en anmodning om en præjudiciel afgørelse til Domstolen.

C. Det tredje spørgsmål

100. Corte suprema di cassazione (kassationsdomstol) ønsker med det tredje spørgsmål nærmere bestemt oplyst, hvorvidt den fortolkning af artikel 1, stk. 1 og 3, og artikel 2, stk. 1, i direktiv 89/665, som ændret ved direktiv 2007/66, der udspringer af Domstolens dom af 4. juli 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), af 5. april 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199), og af 5. september 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675), finder anvendelse i hovedsagen.

101. Der skal henvises til, at det følger af fast retspraksis, at begrundelsen for en anmodning om en præjudiciel afgørelse ikke er, at der skal afgives responsa vedrørende generelle eller hypotetiske spørgsmål, men at der skal foreligge et behov med henblik på selve afgørelsen af en retstvist, der vedrører EU-retten [61].

[60] – Jf. i denne retning dom af 30.9.2003, Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513, præmis 33), og af 9.9.2015, Ferreira da Silva e Brito m.fl. (C-160/14, EU:C:2015:565, præmis 47).

[61] – Jf. i denne retning dom af 3.10.2019, A. m.fl. (C-70/18, EU:C:2019:823, præmis 73).

102. Henset til, at jeg har nået den konklusion i forhold til det første præjudicielle spørgsmål, at begrænsningen af Corte di cassaziones (kassationsdomstol) kompetence, således som den er fastlagt i den italienske forfatnings artikel 111, stk. 8, som fortolket i dom nr. 6/2018, ikke er i strid med artikel 1, stk. 1 og 3, i direktiv 89/665 og chartrets artikel 47, bør den forelæggende ret imidlertid savne kompetence, i hovedsagen, til at tage stilling til anvendelsesområdet for direktiv 89/665. Jeg vil ikke desto mindre foreslå, at der tages stilling til dette spørgsmål i tilfælde af, at Domstolen træffer en anden afgørelse.

103. Det skal erindres, at Randstad i hovedsagen anfægtede selskabets udelukkelse fra en udbudsprocedure og tildelingen af kontrakten til en anden virksomhed. Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) foretog imidlertid kun en realitetsbehandling af det anbringende til støtte for appellen, hvorved Randstad anfægtede de point, der blev tildelt selskabets tekniske bud – der lå under »minimumstærsklen« – og behandlede først de kontraappeller, der var iværksat af den ordregivende myndighed og den valgte tilbudsgiver. Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) tog disse kontraappeller til følge, hvorimod den afstod fra at foretage en realitetsbehandling af de andre anbringender i hovedappellen, hvormed Randstad anfægtede udfaldet af udbudsproceduren af andre grunde end vedrørende de point, der blev tildelt selskabets tekniske bud.

104. Jeg har allerede i de indledende bemærkninger til dette forslag til afgørelse gennemgået Domstolens praksis om omfanget af den forpligtelse til at fastsætte en klageprocedure, der er fastsat i artikel 1, stk. 1 og 3, i direktiv 89/665, i den specifikke sammenhæng, hvor et kontrasøgsmål anlægges af den valgte tilbudsgiver. Det kan følgelig på dette stadium anføres, at det kriterium, der afgør forpligtelsen for en ret til at foretage en behandling af appellantens appel, er, at hver af sagens parter har en berettiget interesse i udelukkelsen af de bud, der er indgivet af de andre konkurrenter. Dette betyder, at det ikke utænkeligt, at de øvrige afgivne bud er behæftet med én af de mangler, der begrunder udelukkelsen af såvel buddet fra den valgte tilbudsgiver som buddet fra den tilbudsgiver, der har anfægtet den ordregivende myndigheds tildelingsbeslutning under udbudsproceduren, hvilket kan føre til, at denne må indlede en ny procedure [62].

105. Domstolen har været særlig klar for så vidt angår dette punkt: »[S]pørgsmålet om formaliteten vedrørende hovedsøgsmålet [kan] ikke afhænge af, om det forudgående er blevet konstateret, at samtlige de bud, der er placeret lavere på ranglisten end buddet fra den tilbudsgiver, som har indgivet søgsmålet, ligeledes er retsstridige, da dette ville skade direktiv 89/665's effektive virkning [eller] være betinget af, at den nævnte tilbudsgiver kan bevise, at den ordregivende myndighed vil være foranlediget til at gentage den offentlige udbudsprocedure. *Den omstændighed, at denne mulighed foreligger, bør anses for tilstrækkelig i denne henseende*« [63]. Den tilbudsgiver, hvis tilbud af den ordregivende myndighed var blevet udelukket fra en offentlig udbudsprocedure, kan kun nægtes adgang til at klage over beslutningen om tildeling af den pågældende offentlige kontrakt, såfremt beslutningen om at udelukke den nævnte tilbudsgiver er blevet opretholdt ved en beslutning, der havde opnået retskraft, inden den ret, der påkendte klagen over tildelingsbeslutningen, traf afgørelse, således at nævnte tilbudsgiver skulle anses for endeligt udelukket fra den omhandlede offentlige udbudsprocedure [64].

[62] – Jf. i denne retning dom af 5.4.2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199, præmis 28), og af 5.9.2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675, præmis 27).

[63] – Dom af 5.9.2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675, præmis 29). Min fremhævelse.

[64] – Jf. i denne retning dom af 5.9.2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675, præmis [31] og den deri nævnte retspraksis).

106. Det er for det første ikke anfægtet i hovedsagen, at Randstad endnu ikke var blevet endeligt udelukket fra udbudsproceduren, da selskabet iværksatte appellen ved Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager). Det følger for det andet af anmodningen om en præjudiciel afgørelse, at Randstad som et af sine anbringender til støtte for atter at kunne deltage i udbudsproceduren har fremført, at udpegelsen og sammensætningen af udbudskomitéen, der er ansvarlig for udførelsen af den økonomiske bedømmelse, var ulovlig. Såfremt det fastslås, at der foreligger sådanne uregelmæssigheder, ville de imidlertid begrunde udelukkelsen af både buddet fra den valgte tilbudsgiver og buddet fra den tilbudsgiver, der har anfægtet den ordregivende myndigheds afgørelse, og de andre bud, der er indgivet i udbudsproceduren, ville ligeledes være behæftet med disse uregelmæssigheder, hvilket kunne føre til, at den ordregivende myndighed skulle indlede en ny procedure.

107. Det forekommer mig under disse omstændigheder at være klart, at det princip, der er fastlagt og bekræftet i den retspraksis, der nævnes af den forelæggende ret, fandt anvendelse i hovedsagen. Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) var følgelig forpligtet til at anerkende Randstads interesse i både i første instans og i appelinstansen at anfægte, at proceduren og følgelig beslutningen om at tildele kontrakten var lovlig, eller alternativt at indgive en anmodning til Domstolen om dette forhold i tilfælde af tvivl.

VII. Forslag til afgørelse

108. I lyset af ovenstående betragtninger foreslår jeg følgelig, at Domstolen besvarer de præjudicielle spørgsmål fra Corte suprema di cassazione (kassationsdomstol, Italien) som følger:

»1) Artikel 1, stk. 1 og 3, i Rådets direktiv 89/665/EØF af 21. december 1989 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter, som ændret bl.a. ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2007/66/EF af 11. december 2007, sammenholdt med chartrets artikel 47, skal fortolkes således, at disse bestemmelser ikke er til hinder for en regel som den italienske forfatnings artikel 111, stk. 8, således som den er fortolket i dom nr. 6/2018, hvorefter der ikke er adgang til kassationsanke for så vidt angår kompetencespørgsmål med henblik på at anfægte domme, hvor en ret i anden instans har anvendt en fortolkningspraksis, der er udviklet nationalt, men i strid med domme fra Domstolen, i sektorer, der er omfattet af EU-retten.

Løsningen for så vidt angår en fejlagtig anvendelse af EU-retten af en ret i sidste instans skal findes i andre processuelle former som eksempelvis en traktatbrudsprocedure i henhold til artikel 258 TEUF eller muligheden for at gøre staten ansvarlig med henblik på at opnå retslig beskyttelse af borgernes rettigheder, der er anerkendt ved EU-retten.

2) Artikel 4, stk. 3, TEU, artikel 19, stk. 1, TEU og artikel 267 TEUF, sammenholdt med chartrets artikel 47, er ikke til hinder for, at regler vedrørende kassationsanke for så vidt angår kompetencespørgsmål fortolkes og anvendes således, at de hindrer kassationsanke ved Corte di cassazione (kassationsdomstol) i plenum med henblik på at anfægte en dom, hvor Consiglio di Stato (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) uden grund afstår fra at indgive en anmodning om en præjudiciel afgørelse til Domstolen.

Alternativt

3) Den fortolkning af artikel 1, stk. 1 og 3, og artikel 2, stk. 1, i direktiv 89/665, som ændret ved direktiv 2007/66, der udspringer af Domstolens dom af 4. juli 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), af 5. april 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199), og af 5. september 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675), finder anvendelse på hovedsagen, hvor afgørelsen om at udelukke en afvist tilbudsgiver ikke var blevet bekræftet ved en afgørelse, der havde opnået retskraft, da retten, der foretog prøvelsen af beslutningen om tildeling af kontrakten, traf sin afgørelse, og hvor denne tilbudsgiver havde fremført et anbringende, der kunne føre til, at den ordregivende myndighed skulle indlede en ny procedure.«