CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
G. HOGAN
van 9 september 2021 [1]

Zaak C-497/20

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

[verzoek van de Corte suprema di cassazione (hoogste rechter in burgerlijke en strafzaken, Italië) om een prejudiciële beslissing]

„Prejudiciële verwijzing – Aanbestedingen – Richtlijn 89/665/EEG – Artikel 1 – Recht op een doeltreffende voorziening in rechte – Artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie – Verplichting voor lidstaten om te voorzien in een beroepsprocedure – Toegang tot beroepsprocedures – Beroep tot nietigverklaring van een besluit tot gunning van een overheidsopdracht – Incidenteel beroep van de gekozen inschrijver – Rechtspraak van het Grondwettelijk Hof die de zaken beperkt waarin cassatieberoep kan worden ingesteld – Artikel 267 VWEU"

I. Inleiding

1. Het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing werpt belangrijke en in bepaalde opzichten nieuwe vragen op over de vraag of een lidstaat verplicht is te voorzien in een aanvullend beroepsrecht wanneer een rechter in hoger beroep het Unierecht onjuist heeft uitgelegd of toegepast. Het doet ook de vraag rijzen of en zo ja welke andere rechtsmiddelen openstaan voor de benadeelde partij indien niet is voorzien in een dergelijk beroepsrecht.

2. Dit verzoek heeft in het bijzonder betrekking op de uitlegging van artikel 4, lid 3, en artikel 19, lid 1, VEU, en artikel 2, leden 1 en 2, en artikel 267 VWEU, gelezen in het licht van artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: „Handvest"). Het doet ook vragen rijzen over de juiste uitlegging van artikel 1, leden 1 en 3, en artikel 2, lid 1, van richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures

[1] Oorspronkelijke taal: Engels.

inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken [2], zoals met name gewijzigd bij richtlijn 2007/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007 [3].

3. Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen Randstad Italia SpA (hierna: „Randstad"), enerzijds, en Umana SpA, Azienda USL [Unità Sanitaria Locale] Valle d'Aosta (plaatselijke afdeling van de gezondheidsdienst in de regio Valle d'Aosta, Italië; hierna: „USL"), IN. VA SpA en Synergie Italia agenzia per il lavoro SpA (hierna: „Synergie"), anderzijds. Dit geding betreft de uitsluiting van Randstad van een procedure tot gunning van een overheidsopdracht, alsook de regelmatigheid van die procedure.

4. Het Hof wordt dus, op verzoek van een Italiaanse rechter, opnieuw verzocht zich uit te spreken over de omvang van de in artikel 1 van richtlijn 89/665 neergelegde verplichting van de lidstaten om te voorzien in doeltreffende beroepsprocedures bij overheidsopdrachten, wanneer de gekozen inschrijver in het kader van een beroep tot nietigverklaring van het besluit tot gunning van een overheidsopdracht een incidenteel beroep instelt tegen de afgewezen inschrijver.

5. Dit verzoek wordt echter gedaan in een specifieke en gevoelige context: de Consiglio di Stato (hoogste bestuursrechter, Italië) lijkt moeilijkheden te hebben met de toepassing van de rechtspraak van het Hof ter zake – dat leek althans het geval te zijn op het moment waarop hij uitspraak moest doen in het betrokken geding – en de Corte suprema di cassazione (hoogste rechter in burgerlijke en strafzaken, Italië) heeft twijfels over de omvang van zijn bevoegdheid betreffende hogere voorzieningen tegen arresten van de Consiglio di Stato, zoals recentelijk is gespecificeerd door de Corte costituzionale (grondwettelijk hof, Italië). Met dit verzoek om een prejudiciële beslissing wordt het Hof dus impliciet verzocht als scheidsrechter op te treden in een conflict tussen de drie hoogste Italiaanse rechterlijke instanties.

II. Toepasselijke bepalingen

A. Unierecht

6. In de overwegingen 17, 34 en 36 van richtlijn 2007/66 staat te lezen:

„(17) Een beroepsprocedure dient op zijn minst toegankelijk te zijn voor eenieder die belang heeft of heeft gehad bij de gunning van een bepaalde opdracht en die door een beweerde inbreuk is of dreigt te worden geschaad.

[...]

(34) [...] Overeenkomstig het in [artikel 5 VEU] neergelegde evenredigheidsbeginsel gaat deze richtlijn niet verder dan nodig is om die doelstellingen te verwezenlijken, onder eerbiediging van het beginsel van de procedurele autonomie van de lidstaten.

[...]

[2] PB 1989, L 395, blz. 33.

[3] PB 2007, L 335, blz. 31.

(36) Deze richtlijn eerbiedigt de grondrechten en neemt de beginselen in acht die met name zijn erkend in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. Deze richtlijn beoogt met name de volledige eerbiediging te waarborgen van het recht op een doeltreffende voorziening in rechte en op toegang tot een onpartijdig gerecht, overeenkomstig artikel 47, eerste en tweede alinea, van het Handvest."

7. Artikel 1 van richtlijn 89/665, in de thans geldende versie, met als opschrift „Toepassingsgebied en beschikbaarheid van beroepsprocedures", luidt:

„1. Deze richtlijn is van toepassing op opdrachten als bedoeld in richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad [van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van richtlijn 2004/18/EG (PB 2014, L 94, blz. 65)], tenzij deze opdrachten overeenkomstig de artikelen 7, 8, 9, 10, 11, 12, 15, 16, 17 en 37 van die richtlijn worden uitgesloten.

[...]

De lidstaten nemen met betrekking tot opdrachten die binnen de werkingssfeer van richtlijn [2014/24] of richtlijn 2014/23/EU [van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten (PB 2014, L 94, blz. 1)] vallen, de nodige maatregelen om ervoor te zorgen dat tegen door de aanbestedende diensten genomen besluiten op doeltreffende wijze en vooral zo snel mogelijk beroep kan worden ingesteld overeenkomstig de artikelen 2 tot en met 2 septies van deze richtlijn, op grond van het feit dat door die besluiten het Unierecht inzake overheidsopdrachten of de nationale voorschriften waarin dat Unierecht is omgezet, geschonden zijn.

[...]

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

8. Artikel 2 van richtlijn 89/665 heeft als opschrift „Voorschriften voor beroepsprocedures". De eerste twee leden van dit artikel luiden:

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

a) zo snel mogelijk en in kort geding voorlopige maatregelen te nemen om de beweerde inbreuk ongedaan te maken of te voorkomen dat de betrokken belangen verder worden geschaad, met inbegrip van maatregelen om de gunningsprocedure voor een overheidsopdracht of de tenuitvoerlegging van enig door de aanbestedende diensten genomen besluit, op te schorten dan wel te doen opschorten;

b) onwettig genomen besluiten nietig te verklaren dan wel nietig te doen verklaren, met inbegrip van het verwijderen van discriminerende technische, economische of financiële specificaties in oproepen tot inschrijving, bestekken dan wel in enig ander stuk dat verband houdt met de gunningsprocedure;

c) schadevergoeding toe te kennen aan degenen die door een inbreuk schade hebben geleden.

2. De in lid 1 en in de artikelen 2 quinquies en 2 sexies bedoelde bevoegdheden kunnen worden opgedragen aan afzonderlijke instanties die verantwoordelijk zijn voor verschillende aspecten van de beroepsprocedures."

B. Italiaans recht

9. Artikel 111, achtste alinea, van de Italiaanse grondwet luidt:

„Tegen de beslissingen van de Consiglio di Stato en de Corte dei Conti (rekenkamer, Italië) kan enkel cassatieberoep worden ingesteld dat berust op gronden in verband met de rechterlijke bevoegdheid."

10. Artikel 360, eerste alinea, punt 1, van de Codice di procedura civile (wetboek van burgerlijke rechtsvordering) luidt:

„Tegen in hoger beroep of in enige aanleg gewezen beslissingen kan cassatieberoep worden ingesteld:

1) op gronden in verband met de rechterlijke bevoegdheid [...]".

11. Artikel 362, eerste en tweede alinea, van datzelfde wetboek luidt:

„Tegen de door een gespecialiseerde rechterlijke instantie in hoger beroep of in enige aanleg gewezen beslissingen kan cassatieberoep worden ingesteld [...] op gronden in verband met de bevoegdheid van die rechter [...].

Te allen tijde kan cassatieberoep worden ingesteld ter beoordeling van:

1) positieve of negatieve bevoegdheidsconflicten tussen gespecialiseerde rechterlijke instanties of tussen hen en gewone rechterlijke instanties;

2) negatieve toewijzingsconflicten tussen de overheid en gewone rechterlijke instanties."

12. Artikel 91 van de Codice del processo amministrativo (wetboek bestuursprocesrecht) bepaalt:

„De rechtsmiddelen die tegen uitspraken [van de bestuursrechters] kunnen worden ingesteld, zijn hoger beroep, herziening, derdenverzet en cassatieberoep op gronden in verband met de rechterlijke bevoegdheid."

13. Artikel 110, van datzelfde wetboek bepaalt:

„Tegen de arresten van de Consiglio di Stato kan cassatieberoep worden ingesteld voor zover het berust op gronden in verband met de rechterlijke bevoegdheid."

III. Feiten van het hoofdgeding

14. De USL heeft een aanbestedingsprocedure ter waarde van meer dan 12 000 000 EUR uitgeschreven om op basis van de economisch meest voordelige inschrijving een arbeidsbureau te kiezen waaraan de tijdelijke terbeschikkingstelling van personeel zou worden toevertrouwd. De aanbestedende dienst voorzag in het aanbestedingsdossier in een „uitsluitingsdrempel van een minimumaantal punten" (48 punten) voor de technische inschrijvingen, waarbij gegadigden die een lager aantal punten behaalden, zouden worden uitgesloten.

15. Acht gegadigden namen deel aan de aanbesteding, waaronder Randstad, een uit Synergie en Umana bestaande tijdelijke combinatie van ondernemingen (hierna: „tijdelijke combinatie van ondernemingen") en Gi Group SpA. Na de beoordeling van de technische inschrijvingen heeft de aanbestedingscommissie enkel de tijdelijke combinatie van ondernemingen en Gi Group toegelaten tot de economische beoordeling en heeft zij Randstad uitgesloten omdat zij de drempel niet had gehaald. De opdracht werd op 6 november 2018 aan de tijdelijke combinatie van ondernemingen gegund.

16. Randstad is bij de Tribunale Amministrativo Regionale della Valle d'Aosta (bestuursrechter in eerste aanleg regio Valle d'Aosta, Italië; hierna: „TAR") opgekomen tegen haar uitsluiting wegens het niet-halen van de drempel en tegen de gunning van de opdracht aan de tijdelijke combinatie van ondernemingen. Zij wilde opnieuw tot de aanbesteding worden toegelaten en voerde daartoe aan dat zij onredelijke punten had gekregen, dat de beoordelingscriteria vaag waren, dat de punten niet waren gemotiveerd, dat de aanbestedingscommissie niet volgens de regels was benoemd en samengesteld en dat de opdracht niet in percelen was verdeeld.

17. Ter verweer hebben de USL en de tijdelijke combinatie van ondernemingen een exceptie van niet-ontvankelijkheid van de middelen van het door Randstad ingestelde beroep opgeworpen, met als betoog dat laatstgenoemde hoe dan ook van de aanbesteding was uitgesloten en dus niet bevoegd was om die middelen aan te voeren.

18. Bij vonnis van 15 maart 2019 heeft de TAR deze exceptie afgewezen op grond van de overweging dat Randstad rechtmatig aan de aanbesteding had deelgenomen aangezien zij aan de voorwaarden voldeed en dat zij louter wegens de negatieve beoordeling van haar inschrijving was uitgesloten, zodat zij gerechtigd was de uitkomst van de aanbesteding te betwisten. De TAR heeft alle middelen van het beroep beoordeeld en ten gronde afgewezen.

19. Tegen dit vonnis van de TAR heeft Randstad hoger beroep ingesteld bij de Consiglio di Stato en daarbij heeft zij dezelfde middelen als in eerste aanleg aangevoerd. Synergie en Umana hebben incidenteel hoger beroep ingesteld, waarbij zij het vonnis van de TAR hebben bekritiseerd voor zover de TAR de grieven van Randstad ontvankelijk had verklaard en ten gronde had onderzocht, terwijl zij van mening waren dat deze grieven waren aangevoerd door een persoon die geen procesbevoegdheid had omdat hij van de aanbesteding was uitgesloten.

20. Bij arrest van 7 augustus 2019 heeft de Consiglio di Stato het middel van het principale hoger beroep waarmee Randstad het ontoereikend aantal punten aanvocht, afgewezen en de incidentele beroepen toegewezen. In het bijzonder heeft de Consiglio di Stato het bestreden vonnis gedeeltelijk vernietigd en geoordeeld dat Randstad wegens haar uitsluiting van de aanbesteding geen procesbevoegdheid had. Derhalve had de TAR de andere middelen van haar principale beroep niet ten gronde mogen onderzoeken.

21. Volgens de Consiglio di Stato had Randstad wegens haar uitsluiting geen procesbevoegdheid omdat zij, zoals elke andere marktdeelnemer in de betrokken sector die niet aan de aanbesteding had deelgenomen, slechts een feitelijk belang had. De Consiglio di Stato baseerde zich op zijn eerdere rechtspraak volgens welke een van een aanbesteding uitgesloten gegadigde niet bevoegd is om de aanbestedingshandelingen te betwisten, tenzij hij een uitspraak verkrijgt waarin de onrechtmatigheid van de uitsluiting wordt vastgesteld.

22. Randstad is vervolgens bij de verwijzende rechter opgekomen tegen het arrest van de Consiglio di Stato. Synergie, Umana en de aanbestedende dienst treden op als verweersters in cassatie.

23. Randstad betoogt dat het arrest van de Consiglio di Stato in strijd is met artikel 362, eerste alinea, van het wetboek van burgerlijke rechtsvordering en met artikel 110 van het wetboek bestuursprocesrecht. In dat arrest is namelijk vastgesteld dat een persoon die van een aanbesteding is uitgesloten door een maatregel waarvan de rechtmatigheid nog niet definitief is vastgesteld, daar deze in rechte wordt betwist, de procesbevoegdheid en het belang om grieven tegen die aanbesteding aan te voeren wordt ontzegd. Volgens Randstad levert dit schending op van het in richtlijn 89/665 neergelegde beginsel van effectieve rechterlijke bescherming en wordt hierbij de toegang tot die bescherming ontzegd, waartegen overeenkomstig artikel 111, achtste alinea, van de Italiaanse grondwet cassatieberoep op gronden in verband met de rechterlijke bevoegdheid kan worden ingesteld.

24. Randstad beroept zich op de rechtspraak van het Hof van Justitie volgens welke ook de enkele waarschijnlijkheid dat door de instelling van het beroep een voordeel in de vorm van een bepaald resultaat zal worden verkregen, zoals de herhaling van de aanbestedingsprocedure, als grondslag kan dienen voor het procesbelang en het recht op rechtsbescherming. Randstad verwijst in dit verband naar de arresten van 4 juli 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448); 5 april 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199), en 5 september 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675).

25. Verweersters werpen een exceptie van niet-ontvankelijkheid van het cassatieberoep op. Zij stellen dat het betrokken middel betrekking heeft op een hypothetische schending van het recht. Het is geen „middel in verband met de rechterlijke bevoegdheid" en kan derhalve niet in cassatie worden aangevoerd om op te komen tegen een arrest van de Consiglio di Stato.

26. Volgens de verwijzende rechter moet het in artikel 111, achtste alinea, van de Italiaanse grondwet bedoelde cassatieberoep in een dergelijk geval openstaan. De nuttige werking van artikel 267 VWEU zou worden aangetast indien de nationale rechter het Unierecht niet onmiddellijk overeenkomstig de rechtspraak van het Hof van Justitie kon toepassen. In een zaak als de onderhavige is een cassatieberoep de laatste manier om te voorkomen dat een arrest van de Consiglio di Stato dat (naar verluidt) in strijd is met het Unierecht, in kracht van gewijsde gaat.

27. Uit arrest nr. 6 van 18 januari 2018 van de Corte costituzionale[4] betreffende artikel 111, achtste alinea, van de Italiaanse grondwet (hierna: „arrest nr. 6/2018") blijkt echter dat bij de huidige stand van het Italiaanse constitutionele recht, zoals uitgelegd in dat arrest, een schending van het Unierecht niet kan worden gelijkgesteld met een middel in verband met de rechterlijke bevoegdheid. Volgens dit arrest „[verwijst] de uitdrukking ‚overschrijding van de grenzen van de rechterlijke bevoegdheid', waartegen cassatieberoep kan worden ingesteld op gronden in verband met de rechterlijke bevoegdheid [in de zin van artikel 111, achtste alinea, van de Italiaanse

[4] Arrest van 18 januari 2018, nr. 6/2018 (ECLI:IT:COST:2018:6).

grondwet], zoals het begrip steeds is opgevat, [...] uitsluitend naar twee soorten scenario's: deze die worden gekenmerkt door het volledig ontbreken van rechterlijke bevoegdheid, te weten wanneer de Consiglio di Stato of de Corte dei conti zich bevoegd verklaart over een domein dat aan de wetgever of de overheid is voorbehouden (een zogenoemde aantasting of overschrijding van de bevoegdheid), of wanneer deze zich daarentegen onbevoegd verklaart op basis van de foute veronderstelling dat het onderwerp absoluut niet voor rechterlijke toetsing vatbaar is (een zogenoemde onthouding om uitspraak te doen), alsook gevallen waarin sprake is van relatieve bevoegdheidsgebreken, wanneer een bestuursrechter of een rechter van de Corte dei conti zich bevoegd verklaart over een onderwerp dat aan een andere rechter is toegewezen, of wanneer deze zich daarentegen onbevoegd verklaart op basis van de foute veronderstelling dat andere rechters bevoegd zijn". [5]

28. De verwijzende rechter leidt daaruit af dat hij het cassatieberoep van Randstad niet-ontvankelijk zou moeten verklaren indien hij zich naar dat arrest van de Corte costituzionale zou voegen. In die omstandigheden vraagt hij zich af of arrest nr. 6/2018, dat de in artikel 111, achtste alinea, van de Italiaanse grondwet bedoelde rechterlijke bevoegdheid van de Corte suprema di cassazione in bestuurszaken beperkt tot zaken waarin de Consiglio di Stato wordt verweten de „buitengrenzen" van zijn rechterlijke bevoegdheid te hebben overschreden, het Unierecht schendt.

29. Wanneer de Consiglio di Stato nationale bepalingen onjuist toepast of uitlegt, namelijk op een wijze die onverenigbaar is met het Unierecht, zoals uitgelegd door het Hof van Justitie, oefent deze rechter volgens de verwijzende rechter een bevoegdheid uit die hij niet bezit. In feite oefent hij dan een wetgevende bevoegdheid uit die zelfs de nationale wetgever niet heeft. Hierdoor is er sprake van een ontbreken van rechterlijke bevoegdheid, waartegen cassatieberoep kan worden ingesteld. Het is in dit verband irrelevant of het arrest van het Hof waaruit de onverenigbaarheid tussen de toepassing of de uitlegging van het nationale recht door de nationale rechter en het Unierecht voortvloeit, dateert van vóór of na die toepassing of uitlegging.

30. De verwijzende rechter wijst erop dat vóór arrest nr. 6/2018 de vaste rechtspraak van zijn eigen verenigde kamers erin bestond dat, in geval van een hogere voorziening tegen een arrest van de Consiglio di Stato, de beoordeling van de buitengrenzen van de „rechterlijke bevoegdheid" in de zin van artikel 111, achtste alinea, van de Italiaanse grondwet zich niet uitstrekte tot de toetsing van de door de bestuursrechter gemaakte uitleggingskeuzen die eventueel eenvoudige beoordelingsfouten of procedurefouten bevatten, behalve in geval van een fundamenteel onjuiste opvatting van de toepasselijke regels die tot rechtsweigering kon leiden, zoals een procedurefout waarbij een nationale procedureregel wordt toegepast die tot gevolg heeft dat de betrokken partij geen toegang heeft tot de rechtsbescherming die zij ontleent aan rechtstreeks toepasselijke bepalingen van het Unierecht.

31. Een dergelijke benadering is verenigbaar met de beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid, die volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie een voorwaarde vormen voor de uitoefening van de procedurele autonomie van de lidstaten. Arrest nr. 6/2018 en de daaropvolgende rechtspraak zijn echter onverenigbaar met deze beginselen.

[5] Arrest nr. 6/2018, punt 15 (in de Engelse vertaling beschikbaar op de website van de Corte costituzionale. https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/Sentenza%20n.%206 %20del%202018 %20red.% 20Coraggio%20EN.pdf

32. Vervolgens is het voor de Corte suprema di cassazione ook van belang om in het kader van de prejudiciële verwijzing te vernemen of de door de Consiglio di Stato in het bestreden arrest gevolgde benadering al dan niet verenigbaar is met de arresten van 4 juli 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), 5 april 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199), en 5 september 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675). Dit aspect van het geding doet twee verschillende kwesties rijzen.

33. Ten eerste vraagt de verwijzende rechter zich af of de reeds door het Hof van Justitie ontwikkelde rechtspraak over het beroepsrecht van inschrijvers die zijn uitgesloten van aanbestedingsprocedures kan worden toegepast op een zaak als die van het hoofdgeding. Ten tweede is het volgens de verwijzende rechter van belang dat hij deze vraag nu zelf kan voorleggen aan het Hof van Justitie, aangezien de Consiglio di Stato zonder motivering heeft verzuimd zich tot het Hof te wenden om te vernemen of de lessen die dienen te worden getrokken uit de in het vorige punt van deze conclusie aangehaalde arresten kunnen worden toegepast op een zaak als die van het hoofdgeding.

IV. Verzoek om een prejudiciële beslissing en procedure bij het Hof

34. In die omstandigheden heeft het Corte suprema di cassazione bij beslissing van 7 juli 2020, ingekomen bij het Hof op 30 september 2020, de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

„1) Staan artikel 4, lid 3, en artikel 19, lid 1, VEU en artikel 2, leden 1 en 2, en artikel 267 VWEU, mede gelezen in het licht van artikel 47 van het Handvest, in de weg aan een uitleggingspraktijk zoals die betreffende artikel 111, achtste alinea, van de Italiaanse grondwet, artikel 360, eerste alinea, punt 1, en artikel 362, eerste alinea, van het wetboek van burgerlijke rechtsvordering en artikel 110 van het wetboek bestuursprocesrecht – volgens welke tegen arresten van de Consiglio di Stato cassatieberoep kan worden ingesteld op ‚gronden in verband met de rechterlijke bevoegdheid' –die voortvloeit uit arrest nr. 6/2018 van de Corte costituzionale en uit de daaropvolgende nationale rechtspraak waarbij in afwijking van de vroegere rechtspraak is geoordeeld dat het rechtsmiddel van het cassatieberoep op grond van het ‚ontbreken van rechterlijke bevoegdheid' niet kan worden aangewend om op te komen tegen arresten van de Consiglio di Stato die met arresten van het Hof van Justitie strijdige uitleggingspraktijken toepassen die op nationaal niveau zijn ontwikkeld op onder het recht van de Europese Unie vallende gebieden (in casu ter zake van de plaatsing van overheidsopdrachten) waarin de lidstaten ervan hebben afgezien hun soevereine rechten uit te oefenen op een wijze die met het Unierecht onverenigbaar is, waardoor in strijd met het vereiste dat het Unierecht door alle rechterlijke instanties volledig en onmiddellijk op bindende wijze conform de juiste uitlegging daarvan door het Hof van Justitie wordt toegepast met inachtneming van de grenzen van de ‚procedurele autonomie' van de lidstaten bij de vaststelling van procedurele bepalingen, schendingen van het gemeenschapsrecht die met behulp van het genoemde rechtsmiddel nog ongedaan zouden kunnen worden gemaakt, worden geconsolideerd en afbreuk wordt gedaan aan de uniforme toepassing van het Unierecht en de effectieve rechterlijke bescherming van door het Unierecht verleende subjectieve rechten?

2) Staan artikel 4, lid 3, en artikel 19, lid 1, VEU en artikel 267 VWEU, mede gelezen in het licht van artikel 47 van het Handvest, in de weg aan de uitlegging en toepassing van artikel 111, achtste alinea, van de Italiaanse grondwet, artikel 360, eerste alinea, punt 1, en artikel 362, eerste alinea, van het wetboek van burgerlijke rechtsvordering en artikel 110 van het wetboek bestuursprocesrecht in de nationale rechtspraak volgens welke cassatieberoep bij de verenigde kamers [van de Corte di cassazione] dat berust op ‚gronden in verband met de rechterlijke bevoegdheid', meer bepaald op het ‚ontbreken van rechterlijke bevoegdheid', niet kan worden ingesteld als middel in hogere voorziening tegen arresten van de Consiglio di Stato in geschillen over kwesties betreffende de toepassing van het Unierecht waarbij deze rechter zonder enige motivering verzuimt het Hof van Justitie te verzoeken om een prejudiciële beslissing, zonder dat is voldaan aan de strikt uit te leggen, door het Hof van Justitie (in het arrest van 6 oktober 1982, Cilfit e.a., 283/81 [EU:C:1982:335]) limitatief opgesomde voorwaarden waaronder de nationale rechter is vrijgesteld van deze verplichting, dit in strijd met het beginsel dat nationale procedurele bepalingen of praktijken, ongeacht of zij bij wet of in de grondwet zijn vastgesteld, waarbij de nationale rechter (die al dan niet in laatste aanleg uitspraak doet) – eventueel tijdelijk – de vrijheid wordt ontnomen om een prejudicieel verzoek in te dienen, waardoor inbreuk wordt gemaakt op de uitsluitende bevoegdheid van het Hof van Justitie ter zake van de juiste en bindende uitlegging van het Unierecht, de eventuele schending van het Unierecht door de uitlegging van het door de nationale rechter toegepaste recht niet meer kan worden verholpen (en de consolidatie daarvan wordt bevorderd), en afbreuk wordt gedaan aan de uniforme toepassing en de daadwerkelijke rechtsbescherming van uit het Unierecht voortvloeiende subjectieve rechten, onverenigbaar zijn met het Unierecht?

3) Kunnen de beginselen die het Hof van Justitie in de arresten van 5 september 2019, Lombardi, C-333/18[, EU:C:2019:675], 5 april 2016, PFE, C-689/13[, EU:C:2016:199], en 4 juli 2013, Fastweb, C-100/12[, EU:C:2013:448], heeft geformuleerd in verband met artikel 1, leden 1 en 3, en artikel 2, lid 1, van [richtlijn 89/665/EEG], zoals gewijzigd bij [richtlijn 2007/66/EG], worden toegepast in de situatie die in het hoofdgeding aan de orde is, waarin de Consiglio di Stato, waarbij een concurrerende onderneming beroep heeft ingesteld tegen haar uitsluiting van een aanbestedingsprocedure en de gunning van de opdracht aan een andere onderneming, enkel het middel van dat principale beroep ten gronde heeft onderzocht waarbij de uitgesloten onderneming opkwam tegen het aan haar technische inschrijving toegekende puntenaantal (dat lager was dan de ‚uitsluitingsdrempel van een minimumaantal punten'), bij voorrang de incidentele beroepen van de aanbestedende dienst en de gekozen onderneming heeft behandeld en deze heeft toegewezen, en de andere middelen van het principale beroep, waarbij de uitkomst van de aanbesteding om andere redenen (de vage criteria voor de beoordeling van de inschrijvingen in het bestek van de aanbesteding, de ontoereikende motivering van de uitgebrachte stemmen, de onwettige benoeming en samenstelling van de aanbestedingscommissie) werd betwist, niet-ontvankelijk heeft verklaard (en verzuimd heeft om deze ten gronde te onderzoeken) op grond van een praktijk in de nationale rechtspraak volgens welke een van een aanbestedingsprocedure uitgesloten onderneming geen grieven kan aanvoeren om de gunning van de opdracht aan een concurrerende onderneming te betwisten – ook niet door nietigverklaring van de aanbestedingsprocedure te vorderen –, omdat moet worden beoordeeld of het feit dat de onderneming hierdoor het recht wordt ontzegd om de gronden voor de betwisting van de uitkomst van de aanbesteding door een rechter te laten onderzoeken, verenigbaar is met het Unierecht in een situatie waarin haar uitsluiting nog niet definitief vaststaat en waarin iedere gegadigde zich kan beroepen op een soortgelijk legitiem belang bij de uitsluiting van de

inschrijving van de andere gegadigden, hetgeen kan leiden tot de vaststelling dat het voor de aanbestedende dienst onmogelijk is om een regelmatige inschrijving te kiezen en tot de inleiding van een nieuwe aanbestedingsprocedure waaraan elke inschrijver kan deelnemen?"

35. De Corte suprema di cassazione heeft in zijn verwijzingsbeslissing verzocht de onderhavige prejudiciële verwijzing te behandelen volgens de versnelde procedure van artikel 105 van het Reglement voor de procesvoering van het Hof.

36. Ter ondersteuning van zijn verzoek heeft de verwijzende rechter in wezen aangevoerd dat er gegronde redenen bestaan om onzekerheden over fundamentele constitutionele kwesties snel op te helderen. Het grote aantal bij de Corte di cassazione aanhangige gedingen dat betrekking heeft op hogere voorzieningen tegen arresten van de Consiglio di Stato in zaken betreffende het Unierecht, toont aan dat er ernstige onzekerheid bestaat over de omvang van de rechtsbescherming van de door het Unierecht erkende rechten. Deze onzekerheid moet met name in een essentiële sector als die van de aanbestedingen snel worden weggenomen, mede om te voorkomen dat nationale rechtspraak van rechters in laatste aanleg, die navolging dreigt te krijgen in tal van andere uitspraken, vaste rechtspraak wordt.

37. Op 21 oktober 2020 heeft de president van het Hof, na de rechter-rapporteur en de advocaat-generaal te hebben gehoord, besloten om het verzoek van de verwijzende rechter om de zaak volgens de versnelde procedure te behandelen af te wijzen. Op diezelfde dag heeft de president van het Hof overeenkomstig artikel 53, lid 3, van het Reglement voor de procesvoering ook besloten dat de onderhavige zaak bij voorrang dient te worden berecht.

38. Randstad, Umana, de USL, de Italiaanse regering en de Commissie hebben schriftelijke opmerkingen ingediend. Bovendien hebben Randstad, Umana, de Italiaanse regering en de Commissie ter terechtzitting van 6 juli 2021 pleidooi gehouden.

V. Inleidende opmerkingen over de context

39. Zoals in de inleiding van deze conclusie is vermeld, heeft de onderhavige zaak om te beginnen betrekking op de omvang van de in artikel 1 van richtlijn 89/665 vastgelegde verplichting voor de lidstaten om in doeltreffende beroepsprocedures tegen de gunning van overheidsopdrachten te voorzien in het bijzondere geval dat een incidenteel beroep wordt ingesteld door de gekozen inschrijver. De prejudiciële vragen maken tevens deel uit van een breder debat tussen de drie hoogste Italiaanse rechterlijke instanties. In deze context lijkt het nuttig om niet alleen de rechtspraak van het Hof ter zake, maar ook de procedurele context in Italië in herinnering te brengen, alvorens nader in te gaan op de door de Corte suprema di cassazione gestelde vragen.

A. Samenvatting van de rechtspraak van het Hof inzake richtlijn 89/665 in het geval dat incidenteel beroep wordt ingesteld door de gekozen inschrijver

40. De vraag hoe in het kader van richtlijn 89/665 moet worden omgegaan met een situatie waarin een beroep tot uitsluiting van een inschrijver en incidenteel beroep worden ingesteld, is niet nieuw. Mijns inziens kan met recht worden gesteld dat het Hof in een reeks prejudiciële beslissingen de kwestie van de procesbevoegdheid bij aanbestedingsprocedures reeds duidelijk heeft opgehelderd.

41. In de eerste plaats blijkt uit artikel 1, lid 1, derde alinea, en artikel 1, lid 3, van richtlijn 89/665 dat beroepen tegen besluiten van een aanbestedende dienst slechts als doeltreffend kunnen worden aangemerkt indien zij op zijn minst toegankelijk zijn voor eenieder die belang heeft of heeft gehad bij de gunning van een bepaalde opdracht en die door een beweerde inbreuk is of dreigt te worden geschaad. [6]

42. Wanneer dus, na een aanbestedingsprocedure, twee inschrijvers wederzijdse beroepen tot uitsluiting instellen, heeft elk van beide inschrijvers belang bij de gunning van een bepaalde opdracht in de zin van de in het vorige punt genoemde bepalingen. Ten eerste kan de uitsluiting van de ene inschrijver ertoe leiden dat de opdracht direct aan de andere inschrijver wordt gegund in het kader van dezelfde procedure. Ten tweede kan, ingeval alle inschrijvers worden uitgesloten en er een nieuwe aanbestedingsprocedure wordt ingeleid, elk van de inschrijvers opnieuw deelnemen en aldus indirect de opdracht toebedeeld krijgen. [7]

43. Hieruit volgt dat het incidentele beroep van de gekozen inschrijver er niet toe mag leiden dat het beroep van de afgewezen inschrijver wordt verworpen ingeval de regelmatigheid van de inschrijving van beide ondernemers ter discussie wordt gesteld in het kader van dezelfde procedure. In een dergelijke situatie kan immers elk van de gegadigden een gelijkwaardig legitiem belang bij de uitsluiting van de inschrijving van de andere aanvoeren, wat kan leiden tot de vaststelling dat de aanbestedende dienst geen regelmatige inschrijving kan selecteren. [8]

44. In de tweede plaats heeft het Hof ook benadrukt dat het aantal deelnemers aan de betrokken aanbestedingsprocedure, het aantal deelnemers dat een beroep heeft ingesteld, en het feit dat deze laatsten uiteenlopende gronden hebben aangevoerd, niet relevant zijn voor de toepassing van het beginsel dat de in het kader van wederzijdse beroepen tot „uitsluiting" nagestreefde belangen in beginsel als gelijkwaardig worden beschouwd. [9]

45. Dit betekent dat dit beginsel ook toepassing vindt wanneer andere inschrijvers offertes hebben ingediend in het kader van de gunningsprocedure, en de wederzijdse beroepen tot „uitsluiting" geen betrekking hebben op offertes die lager gerangschikt staan dan de offertes die het voorwerp vormen van die beroepen tot „uitsluiting". [10] Indien het beroep van de afgewezen inschrijver gegrond wordt verklaard, kan de aanbestedende dienst immers besluiten om de aanbestedingsprocedure nietig te verklaren en een nieuwe aanbestedingsprocedure te beginnen omdat de overige regelmatige offertes niet voldoende aan de verwachtingen van de aanbestedende dienst beantwoorden. [11]

6 Zie in die zin arresten van 4 juli 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448, punt 25); 5 april 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199, punt 23), en 5 september 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675, punt 22).

7 Zie in die zin arresten van 5 april 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199, punt 27), en 5 september 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675, punt 23).

8 Zie in die zin arresten van 4 juli 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448, punt 33); 5 april 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199, punt 24), en 5 september 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675, punt 24).

9 Zie in die zin arresten van 5 april 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199, punt 29), en 5 september 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675, punt 30).

10 Zie in die zin arrest van 5 september 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675, punt 26).

11 Zie in die zin arrest van 5 september 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675, punt 28).

46. In de derde plaats heeft het Hof verklaard dat voor de ontvankelijkheid van het principale beroep dus niet als voorwaarde kan worden gesteld dat eerst wordt vastgesteld dat alle offertes die lager zijn gerangschikt dan die van de inschrijver die het beroep heeft ingesteld, eveneens onregelmatig zijn, aangezien daardoor afbreuk zou worden gedaan aan de nuttige werking van richtlijn 89/665. [12]

47. Het belang hiervan is dat elk van de partijen bij het geding een legitiem belang heeft bij de uitsluiting van de offertes van de andere gegadigden. De onderliggende redenering is dat een bepaalde onregelmatigheid die de uitsluiting rechtvaardigt van zowel de offerte van de gekozen inschrijver als de offerte van de inschrijver die het gunningsbesluit van de aanbestedende dienst aanvecht, eveneens de andere offertes die in het kader van de aanbestedingsprocedure zijn ingediend, ongeldig kan maken, wat ertoe zou kunnen leiden dat de aanbestedende dienst een nieuwe aanbestedingsprocedure moet starten. [13]

48. Uit deze rechtspraak van het Hof volgt dat de ontvankelijkheid van het principale beroep niet afhankelijk kan worden gesteld van de voorwaarde dat de inschrijver het bewijs levert dat de aanbestedende dienst de aanbestedingsprocedure zal moeten herhalen. Dat dit mogelijkerwijs het geval zal zijn, dient te worden geacht te volstaan. [14]

49. Met andere woorden, een inschrijver die van een aanbestedingsprocedure wordt uitgesloten, moet het recht hebben beroep in te stellen tegen het betreffende besluit en ook toegang hebben tot een beroepsprocedure tegen andere besluiten van de aanbestedende dienst, mits die beroepen, althans *in theorie*, hetzij tot gunning van de opdracht aan de verzoeker hetzij tot een nieuwe aanbestedingsprocedure kunnen leiden. [15]

50. Vooruitlopend op sommige punten die ik in het kader van de derde vraag zal behandelen, ben ik van mening dat, aangezien de Consiglio di Stato in de onderhavige zaak anders heeft geoordeeld, er – objectief gezien [16] – sprake was van een onjuiste toepassing van de bestaande rechtspraak van het Hof inzake procesbevoegdheid in aanbestedingszaken. Deze regels betreffende procesbevoegdheid, die noodzakelijkerwijs ruim en soepel zijn, beantwoorden aan de belangrijke publieke beleidsdoelstelling om ondernemingen die stellen dat zij ten onrechte of op oneerlijke wijze van de aanbestedingsprocedure zijn uitgesloten, de mogelijkheid te bieden tegen dat besluit op te komen. De aanbestedingsregels beogen ervoor te zorgen dat overheidsmiddelen eerlijk worden besteed en dat overheidsopdrachten worden gegund op basis van objectief gerechtvaardigde criteria. De onjuiste toepassing van deze regels inzake procesbevoegdheid is dus niet gewoon een technische nalatigheid of fout van de nationale rechter, maar kan veeleer een – soms aanzienlijke – invloed hebben op de doeltreffendheid en zelfs de eerlijkheid van de gehele aanbestedingsprocedure.

51. Het arrest Lombardi (dat is gewezen naar aanleiding van een prejudiciële verwijzing van de Consiglio di Stato) is weliswaar gewezen in september 2019, ongeveer een maand na het arrest van de Consiglio di Stato dat in de onderhavige zaak aan de orde is, maar niettemin moet worden opgemerkt dat de bestaande rechtspraak van het Hof van Justitie in zaken als Fastweb en PFE

[12] Zie in die zin arrest van 5 september 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675, punt 29).

[13] Zie in die zin arresten van 5 april 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199, punt 28), en 5 september 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675, punt 27).

[14] Zie in die zin arrest van 5 september 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675, punt 29).

[15] Zie in die zin Ginter, C., Väljaots, T., „Excluded Tenderer's Access to a Review in a Public Procurement Procedure", *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 2018/4, blz. 301-306, en in het bijzonder blz. 303.

[16] Zie in dit verband het in punt 78 van deze conclusie gemaakte voorbehoud.

reeds zeer duidelijke aanwijzingen bevatte over deze algemene kwestie van de procesbevoegdheid in aanbestedingszaken. Ook al bestond er binnen de verschillende kamers van de Consiglio di Stato echte twijfel over de juiste toepassing van deze eerdere rechtspraak, zoals is uiteengezet in het arrest Lombardi [17], de Consiglio di Stato was hoe dan ook krachtens artikel 267, derde alinea, VWEU als rechter in laatste aanleg ertoe gehouden zich tot het Hof te wenden.

B. Aanbestedings- en beroepsprocedures in Italië

52. Kort beschouwd is in Italië de bestuursrechter bevoegd voor beroepsprocedures op het gebied van overheidsopdrachten. Er wordt uitspraak gedaan op twee niveaus: de regionale bestuursrechters behandelen geschillen in eerste aanleg en daartegen kan beroep worden ingesteld bij de Consiglio di Stato.

53. Naast deze „klassieke" organisatie bepaalt artikel 111, achtste alinea, van de Italiaanse grondwet dat cassatieberoep tegen de arresten van de Consiglio di Stato is toegestaan, maar uitsluitend op gronden in verband met de rechterlijke bevoegdheid.

54. Bij arrest nr. 6/2018 heeft de Corte costituzionale recentelijk de grenzen van dit specifieke cassatieberoep bij de Corte suprema di cassazione afgebakend. Zoals hierboven uiteengezet, verwijst de uitdrukking „overschrijding van de grenzen van de rechterlijke bevoegdheid" volgens dit arrest uitsluitend naar twee soorten scenario's: deze die worden gekenmerkt door het volledig ontbreken van rechterlijke bevoegdheid, te weten wanneer de Consiglio di Stato zich bevoegd verklaart over een domein dat aan de wetgever of de overheid is voorbehouden (een zogenoemde aantasting of overschrijding van de bevoegdheid), of wanneer deze zich daarentegen onbevoegd verklaart op basis van de foute veronderstelling dat het onderwerp absoluut niet voor rechterlijke toetsing vatbaar is (een zogenoemde onthouding om uitspraak te doen), alsook gevallen waarin sprake is van relatieve bevoegdheidsgebreken, wanneer een bestuursrechter zich bevoegd verklaart over een onderwerp dat aan een andere rechter is toegewezen, of wanneer deze zich daarentegen onbevoegd verklaart op basis van de foute veronderstelling dat andere rechters bevoegd zijn. [18]

55. In datzelfde arrest heeft de Corte costituzionale twee verdere toelichtingen verstrekt. Ten eerste kan de tussenkomst van de Corte suprema di cassazione met het oog op de toetsing van de rechterlijke bevoegdheid „zelfs niet door een schending van het [Unierecht] worden gerechtvaardigd". [19] Ten tweede is het ook „niet toegelaten om [langs deze weg] rechterlijke uitspraken te betwisten waarmee een bestuursrechter [...] een procedurele of materiële regel aldus heeft uitgelegd dat de grond van de zaak niet mag worden beslecht". [20]

[17] Zie in die zin arrest van 5 september 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675, punten 13-19).

[18] Zie in die zin arrest nr. 6/2018, punt 15 (Engelse versie). Zie het betreffende internetadres in voetnoot 5 van deze conclusie.

[19] Arrest nr. 6/2018, punt 14.1 (Engelse versie). Zie het betreffende internetadres in voetnoot 5 van deze conclusie.

[20] Arrest nr. 6/2018, punt 17 (Engelse versie). Zie het betreffende internetadres in voetnoot 5 van deze conclusie.

VI. Analyse

A. Eerste prejudiciële vraag

56. Met zijn eerste vraag wenst de Corte suprema di cassazione in wezen te vernemen of artikel 4, lid 3, en artikel 19, lid 1, VEU en artikel 2, leden 1 en 2, en artikel 267 VWEU, gelezen in samenhang met artikel 47 van het Handvest, zich verzetten tegen een regel als die van artikel 111, achtste alinea, van de Italiaanse grondwet, zoals uitgelegd in arrest nr. 6/2018, volgens welke een cassatieberoep op gronden in verband met de rechterlijke bevoegdheid niet kan worden ingesteld om op te komen tegen uitspraken waarbij de rechter in tweede aanleg op gebieden die onder het Unierecht vallen een uitleggingspraktijk heeft toegepast die op nationaal niveau is ontwikkeld, maar die in strijd is met de arresten van het Hof van Justitie.

1. Bepalingen die relevant zijn voor de beantwoording van de eerste vraag

57. Volgens vaste rechtspraak van het Hof staat het in het kader van de bij artikel 267 VWEU ingestelde procedure van samenwerking tussen de nationale rechterlijke instanties en het Hof aan het Hof om de nationale rechter een nuttig antwoord te geven aan de hand waarvan hij het bij hem aanhangige geding kan beslechten. Daartoe kan het nodig zijn dat het Hof de gestelde vragen herformuleert. Het Hof heeft namelijk tot taak alle bepalingen van Unierecht uit te leggen die noodzakelijk zijn voor de beslechting van de bij nationale rechterlijke instanties aanhangige gedingen, ook wanneer die bepalingen niet uitdrukkelijk worden genoemd in de door die rechterlijke instanties gestelde vragen. [21]

58. Hoewel de verwijzende rechter met zijn eerste vraag formeel alleen uitlegging heeft gevraagd van artikel 4, lid 3, en artikel 19, lid 1, VEU en artikel 2, leden 1 en 2, en artikel 267 VWEU, gelezen in samenhang met artikel 47 van het Handvest, belet dit het Hof dus niet om hem alle uitleggingsgegevens met betrekking tot het Unierecht te verschaffen die van nut kunnen zijn voor de beslechting van de bij hem aanhangige zaak, ongeacht of de verwijzende rechter er in zijn vraag melding van heeft gemaakt. Het staat in dit opzicht aan het Hof om uit alle door de nationale rechter verschafte gegevens, met name uit de motivering van de verwijzingsbeslissing, de elementen van het Unierecht te putten die, gelet op het voorwerp van het geschil in het hoofdgeding, uitlegging behoeven. [22]

59. In dit verband blijkt dat de uitlegging van artikel 2, leden 1 en 2, en artikel 267 VWEU, gelet op de informatie in het verzoek om een prejudiciële beslissing, niet noodzakelijk is om een nuttig antwoord te geven op de eerste prejudiciële vraag, aangezien deze artikelen respectievelijk betrekking hebben op de regels inzake de exclusieve en gedeelde bevoegdheid van de Unie en op het mechanisme van prejudiciële verwijzing. Daarentegen beoogt richtlijn 2007/66, zoals uit overweging 36 ervan blijkt, en dus ook richtlijn 89/665, die erdoor is gewijzigd en aangevuld, te waarborgen dat het recht op een doeltreffende voorziening in rechte en op toegang tot een onpartijdig gerecht ten volle in acht wordt genomen overeenkomstig artikel 47 van het Handvest. [23]

[21] Zie in die zin arrest van 2 april 2020, Ruska Federacija (C-897/19 PPU, EU:C:2020:262, punt 43).

[22] Zie in die zin arresten van 19 november 2020, 5th AVENUE Products Trading (C-775/19, EU:C:2020:948, punt 34), en 22 april 2021, PROFI CREDIT Slovakia (C-485/19, EU:C:2021:313, punt 50).

[23] Zie in die zin arrest van 15 september 2016, Star Storage e.a. (C-439/14 en C-488/14, EU:C:2016:688, punt 45).

60. Zo ook sluit artikel 47 van het Handvest, voor zover het geldt voor de lidstaten, aan bij artikel 19, lid 1, tweede alinea, VEU en geeft het een specifieke invulling aan het beginsel van loyale samenwerking zoals neergelegd in artikel 4, lid 3, VEU.[24] Volgens vaste rechtspraak is het dan ook duidelijk dat, ten eerste, „de rechterlijke instanties van de lidstaten [...] uit hoofde van het in artikel 4, lid 3, VEU vervatte beginsel van loyale samenwerking de rechterlijke bescherming dienen te verzekeren van de rechten die de justitiabelen aan het Unierecht ontlenen [en ten tweede dat] de lidstaten volgens artikel 19, lid 1, VEU [moeten] voorzien in de nodige rechtsmiddelen om effectieve rechterlijke bescherming *in de zin van met name artikel 47 van het Handvest* te verzekeren op de onder het Unierecht vallende gebieden".[25] Bovendien heeft het Hof reeds opgemerkt dat de in artikel 19, lid 1, VEU aan de lidstaten opgelegde verplichting „*beantwoordt* aan het recht dat is neergelegd in artikel 47 van het Handvest".[26]

61. Aangezien niet wordt betwist dat er in Italië een beroepsprocedure bij onafhankelijke rechterlijke instanties bestaat en de discussie geen betrekking heeft op de invoering van een rechtsmiddel, maar op de wijze waarop de bevoegde rechterlijke instanties dit rechtsmiddel toepassen, lijken artikel 4, lid 3, en artikel 19, lid 1, VEU in deze context evenmin van nut.

62. Bijgevolg ben ik van mening dat de eerste vraag van de verwijzende rechter, zoals de Commissie suggereert[27], aldus moet worden opgevat dat hij hiermee wenst te vernemen of artikel 1, leden 1 en 3, van richtlijn 89/665, gelezen in het licht van artikel 47 van het Handvest, aldus moet worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een regel als die van artikel 111, achtste alinea, van de Italiaanse grondwet, zoals uitgelegd in arrest nr. 6/2018, volgens welke een cassatieberoep op gronden in verband met de rechterlijke bevoegdheid niet kan worden ingesteld om op te komen tegen uitspraken waarbij de rechter in tweede aanleg op onder het recht van de Europese Unie vallende gebieden een uitleggingspraktijk heeft toegepast die op nationaal niveau is ontwikkeld, maar die in strijd is met de arresten van het Hof van Justitie.

2. Kader van de analyse: procedurele autonomie in het kader van de toepassing van artikel 47 van het Handvest

63. De verplichting voor de lidstaten om in een beroepsprocedure inzake overheidsopdrachten te voorzien, is neergelegd in artikel 1, lid 1, van richtlijn 89/665. Volgens de derde alinea ervan moeten de lidstaten met betrekking tot opdrachten die binnen de werkingssfeer van richtlijn 2014/24 of richtlijn 2014/23 vallen, de nodige maatregelen nemen om ervoor te zorgen dat tegen door de aanbestedende diensten genomen besluiten die inbreuk maken op het Unierecht inzake overheidsopdrachten of de nationale voorschriften waarin dat Unierecht is omgezet, op doeltreffende wijze en vooral zo snel mogelijk beroep kan worden ingesteld.

64. Dienaangaande bepaalt artikel 1, lid 3, van richtlijn 89/665 alleen dat de lidstaten er zorg voor moeten dragen dat de beroepsprocedures, volgens modaliteiten die de lidstaten zelf kunnen bepalen, op zijn minst toegankelijk zijn voor eenieder die belang heeft of heeft gehad bij de gunning van een bepaalde opdracht en die door een beweerde inbreuk is of dreigt te worden geschaad.

[24] Zie de conclusie van advocaat-generaal Sharpton in gevoegde zaken Star Storage e.a. (C-439/14 en C-488/14, EU:C:2016:307, voetnoot 32).

[25] Arrest van 14 juni 2017, Online Games e.a. (C-685/15, EU:C:2017:452, punt 54, cursivering van mij). Zie ook arrest van 2 maart 2021, A.B. e.a. (Benoeming van de rechters bij de Sąd Najwyższy – Beroep) (C-824/18, EU:C:2021:153, punt 143).

[26] Arrest van 27 september 2017, Puškár (C-73/16, EU:C:2017:725, punt 58). Cursivering van mij. Zie in die zin ook arrest van 16 mei 2017, Berlioz Investment Fund (C-682/15, EU:C:2017:373, punt 44).

[27] Punten 35 en 39 van de schriftelijke opmerkingen van de Commissie.

65. Met andere woorden, richtlijn 89/665 bevat geen specifieke bepalingen betreffende de voorwaarden die gelden voor het instellen van die beroepen. Die richtlijn stelt alleen de minimumvoorwaarden vast waaraan de beroepsprocedures in de nationale rechtsorden moeten voldoen om de eerbiediging van de Unierechtelijke regels inzake overheidsopdrachten te verzekeren.[28] Hoe dan ook moet worden erkend dat richtlijn 89/665 geen specifieke bepalingen bevat over beroepsprocedures waarin moet of kan worden voorzien.

66. Volgens vaste rechtspraak van het Hof is het bij gebreke van een Unieregeling ter zake een aangelegenheid van elke lidstaat om de modaliteiten te regelen van de administratieve en de gerechtelijke procedures ter bescherming van de rechten die de justitiabelen aan het Unierecht ontlenen.[29] Deze procedurele autonomie van de lidstaten wordt uitdrukkelijk vermeld in overweging 34 van richtlijn 2007/66 en komt ook tot uiting in artikel 1, lid 3, van richtlijn 89/665.

67. Zoals het Hof al eerder heeft aangegeven, moeten de lidstaten, wanneer zij de modaliteiten vaststellen van de beroepsprocedures die ertoe strekken de rechten te beschermen die richtlijn 89/665 aan de door besluiten van aanbestedende diensten benadeelde gegadigden en inschrijvers verleent, waarborgen dat het in artikel 47 van het Handvest vastgelegde recht op een doeltreffende voorziening in rechte en op toegang tot een onpartijdig gerecht wordt geëerbiedigd.[30]

68. Met andere woorden, de lidstaten behouden bij de uitvoering van richtlijn 89/665 overeenkomstig hun procedurele autonomie de mogelijkheid om regels vast te stellen die per lidstaat kunnen verschillen. Zij moeten er echter wel voor waken dat deze regels de uit die richtlijn voortvloeiende vereisten niet doorkruisen, met name wat betreft de rechterlijke bescherming die wordt gewaarborgd door artikel 47 van het Handvest dat hieraan ten grondslag ligt.[31] Dit betekent dat de kenmerken van een rechtsmiddel als dat van artikel 1, lid 1, van richtlijn 89/665 moeten worden bepaald in overeenstemming met artikel 47 van het Handvest en niet in het licht van de beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid, aangezien deze vereisten slechts „de uitdrukking vormen van de op de lidstaten rustende algemene verplichting om de rechterlijke bescherming van de rechten die de justitiabelen aan het [Unierecht] ontlenen te waarborgen”[32], die thans zijn neergelegd in artikel 19, lid 1, VEU en artikel 47 van het Handvest.[33]

69. Een beperking van het recht op een doeltreffende voorziening in rechte in de zin van artikel 47 van het Handvest kan volgens artikel 52, lid 1, van het Handvest alleen gerechtvaardigd zijn voor zover zij bij wet wordt gesteld, de wezenlijke inhoud van dat recht in acht neemt, noodzakelijk is en daadwerkelijk beantwoordt aan door de Europese Unie erkende doelstellingen van algemeen belang of aan de eisen van de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen, dit met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel.[34]

[28] Zie in die zin arrest van 29 juli 2019, Hochtief Solutions Magyarországi Fióktelepe (C-620/17, EU:C:2019:630, punt 52).

[29] Zie bijvoorbeeld met betrekking tot richtlijn 89/665 arrest van 12 maart 2015, eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166, punt 39).

[30] Zie in die zin arrest van 15 september 2016, Star Storage e.a. (C-439/14 en C-488/14, EU:C:2016:688, punt 46).

[31] Zie in die zin met betrekking tot kaderbesluit 2002/584/JBZ van de Raad van 13 juni 2002 betreffende het Europees aanhoudingsbevel en de procedures van overlevering tussen de lidstaten (PB 2002, L 190, blz. 1), zoals gewijzigd bij kaderbesluit 2009/299/JBZ van de Raad van 26 februari 2009 (PB 2009, L 81, blz. 24), arrest van 10 maart 2021, PI (C-648/20 PPU, EU:C:2021:187, punt 58).

[32] Arrest van 15 april 2008, Impact (C-268/06, EU:C:2008:223, punt 47). Zie ook arresten van 18 maart 2010, Alassini e.a. (C-317/08–C-320/08, EU:C:2010:146, punt 49), en 14 september 2016, Martínez Andrés en Castrejana López (C-184/15 en C-197/15, EU:C:2016:680, punt 59).

[33] Zie in die zin conclusie van advocaat-generaal Wathelet in de zaak Hochtief (C-300/17, EU:C:2018:405, punten 32-35).

[34] Zie in die zin arrest van 15 september 2016, Star Storage e.a. (C-439/14 en C-488/14, EU:C:2016:688, punt 49).

3. Toepassing van de beginselen op de onderhavige zaak

70. In casu betreft de in geding zijnde regel de beperking van het recht op cassatieberoep op gronden in verband met de rechterlijke bevoegdheid. Uit de vaste rechtspraak van het Hof volgt echter dat artikel 47 van het Handvest niet gebiedt dat in rechtspraak in twee instanties wordt voorzien. [35] Volgens dit artikel heeft het beginsel van effectieve rechterlijke bescherming namelijk geen betrekking op een recht op rechtspraak in twee instanties, maar is het voldoende dat sprake is van toegang tot één enkele rechter. [36]

71. In die omstandigheden kan de beperking van het recht van een afgewezen inschrijver op een beroep in cassatie, in derde aanleg dus, tot kwesties in verband met de rechterlijke bevoegdheid op zich zeker niet in strijd worden geacht met het Unierecht, ook al kan de betrokkene daardoor niet opkomen tegen een uitspraak waarbij de rechter in tweede aanleg een nationaalrechtelijke uitlegging heeft toegepast die, objectief gezien, in strijd is met het Unierecht.

72. Het Unierecht verzet zich er namelijk in beginsel niet tegen dat de lidstaten overeenkomstig het beginsel van procedurele autonomie de middelen die in de cassatieprocedure kunnen worden aangevoerd, beperken of aan voorwaarden onderwerpen, mits zij de in artikel 47 van het Handvest verankerde waarborgen eerbiedigen. [37] Indien de nationale procedureregels waarborgen dat het recht op een onderzoek ten gronde van de vordering van de inschrijver door de rechter in eerste aanleg en, in voorkomend geval, in tweede aanleg wordt geëerbiedigd [38], is het weinig waarschijnlijk dat de in geding zijnde procedureregel afdoet aan de doeltreffendheid van richtlijn 89/665 of de vereisten van artikel 47 van het Handvest.

73. Volledigheidshalve wil ik hieraan toevoegen dat indien een procedureregel zoals de in het hoofdgeding aan de orde zijnde beperking van het recht op cassatieberoep zou worden beschouwd als een beperking van het recht op een doeltreffende voorziening in rechte in de zin van artikel 47 van het Handvest, hoe dan ook moet worden erkend dat het ten eerste gaat om een beperking die enerzijds „bij wet" is gesteld en ten tweede om een beperking waarmee vexatoire beroepen kunnen worden ontmoedigd en – in het belang van een behoorlijke rechtsbedeling – aan alle justitiabelen kan worden gewaarborgd dat het door hen ingestelde beroep overeenkomstig artikel 47, eerste en tweede alinea, van het Handvest zo snel mogelijk wordt onderzocht. [39] Tot slot gaat de betrokken regel niet verder dan nodig is om de doelstelling te verwezenlijken.

[35] Zie in die zin arresten van 19 juni 2018, Gnandi (C-181/16, EU:C:2018:465, punt 57), en 26 september 2018, Belastingdienst/Toeslagen (Schorsende werking van het hoger beroep) (C-175/17, EU:C:2018:776, punt 34). Hieraan kan nog worden toegevoegd dat het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, ondertekend te Rome op 4 november 1950 (hierna: „EVRM"), tot op heden geen recht op rechtspraak in twee instanties doet ontstaan of vereist dat een dergelijk recht wordt verleend, althans niet in burgerlijke zaken.

[36] Zie in die zin arresten van 17 juli 2014, Sánchez Morcillo en Abril García (C-169/14, EU:C:2014:2099, punt 36); 11 maart 2015, Oberto en O'Leary (C-464/13 en C-465/13, EU:C:2015:163, punt 73); 19 juni 2018, Gnandi (C-181/16, EU:C:2018:465, punt 57); 26 september 2018, Belastingdienst/Toeslagen (Schorsende werking van het hoger beroep) (C-175/17, EU:C:2018:776, punt 34), en 29 juli 2019, Bayerische Motoren Werke en Freistaat Sachsen/Commissie (C-654/17 P, EU:C:2019:634, punt 51).

[37] Zie in die zin (in verband met de beginselen van doeltreffendheid en gelijkwaardigheid in plaats van met artikel 47 van het Handvest), arrest van 17 maart 2016, Bensada Benallal (C-161/15, EU:C:2016:175, punt 27).

[38] Zie in verband met dit vereiste arrest van 5 september 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675, punt 33).

[39] Zie in die zin (in verband met een zekerheid voor goed gedrag) arrest van 15 september 2016, Star Storage e.a. (C-439/14 en C-488/14, EU:C:2016:688, punt 54). In dat verband moet eraan worden herinnerd dat het Hof artikel 1, leden 1 en 3, van richtlijn 89/665 aldus uitlegt dat de lidstaten de nodige maatregelen moeten nemen om ervoor te zorgen dat tegen door de aanbestedende diensten in aanbestedingsprocedures genomen besluiten op doeltreffende wijze en vooral zo snel mogelijk beroep kan worden ingesteld wanneer door die besluiten het recht van de Unie inzake overheidsopdrachten of de nationale voorschriften waarin dat recht van de Unie is omgezet, geschonden zijn. [Zie in die zin arresten van 12 maart 2015, eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166, punt 50); 15 september 2016, Star Storage e.a. (C-439/14 en C-488/14, EU:C:2016:688, punt 39), en 29 juli 2019, Hochtief Solutions Magyarországi Fióktelepe (C-620/17, EU:C:2019:630, punt 50).]

74. Artikel 47 van het Handvest vereist uiteraard de invoering van een voorziening in rechte die juridisch en praktisch doeltreffend is.[40] Indien echter blijkt dat de toegang tot een „gerecht" in de zin van artikel 47 van het Handvest zonder problemen is gewaarborgd en dat dit „gerecht" krachtens het nationale recht bevoegd is om het geding ten gronde te onderzoeken, zoals blijkt uit de uitspraak van de TAR in de onderhavige zaak, kan noch richtlijn 89/665 noch artikel 47 van het Handvest aldus worden uitgelegd dat zij vereisen dat in een verdere beroepsmogelijkheid wordt voorzien om een onjuiste toepassing van deze regels door een beroepsrechter te herstellen.

75. Zoals meerdere partijen hebben benadrukt, moet namelijk worden nagegaan wat er zou gebeuren indien de rechter in derde aanleg op zijn beurt de uitlegging van de rechter in tweede aanleg zou bevestigen. Zou artikel 1, leden 1 en 3, van richtlijn 89/665, gelezen in het licht van artikel 47 van het Handvest, dan vereisen dat wordt voorzien in rechtspraak in vier instanties? De vraag stellen is hem beantwoorden. Mijns inziens moet de oplossing voor een onjuiste toepassing van het Unierecht door een rechter in laatste aanleg worden gezocht in andere procedurevormen, zoals een beroep wegens niet-nakoming krachtens artikel 258 VWEU[41] of, bijvoorbeeld, een beroep als dat in de zaak Francovich[42] dat de mogelijkheid biedt de staat aansprakelijk te stellen en zo rechtsbescherming te krijgen voor de door het Unierecht erkende rechten van particulieren.[43]

4. Aanvullende opmerkingen over het arrest Francovich en de noodzaak om deze rechtspraak verder te ontwikkelen

76. In dit verband moet worden erkend dat ter terechtzitting uitvoerig is gedebatteerd over de vraag welke rechtsmiddelen Randstad in de huidige omstandigheden ter beschikking zou kunnen hebben, want het arrest van de Consiglio di Stato op zich, waarbij het beroep op gronden in verband met de rechterlijke bevoegdheid is afgewezen, kon eerlijk gezegd op weinig bijval rekenen.

77. Ter terechtzitting is gesuggereerd dat Randstad zich zou kunnen beroepen op artikel 2, lid 1, onder c), van richtlijn 89/665, dat voorziet in de toekenning van schadevergoeding wegens inbreuken op de aanbestedingsprocedure. Hoewel het strikt genomen niet nodig is hierover te oordelen, komt het mij voor dat deze bepaling enkel ziet op de bevoegdheid van de nationale rechter om schadevergoeding toe te kennen op grond van aansprakelijkheid bij schendingen van de aanbestedingsregels door *een aanbestedende dienst* en niet bij een onjuiste toepassing van het Unierecht inzake overheidsopdrachten door een rechter. Ook is opgemerkt dat de Italiaanse staat aansprakelijk zou kunnen worden gesteld in het kader van een vordering tot schadevergoeding als die in de zaak Francovich wegens verzuim van de rechterlijke macht van die staat om het Unierecht correct toe te passen.

78. In dit verband kan worden opgemerkt dat de precieze redenen waarom de Consiglio di Stato Randstad op dit punt in het ongelijk heeft gesteld, niet geheel duidelijk zijn. Indien Randstad later nog andere beroepen zou instellen, staat het aan de bevoegde nationale rechter om na te gaan en te beoordelen waarom de Consiglio di Stato *blijkbaar* de vaste rechtspraak van het Hof inzake rechterlijke bevoegdheid op het gebied van overheidsopdrachten niet heeft toegepast of, indien

[40] Zie in die zin (over de artikelen 6 en 13 EVRM), Varga, Z., „National Remedies in the Case of Violation of EU Law by Member State Courts", *CML Rev.*, 2017, deel 54, blz. 52-80, en in het bijzonder blz. 75.

[41] Zie in die zin arrest van 4 oktober 2018, Commissie/Frankrijk (Roerende voorheffing) (C-416/17, EU:C:2018:811).

[42] Arrest van 19 november 1991, Francovich e.a. (C-6/90 en C-9/90, EU:C:1991:428).

[43] Zie in die zin arresten van 4 maart 2020, Telecom Italia (C-34/19, EU:C:2020:148, punten 67-69), en 29 juli 2019, Hochtief Solutions Magyarországi Fióktelepe (C-620/17, EU:C:2019:630, punt 64).

hij twijfels had, waarom hij zich (als rechter in laatste aanleg) niet tot het Hof heeft gewend overeenkomstig artikel 267 VWEU. Misschien is er een verklaring waarom de Consiglio di Stato in deze zaak tot dat oordeel is gekomen.

79. Niettemin wil ik van deze gelegenheid gebruikmaken om op te merken dat het arrest Francovich thans met nieuwe ogen moet worden gelezen in het licht van de vereisten van artikel 47 van het Handvest en dat de betrokken rechtspraak, in voorkomend geval, vanuit dat oogpunt verder moet worden ontwikkeld. Uit het arrest van 5 maart 1996, Brasserie du pêcheur en Factortame (C-46/93 en C-48/93, EU:C:1996:79), blijkt duidelijk dat de lidstaten schadevergoeding verschuldigd zijn wegens een voldoende gekwalificeerde schending van het Unierecht, indien zij de grenzen van hun bevoegdheden kennelijk en ernstig hebben miskend. [44]

80. De moeilijkheid bij de praktische toepassing van dit criterium is echter gelegen in het feit dat kennelijke tekortkomingen van de lidstaten (met inbegrip van tekortkomingen in de rechtsgang) te vaak en misschien te gemakkelijk worden verschoond op grond dat dergelijke fouten te goeder trouw zijn begaan of anderszins verschoonbaar waren gezien de omstandigheden, of in elk geval niet „kennelijk en ernstig" zijn. Men mag echter uit angst om rechters te beledigen of uit respect voor eerbiedwaardige nationale gerechtelijke instanties niet aarzelen om dergelijke fouten als „kennelijk en ernstig" te kwalificeren in de betekenis die deze woorden in het arrest Brasserie du pêcheur en Factortame hebben gekregen, wanneer zulks gerechtvaardigd is. De bereidwilligheid of neiging om kennelijke en ernstige tekortkomingen van een lidstaat bij de toepassing van het Unierecht te verschonen door de ernst ervan te vergoelijken, zou immers op zich een duidelijke ontzegging van toegang tot een doeltreffende voorziening in rechte zijn in de zin van artikel 47 van het Handvest, vooral wanneer objectief gezien het niet toepassen van het Unierecht niet op realistische wijze kan worden gerechtvaardigd of anderszins verschoond. Hoewel de vraag betreffende de werkingssfeer van het arrest Francovich in de onderhavige zaak onvermijdelijk nooit ver uit het zicht is, kan hierover pas later worden geoordeeld omdat deze vraag in het onderhavige geding niet rechtstreeks aan de orde is gesteld.

81. Tegelijk biedt de bereidwilligheid om de tekortkomingen van lidstaten te verschonen weinig soelaas aan een justitiabele indien het in de praktijk heel moeilijk zou worden gemaakt om gebruik te maken van een beroepsmogelijkheid als die in de zaak Francovich. Samengevat kan worden gezegd dat indien de onjuiste toepassing van de vaste rechtspraak van het Hof door een rechter in laatste aanleg op zich niet leidt tot een vordering tot schadevergoeding op grond van de criteria van „kennelijke en ernstige miskenning", deze criteria – die tenslotte ouder zijn dan het Handvest – verder moeten worden verfijnd. Om ervoor te zorgen dat de belofte van artikel 47 van het Handvest geen loze belofte blijft, moet het verzuim van een rechter in laatste aanleg om de vaste rechtspraak van het Hof toe te passen mijns inziens in de lijn van het arrest Francovich leiden tot de aansprakelijkheid van de betrokken lidstaat. Het Hof heeft hoe dan ook geoordeeld dat een schending van het Unierecht door een nationale rechter voldoende gekwalificeerd is „wanneer daarbij de desbetreffende rechtspraak van het Hof kennelijk is miskend". [45]

[44] Arrest Brasserie du pêcheur en Factortame, punt 55.

[45] Zie in die zin arresten van 30 september 2003, Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513, punt 56), en 25 november 2010, Fuß (C-429/09, EU:C:2010:717, punt 52).

82. Dit alles doet denken aan het verhaal van Sherlock Holmes over de hond die niet blafte. [46] In dat verband spreekt het ontbreken van rechtspraak over dit onderwerp boekdelen. [47] Het geeft namelijk op zich al aan dat deze fouten en tekortkomingen in de praktijk al te gemakkelijk worden verschoond en dat voor velen van wie de door het Unierecht erkende rechten niet zijn geëerbiedigd, een rechtsmiddel zoals dat in de zaak Francovich veeleer een droom blijft dan dat het een reële beroepsmogelijkheid vormt. Dit is nog een reden waarom de criteria van „kennelijke en ernstige miskenning" in het arrest Brasserie du pêcheur en Factortame waarschijnlijk opnieuw bekeken moeten worden, zodat het Unierecht voldoende daadkrachtig wordt gehandhaafd door de rechterlijke macht van de lidstaten, ook al moet ook rekening worden gehouden met de specifieke factoren die het Hof in zijn arrest van 30 september 2003, Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513), heeft genoemd met betrekking tot de aansprakelijkheid voor rechtsdwalingen, te weten „de specifieke aard van de rechterlijke functie" en de gerechtvaardigde eisen van rechtszekerheid [48]. Toch is het arrest Francovich, bij wijze van spreken, een hond die moet kunnen blaffen, aangezien het net dat geblaf is dat ons moet waarschuwen dat de rechten die het Unierecht heeft willen waarborgen en beschermen, – soms haast ongemerkt – worden bedreigd door rechtsdwalingen op nationaal niveau.

83. Aanvullend kan hier ook worden opgemerkt dat het in de bijzondere context van een schending van het aanbestedingsrecht enigszins inconsequent zou zijn dat richtlijn 89/665 voorziet in een vorm van strikte aansprakelijkheid voor fouten van de aanbestedende dienst, terwijl de lat om de aansprakelijkheid van de nationale rechter bij fouten met betrekking tot de toetsing van een aanbestedingsprocedure in te roepen, afschrikwekkend hoog zou blijven liggen.

84. Ik ben echter van mening dat het recht in zekere mate is geëvolueerd sinds het arrest van 30 september 2003, Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513). Gelet op de latere inwerkingtreding van artikel 47 van het Handvest ben ik van mening dat, om de reeds uiteengezette redenen, ook moet worden onderzocht of de betrokken rechtsdwaling *objectief* verschoonbaar is. Indien dit niet wordt onderzocht, bestaat er een reëel gevaar dat de toepassing van de criteria van het arrest Brasserie du pêcheur en Factortame, het in de praktijk uiterst moeilijk maakt om voor een rechtsdwaling een schadevergoeding als die in de zaak Francovich te krijgen, omdat slechts in zeer bijzondere omstandigheden aan deze voorwaarden voor aansprakelijkheid zou worden voldaan.

5. Conclusie met betrekking tot de eerste vraag

85. Samenvattend ben ik derhalve van mening dat artikel 1, leden 1 en 3, van richtlijn 89/665, gelezen in het licht van artikel 47 van het Handvest, aldus moet worden uitgelegd dat het niet in de weg staat aan een regel als die van artikel 111, achtste alinea, van de Italiaanse grondwet, zoals uitgelegd in arrest nr. 6/2018, volgens welke een cassatieberoep op grond van het „ontbreken van rechterlijke bevoegdheid" niet kan worden ingesteld tegen uitspraken waarbij de rechter in tweede aanleg op onder het recht van de Europese Unie vallende gebieden een uitleggingspraktijk heeft toegepast die op nationaal niveau is ontwikkeld, maar die objectief gezien in strijd is met de arresten van het Hof van Justitie.

[46] „The Adventure of the Silver Blaze", in Conan Doyle, A., *The Memoirs of Sherlock Holmes* (Londen, 1892).

[47] Zie in het algemeen Beutler, B., „State Liability for Breaches of Community Law by National Courts: Is the Requirement of a Manifest Infringement of the Applicable Law an Insurmountable Obstacle?", *CML Rev*, 46, 2009, blz. 773-787.

[48] Zie in die zin arrest van 30 september 2003, Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513, punt 53).

86. De oplossing voor de onjuiste toepassing van het Unierecht door een rechter in laatste aanleg moet worden gezocht in andere procedurevormen, zoals een beroep wegens niet-nakoming krachtens artikel 258 VWEU of de mogelijkheid om de staat aansprakelijk te stellen en zo rechtsbescherming te krijgen voor de door het Unierecht erkende rechten.

B. Tweede prejudiciële vraag

87. Met zijn tweede vraag wenst de Corte suprema di cassazione in wezen te vernemen of artikel 4, lid 3, en artikel 19, lid 1, VEU en artikel 267 VWEU, gelezen in het licht van artikel 47 van het Handvest, eraan in de weg staan dat de regels inzake cassatieberoep „op gronden in verband met de rechterlijke bevoegdheid" aldus worden uitgelegd en toegepast dat een beroep bij de verenigde kamers van de Corte suprema di cassazione niet kan worden ingesteld als middel in hogere voorziening tegen arresten waarbij de Consiglio di Stato zonder enige motivering verzuimt het Hof van Justitie te verzoeken om een prejudiciële beslissing, zonder dat is voldaan aan de door het Hof van Justitie in zijn arrest van 6 oktober 1982, Cilfit e.a. (283/81 EU:C:1982:335), opgesomde voorwaarden die de nationale rechter vrijstellen van die verplichting.

88. De gedachte die aan deze vraag ten grondslag ligt, is dat de nationale rechter niet, zelfs niet tijdelijk, mag worden belet om zich tot het Hof te wenden, aangezien dit tot gevolg zou hebben dat de uitsluitende bevoegdheid van het Hof om het Unierecht correct en dwingend uit te leggen zou worden aangetast, waardoor afbreuk zou worden gedaan aan de eenvormige toepassing en effectieve rechterlijke bescherming van de rechten die de justitiabelen aan het Unierecht ontlenen.

89. Om te beginnen kan worden opgemerkt dat de Corte di cassazione in het inleidende gedeelte van het verzoek om een prejudiciële beslissing een bijkomende vraag heeft opgeworpen die verband houdt met de tweede vraag en geen deel uitmaakt van de uiteindelijk gestelde vraag. Uit punt 50 van het verzoek om een prejudiciële beslissing blijkt dat de Corte suprema di cassazione niet alleen de formeel gestelde vraag heeft voorgelegd, maar daarnaast ook twijfels heeft over de benadering volgens welke hij niet zelf rechtstreeks een verzoek om een prejudiciële beslissing kan indienen.

90. Aangezien deze kwestie geen deel uitmaakt van de uiteindelijk gestelde vraag, zal ik deze slechts kort behandelen. Bovendien bestaat er mijns inziens geen twijfel over het antwoord op deze vraag. Volgens vaste rechtspraak kent artikel 267 VWEU aan nationale rechterlijke instanties de meest uitgebreide bevoegdheid toe om zich tot het Hof te wenden, indien zij menen dat een bij hen aanhangig geding vragen opwerpt waarvoor een uitlegging of een beoordeling van de geldigheid van bepalingen van het Unierecht vereist is en waarover zij een beslissing moeten nemen. [49] Bijgevolg mogen de nationale procedureregels, indien de zaak geldig is voorgelegd aan de Corte suprema di cassazione, geen afbreuk doen aan de bevoegdheid waarover deze rechterlijke instantie krachtens artikel 267 VWEU beschikt en aan de verplichtingen die haar door deze bepaling worden opgelegd. [50]

[49] Zie in die zin met name arresten van 16 december 2008, Cartesio (C-210/06, EU:C:2008:723, punt 88); 15 januari 2013, Križan e.a. (C-416/10, EU:C:2013:8, punt 64), en 2 maart 2021, A.B. e.a. (Benoeming van de rechters bij de Sąd Najwyższy – Beroep) (C-824/18, EU:C:2021:153, punt 91 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

[50] Zie in die zin arrest van 18 juli 2013, Consiglio Nazionale dei Geologi (C-136/12, EU:C:2013:489, punt 32). Het feit dat zowel de Consiglio di Stato als de Corte di cassazione in eenzelfde geding op grond van artikel 267, derde alinea, VWEU, kan worden geacht verplicht te zijn om zich tot het Hof te wenden, vormt geen probleem. Integendeel, wanneer een rechterlijke instantie als de Consiglio di Stato zich niet tot het Hof heeft gewend, is een rechterlijke instantie als de verenigde kamers van de Corte di cassazione zelf gehouden de vraag voor te leggen aan het Hof [zie in die zin, in een context waarin twee rechterlijke instanties gehouden kunnen zijn zich tot het Hof te wenden, arrest van 4 november 1997, Parfums Christian Dior (C-337/95, EU:C:1997:517, punt 30)].

91. Daarmee kom ik aan de tweede uitdrukkelijk gestelde vraag. Mijns inziens moeten nationale procedureregels zoals de in geding zijnde regel volgens welke cassatieberoep alleen mogelijk is op gronden in verband met de rechterlijke bevoegdheid, niet noodzakelijkerwijs aldus worden uitgelegd dat zij, om verenigbaar te zijn met het Unierecht, cassatieberoep mogelijk maken wanneer een rechter in eerste aanleg of een rechter van wie de beslissingen volgens het nationale recht niet vatbaar zijn voor hoger beroep, het Hof niet verzoekt om een prejudiciële beslissing.

92. Het staat namelijk noodzakelijkerwijs in de eerste plaats aan de nationale rechterlijke instanties om het Unierecht uit te leggen, aangezien zij dit dienen toe te passen. Zoals het Hof al eerder heeft verklaard, vervult de nationale rechter in samenwerking met het Hof een taak die hun gezamenlijk is opgedragen om de eerbiediging van het recht bij de uitlegging en de toepassing van de Verdragen te waarborgen.[51] Uit het bij de Verdragen ingevoerde rechtsstelsel, en in het bijzonder uit artikel 4, lid 3, en artikel 19, lid 1, VEU en artikel 267 VWEU, waarnaar de verwijzende rechter verwijst, volgt dat het Hof niet exclusief bevoegd is om het Unierecht uit te leggen, maar wel bij uitsluiting bevoegd is om een *definitieve* uitlegging ervan te verstrekken.[52]

93. De verplichting om een prejudiciële vraag aan het Hof voor te leggen, die artikel 267, derde alinea, VWEU oplegt aan nationale rechterlijke instanties waarvan de beslissingen niet vatbaar zijn voor hoger beroep, moet worden gezien in het kader van de samenwerking tussen de nationale rechterlijke instanties, in hun hoedanigheid van rechters belast met de toepassing van het Unierecht, en het Hof. Deze samenwerking is tot stand gebracht om de juiste toepassing en de eenvormige uitlegging van het Unierecht in alle lidstaten te verzekeren.[53]

94. Artikel 267 VWEU maakt het mogelijk een dialoog tot stand te brengen tussen het Hof en de rechterlijke instanties van de lidstaten.[54] Zoals reeds opgemerkt in deze conclusie, kent deze bepaling volgens vaste rechtspraak de nationale rechterlijke instanties de meest uitgebreide bevoegdheid toe om zich tot het Hof te wenden indien zij menen dat een bij hen aanhangig geding vragen over de uitlegging of de geldigheid van bepalingen van het recht van de Unie opwerpt waarover ter beslechting van het hun voorgelegde geschil moet worden beslist.[55] Voorts zij eraan herinnerd dat een nationale rechterlijke instantie zich volgens artikel 267, derde alinea, VWEU *in beginsel* tot het Hof dient te wenden wanneer haar beslissing volgens het nationale recht niet vatbaar is voor hoger beroep en voor haar een vraag over de uitlegging van het Unierecht wordt opgeworpen.[56]

95. In deze bijzondere context van samenwerking waarin artikel 267 VWEU voorziet, mag een nationale rechtsregel een nationale rechterlijke instantie dus niet *beletten* om gebruik te maken van deze bevoegdheid of te voldoen aan deze verplichting.[57] Met andere woorden, het *minimumvereiste* is dat de rechterlijke instantie die door het nationale procesrecht wordt

[51] Zie in die zin advies 1/09 (Overeenkomst tot invoering van een gemeenschappelijk stelsel voor octrooigeschillenbeslechting) van 8 maart 2011 (EU:C:2011:123, punt 69) en arrest van 27 februari 2018, Associação Sindical dos Juízes Portugueses (C-64/16, EU:C:2018:117, punt 33).

[52] Zie in die zin advies 1/17 van 30 april 2019 (EU:C:2019:341, punt 111).

[53] Zie in die zin arresten van 6 oktober 1982, Cilfit e.a. (283/81, EU:C:1982:335, punt 7), en 9 september 2015, X en van Dijk (C-72/14 en C-197/14, EU:C:2015:564, punt 54).

[54] Zie in die zin arrest van 2 maart 2021, A.B. e.a. (Benoeming van de rechters bij de Sąd Najwyższy – Beroep) (C-824/18, EU:C:2021:153, punt 90).

[55] Zie de in voetnoot 49 aangehaalde rechtspraak.

[56] Zie in die zin arrest van 24 oktober 2018, XC e.a. (C-234/17, EU:C:2018:853, punt 43). Zie ook, in andere bewoordingen, arresten van 5 april 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199, punt 32), en 2 maart 2021, A.B. e.a. (Benoeming van de rechters bij de Sąd Najwyższy – Beroep) (C-824/18, EU:C:2021:153, punt 92).

[57] Zie in die zin arresten van 5 april 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199, punten 32 en 33), en 2 maart 2021, A.B. e.a. (Benoeming van de rechters bij de Sąd Najwyższy – Beroep) (C-824/18, EU:C:2021:153, punt 93).

aangewezen om uitspraak te doen over kwesties die verband houden met het Unierecht, zoals in casu de TAR en de Consiglio di Stato op het gebied van overheidsopdrachten, over de mogelijkheid beschikt, zo niet verplicht is, zich tot het Hof te wenden. Indien dit het geval is, staat het uitsluitend aan de nationale rechter aan wie het geschil is voorgelegd en die de verantwoordelijkheid draagt voor de te geven rechterlijke beslissing, om, gelet op de specifieke kenmerken van de zaak, zowel de noodzaak van een prejudiciële beslissing voor het wijzen van zijn vonnis te beoordelen, als de relevantie van de vragen die hij aan het Hof voorlegt.[58] Samengevat beoogt de logica van de rechtspraak van het Hof op dit gebied, zoals recentelijk uiteengezet door advocaat-generaal Bobek, alleen te verzekeren dat nationale procedureregels niet eraan in de weg staan dat vragen van Unierecht worden opgeworpen en dat een verzoek om een prejudiciële beslissing kan worden ingediend, ongeacht in welk stadium de procedure zich bevindt.[59]

96. Zoals uit mijn analyse van de derde vraag van de Corte suprema di cassazione zal blijken, is weliswaar duidelijk dat de Consiglio di Stato zich tot het Hof had moeten wenden indien hij twijfels had over de werkingssfeer van artikel 1, leden 1 en 3, van richtlijn 89/665 zoals eerder door het Hof uitgelegd, maar bestond er geen nationale procedureregel die de Corte suprema di cassazione belette deze dialoog met het Hof aan te gaan.

97. Mijns inziens kan het verzuim om zich tot het Hof te wenden dus leiden tot een materiële onrechtmatigheid (wegens de onjuiste toepassing van het Unierecht, dat door de nationale rechter onjuist is uitgelegd) en/of tot een procedurele onrechtmatigheid (omdat de betrokken rechter het Hof niet om een prejudiciële beslissing heeft verzocht hoewel hij daartoe verplicht was), maar kan dit niet als een kwestie van rechterlijke bevoegdheid worden beschouwd in de zin van artikel 111, achtste alinea, van de Italiaanse grondwet. Zoals ik aan het einde van mijn analyse van de eerste prejudiciële vraag heb aangegeven, moet de oplossing voor een onjuiste toepassing van het Unierecht door een rechter in laatste aanleg – waartoe ook de verplichtingen op grond van artikel 267 VWEU behoren – worden gezocht in andere procedurevormen, zoals een beroep wegens niet-nakoming of de mogelijkheid om de staat aansprakelijk te stellen en zo rechtsbescherming te krijgen voor rechten van particulieren, ook al zijn deze oplossingen niet optimaal.

98. Gezien de essentiële rol van de rechterlijke macht bij de bescherming van de rechten die justitiabelen aan de regels van het Unierecht ontlenen, zou de volle werking van die regels immers in het gedrang komen en zou de bescherming van de daarbij toegekende rechten worden verzwakt indien het uitgesloten zou zijn dat justitiabelen onder bepaalde voorwaarden schadevergoeding krijgen wanneer hun rechten zijn aangetast door een schending van het Unierecht die is terug te voeren op een beslissing van een rechterlijke instantie van een lidstaat die in laatste aanleg uitspraak doet.[60]

99. Gelet op het voorgaande kom ik tot de slotsom dat artikel 4, lid 3, en artikel 19, lid 1, VEU en artikel 267 VWEU, gelezen in het licht van artikel 47 van het Handvest, zich er niet tegen verzetten dat de regels inzake het cassatieberoep op gronden in verband met de rechterlijke bevoegdheid

[58] Zie in die zin arrest van 9 september 2015, X en van Dijk (C-72/14 en C-197/14, EU:C:2015:564, punt 57).

[59] Zie in die zin conclusie van advocaat-generaal Bobek in de zaak Consorzio Italian Management en Catania Multiservizi (C-561/19, EU:C:2021:291, punt 27).

[60] Zie in die zin arresten van 30 september 2003, Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513, punt 33), en 9 september 2015, Ferreira da Silva e Brito e.a. (C-160/14, EU:C:2015:565, punt 47).

aldus worden uitgelegd en toegepast dat er geen cassatieberoep bij de verenigde kamers van de Corte suprema di cassazione kan worden ingesteld tegen arresten waarbij de Consiglio di Stato zonder enige motivering verzuimt het Hof van Justitie te verzoeken om een prejudiciële beslissing.

C. Derde prejudiciële vraag

100. Met zijn derde vraag wenst de Corte suprema di cassazione in wezen te vernemen of de uitlegging van artikel 1, leden 1 en 3, en artikel 2, lid 1, van richtlijn 89/665, zoals gewijzigd bij richtlijn 2007/66, die voortvloeit uit de arresten van het Hof van Justitie van 4 juli 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), 5 april 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199), en 5 september 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675), van toepassing is op het geschil in het hoofdgeding.

101. In dat verband zij opgemerkt dat volgens vaste rechtspraak de rechtvaardiging van een verzoek om een prejudiciële beslissing niet gelegen is in het feit dat rechtsgeleerde adviezen over algemene of hypothetische vraagstukken worden geformuleerd, maar in de behoefte aan de werkelijke beslechting van een geschil dat verband houdt met het Unierecht. [61]

102. Aangezien ik echter met betrekking tot de eerste prejudiciële vraag tot de slotsom ben gekomen dat de beperking van de bevoegdheid van de Corte di cassazione als bedoeld in artikel 111, achtste alinea, van de Italiaanse grondwet, zoals uitgelegd in arrest nr. 6/2018, niet in strijd is met artikel 1, leden 1 en 3, van richtlijn 89/665 en artikel 47 van het Handvest, zou de verwijzende rechter onbevoegd moeten zijn om in het hoofdgeding de werkingssfeer van richtlijn 89/665 te onderzoeken. Ik stel voor deze vraag toch te onderzoeken, voor het geval dat het Hof anders zou beslissen.

103. Zoals reeds gezegd, heeft Randstad in het hoofdgeding haar uitsluiting van een aanbestedingsprocedure en de gunning van de opdracht aan een andere onderneming bestreden. De Consiglio di Stato heeft echter enkel het middel waarmee Randstad is opgekomen tegen het aan haar technische inschrijving toegekende puntenaantal, dat lager was dan de uitsluitingsdrempel, ten gronde onderzocht en heeft bij voorrang de incidentele beroepen van de aanbestedende dienst en de gekozen inschrijver behandeld. De Consiglio di Stato heeft deze incidentele beroepen toegewezen en heeft de andere middelen van het principale beroep waarmee de uitkomst van de aanbestedingsprocedure om andere redenen dan het aan de technische inschrijving toegekende puntenaantal werd betwist, niet ten gronde onderzocht.

104. In de inleidende opmerkingen van deze conclusie heb ik reeds de rechtspraak van het Hof uiteengezet over de omvang van de verplichting om overeenkomstig artikel 1, leden 1 en 3, van richtlijn 89/665 te voorzien in een beroepsprocedure in het specifieke geval dat door de gekozen inschrijver incidenteel beroep wordt ingesteld. In dit stadium kan dus worden geconcludeerd dat het beslissende criterium om te bepalen of een rechter verplicht is om het beroep van een inschrijver te onderzoeken, is dat elk van de partijen een legitiem belang heeft bij de uitsluiting van de inschrijving van de andere partij. Dit betekent dat het niet uitgesloten is dat een bepaalde onregelmatigheid die de uitsluiting rechtvaardigt van zowel de inschrijving van de gekozen inschrijver als die van de inschrijver die het gunningsbesluit van de aanbestedende dienst betwist,

[61] Zie in die zin arrest van 3 oktober 2019, A e.a. (C-70/18, EU:C:2019:823, punt 73).

eveneens de andere inschrijvingen die in het kader van de aanbestedingsprocedure zijn ingediend, ongeldig maakt, wat ertoe zou kunnen leiden dat de aanbestedende dienst een nieuwe procedure moet starten. [62]

105. Het Hof is op dit punt heel duidelijk geweest: „[V]oor de ontvankelijkheid van het principale beroep [kan] niet als voorwaarde worden gesteld dat eerst wordt vastgesteld dat alle offertes die lager zijn gerangschikt dan die van de inschrijver die het beroep heeft ingesteld, eveneens onregelmatig zijn. De vraag of dat beroep ontvankelijk is, hangt evenmin af van de voorwaarde dat die inschrijver het bewijs levert dat de aanbestedende dienst de openbare aanbestedingsprocedure zal moeten herhalen. *Dat dit mogelijkerwijs het geval zal zijn, dient in dit verband te worden geacht te volstaan*." [63] Een inschrijver wiens offerte door de aanbestedende dienst is uitgesloten van een aanbestedingsprocedure, kan alleen het recht worden ontzegd om beroep in te stellen tegen het besluit tot gunning van de opdracht indien het besluit tot uitsluiting van die inschrijver is bevestigd door een besluit dat *kracht van gewijsde* heeft verkregen voordat de rechter bij wie beroep is ingesteld tegen het besluit tot gunning van de opdracht, uitspraak doet, zodat die inschrijver moet worden geacht definitief van de betrokken aanbestedingsprocedure te zijn uitgesloten. [64]

106. Om te beginnen wordt in het hoofdgeding niet betwist dat Randstad nog niet definitief was uitgesloten van de aanbestedingsprocedure toen zij haar beroep bij de Consiglio di Stato instelde. Voorts blijkt uit het verzoek om een prejudiciële beslissing dat Randstad als een van de middelen om opnieuw tot de aanbestedingsprocedure te worden toegelaten, heeft aangevoerd dat de met de economische beoordeling belaste aanbestedingscommissie niet volgens de regels is benoemd en samengesteld. Indien die onregelmatigheden zouden worden vastgesteld, zouden zij de uitsluiting rechtvaardigen van zowel de inschrijving van de gekozen inschrijver als die van de inschrijver die het gunningsbesluit van de aanbestedende dienst betwist, en ook de andere inschrijvingen die in het kader van de aanbestedingsprocedure zijn ingediend, ongeldig maken, wat ertoe zou kunnen leiden dat de aanbestedende dienst een nieuwe procedure moet starten.

107. In deze omstandigheden lijkt het mij zeker dat het beginsel dat is vastgesteld en bevestigd in de door de verwijzende rechter aangehaalde rechtspraak van toepassing is op het hoofdgeding. De Consiglio di Stato was dus verplicht het belang van Randstad te erkennen om, zowel in eerste aanleg als in hoger beroep, de regelmatigheid van de procedure en dus van het besluit tot gunning van de opdracht te betwisten of, subsidiair, zich in geval van twijfel dienaangaande tot het Hof te wenden.

[62] Zie in die zin arresten van 5 april 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199, punt 28), en 5 september 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675, punt 27).

[63] Arrest van 5 september 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675, punt 29). Cursivering van mij.

[64] Zie in die zin arrest van 5 september 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675, punt 31 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

VII. Conclusie

108. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vragen van de Corte suprema di cassazione (hoogste rechter in burgerlijke en strafzaken, Italië) te beantwoorden als volgt:

„1) Artikel 1, leden 1 en 3, van richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken, zoals gewijzigd bij met name richtlijn 2007/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007, gelezen in samenhang met artikel 47 van het Handvest, moet aldus worden uitgelegd dat het zich niet verzet tegen een regel als die van artikel 111, achtste alinea, van de Italiaanse grondwet, zoals uitgelegd in arrest nr. 6/2018, volgens welke geen cassatieberoep op gronden in verband met de rechterlijke bevoegdheid kan worden ingesteld om op te komen tegen uitspraken waarbij de rechter in tweede aanleg op onder het recht van de Europese Unie vallende gebieden een uitleggingspraktijk heeft toegepast die op nationaal niveau is ontwikkeld, maar die in strijd is met de arresten van het Hof van Justitie.

De oplossing voor de onjuiste toepassing van het Unierecht door een rechter in laatste aanleg moet worden gezocht in andere procedurevormen, zoals een beroep wegens niet-nakoming krachtens artikel 258 VWEU of de mogelijkheid om de staat aansprakelijk te stellen en zo rechtsbescherming te krijgen voor de door het Unierecht erkende rechten van particulieren.

2) Artikel 4, lid 3, en artikel 19, lid 1, VEU en artikel 267 VWEU, gelezen in het licht van artikel 47 van het Handvest, verzetten zich er niet tegen dat de regels inzake het cassatieberoep op gronden in verband met de rechterlijke bevoegdheid aldus worden uitgelegd en toegepast dat er geen cassatieberoep bij de verenigde kamers van de Corte di cassazione kan worden ingesteld tegen arresten waarbij de Consiglio di Stato (hoogste bestuursrechter, Italië) zonder enige motivering verzuimt het Hof van Justitie te verzoeken om een prejudiciële beslissing.

Subsidiair:

3) De uitlegging van artikel 1, leden 1 en 3, en artikel 2, lid 1, van richtlijn 89/665, zoals gewijzigd bij richtlijn 2007/66, die voortvloeit uit de arresten van het Hof van Justitie van 4 juli 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), 5 april 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199), en 5 september 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675), is van toepassing op het geschil in het hoofdgeding indien het besluit tot uitsluiting van de afgewezen inschrijver niet is bevestigd door een besluit dat kracht van gewijsde heeft verkregen voordat de rechter bij wie beroep is ingesteld tegen het besluit tot gunning van de opdracht, uitspraak heeft gedaan, en indien die inschrijver een middel heeft aangevoerd dat ertoe kan leiden dat de aanbestedende dienst een nieuwe aanbestedingsprocedure moet starten.”