



Datum van inontvangstneming : 10/11/2020

**Zaak C-497/20**

**Samenvatting van het verzoek om een prejudiciële beslissing overeenkomstig artikel 98, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie**

**Datum van indiening:**

30 september 2020

**Verwijzende rechter:**

Corte suprema di cassazione (Italië)

**Datum van de verwijzingsbeslissing:**

7 juli 2020

**Verzoekende partij tot cassatie:**

Randstad Italia SpA

**Verwerende partijen in cassatie:**

Umana SpA

Azienda USL Valle d'Aosta

IN. VA SpA

Synergie Italia agenzia per il lavoro SpA

---

**Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding**

Cassatieberoep bij de Corte di cassazione (hoogste rechter in burgerlijke en strafzaken, Italië) tegen het arrest waarbij de Consiglio di Stato (hoogste bestuursrechter, Italië) uitspraak heeft gedaan op een hoger beroep tegen een vonnis van de Tribunale amministrativo regionale (bestuursrechter in eerste aanleg, Italië; hierna: „TAR”) inzake aanbestedingen en: a) het middel van het principale beroep, waarmee verzoekster was opgekomen tegen de toekenning van een ontoereikend aantal punten aan haar technische inschrijving in het kader van een aanbesteding, heeft afgewezen; b) de incidentele beroepen van verweersters heeft toegewezen en het bestreden vonnis gedeeltelijk heeft vernietigd voor zover de rechter in eerste aanleg de andere middelen van het principale beroep ten

gronde had onderzocht, terwijl die volgens de Consiglio di Stato niet hadden moeten worden onderzocht omdat zij niet-ontvankelijk waren vanwege het feit dat verzoekster wegens haar uitsluiting van de aanbestedingsprocedure geen procesbevoegdheid had.

### **Voorwerp en rechtsgrondslag van de prejudiciële verwijzing**

Het verzoek om een prejudiciële beslissing is ingediend krachtens artikel 267 VWEU. De verwijzende rechter wenst te vernemen: 1) of artikel 4, lid 3, en artikel 19, lid 1, VEU en artikel 2, leden 1 en 2, en artikel 267 VWEU, mede in het licht van artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, in de weg staan aan rechtspraak met betrekking tot bepalingen die cassatieberoep op „gronden in verband met de rechtsmacht” tegen arresten van de Consiglio di Stato toestaan, volgens welke het rechtsmiddel cassatieberoep niet kan worden ingesteld in geval van schending van Unierechtelijke bepalingen, aangezien een onwettigheidsgrond, ook al is zij bijzonder ernstig, zoals schending van het Unierecht, niet kan worden onderworpen aan toetsing van de rechtsmacht; 2) of de voornoemde bepalingen in de weg staan aan rechtspraak die de Corte di cassazione de mogelijkheid ontzegt om het bij hem ingestelde beroep ten gronde te onderzoeken wanneer met het beroep wordt opgekomen tegen de niet-gemotiveerde niet-nakoming door de Consiglio di Stato van de verplichting tot prejudiciële verwijzing naar het Hof van Justitie, en om het verzoek om een prejudiciële beslissing ter waarborging van de juiste uitlegging van het Unierecht rechtstreeks in te dienen, en 3) of de beginselen die door het Hof zijn geformuleerd in de arresten Lombardi, PFE en Fastweb kunnen worden toegepast in het hoofdgeding, waarin de Consiglio di Stato enkel het middel van het principale hoger beroep ten gronde heeft onderzocht waarmee de uitgesloten onderneming het toegekende aantal punten aanvocht, en de incidentele beroepen van de aanbestedende dienst en van de gekozen onderneming bij voorrang heeft onderzocht en deze heeft toegewezen, en de andere middelen van het principale beroep niet-ontvankelijk heeft verklaard op grond van nationale rechtspraak volgens welke een van een aanbestedingsprocedure uitgesloten onderneming niet gerechtigd is grieven te formuleren die ertoe strekken de gunning van een opdracht aan een concurrerende onderneming te betwisten.

### **Prejudiciële 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 van de grondrechten van de Europese Unie, in de weg aan een uitleggingspraktijk zoals die betreffende artikel 111, achtste alinea, van de Costituzione (Italiaanse grondwet), artikel 360, eerste alinea, punt 1, en artikel 362, eerste alinea, van de Codice di procedura civile en artikel 110 van de Codice del processo amministrativo, voor zover deze bepalingen cassatieberoep op „gronden in verband met de rechtsmacht” tegen de arresten van de Consiglio di Stato toestaan,

die voortvloeit uit arrest nr. 6/2018 van de Corte costituzionale en uit de daaropvolgende nationale rechtspraak waarbij in afwijking van de bestaande is geoordeeld dat het rechtsmiddel van het cassatieberoep, vanuit het oogpunt van het zogenoemde „ontbreken van rechtsmacht”, 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 daadwerkelijke rechtsbescherming van subjectieve rechtssituaties van Uniebelang?

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 van de grondrechten van de Europese Unie, in de weg aan de uit de praktijk in de nationale rechtspraak volgende uitlegging en toepassing van artikel 111, achtste alinea, van de grondwet, artikel 360, eerste alinea, punt 1, en artikel 362, eerste alinea, van de Codice di procedura civile en artikel 110 van de Codice del processo amministrativo, volgens welke cassatieberoep bij de verenigde kamers [van de Corte di cassazione] dat berust op „gronden in verband met de rechtsmacht”, vanuit het oogpunt van het zogenoemde „ontbreken van rechtsmacht”, 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 limitatief opgesomde voorwaarden (voor het eerst in het arrest van 6 oktober 1982, Cilfit e.a., 283/81) die de nationale rechter vrijstellen van de genoemde verplichting [een en ander 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 (in laatste aanleg of een andere) – 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 uiteenlopende uitlegging van het door de nationale rechter toegepaste recht en het Unierecht 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 rechtssituaties, 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; 5 april 2016, *PFE*, C-689/13, en 4 juli 2013, *Fastweb*, C-100/12, 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 het 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 –, omdat moet worden beoordeeld of het gevolg van de ontzegging aan de onderneming van het recht 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?

### **Aangevoerde Unierechtelijke bepalingen en rechtspraak**

Richtlijn 89/665/EEG (zoals gewijzigd bij richtlijn 2007/66/EG), tweede en derde overweging en artikelen 1 en 2. Richtlijn 2007/66/EG, overwegingen 3 en 17. Richtlijn 2004/18/EG, artikel 2. Richtlijn 92/13. Arresten van het Hof in de zaken C-333/18, *Lombardi*; C-689/13, *PFE*; C-100/12, *Fastweb*; 26/62, *Van Gend & Loos*; 28/67, *Molkerei-Zentrale Westfalen*; 6/64, 197/79, *Commissie/Italië*; C-173/09, 197/79, *Commissie/Italië*; C-614/14, 39/72, *Commissie/Italië*; C-53/10, 197/79, *Commissie/Italië*; C-611/14, *Canal Digital Danmark*; C-300/11, *ZZ*; C-409/06, 149/79, *Commissie/België*; C-97/87–C-99/87, *Dow Chemical Ibérica*; C-105/14, 197/79, *e.a.*; beschikking in de gevoegde zaken C-23/03, C-52/03, C-133/03, C-337/03 en C-473/03, 197/79, *e.a.*; arresten in de zaken C-555/07, 197/79, *Commissie/Italië*; C-224/01, 197/79, *Traghetti del Mediterraneo*; C-379/10, *Commissie/Italië*; C-106/16, *Polbud - Wykonawstwo*; C-62/14, 197/79, *e.a.*;

C-136/12, Consiglio Nazionale dei Geologi; 283/81, Cilfit e.a.; C-131/16, ██████████  
 ██████████ advies 1/91, punt 21.

### **Aangevoerde nationale bepalingen**

Costituzione (grondwet). Artikel 111, achtste alinea: „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 rechtsmacht”, terwijl tegen de uitspraken van andere rechterlijke instanties ook cassatieberoep kan worden ingesteld wegens schending van het recht.

Regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12, sull’Ordinamento giudiziario (koninklijk besluit nr. 12 van 30 januari 1941 inzake de rechterlijke organisatie). Artikel 65, eerste alinea, bepaalt dat de Corte di cassazione de naleving en de uniforme uitlegging van het recht, de rechtseenheid en de eerbiediging van de grenzen van de rechtsmacht waarborgt en bevoegdheids- en attributieconflicten beslecht.

Codice di procedura civile (wetboek van burgerlijke rechtsvordering). Artikel 360, eerste alinea, punt 1: „Tegen in hoger beroep of in enige aanleg gewezen beslissingen kan cassatieberoep worden ingesteld: 1) op gronden in verband met de rechtsmacht [...]”. Artikel 362, eerste alinea: „1. Tegen de door een gespecialiseerde rechterlijke instantie gewezen beslissingen in hoger beroep of in enige aanleg kan cassatieberoep worden ingesteld [...] op gronden in verband met de rechtsmacht van die rechter [...]”.

Codice del processo amministrativo (wetboek bestuursprocesrecht). Artikel 1: „De bestuursrechter waarborgt een volledige en doeltreffende bescherming volgens de beginselen van de grondwet en van het Europese recht”. Artikel 91: „De rechtsmiddelen die tegen uitspraken [van de bestuursrechters] kunnen worden ingesteld, zijn hoger beroep, herziening, derdenverzet en cassatieberoep op gronden in verband met de rechtsmacht”. Artikel 110: „Tegen de arresten van de Consiglio di Stato kan cassatieberoep worden ingesteld voor zover het berust op gronden in verband met de rechtsmacht”.

### **Korte uiteenzetting van de feiten en de procedure**

- 1 De Azienda USL Valle d’Aosta (hierna: „USL”) heeft een aanbestedingsprocedure 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” voor de technische inschrijvingen, waarbij de gegadigden die een lager aantal punten behaalden, werden uitgesloten. Acht gegadigden namen deel aan de aanbesteding, waaronder Randstad Italia Spa (hierna: „verzoekster”), de uit Synergie Italia Agenzia per il Lavoro Spa en Umana Spa bestaande combinatie van ondernemingen (hierna: „tijdelijke combinatie van

ondernemingen”) en Gi Group. 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 uiteindelijk aan de tijdelijke combinatie van ondernemingen gegund.

- 2 Randstad is bij de TAR Valle d’Aosta opgekomen tegen haar uitsluiting wegens niet-halen van de drempel en tegen de gunning van de opdracht aan de tijdelijke combinatie van ondernemingen, waarbij zij zich beriep op de onredelijke puntentoekenning, de vage beoordelingscriteria, de ontoereikende motivering van de uitgebrachte stemmen, de onwettige benoeming en samenstelling van de aanbestedingscommissie en de ontbrekende verdeling van de opdracht in percelen om opnieuw tot de aanbesteding te worden toegelaten. 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 gerechtigd was die middelen aan te voeren. De TAR heeft deze exceptie afgewezen op grond 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.
- 3 Tegen het voornoemde 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. De ondernemingen Synergie en Umana hebben incidenteel hoger beroep ingesteld, waarbij zij het vonnis van de TAR hebben bekritiseerd voor zover de TAR de grieven ontvankelijk had verklaard en ten gronde had onderzocht, terwijl zij van mening waren dat deze grieven waren aangevoerd door een persoon die daartoe niet gerechtigd was omdat hij van de aanbesteding was uitgesloten. De Consiglio di Stato heeft het middel van het principale hoger beroep waarmee Randstad het ontoereikend aantal punten aanvocht, afgewezen en de incidentele beroepen toegewezen. De Consiglio di Stato heeft het vonnis gedeeltelijk vernietigd en met name geoordeeld dat Randstad wegens haar uitsluiting van de aanbesteding geen procesbelang had en dat de TAR de andere middelen van haar principale beroep dus niet ten gronde had moeten onderzoeken. Volgens de Consiglio di Stato had Randstad wegens haar uitsluiting geen procesbelang 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 gerechtigd is de aanbestedingshandelingen te betwisten, tenzij hij een uitspraak verkrijgt waarin de onrechtmatigheid van de uitsluiting wordt vastgesteld. Randstad komt thans bij de Corte di cassazione op tegen het arrest van de Consiglio di Stato. Synergie, Umana en de aanbestedende dienst treden op als verweersters in cassatie.

### **Voornaamste argumenten van partijen in het hoofdgeding**

- 4 Verzoekster betoogt dat het arrest van de Consiglio di Stato in strijd is met artikel 362, eerste alinea, van de Codice di procedura civile en met artikel 110 van de Codice del processo amministrativo, op grond dat daarbij 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: dit levert schending op van het in richtlijn 89/665 neergelegde beginsel van daadwerkelijke rechtsbescherming en houdt een ontzegging van toegang tot die bescherming in, waartegen overeenkomstig artikel 111, achtste alinea, van de grondwet cassatieberoep op gronden in verband met de rechtsmacht kan worden ingesteld. Verzoekster 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 wordt verkregen, zoals de herhaling van de aanbestedingsprocedure, als grondslag kan dienen voor het belang bij en het recht op rechtsbescherming. Zij verwijst naar de arresten van 5 september 2019, Lombardi, C-333/18; 5 april 2016, PFE, C-689/13, en 4 juli 2013, Fastweb, C-100/12, waarbij is uitgesloten dat de exceptie (en het incidenteel beroep) van de gekozen inschrijver in het kader van een aanbesteding die ertoe strekken dat een andere deelnemer van de aanbesteding wordt uitgesloten, bij voorrang worden behandeld, waardoor het principale beroep wordt belemmerd en de uitgesloten gegadigde het belang en de bevoegdheid om de uitkomst van de aanbesteding te betwisten wordt ontzegd. Dat is ook de strekking van een ander arrest van de Corte di cassazione, waarin het door de Consiglio di Stato geformuleerde beginsel dat het incidentele beroep waarmee de procesbevoegdheid van de verzoeker in het principale beroep wordt betwist door zijn toelating tot de aanbestedingsprocedure te bekritisieren, bij voorrang moet worden behandeld, zelfs indien de verzoeker in het principale beroep stelt er belang bij te hebben dat de gehele aanbesteding wordt overgedaan, niet is onderschreven.
- 5 Verweersters werpen een exceptie van niet-ontvankelijkheid van het beroep op. Volgens hen is het beroep gericht tegen een gebrek in het bestreden arrest waarover in cassatie niet kan worden geklaagd omdat er geen sprake is van een geval van schending van de „buitengrenzen” van de rechtsmacht van de bestuursrechter: het door verzoekster aangevoerde cassatiemiddel is geen middel „in verband met de rechtsmacht” en kan in cassatie niet worden aangevoerd om op te komen tegen een arrest van de Consiglio di Stato. Dit middel heeft betrekking op een hypothetische schending van het recht die niet onder een van de cassatiegronden valt en dus niet meer kan worden hersteld, zoals de Corte di cassazione onlangs in overeenstemming met de zienswijze van de Corte costituzionale (grondwettelijk hof, Italië) heeft geoordeeld (arrest nr. 6 van 18 januari 2018; hierna: „arrest van de Corte costituzionale”).



### **Korte uiteenzetting van de motivering van de prejudiciële verwijzing**

- 6 De Corte di cassazione, de verwijzende rechter, legt uit dat het cassatieberoep in geval van gegrondheid van de exceptie van niet-ontvankelijkheid die daarin is aangevoerd, rechtstreeks kon worden verworpen om procedurele redenen, aangezien de cassatiegrond niet onder de gronden valt die in cassatie kunnen worden aangevoerd tegen arresten van de Consiglio di Stato. Verweersters betogen namelijk dat de aangevoerde grond geen „verband houdt met de rechtsmacht”, maar eventueel wel een grief inzake schending van het recht kan zijn, die in cassatie niet kan worden aangevoerd, ongeacht de ernst van de schending. Het Hof van Justitie zou dus niet hoeven te worden verzocht om een prejudiciële beslissing, aangezien de eventuele schending van het Unierecht hoe dan ook niet kan worden betwist met een cassatieberoep. De verwijzende rechter onderschrijft dit standpunt niet, omdat daarmee een ernstige schending van het Unierecht wordt bevestigd in een stadium waarin zij nog zou kunnen worden hersteld. Volgens de verwijzende rechter vormt de gelaakte schending een grief in verband met de rechtsmacht, die in cassatie kan worden aangevoerd. In Italië primeert echter een andere uitleggingspraktijk die voortvloeit uit het arrest van de Corte costituzionale, dat het beroep niet-ontvankelijk moet worden verklaard, ongeacht de beoordeling van een eventuele strijdigheid van het bestreden arrest met de rechtspraak van het Hof van Justitie. De verwijzende rechter betwijfelt of deze rechtspraak verenigbaar is met het Unierecht en verzoekt het Hof derhalve om uitlegging.
- 7 Naar nationaal recht kan bij de verenigde kamers van de Corte di cassazione cassatieberoep worden ingesteld tegen de arresten van de Consiglio di Stato, de hoogste bestuursrechter, doch enkel voor zover het cassatieberoep berust op gronden in verband met de rechtsmacht, met andere woorden wanneer de bestuursrechter uitspraak heeft gedaan op een gebied dat tot de bevoegdheid van de gewone rechter behoort, ten onrechte zijn rechtsmacht heeft ontkend of wanneer hij weliswaar bevoegd is, maar een beslissing neemt die inbreuk maakt op de bevoegdheden van andere rechters of van de wetgever. Op basis daarvan heeft de Corte di cassazione arresten vernietigd waarbij de – op zich bevoegde – Consiglio di Stato in concreto rechtsprekende bevoegdheden had uitgeoefend die hem niet waren toegekend. In zaken betreffende het Unierecht heeft de Corte di cassazione het arrest van de Consiglio di Stato vernietigd waarbij deze rechter bij voorrang het incidentele beroep had behandeld van de in het kader van een aanbesteding geselecteerde inschrijver die stelde dat er sprake was van obstakels voor de deelname aan de aanbesteding van de uitgesloten medegegadigde (verzoeker in het principale beroep) en vervolgens in strijd met het arrest Fastweb had verzuimd de grieven van de laatstgenoemde ter betwisting van zijn uitsluiting en de gunning van de opdracht aan de concurrerende onderneming te behandelen. In een andere zaak heeft de Corte di cassazione het arrest van de Consiglio di Stato vernietigd waarin deze rechter het incidentele beroep van de geselecteerde inschrijver had toegewezen en de middelen waarmee de uitgesloten medegegadigde was opgekomen tegen de toelating tot de aanbesteding van de geselecteerde inschrijver niet-ontvankelijk had verklaard. De Corte di cassazione

heeft vastgesteld dat die benadering in strijd is met de rechtspraak van het Hof van Justitie (arrest PFE) en heeft uitgelegd dat het bestaan van de mogelijkheid om de aanbesteding over te doen op zich volstaat als grondslag voor verzoekers belang om de gunning van de opdracht te betwisten.

- 8 Volgens de aan het arrest van de Corte costituzionale voorafgaande benadering in de rechtspraak van de Corte di cassazione is er bij betwisting van arresten van de Consiglio di Stato sprake van een grond in verband met de rechtsmacht die door de Corte di cassazione kan worden getoetst wanneer de verzoekende partij betoogt dat de Consiglio di Stato een nationale procedurele bepaling heeft toegepast die de toegang tot de door het Unierecht erkende rechtsbescherming ontzegt.
- 9 Het arrest van de Corte costituzionale wijkt echter af van deze benadering, aangezien daarbij is geoordeeld dat de toetsing door de Corte di cassazione van de rechtsmacht niet kan worden gerechtvaardigd door schending van Unierechtelijke bepalingen, daar een middel van onwettigheid, hoe ernstig ook, zoals een onwettigheid die voortvloeit uit schending van het Unierecht, niet kan worden teruggevoerd op de toetsing van de rechtsmacht: een dergelijke schending door de Consiglio di Stato van het Unierecht, zoals uitgelegd door het Hof van Justitie, vormt louter een schending van het recht, die in cassatie niet kan worden aangevoerd. Deze standpuntbepaling van de Corte costituzionale is door de Corte di cassazione bindend geacht en aanvaard. Schending van het Unierecht door bestuursrechters is naar nationaal recht dus onherstelbaar, behalve door middel van schadeloosstelling uit hoofde van overheidsaansprakelijkheid, en er bestaan geen rechtsmiddelen die de consolidatie van de gevolgen ervan kunnen voorkomen.
- 10 De eerdere benadering, op basis waarvan de Corte di cassazione cassatieberoep op gronden in verband met de rechtsmacht tegen met het Unierecht strijdige arresten van de Consiglio di Stato ontvankelijk achtte, was gebaseerd op de overweging dat de nationale rechter die regels toepast die onverenigbaar zijn met het Unierecht, zoals uitgelegd door het Hof van Justitie, een bevoegdheid uitoefent die hij in werkelijkheid niet heeft, zodat sprake is van ontbreken van rechtsmacht, waarover in cassatie kan worden geklaagd met een middel inzake de rechtsmacht. In geschillen betreffende het Unierecht heeft de Staat afstand gedaan van soevereiniteit, die door de Unie wordt uitgeoefend via de nationale rechterlijke instanties, waarvan de rechtsmacht uitsluitend wordt bepaald door de toepassing van het Unierecht. Het Verdrag vormt namelijk het constitutionele handvest van een rechtsgemeenschap: door de Verdragen is een nieuwe rechtsorde tot stand gebracht die voorrang heeft op het recht van de lidstaten, ten bate waarvan de lidstaten hun soevereine rechten op steeds breder terrein hebben begrensd [advies 1/91 (EER-Overeenkomst I) van 14 december 1991, punt 21; arresten van 3 april 1968, Molkerei-Zentrale Westfalen/ 28/67, en 15 juli 1964, 6/64]. De eerdere benadering volgde uit de noodzaak om uitvoering te geven aan beslissingen van het Hof van Justitie die rechtstreekse werking in de nationale rechtsordes hebben op grond van de gebondenheid van de nationale rechter aan de door het Hof gegeven uitlegging, die het oordeel van de hogere rechter naast zich

neer moet leggen indien hij meent dat dit oordeel in strijd is met het Unierecht [arresten van 5 oktober 2010, ██████████ C-173/09, punt 30, en 5 juli 2016, ██████████ C-614/14, punt 28 (hierna: „arrest ██████████ en arrest PFE, punt 38)].

- 11 De verwijzende rechter zet uiteen dat de consolidatie van een schending van het Unierecht moet worden voorkomen zolang het mogelijk is, bijvoorbeeld zolang de kracht van gewijsde niet is ingetreden. Richtlijn 89/665 strekt ertoe de voorzieningen ter verzekering van de daadwerkelijke toepassing van de richtlijnen op het gebied van overheidsopdrachten te versterken in een stadium waarin de schendingen nog ongedaan kunnen worden gemaakt (arrest Lombardi, punt 21). Het cassatieberoep vormt het enige rechtsmiddel waarmee kan worden gereageerd op schendingen van het Unierecht die toe te schrijven zijn aan arresten van de Consiglio di Stato die strijdig zijn met arresten van het Hof van Justitie. De op het arrest van de Corte costituzionale gebaseerde benadering in de rechtspraak legt de aansprakelijkheid bij de staat, terwijl het Verdrag de lidstaten tot eerbiediging van zijn regels verplicht, en het feit dat een staat eenzijdig het uit zijn lidmaatschap van de Gemeenschap voortvloeiende evenwicht tussen voordelen en lasten verbreekt, brengt de gelijkheid van de lidstaten in gevaar en leidt tot een discriminerende behandeling van hun onderdanen (arrest van 7 februari 1973, Commissie/Italië, 39/72, punt 24).
- 12 De verwijzing naar de procedurele autonomie van de lidstaten, op basis waarvan de vaststelling van de middelen voor de bescherming van de door de Unie erkende rechten aan de lidstaten wordt overgelaten, voedt de twijfels over de verenigbaarheid met het Unierecht. Hoewel het, bij ontbreken van Unievoorschriften ter zake, krachtens het beginsel van procedurele autonomie een zaak van het nationale recht is om de procedureregels vast te stellen voor vorderingen in rechte, geldt daarvoor namelijk als voorwaarde dat die regels niet ongunstiger zijn dan de regels die gelden voor soortgelijke situaties naar nationaal recht (gelijkwaardigheidsbeginsel) en de uitoefening van de door het Unierecht verleende rechten in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk maken (doeltreffendheidsbeginsel). Beide voorwaarden moeten vervuld zijn om het beginsel van procedurele autonomie in te kunnen roepen (arrest van 15 maart 2017, ██████████ C-3/16, punten 48-49). Volgens de verwijzende rechter strookt de betrokken praktijk in de rechtspraak niet met het gelijkwaardigheidsbeginsel. Volgens deze praktijk kan in zaken betreffende het nationale recht cassatieberoep op grond van ontbreken van rechtsmacht worden ingesteld tegen arresten van de Consiglio di Stato waarbij aan deze rechter wordt verweten dat hij met zijn regelgevend optreden inbreuk heeft gemaakt op de bevoegdheden van de wetgever, terwijl in zaken met betrekking tot het Unierecht cassatieberoepen niet-ontvankelijk worden verklaard die ertoe strekken de ontbrekende rechtsmacht aan de kaak te stellen van een rechter die bij de toepassing van nationale regels regelgevende bevoegdheden uitoefent die aan de nationale wetgever zijn onttrokken, daar zij aan de Uniewetgever zijn voorbehouden. Een dergelijke praktijk is in strijd met het beginsel van de richtlijnconforme uitlegging, dat vereist dat de nationale rechter op basis van het nationale recht in zijn geheel

beoordeelt hoe het kan worden toegepast zonder te leiden tot een resultaat in strijd met het door de betrokken richtlijn beoogde resultaat (arrest van 15 september 2011, ██████████ C-53/10, punt 33). De richtlijnconforme uitlegging is inherent aan het systeem van het Verdrag, aangezien het de rechter in staat stelt de volle werking van het Unierecht te verzekeren (arrest van 26 oktober 2016, Canal Digital Danmark, C-611/14, punt 33). De praktijk die in casu aan de orde is, strookt evenmin met het beginsel van daadwerkelijke rechtsbescherming dat een nationale procedureregeling de uitoefening van de door de rechtsorde van de Unie verleende rechten niet onmogelijk of uiterst moeilijk mag maken (arrest ██████████ punten 52-53), welk beginsel tot uiting komt in artikel 19, lid 1, tweede alinea, VEU en in artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, die de lidstaten verplichten te voorzien in de rechtsmiddelen om daadwerkelijke rechtsbescherming op de onder het recht van de Unie vallende gebieden te verzekeren (arrest van 4 juni 2013, ZZ, C-300/11, punten 55, 57 en 65). Wat de eerbiediging van de rechten van de verdediging betreft, heeft het Hof gepreciseerd dat de lidstaten zich bij de vaststelling van procedurele bepalingen niet kunnen beroepen op het beginsel van de procedurele autonomie, in een geval waarin om bescherming wordt verzocht door de deelnemers aan een aanbesteding ten aanzien waarvan uit artikel 1, lid 1, derde alinea, van richtlijn 89/665 blijkt dat een inschrijver die een beroep heeft ingesteld, niet op grond van nationale procedurele regels of praktijken zijn recht op een onderzoek ten gronde van dat beroep kan verliezen (arrest Lombardi, punt 33).

- 13 De verwijzende rechter koestert twijfels omtrent het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel, aangezien soortgelijke cassatieberoepen vóór het arrest van de Corte costituzionale door de Corte di cassazione ontvankelijk zijn verklaard en zijn toegewezen, maar na dat arrest niet-ontvankelijk zijn verklaard, ook al waren zij eerder ingesteld. De verwijzende rechter oordeelt dat het cassatieberoep het laatste rechtsmiddel vormt waarin het nationale recht voorziet om een met het Unierecht strijdige, in kracht van gewijsde gegane rechterlijke beslissing te voorkomen.
- 14 Ten slotte is de constitutionele aard van de norm waarvan de uitlegging de basis vormt van de praktijk die aan de orde is, niet doorslaggevend. Nationale rechtsregels, ook al zijn zij van constitutionele rang, mogen de eenheid en de doeltreffendheid van het Unierecht niet aantasten (arresten van 8 september 2010, ██████████ ██████████ C-409/06, punt 61; 17 december 1980, Commissie/België, 149/79, punt 19, en 17 oktober 1989, Dow Chemical Ibérica e.a., 97/87–99/87, punt 38). De nationale rechter dient zorg te dragen voor de volle werking van het Unierecht en daarbij zo nodig elke strijdige bepaling van de nationale wetgeving of strijdige nationale uitleggingspraktijk buiten toepassing te laten, zonder dat hij hoeft te vragen om of te wachten op intrekking daarvan door de wetgever of langs constitutionele weg (arrest van 8 september 2015, ██████████ e.a., C-105/14, punt 49; beschikking van 4 mei 2006, ██████████ e.a., C-23/03, C-52/03, C-133/03, C-337/03 en C-473/03, punt 38; arrest van 19 januari 2010, ██████████ C-555/07, punt 54).

- 15 Wat de tweede prejudiciële vraag betreft, is de verwijzende rechter van oordeel dat, indien het cassatieberoep ontvankelijk wordt geacht, moet worden beoordeeld of het bestreden arrest verenigbaar is met het Unierecht ten aanzien van de vraag of de uitgesloten gegadigde gerechtigd is zijn uitsluiting te betwisten door grieven tegen de gunning van de opdracht aan een andere gegadigde aan te voeren die strekken tot nietigverklaring en herhaling van de aanbesteding.
- 16 Volgens Randstad moet de vraag worden beantwoord door de benadering te volgen die het Hof van Justitie heeft ontwikkeld in de aangehaalde arresten Lombardi, PFE en Fastweb. De verwijzende rechter is daarvan evenwel niet overtuigd, daar in casu (anders dan in de zaken Lombardi en PFE) noch de rechtmatigheid van de toelating van de uitgesloten gegadigde tot de aanbesteding noch die van de gekozen inschrijver ter discussie staat. Hoewel verzoekster in het principale beroep de beoordeling van haar inschrijving heeft betwist, heeft zij ook andere gronden aangevoerd waarmee zij de aanbesteding in de kern betwist; deze gronden zijn niet-ontvankelijk verklaard door de Consiglio di Stato, die de door de gekozen inschrijver opgeworpen exceptie van niet-ontvankelijkheid wegens gebrek aan belang van de verzoekster in het principale beroep bij voorrang heeft toegewezen. In dit verband acht de verwijzende rechter het noodzakelijk het Hof om een prejudiciële beslissing te verzoeken. De huidige zienswijze van de Corte di cassazione sluit echter zowel cassatieberoep (op gronden in verband met de rechtsmacht) uit tegen het niet-gemotiveerde verzuim van de Consiglio di Stato om een prejudicieel verzoek in te dienen op gebieden die onder het Unierecht vallen als de mogelijkheid voor de Corte di cassazione om het prejudiciële verzoek rechtstreeks in te dienen, hetgeen twijfel doet rijzen over de verenigbaarheid van deze benadering met het Unierecht.
- 17 Indien wordt erkend dat cassatieberoep op gronden in verband met de rechtsmacht kan worden ingesteld tegen arresten van de Consiglio di Stato die in strijd zijn met uitspraken van het Hof, zou het volgens de verwijzende rechter incoherent zijn om niet te erkennen dat cassatieberoep kan worden ingesteld tegen het niet-gemotiveerde verzuim van de Consiglio di Stato om een prejudicieel verzoek in te dienen of om de Corte di cassazione ertoe te bewegen om een prejudicieel verzoek in te dienen. De verwijzende rechter is het niet eens met de stelling dat schadeloosstelling uit hoofde van overheidsaansprakelijkheid het enige rechtsmiddel is in geval van schending van het Unierecht, aangezien het om een indirect, vervangend en voorwaardelijk rechtsmiddel gaat (arresten van 30 september 2003,            C-224/01; 13 juni 2006, Traghetti del Mediterraneo, C-173/03, en 24 november 2011, Commissie/Italië, C-379/10). Uit de omstandigheid dat de beginselen van onrechtmatige daad van de Gemeenschap moeten worden ingeroepen om op te komen tegen niet-nakoming van de verwijzingsplicht blijkt dat er geen rechtsmiddel tegen die niet-nakoming bestaat dat kan beletten dat de rechter in laatste aanleg zich onttrekt aan de verwijzingsplicht en daardoor het Hof verhindert om zijn rol te spelen en de Corte di cassazione belet om zijn functie uit te oefenen: de nationale rechter die, zonder dat is voldaan aan de voorwaarden die hem van de verwijzingsplicht bevrijden (arrest Cilfit), zonder enige rechtvaardiging verzuimt een prejudicieel verzoek in

te dienen en uitspraak doet door Unierechtelijke bepalingen rechtstreeks uit te leggen, maakt inbreuk op de uitsluitende bevoegdheden van het Hof en oefent een rechtsprekende bevoegdheid uit waarover hij niet beschikt, waardoor hij zich in de Italiaanse rechtsorde blootstelt aan een cassatieberoep op gronden in verband met de rechtsmacht.

- 18 Artikel 267 VWEU brengt een samenwerking tussen het Hof en de rechterlijke instanties van de lidstaten tot stand, die op een duidelijke afbakening van de taken is gebaseerd (arresten van 25 oktober 2017, Polbud - Wykonawstwo, C-106/16, punt 27, en 16 juni 2015, ██████████ e.a., C-62/14, punt 15). De prejudiciële procedure vormt de hoeksteen van het rechterlijke systeem in de Europese Unie en deze procedure heeft tot doel de eenvormige uitlegging van het Unierecht te verzekeren (arrest ██████████ punt 15). De nationale procesregels mogen geen afbreuk doen aan de verplichtingen en de bevoegdheid die de verwijzende rechter toekomen en moeten buiten toepassing blijven indien zij aan die bevoegdheid afbreuk doen (arrest van 18 juli 2013, Consiglio Nazionale dei Geologi, C-136/12, punten 32 en 36). De verwijzende rechter twijfelt dus aan de benadering die uitsluit dat de Corte di cassazione het beroep ten gronde kan onderzoeken wanneer daarmee wordt opgekomen tegen de niet-gemotiveerde niet-nakoming door de Consiglio di Stato van de verwijzingsplicht en die uitsluit dat de Corte di cassazione het verzoek om een prejudiciële beslissing rechtstreeks indient. Deze benadering bevordert de consolidatie van onjuiste oplossingen in het nationale recht, aangezien het gevaar bestaat dat het antwoord van een rechter in laatste aanleg op vragen over het Unierecht navolging krijgt in tal van andere beslissingen.
- 19 De derde prejudiciële vraag ziet op de verenigbaarheid van de beslissing van de Consiglio di Stato met de door het Hof van Justitie geformuleerde desbetreffende Unierechtelijke beginselen. Volgens de verwijzende rechter zijn de door Randstad aangevoerde grieven ontvankelijk en hadden zij door de Consiglio di Stato ten gronde moeten worden onderzocht. Een gegadigde die zijn uitsluiting betwist en herhaling van de aanbesteding en nietigverklaring van de gunning van de opdracht vordert, kan niet worden gelijkgesteld met een marktdeelnemer die nooit aan een aanbesteding heeft deelgenomen, zolang er geen in kracht van gewijsde gegane rechterlijke beslissing over de gronden van zijn hogere voorziening is geweest (arrest Lombardi, punten 30-33). In zijn arrest van 11 mei 2017, ██████████ C-131/16, punt 58 (hierna: „arrest ██████████ heeft het Hof vastgesteld dat verzoeksters beroep hadden ingesteld tegen het besluit tot uitsluiting van hun inschrijving en tegen het besluit tot gunning van de opdracht, zodat zij niet konden worden aangemerkt als definitief uitgesloten van de procedure. Het aantal deelnemers aan de procedure en het aantal deelnemers dat een beroep heeft ingesteld, en het feit dat deze laatsten uiteenlopende gronden hebben aangevoerd, zijn niet relevant (arrest Lombardi, punten 30 en 25). Immers, „de incidentele vordering van de gekozen inschrijver [mag] er niet toe [...] leiden dat het beroep van de afgewezen inschrijver wordt verworpen [of niet-ontvankelijk wordt verklaard] 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 concurrenten een gelijkwaardig legitiem belang bij de uitsluiting van de inschrijving van de anderen aanvoeren [...]. [In een dergelijke situatie] kan de aanbestedende dienst [...] besluiten om de procedure nietig te verklaren en een nieuwe aanbestedingsprocedure te beginnen omdat de overige regelmatige offertes niet voldoende aan de verwachtingen van de aanbestedende dienst beantwoorden. [...]. Dat dit mogelijkwjs het geval zal zijn, dient in dit verband te worden geacht te volstaan” (arresten Lombardi, punten 24, 28 en 29; PFE, punt 28, en Fastweb, punt 33). Die uitlegging vindt steun in leden 1 en 2 van artikel 2 bis van richtlijn 92/13, die voor inschrijvers die niet definitief zijn uitgesloten, voorzien in een recht van beroep tegen gunningsbesluiten (arrest ██████████ punten 56 en 58). Het kan met andere woorden niet worden uitgesloten dat de aanbestedende dienst, ook al wordt de offerte van verzoekster in het principale beroep onregelmatig bevonden, vaststelt dat het onmogelijk is om een andere regelmatige offerte te kiezen en bijgevolg een nieuwe aanbestedingsprocedure organiseert. Daaruit blijkt dat de verzoekster een legitiem belang heeft bij de uitsluiting van de offerte van de gekozen inschrijver en de herhaling van de aanbesteding.

- 20 De verwijzende rechter verzoekt om behandeling volgens de versnelde procedure van artikel 105 van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie, op grond 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, getuigt van ernstige onzekerheid over de omvang van de rechtsbescherming van de door het Unierecht erkende rechten, die met name in een essentiële sector als die van de aanbestedingen snel moet worden weggenomen, mede om consolidatie te voorkomen van nationale rechtspraak van rechters in laatste aanleg, die navolging dreigt te krijgen in tal van andere uitspraken.