



Datum van inontvangstneming : 26/06/2018

**Zaak C-333/18**

**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:**

23 maart 2018

**Verwijzende rechter:**

Consiglio di Stato (Italië)

**Datum van de verwijzingsbeslissing:**

14 februari 2018

**Verzoekende partij:**

██████████ Srl

**Verwerende partijen:**

Gemeente Auletta

Delta Lavori SpA

Msm Ingegneria Srl

**In tegenwoordigheid van:**

██████████ Costruzioni Srl

---

**Onderwerp van het hoofdgeding**

Beroep tegen de uitspraak van de Tribunale amministrativo regionale per la Campania - Sezione distaccata di Salerno (bestuursrechter in eerste aanleg Campanië, Salerno, Italië; hierna: „TAR Campania”) waarin het beroep van de onderneming ██████████ s.r.l., strekkende tot nietigverklaring van handelingen van de procedure voor de gunning van een opdracht voor de planning en de uitvoering van hydrogeologische saneringswerkzaamheden in het historische centrum van de gemeente Auletta, is verworpen. De door deze gemeente uitgeschreven aanbestedingsprocedure is afgesloten met de gunning van de opdracht aan de onderneming Delta Lavori s.p.a..

## **Doel en rechtsgrond van de prejudiciële verwijzing**

Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft het bestaan van een verplichting voor de rechter om het beroep van een inschrijver in een aanbestedingsprocedure te beoordelen indien, binnen dezelfde procedure, een incidenteel beroep is ingesteld door de inschrijver aan wie de opdracht is gegund, strekkende tot uitsluiting van de verzoekende partij in het hoofdgeding van deelname aan de aanbestedingsprocedure (het zogenaamde „exclusieve” incidentele beroep).

De verwijzende rechter verwijst in het bijzonder naar het arrest van het Hof van Justitie van 5 april 2016, ██████████ (C-689/13). In dit arrest bevestigt het Hof de verplichting, zoals zij deze in eerdere arresten heeft vastgesteld, om het principale beroep te beoordelen, ook als het „exclusief” incidenteel beroep is toegewezen. In de nationale jurisprudentie blijven echter twijfels bestaan of een dergelijke verplichting geldt als er sprake is van andere overgebleven inschrijvers in de aanbestedingsprocedure die niet in rechte zijn betrokken.

De verwijzende rechter wenst te vernemen of, in een dergelijk geval, de behandelende rechter in ieder geval het principale beroep moet beoordelen, dan wel alleen dan wanneer de in dat beroep gestelde gebreken in de inschrijvingen ook zijn terug te vinden bij de andere inschrijvers die niet in rechte zijn betrokken. Het laatste geval zou kunnen leiden tot een vervolgactie van de aanbestedende dienst die ertoe strekt dat de aanbestedingsprocedure nietig wordt verklaard en vervolgens opnieuw wordt uitgeschreven.

De verwijzende rechter vraagt bovendien of de rechter een beoordelingsmarge heeft bij het bepalen of verzoekster ten principale er concreet belang bij heeft dat de procedure wordt herhaald, en of, overeenkomstig het beginsel van procedurele autonomie, de lidstaten mogen bepalen op welke wijze dit concrete belang moet worden aangetoond, waarbij tegelijkertijd het recht op verdediging wordt gewaarborgd voor de overgebleven inschrijvers van de aanbestedingsprocedure die niet in rechte zijn betrokken.

## **Prejudiciële vraag**

„Moet artikel 1, lid 1, derde alinea, en lid 3, van richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 tot 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 richtlijn 2007/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007, aldus worden uitgelegd dat die bepaling toestaat dat, wanneer meerdere ondernemingen aan de aanbestedingsprocedure hebben deelgenomen en deze niet in rechte zijn betrokken (en hoe dan ook tegen de inschrijvingen van sommige van die ondernemingen geen beroep is ingesteld), het op grond van de procedurele autonomie van de lidstaten aan de rechter staat om te bepalen of het belang dat het in principale beroep is aangevoerd door de

■■■■■

inschrijver tegen wie een toewijsbaar geacht exclusief incidenteel beroep is ingesteld, concreet is, waarbij de rechter gebruik maakt van de procedurele instrumenten die ter beschikking staan van de rechtsorde en wel aldus dat er een evenwicht ontstaat tussen de bescherming van de genoemde subjectieve positie van partijen en de gevestigde nationale beginselen op het gebied van de door partijen gestelde eisen [art. 112 c.p.c. (codice di procedura civile: wetboek van burgerlijke rechtsvordering)] en het bewijs van het gestelde belang [art. 2697 cc (codice civile: burgerlijk wetboek)], die de subjectieve grenzen vormen van de uitspraak, welke uitsluitend geldt tussen de procespartijen en niet van toepassing kan zijn op de positie van partijen die niet in de procedure betrokken zijn (art. 2909 cc)?”

### **Aangevoerde bepalingen van Unierecht**

Richtlijn 89/665/EEG van de Raad, in het bijzonder artikel 1, leden 1 en 3.

### **Aangevoerde bepalingen van nationaal recht**

Artikel 112 c.p.c.; artikelen 2697 en 2909 cc.

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

- 1 Met een aankondiging van 29 juni 2015 heeft de gemeente Auletta (Salerno, Italië) een aanbestedingsprocedure uitgeschreven voor de planning en de uitvoering van hydrogeologische saneringswerkzaamheden in het historische centrum van de gemeente. Deze procedure is afgesloten met de gunning van de werkzaamheden aan onderneming Delta Lavori s.p.a., die als hoofdaannemer voor de werken de onderneming Msm Ingegneria s.r.l. heeft aangewezen.
- 2 De onderneming ■■■■■ s.r.l., die op de derde plaats in de definitieve rangorde is geëindigd, heeft beroep ingesteld bij de TAR Campania, waarbij de toelating tot de aanbestedingsprocedure van zowel de geselecteerde inschrijver als de als tweede op de definitieve rangorde geplaatste inschrijver, de A.T.I. (associazione temporanea di imprese, tijdelijk samenwerkingsverband) ■■■■■ costruzioni s.r.l. - ■■■■■ costruzioni s.r.l. wordt betwist. In dit verband is aangevoerd dat Delta Lavori uitgesloten had moeten worden van de aanbestedingsprocedure omdat de als hoofdaannemer aangewezen onderneming niet voldeed aan de vereisten zoals gesteld in de aanbestedingsprocedure, en de documentatie met betrekking tot de borgstelling niet was ingediend; voor wat betreft de als tweede geplaatste inschrijver wordt gesteld dat deze uitgesloten had moeten worden omdat de nevenondernemingen waarvan de tweede inschrijver had gesteld gebruik te zullen maken, niet aan de vereisten voor inschrijving voldeden.
- 3 Delta Lavori s.p.a. en Msm Ingegneria s.r.l. hebben zich gesteld en hebben verzocht dat het beroep werd verworpen. Delta Lavori s.p.a. heeft tevens een

„exclusief” incidenteel beroep ingesteld, waarbij de handelingen van de procedure worden aangevochten, stellende dat de oorspronkelijke verzoekende partij, ██████████ s.r.l., uitgesloten had moeten worden van de aanbestedingsprocedure aangezien deze partij in de loop van de aanbestedingsprocedure niet meer voldeed aan de vereisten voor inschrijving.

- 4 Bij vonnis van 16 maart 2017 heeft de TAR Campania primair uitspraak gedaan in het incidentele beroep van Delta Lavori s.p.a.. Het incidentele beroep is toegewezen en de aanbestedingsprocedure is onwettig verklaard voor zover de oorspronkelijke verzoekende partij, ██████████ s.r.l., daarbij niet is uitgesloten. Als gevolg van deze uitspraak is het principale beroep van die onderneming, wegens het ontbreken van belang, niet-ontvankelijk verklaard. Tegen deze uitspraak is hoger beroep ingesteld bij de Consiglio di Stato (hoogste bestuursrechter, Italië).

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

- 5 ██████████ s.r.l. stelt dat de bestreden uitspraak voorbijgaat aan de beginselen die door het Hof van Justitie van de Europese Unie in zijn arrest van 5 april 2016, ██████████ (C-689/13) zijn vastgesteld betreffende de beoordeling van het principale beroep en het incidentele beroep in eenzelfde geding waarin de procedure tot gunning van een overheidsopdracht aan de orde is. Naar stelling van ██████████ s.r.l. had de rechter, ook als het incidentele beroep toewijsbaar werd geacht, het principale beroep niettemin moeten beoordelen, aangezien de verzoekende partij ten principale er belang bij had dat de niet-uitsluiting van de geselecteerde inschrijver onrechtmatig werd verklaard: bij een dergelijke uitspraak had de aanbestedende dienst namelijk kunnen besluiten de aanbestedingsprocedure te annuleren en een nieuwe aanbestedingsprocedure uit te schrijven.
- 6 De Vijfde kamer van de Consiglio di Stato heeft vastgesteld dat er uiteenlopende rechtspraak bestaat binnen deze gerechtelijke instantie met betrekking tot de uitvoering van het ██████████ arrest. De verwijzende rechter vraagt zich in het bijzonder af of er een verplichting bestaat voor de rechter om het principale beroep van de uitgesloten inschrijver te beoordelen wanneer, enerzijds, het „exclusieve” incidentele beroep dat is ingediend door de geselecteerde inschrijver is toegewezen en de rechter anderzijds heeft vastgesteld dat in de aanbestedingsprocedure andere inschrijvers hebben geparticipeerd van wie de inschrijvingen niet zijn aangevochten en op wie de in het principale beroep gestelde gebreken van de procedure niet van toepassing zijn.
- 7 De Vijfde kamer van de Consiglio di Stato heeft deze kwestie voorgelegd aan de voltallige conferentie van deze rechterlijke instantie die, omdat er twijfel rees over het antwoord dat moet worden gegeven, heeft besloten de behandeling van de zaak te schorsen en het Hof van Justitie van de Europese Unie bovengenoemde prejudiciële vraag voor te leggen.

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

- 8 De verwijzende rechter merkt primair op dat er in de Italiaanse rechtsorde recentelijk nieuwe juridische constructies zijn ingevoerd, die gericht zijn op de uitvoering van het EU-beginsel van volledige en effectieve mededinging en, met name, van artikel 1 van richtlijn 89/665/EEG, zoals vervangen door artikel 1 van richtlijn 2007/66/EG, op grond waarvan de lidstaten moeten garanderen dat „tegen door de aanbestedende diensten genomen besluiten op doeltreffende wijze en vooral zo snel mogelijk beroep kan worden ingesteld”.
- 9 Een van deze juridische constructies is de machtiging die is verleend aan de „Autorità Nazionale Anticorruzione”<sup>1</sup>, welke op grond van artikel 211 van d.lgs. n. 50/2016 (hierna; „wetsbesluit nr. 50/2016”) mag opkomen tegen aankondigingen van aanbestedingsprocedures, andere algemene maatregelen en maatregelen met betrekking tot contracten met een aanzienlijk effect, wanneer zij van oordeel is dat de normen inzake overheidsopdrachten voor werken, diensten en leveringen worden geschonden. Daarnaast is het middel van de zogenaamde „supersnelle” procedure geïntroduceerd, zoals bepaald in artikel 204, lid 1, onder d), van wetsbesluit nr. 50/2016); deze procedure voorziet in een verplichting tot het onverwijld instellen van beroep tegen de bepalingen betreffende de identificatie van de tot de aanbestedingsprocedure toegelaten inschrijvers, waarbij de verzoekende partij wordt verplicht vóór de gunning alle gebreken te melden die relevant zijn voor de verificatiefase van de vereisten voor deelname aan de aanbestedingsprocedure.
- 10 Ondanks de inspanningen van de wetgever om zich te voegen naar de bepalingen van het Unierecht en de voortdurende dialoog van de bestuursrechtelijke instellingen met het Hof van Justitie, blijven enkele onzekerheden over bepaalde kwesties betreffende openbare aanbestedingen bestaan. Een van deze onzekerheden betreft de thematiek van de relatie tussen het principale beroep en het „exclusieve” incidentele beroep, met name gezien in het licht van artikel 1, lid 3 van richtlijn 89/665/EEG, dat bepaalt dat „de lidstaten [...] er zorg voor [dragen] dat beroepsprocedures, volgens modaliteiten die de lidstaten kunnen bepalen, op zijn minst toegankelijk zijn voor een ieder 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”. De twijfels betreffen met name de uitlegging die moet worden gegeven aan de verwijzing naar „een ieder die belang heeft of heeft gehad bij de gunning” in het geval dat de inschrijver is of had moeten worden uitgesloten van de aanbestedingsprocedure, en de verwijzing naar „bepaalde opdracht” wanneer deze inschrijver in wezen in het hoofdgeding een indirect voordeel beoogt, te weten de nietigverklaring, door de aanbestedende dienst, van de gehele aanbestedingsprocedure en het opnieuw uitschrijven ervan.

---

<sup>1</sup> ANAC: Italiaans onafhankelijk bestuursrechtelijk orgaan ter preventie van corruptie in het openbaar bestuur

- 11 In dit verband wijst de verwijzende rechter op de ontwikkeling van de jurisprudentie op dit punt, en in de eerste plaats op een uitspraak van de voltallige conferentie van de Consiglio di Stato (nummer 11/2008) waarin wordt geoordeeld dat de rechter, wat de primaire beoordeling en toewijzing ook moge zijn geweest (principaal beroep of incidenteel beroep), zich in ieder geval moet uitspreken over alle beroepen, om het belang bij de vaststelling van de onrechtmatigheid van het overheidshandelen van iedere onderneming bij het opnieuw uitschrijven van de aanbestedingsprocedure te waarborgen. Deze uitspraak hield rekening met de aanwijzingen van het Hof van Justitie in zijn arrest van 19 juni 2003, [REDACTED] (C-249/01), waarin het Hof verklaarde dat richtlijn 89/665/EEG zich ertegen verzet „dat aan een inschrijver die de rechtmatigheid wil betwisten van het besluit van de aanbestedende dienst waarbij zijn inschrijving niet als de meest voordelige is aangemerkt, de toegang tot de in deze richtlijn voorziene beroepsprocedures wordt geweigerd op grond dat zijn inschrijving reeds om andere redenen door de aanbestedende dienst had moeten worden uitgesloten en hij dus niet door de door hem gestelde onrechtmatigheid is of dreigt te worden gelaedeerd”.
- 12 Genoemde uitspraak van de voltallige conferentie is onderwerp geweest van kritiek, waarbij werd gewezen op de risico's dat de uitspraak een aanzuigende werking op beroepen kan hebben, dat er geen garantie is dat het primaire belang van de geselecteerde inschrijver van de aanbestedingsprocedure wordt gerespecteerd en dat de uitvoering van publieke werken extreem moeilijk wordt. Genoemde rechtsprekende instantie heeft, met uitspraak nummer 4 van 7 april 2011, bijgevolg geoordeeld dat de beoordeling van het „exclusieve” incidentele beroep vooraf dient te gaan aan de beoordeling van het principale beroep, en dat de toewijzing van dit incidentele beroep - waardoor de deelneming aan de aanbestedingsprocedure van de inschrijver die het principale beroep heeft ingesteld, onrechtmatig is -, leidt tot niet-ontvankelijkheid van dit beroep, zelfs in gevallen waarin de verzoekende partij ten principale een belang bij de vaststelling van de onrechtmatigheid van het overheidshandelen heeft aangegeven bij het opnieuw uitschrijven van de aanbestedingsprocedure.
- 13 Deze aanpak is bekritiseerd in de rechtsleer en in de rechtspraak, waarbij is opgemerkt dat de aanpak heeft geleid tot een verschillende behandeling van twee ondernemingen die dezelfde kwestie hebben voorgelegd, waarbij een onderneming niet-ontvankelijk is verklaard in zijn beroep en de andere onderneming de gunning behield waarvan werd gesteld dat deze niet rechtsgeldig is verkregen. Bij arrest van 4 juli 2013, Fastweb (C-100/12), heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat het recht op een effectieve rechterlijke bescherming vereist dat de rechter in het hoofdgeding gelijktijdig het principale beroep van de uitgesloten inschrijver behandelt, ook bij toewijzing van het incidentele beroep van de geselecteerde inschrijver, waarin gebreken in de offerte van de verzoekende partij ten principale worden gesteld welke kunnen leiden tot diens uitsluiting aan de aanbestedingsprocedure.

- 
- 14 De voltallige conferentie is teruggekomen op de kwestie en heeft de verplichting erkend om ook het principale beroep te behandelen, maar op voorwaarde dat het binnen dezelfde procedure valt, dat er slechts twee inschrijvers overgebleven zijn en dat de gestelde gebreken in beide offertes identiek zijn; echter, bij uitspraak van 5 april 2016, ■■■■■ (C-689/13), verklaarde het Hof van Justitie dat de beginselen in de Fastweb-uitspraak ook van toepassing zijn in het geval van een aanbestedingsprocedure met meer dan twee inschrijvers, waarbij bovendien is opgemerkt dat het belang van de verzoekende partij ten principale bij de behandeling van zijn beroep terug te voeren is tot de mogelijkheid dat de aanbestedende dienst besluit de gehele procedure te annuleren en over te gaan tot een nieuwe uitschrijving als zij kennis neemt van het bestaan van gebreken in zowel de offerte van de inschrijver aan wie de opdracht is gegund als in de offerte van de partij die de gunning betwist en in de andere offertes die tijdens de aanbestedingsprocedure zijn ingediend.
  - 15 Na het ■■■■■ arrest heeft het Hof van Justitie nog twee arresten over dit onderwerp gewezen. Met het arrest van 10 mei 2017, Archus (zaak C-131/16), heeft het Hof verklaard dat richtlijn 92/13 aldus moet worden uitgelegd dat in het geval waarin in een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht twee inschrijvingen zijn ingediend en de aanbestedende dienst twee simultane besluiten heeft vastgesteld – een besluit tot afwijzing van de offerte van de ene inschrijver en een besluit tot gunning van de opdracht aan de andere –, de uitgesloten inschrijver, die beroep instelt tegen die twee besluiten, om uitsluiting van de inschrijving van de opdrachtnemer moet kunnen verzoeken, zodat het begrip „bepaalde opdracht” in de zin van artikel 1, lid 3, van richtlijn 92/13 in voorkomend geval kan verwijzen naar de eventuele uitschrijving van een nieuwe procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht.
  - 16 In het arrest van 21 december 2016, Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich (C-355/15) heeft het Hof echter verklaard dat een inschrijver wiens offerte is uitgesloten door de aanbestedende dienst het recht kan worden ontzegd om beroep in te stellen tegen het besluit tot gunning van de opdracht, wanneer de uitspraak tot uitsluiting van die inschrijver is bevestigd door een besluit dat kracht van gewijsde had verkregen voordat de rechter bij wie het beroep tegen het besluit tot gunning van de opdracht hangend was, uitspraak deed, zodat de inschrijver moest worden beschouwd als definitief uitgesloten van de procedure voor de gunning van de aanbesteding in kwestie.
  - 17 In de huidige nationale rechtspraak staat vast dat in het geval dat er in de aanbestedingsprocedure slechts twee inschrijvers zijn overgebleven en ieder beroep instelt om de andere uit te sluiten, beide beroepen moeten worden behandeld. Bovendien wordt algemeen erkend dat deze oplossing eveneens dient te worden gekozen wanneer het principale beroep gronden bevat die, indien deze worden toegewezen, zouden leiden tot een heruitschrijving van de procedure, mits met dit beroep niet alleen de posities van de gekozen inschrijver en de overblijvende inschrijvers worden aangevochten, maar ook die van de overgebleven inschrijvers die op een slechtere positie op de ranglijst zijn geplaatst



of gronden worden aangevoerd met betrekking tot de aanbestedingsdocumenten die, indien gegrond, kunnen leiden tot ongeldigverklaring van de gehele aanbestedingsprocedure.

- 18 Er blijft evenwel onduidelijkheid bestaan in een situatie waarin, zoals in casu, de wederzijdse exclusieve beroepen niet gericht zijn op de positie van bepaalde resterende inschrijvende ondernemingen, zodat, zelfs indien de twee beroepen (principaal en incidenteel) behandeld en toegewezen zouden worden, er nog enkele inschrijvingen overblijven waartegen geen gronden zijn ingebracht. Daarnaast dient te gelden dat het principale beroep geen gronden bevat tegen de aanbestedingsdocumenten die gericht zouden zijn op het nietig verklaren van de gehele aanbestedingsprocedure.
- 19 Op dit punt zijn er twee uitleggingen. Volgens de ene opvatting zou het ██████ arrest ook in een dergelijk geval leiden tot de behandeling van het principale beroep aangezien het aantal deelnemers aan de aanbestedingsprocedure dan niet relevant zou zijn (en het feit dan enkelen van hen niet in rechte zijn betrokken ook niet), evenmin als de gronden van het beroep omdat de aanbestedende dienst het dan nog steeds aangewezen kan achten om, na uitsluiting van de geselecteerde inschrijvers, de inschrijvingen van de andere ondernemingen opnieuw in behandeling te nemen om te beoordelen of de gegrond verklaarde bezwaren op deze inschrijvingen van toepassing zijn en, eventueel, over te gaan tot een heruitschrijving van de aanbestedingsprocedure. Deze uitlegging heeft tot kritiek geleid omdat deze geen rekening houdt met de aanwijzingen van het arrest *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich*, waarin wordt bepaald dat de van de aanbestedingsprocedure uitgesloten inschrijver niet meer kan deelnemen aan de aanbestedingsprocedure indien de uitspraak tot uitsluiting in kracht van gewijsde is gegaan. De uitlegging gaat ook voorbij aan het feit dat de heroverweging en de annulering van de procedure door de aanbestedende dienst een zuiver hypothetische omstandigheid betreft, met als gevolg dat met betrekking tot het belang van de verzoekende partij ten principale niet wordt voldaan aan de vereisten van duidelijkheid en opportuniteit.
- 20 Volgens de tweede benadering zou het principale beroep alleen beoordeeld dienen te worden als de toewijzing ervan een voordeel oplevert, zelfs als dit slechts indirect en functioneel is, voor de verzoekende partij ten principale. Dit voordeel kan ook bestaan uit de latere heroverweging door de aanbestedende dienst van de inschrijvingen die hetzelfde gebrek vertonen als gesanctioneerd in de uitspraak, mits de rechter vaststelt dat de inschrijvingen van de resterende ondernemingen hetzelfde gebrek vertonen. Ook deze interpretatie is onderwerp van kritiek geweest, omdat deze lijkt in te druisen tegen de vaststellingen in het ██████ en voorbijgaat aan het feit dat, zelfs als na beoordeling van het incidentele en het principale beroep geoordeeld wordt dat alle overblijvende inschrijvingen, van ondernemingen die niet in rechte zijn betrokken, gebreken vertonen zoals gesanctioneerd, het nog immer een facultatieve beslissing van de aanbestedende dienst is om de aanbestedingsprocedure opnieuw uit te schrijven.

- 
- 21 Met verwijzing naar beide uitleggingen is er vervolgens op gewezen dat het onderzoek naar de „gemeenschappelijke gebreken” zoals gesteld in het principale beroep, alleen verricht dient te worden ten opzichte van de ondernemingen die niet in rechte zijn betrokken. Overeenkomstig het beginsel van de eis (artikel 112 cpc) en het leveren van bewijs (artikel 2697 cc), moet de verzoekende partij in het principale beroep aantonen dat de gestelde gebreken ook terug te vinden zijn in de overgebleven inschrijvingen en dat de heruitschrijving van de aanbestedingsprocedure een werkelijk realiseerbare mogelijkheid is. Het is daarom wenselijk dat de rechter het belang van de heruitschrijving van de aanbestedingsprocedure kan beoordelen en gebruik kan maken van de procedurele mogelijkheden welke zijn voorzien in de codice del processo amministrativo om hoor en wederhoor mogelijk te maken voor de overgebleven inschrijvers die niet in rechte zijn betrokken. Op deze manier zal de kracht van gewijsde (die op grond van artikel 2909 cc alleen geldt tussen de procespartijen) ook gelden voor de andere inschrijvers en, tegelijkertijd, zal de mogelijkheid van de heruitschrijving van de aanbestedingsprocedure zich verwezenlijken en niet hypothetisch blijven, wanneer is vastgesteld dat de gronden van het principale beroep gelijk zijn voor alle overgebleven inschrijvers.
- 22 Met betrekking tot de relevantie van de prejudiciële vraag voor de beslechting van het aanhangige geding, merkt de voltallige conferentie van de Consiglio di Stato op dat, in casu, meerdere ondernemingen hebben deelgenomen aan de aanbestedingsprocedure. Van deze ondernemingen zijn er vijf niet in rechte betrokken en deze inschrijvers zijn geplaatst op een lagere positie op de ranglijst dan de verzoekende partij ten principale. De rechter zou gehouden zijn het principale beroep te beoordelen wanneer vastgesteld zou worden dat dit een absolute verplichting is, of wanneer alleen de mogelijkheid van een interventie door de aanbestedende dienst in de aanbesteding hiertoe voldoende wordt geacht. Om te bepalen of principale beroep moet worden behandeld, zal de rechter in concreto moeten beoordelen of de in het principale beroep gestelde gebreken in de inschrijvingen ook gelden voor de overgebleven inschrijvers die niet in rechte zijn betrokken, als ervan wordt uitgegaan dat de verplichting tot behandeling van het principale beroep gekoppeld is aan de niet louter hypothetische mogelijkheid van een interventie door de aanbestedende dienst, die zal leiden tot het opnieuw uitschrijven van de aanbestedingsprocedure. In een dergelijk geval zou de aanbestedende dienst namelijk kunnen besluiten tot een handeling die tegemoet zou komen aan het belang bij de vaststelling van de onrechtmatigheid van het overheidshandelen van de verzoekende partij bij de uitspraak in het principale beroep.
- 23 De verwijzende rechter stelt dat de behandelende rechter, om redenen van consistentie met het nationale procedurele stelsel en het beginsel van procedurele autonomie dat is gebaseerd op het initiatief van partijen, het belang van de verzoekende partij in het principale beroep - dat wordt geraakt door het „exclusieve” incidentele beroep - bij de herhaling van de aanbesteding, in concreto dient te beoordelen en niet in abstracto. In dit verband zou het passend zijn aan de lidstaten de mogelijkheid toe te kennen om modaliteiten vast te stellen

om genoemd belang te kunnen aantonen, conform de beginselen inzake de bewijslast en van een bestaand en daadwerkelijk belang van de verzoekende partij, waarbij het recht op verdediging van de overgebleven inschrijvers die niet in rechte zijn betrokken, wordt gewaarborgd.

- 24 De voltallige conferentie verzoekt om toepassing van de versnelde procedure van artikel 105, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering, overwegende dat de voorgelegde vraag principieel van aard is en ziet op problematiek in de gangbare toepassing, dat het indienen van deze prejudiciële vraag kan leiden tot de opschorting van de behandeling van aanhangige zaken in afwachting van de beslissing van het Hof van Justitie, met ernstige schade aan de snelle geschillenbeslechting inzake aanbestedingsprocedures, en dat de aanbestedingsprocedure, onderwerp van het geschil, in hoge mate wordt beïnvloed door de beslissing van het Hof van Justitie.