



Datum van  
inontvangstneming

:

04/02/2014

**Zaak C-689/13**

**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:**

24 december 2013

**Verwijzende rechter:**

Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana (Italië)

**Datum van de verwijzingsbeslissing:**

26 september 2013

**Verzoekende partij:**

Puligienica Facility Esco SpA (PFE)

**Verwerende partij:**

Airgest SpA

**Andere partijen in de procedure:**

Gestione Servizi Ambientali srl (GSA)

Zenith Service Group srl

---

**Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding**

Beroep tegen een beslissing van het Tribunale amministrativo regionale della Sicilia (Palermo) (regionale administratieve rechtbank van Sicilië te Palermo; hierna: „TAR”) inzake een openbare aanbesteding van diensten.

**Voorwerp en rechtsgrondslag van het prejudiciële verzoek**

Artikel 267 VWEU

## Prejudiciële vragen

1. Zijn de beginselen die door het Hof van Justitie van de Europese Unie voor recht zijn verklaard in het arrest van 4 juli 2013, C-100/12, *Fastweb*, gelet op de specifieke situatie die in die zaak ingevolge een prejudiciële verwijzing aan de orde was en waarin slechts twee ondernemingen aan een procedure voor de gunning van een overheidsopdracht deelnamen, eveneens van toepassing, rekening ermee houdend dat de feiten in casu grotendeels dezelfde zijn, op de onderhavige zaak, waarin ondernemingen die een inschrijving hebben ingediend in het kader van de aanbestedingsprocedure – ook al zijn er meer dan twee ondernemingen toegelaten – door de aanbestedende dienst zijn afgewezen, zonder dat deze afwijzing door andere dan de in de onderhavige procedure optredende ondernemingen is aangevochten, waardoor het geding dat de onderhavige rechterlijke instantie in casu dient af te doen uiteindelijk slechts betrekking heeft op twee ondernemingen?

2. Strookt artikel 99, derde lid, van de *Codice del processo amministrativo* (Italiaanse wetboek betreffende het bestuursprocesrecht), in zoverre aangelegenheden aan de orde zijn waarover via de toepassing van het recht van de Europese Unie kan worden beslist, met de uitlegging die aan dit recht en inzonderheid aan artikel 267 VWEU moet worden gegeven, voor zover voornoemde [Italiaanse] procedurele bepaling voorschrijft dat elke Sezione of Collegio (afdeling of kamer) van de Consiglio di Stato gebonden is door alle beginselen rechtens die de Adunanza plenaria (grote kamer) van de Consiglio di Stato (Italiaanse raad van state) heeft geformuleerd, ook wanneer het duidelijk is dat deze Adunanza plenaria een beginsel heeft ontwikkeld – of kan hebben ontwikkeld – dat indruist tegen het recht van de Europese Unie of daarmee onverenigbaar is, waarbij met name de hiernavolgende vragen rijzen:

- Zijn de Sezione of het Collegio van de Consiglio di Stato die de zaak dienen af te doen, wanneer zij twijfels hebben over de conformiteit of de verenigbaarheid met het recht van de Europese Unie van een beginsel rechtens dat eerder door de Adunanza plenaria is vastgesteld, gehouden de in de beroepsprocedure aanhangige zaak bij een met redenen omklede beslissing naar laatstgenoemde instantie te verwijzen, in voorkomend geval zelfs vóórdat zij een verzoek om een prejudiciële beslissing betreffende de overeenstemming en de verenigbaarheid van het betrokken beginsel met het recht van de Unie aan het Hof van Justitie van de Europese Unie hebben kunnen voorleggen, dan wel kunnen – of beter gezegd moeten – voornoemde afdelingen en kamers van de Consiglio di Stato, als nationale rechterlijke instanties waarvan de beslissingen niet vatbaar zijn voor hoger beroep en die het recht van de Europese Unie dienen toe te passen, zich rechtstreeks en op onafhankelijke wijze tot het Hof van Justitie van de Europese Unie wenden teneinde de juiste uitlegging van dit recht te vernemen?

- Indien de vorige vraag aldus moet worden beantwoord dat de afdelingen en de kamers van de Consiglio di Stato zich rechtstreeks en onafhankelijk tot het Hof van Justitie van de Europese Unie kunnen – dan wel moeten – wenden met een prejudicieel verzoek, en dat dit alleszins het geval is wanneer het Hof van Justitie van de Europese Unie reeds heeft vastgesteld – a fortiori na een uitspraak van de Adunanza plenaria van de Consiglio di Stato – dat sprake is van een tegenstrijdigheid of een ontoereikende overeenstemming tussen de correcte uitlegging van het recht van de Unie en het door die grote kamer geformuleerde interne beginsel rechtens, kunnen of moeten die afdelingen en kamers van de Consiglio di Stato dan, als rechterlijke instanties in laatste aanleg die het recht van de Europese Unie moeten toepassen, zelf onverwijld het recht van de Europese Unie toepassen op basis van de door het Hof van Justitie van de Europese Unie verstrekte juiste uitlegging ervan, of moeten zij de zaak ook in dat geval niettemin bij een met redenen omklede beslissing naar de Adunanza plenaria verwijzen, waardoor de toepassing van het reeds op bindende wijze door het Hof van Justitie van de Europese Unie uitgelegde recht van de Unie aan de uitsluitende en discretionaire bevoegdheid van die grote kamer wordt overgelaten?
  
- Ten slotte, is de uitlegging van het bestuursprocesrecht van de Italiaanse Republiek volgens welke de eventuele beslissing over de voorlegging van een prejudicieel verzoek aan het Hof van Justitie van de Europese Unie, of ook enkel de uitspraak over de zaak zelf wanneer de afdoening daarvan rechtstreeks voortvloeit uit de toepassing van reeds door het Hof van Justitie van de Europese Unie ontwikkelde Unierechtelijke beginselen, aan de uitsluitende beoordeling van de Adunanza Plenaria moet worden overgelaten, niet alleen onverzoenbaar met het recht op een redelijke procestermijn en het beginsel van een snelle beëindiging van procedures betreffende overheidsopdrachten, maar ook met het vereiste dat het recht van de Unie door alle rechterlijke instanties van de lidstaten volledig en rechtstreeks op bindende wijze moet worden toegepast conform de juiste uitlegging ervan zoals die door het Hof van Justitie van de Europese Unie is gegeven, tevens bezien tegen de achtergrond van de doelstelling om de meest ruime toepassing te geven aan het beginsel van het „effet utile” en het beginsel van de voorrang van het recht van de Unie – zowel wat materiële als procedurele kwesties betreft – boven het interne recht van elke lidstaat (in casu: boven artikel 99, derde lid, van de Codice del processo amministrativo)?

### **Aangevoerde bepalingen van gemeenschapsrecht**

Artikelen 6, lid 1, en 19, lid 1, EU

Artikel 267 VWEU

Artikel 47, leden 1 en 2, van het Handvest voor de grondrechten van de Europese Unie.

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 richtlijn 2007/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007, inzonderheid artikel 1, leden 1 tot en met 3.

Arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 4 juli 2013, C-100/12, Fastweb (nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie).

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

In artikel 99, leden 3 en 4, van de Codice del processo amministrativo, met als opschrift „Verwijzing naar de grote kamer”, is het volgende bepaald:

„3. Wanneer een kamer waaraan een zaak is toegewezen, van oordeel is dat zij niet kan instemmen met een beginsel rechtens dat in de grote kamer is vastgesteld, verwijst zij bij een met redenen omklede beslissing de zaak naar deze grote kamer voor afdoening van het ingestelde beroep.

4. De grote kamer beslist op het volledige beroep, behalve indien zij het passend acht om enkel een beginsel rechtens te formuleren en de zaak voor het overige terug te verwijzen naar de verwijzende afdeling.”

### **Korte uiteenzetting van de feiten en de procedure in het hoofdgeding**

- 1 Airgest SpA (hierna: „Airgest”) is een onderneming die de civiele luchthaven van Trapani-Birgi beheert. Zij heeft een oproep gepubliceerd voor de openbare aanbesteding van diensten betreffende de reiniging en het onderhoud van bepaalde zones op deze luchthaven.
- 2 Inschrijvers op deze aanbesteding waren onder meer Puligienica Facility Esco SpA (hierna: „PFE”) en een tijdelijke joint venture (associazione temporanea di imprese) (hierna: „ATI”) bestaande uit Gestione Servizi Ambientali srl (hierna: „GSA”) en Zenith Service Group srl (hierna: „Zenith”).
- 3 De betrokken opdracht is toegewezen aan ATI.
- 4 Met het door haar bij het TAR della Sicilia (Palermo) ingestelde beroep heeft PFE verzocht om nietigverklaring van alle handelingen betreffende de aanbesteding die de toelating van ATI betroffen.

- 5 Ook GSA heeft, als leidende onderneming van ATI, met een bij diezelfde rechterlijke instantie ingesteld incidenteel beroep nietigverklaring gevorderd van alle handelingen betreffende de aanbesteding die de toelating van PFE betroffen.
- 6 Daarop is het TAR della Sicilia (Palermo) uitdrukkelijk afgeweken van een bindende aanbeveling die de Consiglio di Stato in beslissing nr. 4/2011 van 7 april 2011 heeft vastgesteld en heeft het beide beroepen toegewezen, zodat de maatregelen die het voorwerp van de respectieve geschillen uitmaakten, nietig zijn verklaard voor zover daartegen werd opgekomen.
- 7 In de voormelde beslissing had de Consiglio di Stato de bestuursrechters die zich moeten uitspreken over beroepen tegen beslissingen van TAR's op het gebied van openbare aanbestedingen voorgeschreven om zich te houden aan het beginsel rechtens dat in procedures in eerste aanleg waarin een principaal én een incidenteel beroep zijn ingesteld, het betrokken TAR het incidentele beroep eerst dient te onderzoeken en, indien dit beroep gegrond is, moet vaststellen dat geen uitspraak meer hoeft te worden gedaan over het principale beroep, zonder dat laatstgenoemd beroep ten gronde hoeft te worden onderzocht (aangezien het rechtens geen doel meer dient, daar het incidentele beroep is toegewezen).
- 8 Met het door haar bij de verwijzende rechter ingestelde hogere beroep verzoekt PFE om vernietiging van de beslissing van het TAR della Sicilia (Palermo) voor zover daarin de door PFE tegen het incidentele beroep van GSA opgeworpen exceptie van niet-ontvankelijkheid is afgewezen alsook twee middelen van dat beroep zijn toegewezen, en voorts haar schadevordering is afgewezen.
- 9 Via een incidenteel hoger beroep heeft ook GSA die beslissing betwist, wat de volgorde van behandeling van het principale beroep en het incidentele beroep door het TAR della Sicilia (Palermo) betreft, die volgens haar niet strookte met de voornoemde beginselen rechtens zoals deze door de Adunanza plenaria van de Consiglio di Stato waren vastgesteld.

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

- 10 Wat de eerste prejudiciële vraag betreft, roept de verwijzende rechter in herinnering dat het Hof van Justitie van de Europese Unie in het voormelde arrest van 4 juli 2013, C-100/12, Fastweb, heeft verklaard dat artikel 1, lid 3, van richtlijn 89/665 aldus moeten worden uitgelegd dat indien, in het kader van een beroepsprocedure, de inschrijver aan wie de opdracht is gegund en die incidenteel beroep heeft ingesteld, een exceptie van niet-ontvankelijkheid opwerpt op basis van het ontbreken van procesbevoegdheid van de inschrijver die het beroep heeft ingesteld, op grond dat de aanbestedende dienst de door deze inschrijver ingediende offerte had moeten uitsluiten omdat zij niet in overeenstemming was met de in het bestek omschreven technische specificaties, deze bepaling eraan in de weg staat dat dit beroep niet-ontvankelijk wordt verklaard ten gevolge van het voorafgaande onderzoek van deze exceptie van niet-ontvankelijkheid, zonder

uitspraak te doen over de vraag of zowel de offerte van de inschrijver aan wie de opdracht is gegund, als deze van de inschrijver die het principale beroep heeft ingesteld, overeenstemmen met deze technische specificaties.

- 11 Het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft aldus nagegaan in hoeverre de in punt 7 supra vermelde rechtspraak verenigbaar is met het recht van de Unie.
- 12 De feiten die aan het arrest Fastweb (C-100/12) ten grondslag lagen, betroffen echter een geval waarin slechts twee inschrijvers voor de gunning in aanmerking kwamen en welke inschrijvers met betrekking tot het voorwerp van hun vordering zowel optraden als de partij die het principale beroep als het incidentele beroep hadden ingesteld – waarbij de opdracht aan laatstgenoemde is toegewezen – aangezien beide op gelijke wijze beoogden de andere via gerechtelijke weg uit sluiten op grond dat hij niet voldeed aan de voor de offertes geldende minimumcriteria.
- 13 In de bij de verwijzende rechter aanhangige zaak zijn daarentegen meer dan twee gegadigden geselecteerd voor de eigenlijke aanbestedingsprocedure, ook al staan in het hoofdgeding dat tot de onderhavige zaak heeft geleid, slechts twee ondernemingen tegenover elkaar, zowel wat de procedure als de grond van de zaak betreft, namelijk PFE en GSA. Enkel deze twee ondernemingen zijn immers in rechte opgekomen (met een principaal respectievelijk een incidenteel beroep) in de procedure in eerste aanleg en in de procedure in hoger beroep, aangezien geen van de andere ondernemingen die in de loop van de aanbestedingsprocedure zijn uitgesloten, deze uitsluiting bestuurlijk of gerechtelijk hebben betwist.
- 14 De verwijzende rechter ziet zich dan ook genoopt om het Hof van Justitie van de Europese Unie te vragen of de in het arrest Fastweb (C-100/12) voor recht verklaarde beginsel kan – en moet – worden toegepast in de bij hem aanhangige zaak. Daar de kamers van de verwijzende rechter van de Consiglio di Stato afgesplitste afdelingen daarvan vormen, is ook de verwijzende rechter een rechterlijke instantie in laatste aanleg.
- 15 Wat de andere prejudiciële vragen betreft, is de verwijzende rechter van mening dat hij wordt geconfronteerd met een situatie waarin hij moet kiezen tussen de volgende mogelijke benaderingen: (1) geen rekening houden met het arrest Fastweb (C-100/12) en voorbijgaan aan de onzekerheid over de vraag of de in dat arrest ontwikkelde rechtspraak ook in de onderhavige zaak geldt, en er dus voor opteren om het geding zonder verdere vragen af te doen op basis van het voorschrift om bij voorrang het incidentele beroep te onderzoeken (doch daarbij het risico lopen dat aldus het recht van de Europese Unie wordt geschonden, dan wel (2) zich op het standpunt stellen dat ook in casu het in het arrest Fastweb voor recht verklaarde beginsel kan worden toegepast, vervolgens artikel 99, lid 3, van de Codice del processo amministrativo toepassen en bijgevolg de vraag of het in beslissing nr. 4/2011 van 7 april 2011 opgelegde richtsnoer ook voor de onderhavige zaak geldt, naar de Adunanza plenaria van de Consiglio di Stato

verwijzen, waarbij deze laatste erop wordt gewezen dat die benadering deels in strijd is met de in het arrest Fastweb van 4 juli 2013 (C-100/12) voor recht verklaarde beginselen.

- 16 Een en ander zou evenwel indruisen tegen de Unierechtelijke bepalingen die de uitlegging van het recht van de Unie voorbehouden aan het Hof van Justitie van de Europese Unie en alle in laatste aanleg zetelende rechterlijke instanties van de lidstaten in dit verband de verplichting opleggen om een prejudicieel verzoek in te dienen.