



## Jurisprudentie

ARREST VAN HET HOF (Grote kamer)

5 april 2016\*

„Prejudiciële verwijzing — Overheidsopdrachten voor diensten — Richtlijn 89/665/EEG — Artikel 1, leden 1 en 3 — Beroepsprocedures — Beroep tot nietigverklaring van het besluit tot gunning van een overheidsopdracht, ingesteld door een niet-gekozen inschrijver — Incidentele vordering van de gekozen inschrijver — Nationale rechtspraak op grond waarvan eerst de incidentele vordering moet worden onderzocht en, indien deze gegrond is, de principale vordering niet-ontvankelijk moet worden verklaard, zonder onderzoek ten gronde — Verenigbaarheid met het Unierecht — Artikel 267 VWEU — Voorrang van het Unierecht — Rechtsbeginsel dat is geformuleerd in een beslissing van de voltallige zitting van de hoogste administratieve rechterlijke instantie van een lidstaat — Nationale regeling volgens welke deze beslissing bindend is voor de kamers van deze rechterlijke instantie — Verplichting voor de kamer die zich over een kwestie van Unierecht moet uitspreken om, indien zij het niet eens is met de beslissing van de voltallige zitting, deze kwestie aan die zitting voor te leggen — Mogelijkheid of verplichting voor de kamer om het Hof te verzoeken om een prejudiciële beslissing”

In zaak C-689/13,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door de Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana (raad voor bestuursrechtspraak van de regio Sicilië, Italië) bij beslissing van 26 september 2013, ingekomen bij het Hof op 24 december 2013, in de procedure

**Puligienica Facility Esco SpA (PFE)**

tegen

**Airgest SpA,**

in tegenwoordigheid van:

**Gestione Servizi Ambientali Srl (GSA),**

**Zenith Services Group Srl (ZS),**

wijst

HET HOF (Grote kamer),

samengesteld als volgt: K. Lenaerts, president, R. Silva de Lapuerta, M. Ilešič, T. von Danwitz, J. L. da Cruz Vilaça, D. Šváby en F. Biltgen, kamerpresidenten, A. Rosas, E. Juhász (rapporteur), A. Borg Barthet, J. Malenovský, J.-C. Bonichot, C. Vajda, S. Rodin en K. Jürimäe, rechters,

\* Procestaal: Italiaans.

advocaat-generaal: M. Wathelet,

griffier: I. Illéssy en vervolgens V. Giacobbo-Peyronnel, administrateurs,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 11 maart 2015,

gelet op de opmerkingen van:

- Puligienica Facility Esco SpA (PFE), vertegenwoordigd door U. Ilardo, avvocato,
- Gestione Servizi Ambientali Srl (GSA) en Zenith Services Group Srl (ZS), vertegenwoordigd door D. Gentile en D. Galli, avvocati,
- de Italiaanse regering, vertegenwoordigd door G. Palmieri als gemachtigde, bijgestaan door S. Varone, avvocato dello Stato,
- de Europese Commissie, vertegenwoordigd door D. Recchia en A. Tokár als gemachtigden,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 23 april 2015,

gezien de beschikking van 16 juli 2015 tot heropening van de mondelinge behandeling en na de terechtzitting op 15 september 2015,

gelet op de opmerkingen van:

- de Italiaanse regering, vertegenwoordigd door G. Palmieri als gemachtigde, bijgestaan door S. Varone, avvocato dello Stato,
- de Nederlandse regering, vertegenwoordigd door M. Bulterman en J. Langer als gemachtigden,
- de Poolse regering, vertegenwoordigd door B. Majczyna als gemachtigde,
- de Europese Commissie, vertegenwoordigd door D. Recchia en A. Tokár als gemachtigden,

gehoord de aanvullende conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 15 oktober 2015,

het navolgende

### Arrest

- 1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van artikel 1, lid 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 (PB L 395, blz. 33), zoals gewijzigd bij richtlijn 2007/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007 (PB L 335, blz. 31; hierna: „richtlijn 89/665”), van artikel 267 VWEU en van de beginselen van voorrang en doeltreffendheid van het Unierecht.
- 2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen Puligienica Facility Esco SpA (PFE) (hierna: „PFE”) en Airgest SpA (hierna: „Airgest”), betreffende de vraag of de gunning door deze laatste onderneming van een overheidsopdracht voor diensten aan Gestione Servizi Ambientali Srl (GSA) (hierna: „GSA”) en aan Zenith Services Group Srl (ZS) rechtmatig is verlopen.

## Toepasselijke bepalingen

### *Unierecht*

- 3 Artikel 1 van richtlijn 89/665, „Toepassingsgebied en beschikbaarheid van beroepsprocedures”, luidt:

„1. Deze richtlijn is van toepassing op opdrachten als bedoeld in richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten [PB L 134, blz. 114], tenzij deze opdrachten overeenkomstig de artikelen 10 tot en met 18 van die richtlijn worden uitgesloten.

Tot de opdrachten in de zin van deze richtlijn behoren overheidsopdrachten, raamovereenkomsten, concessieovereenkomsten voor openbare werken en dynamische aankoopssystemen.

De lidstaten nemen met betrekking tot opdrachten die binnen de werkingssfeer van richtlijn [2004/18] 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 gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten of de nationale voorschriften waarin dat gemeenschapsrecht 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.

[...]”

- 4 Artikel 2, lid 1, van deze richtlijn bepaalt:

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

[...]

b) onwettig genomen besluiten nietig te verklaren dan wel nietig te doen verklaren [...];

[...]”

### *Italiaans recht*

- 5 De Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana (raad voor bestuursrechtspraak van de regio Sicilië) is ingesteld bij decreto legislativo n. 654 – Norme per l’esercizio nella Regione siciliana delle funzioni spettanti al Consiglio di Stato (wetsbesluit nr. 654 houdende de regels inzake de uitoefening van de functies van de raad van state in de regio Sicilië) van 6 mei 1948 (GURI nr. 135 van 12 juni 1948). Hij vervult in de regio Sicilië dezelfde adviserende en rechtsprekende functies als de Consiglio di Stato (raad van state).

6 Bij decreto legislativo n. 104 – Attuazione dell’articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo (wetsbesluit nr. 104 inzake de tenuitvoerlegging van artikel 44 van wet nr. 69 van 18 juni 2009 tot verlening van een delegatie aan de regering voor de reorganisatie van de administratieve procedure) van 2 juli 2010 (gewoon supplement bij GURI nr. 156 van 7 juli 2010) is het wetboek bestuursprocesrecht vastgesteld.

7 Artikel 6 van dit wetboek luidt als volgt:

„1 De Consiglio di Stato is de in laatste aanleg uitspraak doende bestuursrechter.

[...]

6. Hogere beroepen tegen de beslissingen van het Tribunale amministrativo regionale della Sicilia [administratieve rechtbank van de regio Sicilië] worden, overeenkomstig het bijzondere statuut en de bepalingen ter uitvoering daarvan, ingesteld bij de Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana.”

8 Artikel 42 van dat wetboek bepaalt in lid 1:

„Verweerders en interveniënten kunnen bij wege van een incidenteel beroep vorderingen instellen, mits deze – wat het nagestreefde belang betreft – verband houden met het principale beroep.”

9 Artikel 99 van ditzelfde wetboek luidt:

„1. Indien de kamer waaraan de zaak is toegewezen, vaststelt dat de aan haar voorgelegde rechtsvraag aanleiding heeft gegeven of kan geven tot uiteenlopende rechtspraak, kan zij deze zaak – bij een op verzoek van partijen of ambtshalve te geven beschikking – naar de voltallige zitting verwijzen. De voltallige zitting kan, indien zij dit opportuun acht, de stukken naar de kamer terugsturen.

2. Op verzoek van partijen of ambtshalve kan de voorzitter van de Consiglio di Stato iedere zaak, voordat uitspraak is gedaan, verwijzen naar de voltallige zitting voor een beslissing over zeer belangrijke principiële vragen dan wel ter beëindiging van divergentie in de rechtspraak.

3. Wanneer de kamer waaraan de zaak is toegewezen, van oordeel is dat zij niet kan instemmen met een rechtsbeginsel dat in voltallige zitting is geformuleerd, verwijst zij de zaak bij een met redenen omklede beschikking naar de voltallige zitting voor een beslissing over de zaak in kwestie.

4. In de voltallige zitting wordt het geding in zijn geheel beslecht, behalve indien het passend wordt geacht om enkel het rechtsbeginsel te formuleren en de zaak voor het overige terug te verwijzen naar de verwijzende kamer.

5. Indien de voltallige zitting de kwestie van bijzondere betekenis acht, kan zij in het belang van de wet hoe dan ook het rechtsbeginsel formuleren, ook al verklaart zij het beroep niet-ontvankelijk, oordeelt zij dat het geen doorgang kan vinden of beëindigt zij om een andere reden de procedure. In dat geval laat de beslissing van de voltallige zitting het bestreden besluit onverlet.”

10 In artikel 100 van het wetboek bestuursprocesrecht heet het:

„Tegen de beslissingen van de regionale bestuursrechtbanken kan beroep worden ingesteld bij de Consiglio di Stato, onverminderd de bevoegdheid van de Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana om kennis te nemen van beroepen tegen de beslissingen van het Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia.”

- 11 Decreto legislativo n. 373 – Norme di attuazione dello Statuto speciale della Regione siciliana concernenti l'esercizio nella regione delle funzioni spettanti al Consiglio di Stato (wetsbesluit nr. 373 houdende bepalingen ter uitvoering van het bijzondere statuut van de regio Sicilië, wat de uitoefening in deze regio betreft van de functies van de Consiglio di Stato) van 24 december 2003 (GURI nr. 10 van 14 januari 2004, blz. 4) bepaalt in artikel 1, lid 2, dat de kamers van de Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana functioneren als afgesplitste kamers van de Consiglio di Stato en in artikel 4, lid 3, dat de Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, op rechtsprekend gebied, als rechter in hoger beroep kennisneemt van de beroepen tegen de beslissingen van het Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia.

### **Hoofdgeding en prejudiciële vragen**

- 12 Bij aankondiging van 18 januari 2012 heeft Airgest, de onderneming die de civiele luchthaven van Trapani Birgi (Italië) beheert, een openbare aanbesteding uitgeschreven voor de gunning van diensten betreffende de reiniging en het onderhoud van de groenvoorzieningen van deze luchthaven voor een periode van drie jaar. De waarde van deze opdracht bedroeg 1 995 496,35 EUR (exclusief belasting over de toegevoegde waarde) en er was bepaald dat de opdracht zou worden gegund aan de inschrijver met de economisch meest voordelige inschrijving. Bij een definitief gunningsbesluit van 22 mei 2012 is de opdracht gegund aan een uit GSA en Zenith Services Group Srl (ZS) bestand consortium.
- 13 PFE, die ook aan de procedure had deelgenomen en als tweede was gerangschikt, heeft bij het Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia een beroep ingesteld, waarmee zij met name verzocht dat het gunningsbesluit nietig zou worden verklaard en dat de opdracht bijgevolg aan haar zou worden gegund en dat de betreffende overeenkomst zou worden gesloten. De andere inschrijvers hebben het gunningsbesluit niet bestreden.
- 14 GSA, die de leiding heeft over het consortium waaraan de opdracht is toegewezen, heeft in het geding geïntervenieerd en heeft een incidenteel beroep ingesteld, waarmee zij betoogde dat PFE – verzoekster ten principale – geen belang had bij de voortzetting van haar beroep, aangezien zij niet voldeed aan de voorwaarden om een offerte te mogen indienen en haar inschrijving dus had moeten worden geweerd. Het Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia heeft de argumenten van beide partijen onderzocht en beide vorderingen toegewezen. Na die beslissing heeft Airgest, in haar hoedanigheid van aanbestedende dienst, de twee verzoekende partijen en alle andere inschrijvers die aanvankelijk in de rangschikking waren opgenomen uitgesloten, aangezien hun respectieve offertes niet voldeden aan de eisen van het bestek. Geen van de andere inschrijvers heeft een beroep tegen het gunningsbesluit ingesteld. Vervolgens is een nieuwe procedure voor de gunning van de betrokken opdracht ingeleid, ditmaal een procedure van gunning via onderhandelingen.
- 15 PFE heeft tegen het vonnis van het Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia hoger beroep ingesteld bij de Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana. GSA heeft bij deze rechter een incidenteel hoger beroep ingesteld, waarmee zij met name betoogde dat het Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia de door de Consiglio di Stato in zijn arrest nr. 4 van 7 april 2011 (voltallige zitting) geformuleerde beginselen inzake de volgorde waarin vorderingen moeten worden onderzocht, niet had nageleefd, aangezien het de middelen van het principale beroep had onderzocht. Volgens dat arrest moet het incidentele beroep namelijk eerst worden onderzocht, dus vóór het principale beroep, wanneer met dit incidentele beroep wordt betoogd dat het principale beroep niet-ontvankelijk is. In de nationale rechtsorde wordt een dergelijk incidenteel beroep aangemerkt als „exclusief” of „verlammend” omdat de aangezochte rechter, indien hij vaststelt dat dit beroep gegrond is, het principale beroep niet-ontvankelijk moet verklaren zonder het ten gronde te onderzoeken.

- 16 De verwijzende rechter merkt op dat het Hof in het arrest *Fastweb* (C-100/12, EU:C:2013:448), dat is gewezen nadat de Consiglio di Stato in voltallige zitting het voornoemde arrest had gewezen, heeft geoordeeld dat artikel 1, lid 3, van richtlijn 89/665 aldus moet worden uitgelegd dat het zich verzet tegen de in dat nationale arrest geformuleerde beginselen, die in het vorige punt zijn uiteengezet. De zaak die aanleiding heeft gegeven tot het arrest *Fastweb* (C-100/12, EU:C:2013:448) betrof twee inschrijvers die door de aanbestedende dienst waren geselecteerd en waren uitgenodigd om offertes in te dienen. Nadat de inschrijver wiens offerte niet was gekozen een beroep had ingesteld, had de gekozen inschrijver een incidenteel beroep ingesteld, waarmee hij betoogde dat de niet-gekozen offerte had moeten worden uitgesloten omdat zij niet voldeed aan een van de in het bestek vermelde minimumvereisten.
- 17 De verwijzende rechter vraagt zich in de eerste plaats af of de uitlegging die het Hof in het arrest *Fastweb* (C-100/12, EU:C:2013:448) heeft gegeven, ook geldt in de onderhavige zaak, aangezien in de zaak die aanleiding heeft gegeven tot dat arrest twee ondernemingen een offerte hadden ingediend, en deze twee ondernemingen tegengestelde belangen hadden in het kader van het principale beroep tot nietigverklaring dat was ingesteld door de niet-gekozen inschrijver en het incidentele beroep dat was ingesteld door de gekozen inschrijver, terwijl er in de onderhavige zaak meer dan twee ondernemingen een offerte hebben ingediend, ook al hebben slechts twee onder hen een beroep ingesteld.
- 18 In de tweede plaats wijst de verwijzende rechterlijke instantie erop dat zij overeenkomstig artikel 1, lid 2, van wetsbesluit nr. 373 van 24 december 2003 houdende bepalingen ter uitvoering van het bijzondere statuut van de regio Sicilië, wat de uitoefening in deze regio betreft van de functies van de Consiglio di Stato, een kamer van de Consiglio di Stato is en dat zij als zodanig een rechterlijke instantie is waarvan de beslissingen volgens het nationale recht niet vatbaar zijn voor hoger beroep in de zin van artikel 267, derde alinea, VWEU. Op grond van de procedureregels van artikel 99, lid 3, van het wetboek bestuursprocesrecht is zij evenwel gehouden om de rechtsbeginselen toe te passen die de Consiglio di Stato in voltallige zitting heeft geformuleerd, zelfs in verband met kwesties die een uitlegging of toepassing van het Unierecht behelzen, dit onder voorbehoud van de mogelijkheid voor de kamer om, indien zij toch van die beginselen wil afwijken, de betrokken kwestie opnieuw voor te leggen aan de voltallige zitting en deze te verzoeken haar rechtspraak dienaangaande aan te passen.
- 19 Onder verwijzing naar het feit dat arrest nr. 4 van de voltallige zitting van de Consiglio di Stato van 7 april 2011 op dit punt in tegenspraak is met het arrest *Fastweb* (C-100/12, EU:C:2013:448), verklaart de verwijzende rechter dat de in het vorige punt beschreven procedurele verplichting, indien zij ook van toepassing zou zijn op kwesties van Unierecht, onverenigbaar zou zijn met het beginsel dat het Hof bij uitsluiting bevoegd is om het Unierecht uit te leggen en met de verplichting voor alle in laatste aanleg uitspraak doende rechters van de lidstaten om aan het Hof prejudiciële vragen te stellen wanneer bij hen vragen over de uitlegging van het Unierecht worden opgeworpen.
- 20 Gelet op deze overwegingen heeft de Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:
- „1) Zijn de beginselen die het Hof van Justitie heeft geformuleerd in het arrest [*Fastweb* (C-100/12, EU:C:2013:448)], gelet op de specifieke situatie die aan de orde was in die prejudiciële zaak, waarin slechts twee ondernemingen aan een procedure voor de gunning van een overheidsopdracht hadden deelgenomen, eveneens van toepassing, rekening ermee houdend dat de feiten in casu grotendeels dezelfde zijn, op de onderhavige zaak, waarin de ondernemingen die een inschrijving hebben ingediend in het kader van de aanbestedingsprocedure – ook al waren er meer dan twee ondernemingen toegelaten – door de aanbestedende dienst allemaal zijn afgewezen, zonder dat deze afwijzing door andere dan de in de onderhavige procedure optredende ondernemingen is aangevochten, waardoor het geding waarin de verwijzende rechterlijke instantie in casu uitspraak dient te doen, feitelijk slechts betrekking heeft op twee ondernemingen?

- 2) Strookt artikel 99, lid 3, van het wetboek bestuursprocesrecht, in zoverre aangelegenheden aan de orde zijn waarover via de toepassing van het Unierecht 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 kamer of afdeling van de Consiglio di Stato gebonden is aan alle rechtsbeginselen die de Consiglio di Stato in voltallige zitting heeft geformuleerd, ook wanneer het duidelijk is dat deze voltallige zitting een beginsel heeft ontwikkeld – of kan hebben ontwikkeld – dat indruist tegen het Unierecht of daarmee onverenigbaar is, waarbij met name de hiernavolgende vragen rijzen:
- Is de kamer of afdeling van de Consiglio di Stato die de zaak dient te behandelen, wanneer zij twijfels heeft over de conformiteit of de verenigbaarheid met het Unierecht van een rechtsbeginsel dat eerder door de voltallige zitting is geformuleerd, gehouden de in de beroepsprocedure aanhangige zaak bij een met redenen omklede beschikking naar laatstgenoemde formatie te verwijzen, in voorkomend geval zelfs voordat zij een verzoek om een prejudiciële beslissing betreffende de overeenstemming en de verenigbaarheid van het betrokken beginsel met het Unierecht aan het Hof van Justitie heeft kunnen voorleggen, dan wel kan – of beter gezegd moet – de voornoemde kamer of afdeling van de Consiglio di Stato, als nationale rechterlijke instantie die in laatste aanleg uitspraak doet en die het Unierecht dient toe te passen, zich rechtstreeks en op onafhankelijke wijze tot het Hof van Justitie wenden teneinde de juiste uitlegging van dit recht te vernemen?
  - Indien de [in het vorige streepje vermelde vraag] aldus moet worden beantwoord dat de afdelingen en de kamers van de Consiglio di Stato zich rechtstreeks tot het Hof van Justitie kunnen – dan wel moeten – wenden met een verzoek om een prejudiciële beslissing, of in ieder geval waarin het Hof van Justitie reeds heeft vastgesteld – a fortiori na een uitspraak van de Consiglio di Stato in voltallige zitting – dat sprake is van een tegenstrijdigheid of een ontoereikende overeenstemming tussen de correcte uitlegging van het Unierecht en het door die voltallige zitting geformuleerde interne rechtsbeginsel, kunnen of moeten die afdelingen en kamers van de Consiglio di Stato dan, als rechterlijke instanties in laatste aanleg die het Unierecht moeten toepassen, zelf onverwijld het Unierecht toepassen op basis van de door het Hof van Justitie verstrekte juiste uitlegging ervan, of moeten zij de zaak ook in dat geval niettemin bij een met redenen omklede beschikking naar de voltallige zitting verwijzen, waardoor de toepassing van het reeds op bindende wijze door het Hof van Justitie uitgelegde Unierecht aan de uitsluitende beoordeling en toetsing door die voltallige zitting wordt overgelaten?
  - Ten slotte, is de uitlegging van het bestuursprocesrecht van de Italiaanse Republiek volgens welke de eventuele beslissing tot een prejudiciële verwijzing naar het Hof van Justitie – of ook enkel de uitspraak over de zaak zelf, wanneer de beslechting daarvan rechtstreeks voortvloeit uit de toepassing van reeds door het Hof van Justitie ontwikkelde Unierechtelijke beginselen – aan de uitsluitende beoordeling van de voltallige zitting moet worden overgelaten, naast het feit dat zij onverenigbaar is met het beginsel van de redelijke duur van de procedure en van een snelle beslechting van procedures betreffende de gunning van overheidsopdrachten, ook onverenigbaar met het vereiste dat het Unierecht door alle rechterlijke instanties van de lidstaten volledig en onmiddellijk op bindende wijze wordt toegepast conform de juiste uitlegging ervan zoals die door het Hof van Justitie is gegeven, tevens bezien tegen de achtergrond van de doelstelling om de meest ruime toepassing te geven aan het beginsel van ‚nuttige werking’ en het beginsel van de voorrang van het Unierecht – zowel wat materiële als procedurele kwesties betreft – boven het interne recht van elke lidstaat (in casu boven artikel 99, lid 3, van het Italiaanse wetboek bestuursprocesrecht)?”

*Eerste vraag*

- 21 Met deze vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 1, lid 1, derde alinea, en lid 3, van richtlijn 89/665 aldus moet worden uitgelegd dat het zich ertegen verzet dat een principaal beroep dat is ingesteld door een inschrijver die belang heeft bij de gunning van een bepaalde opdracht en die zijns inziens is of dreigt te worden geschaad door een schending van het Unierecht op het gebied van overheidsopdrachten of de regels ter uitvoering van dat recht, en dat strekt tot uitsluiting van een andere inschrijver, niet-ontvankelijk wordt verklaard op grond van nationale procedureregels volgens welke het door die andere inschrijver ingestelde incidentele beroep bij voorrang moet worden onderzocht.
- 22 De verwijzende rechter wenst in het bijzonder te vernemen of de door het Hof in het arrest *Fastweb* (C-100/12, EU:C:2013:448) aan artikel 1, lid 3, van richtlijn 89/665 gegeven uitlegging ook geldt ingeval de ondernemingen die aan de betrokken aanbestedingsprocedure hebben deelgenomen door de aanbestedende dienst allemaal zijn afgewezen zonder dat deze afwijzing is aangevochten door andere ondernemingen dan de twee die optreden in het hoofdeding, ook al waren er eerst meer dan twee ondernemingen tot die procedure toegelaten.
- 23 In dit verband moet in herinnering worden gebracht dat beroepen tegen beslissingen van een aanbestedende dienst volgens artikel 1, lid 1, derde alinea, en lid 3, van deze richtlijn 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.
- 24 In punt 33 van het arrest *Fastweb* (C-100/12, EU:C:2013:448) heeft het Hof geoordeeld dat de incidentele vordering 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 concurrenten een gelijkwaardig legitiem belang bij de uitsluiting van de inschrijving van de anderen aanvoeren, wat kan leiden tot de vaststelling dat de aanbestedende dienst geen regelmatige inschrijving kan selecteren.
- 25 In punt 34 van dat arrest heeft het Hof artikel 1, lid 3, van richtlijn 89/665 bijgevolg aldus uitgelegd dat het zich ertegen verzet dat de vordering van een niet-gekozen inschrijver niet-ontvankelijk wordt verklaard na het voorafgaand onderzoek van de exceptie van niet-ontvankelijkheid die de gekozen inschrijver in het kader van het door hem ingestelde incidentele beroep heeft opgeworpen, zonder dat uitspraak is gedaan over de vraag of de twee betrokken inschrijvingen conform zijn aan de specificaties uit het bestek.
- 26 Dat arrest vormt een concrete toepassing van de in punt 23 hierboven aangehaalde Unierechtelijke vereisten in omstandigheden waarin twee inschrijvers na een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht allebei een beroep instellen om de ander te laten uitsluiten.
- 27 In een dergelijke situatie heeft elk van beide inschrijvers belang bij de gunning van een bepaalde opdracht. Ten eerste kan de uitsluiting van de ene inschrijver er immers toe leiden dat de opdracht direct aan de andere inschrijver wordt gegund in het kader van dezelfde procedure. Ten tweede kan, ingeval beide inschrijvers worden uitgesloten en er een nieuwe voor de plaatsing van de overheidsopdracht wordt geopend, elk van de inschrijvers opnieuw deelnemen en aldus indirect de opdracht toebedeeld krijgen.
- 28 De – in de punten 24 en 25 hierboven in herinnering geroepen – uitlegging die het Hof in zijn arrest *Fastweb* (C-100/12, EU:C:2013:448) heeft gegeven, is ook toepasselijk in een context als die van het hoofdeding. Elk van de partijen bij het geding heeft immers een gelijkwaardig legitiem belang bij de uitsluiting van de offerte van de andere inschrijvers. Voorts is het, zoals de advocaat-generaal in



punt 37 van zijn conclusie heeft aangevoerd, niet uitgesloten 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 maakt, wat ertoe zou kunnen leiden dat een nieuwe procedure moet worden gestart.

- 29 Het aantal deelnemers aan de procedure voor de plaatsing van de betrokken overheidsopdracht, het aantal deelnemers dat een beroep heeft ingesteld, en het feit dat deze laatsten uiteenlopende gronden hebben aangevoerd, zijn niet relevant voor de toepassing van het in de rechtspraak, en meer in het bijzonder in het arrest *Fastweb* (C-100/12, EU:C:2013:448), ontwikkelde beginsel.
- 30 Gelet op een en ander moet op de eerste vraag worden geantwoord dat artikel 1, lid 1, derde alinea, en lid 3, van richtlijn 89/665 aldus moet worden uitgelegd dat het zich ertegen verzet dat een principaal beroep dat is ingesteld door een inschrijver die belang heeft bij de gunning van een bepaalde opdracht en die zijns inziens is of dreigt te worden geschaad door een schending van het Unierecht op het gebied van overheidsopdrachten of de regels ter uitvoering van dat recht, en dat strekt tot uitsluiting van een andere inschrijver, niet-ontvankelijk wordt verklaard op grond van nationale procedureregels volgens welke het door die andere inschrijver ingestelde incidentele beroep bij voorrang moet worden onderzocht.

### *Tweede vraag*

#### Eerste onderdeel

- 31 Met het eerste onderdeel van zijn tweede vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 267 VWEU aldus moet worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een bepaling van nationaal recht, voor zover deze aldus wordt uitgelegd dat een kamer van een in laatste aanleg uitspraak doende rechterlijke instantie die zich moet uitspreken over een kwestie betreffende de uitlegging of de geldigheid van het Unierecht, deze kwestie aan de voltallige zitting van deze rechterlijke instantie moet voorleggen wanneer zij het niet eens is met de lijnen die deze voltallige zitting in een beslissing heeft uitgezet, en aldus hierover geen prejudiciële vraag aan het Hof kan stellen.
- 32 Zoals het Hof reeds herhaaldelijk heeft geoordeeld, hebben de nationale rechterlijke instanties de meest uitgebreide bevoegdheid om het Hof vragen te stellen over de uitlegging van de relevante bepalingen van het Unierecht (zie in die zin arrest *Rheinmühlen-Düsseldorf*, 166/73, EU:C:1974:3, punt 3) en gaat het bij de rechterlijke instanties die in laatste aanleg uitspraak doen niet om een mogelijkheid maar om een verplichting, onder voorbehoud van de in de rechtspraak van het Hof erkende uitzonderingen (zie in die zin arrest *Cilfit e.a.*, 283/81, EU:C:1982:335, punt 21 en dictum). Een regel van nationaal recht mag een nationale rechterlijke instantie niet beletten om gebruik te maken van die mogelijkheid (zie in die zin arresten *Rheinmühlen-Düsseldorf*, 166/73, EU:C:1974:3, punt 4; *Melki en Abdeli*, C-188/10 en C-189/10, EU:C:2010:363, punt 42, en *Elchinov*, C-173/09, EU:C:2010:581, punt 27) dan wel te voldoen aan die verplichting.
- 33 Zowel deze mogelijkheid als deze verplichting is immers inherent aan het bij artikel 267 VWEU ingevoerde stelsel van samenwerking tussen de nationale rechters en het Hof, en aan de bij dit voorschrift aan de nationale rechters toebedeelde taak om het Unierecht toe te passen.
- 34 Een nationale rechter die van oordeel is dat in een bij hem aanhangige zaak een kwestie betreffende de uitlegging of de geldigheid van het Unierecht aan de orde is, heeft dus – afhankelijk van het geval – ofwel de mogelijkheid ofwel de verplichting om het Hof een prejudiciële vraag te stellen, en de nationale wetgeving of rechtspraak kan niet in de weg staan aan het gebruik van deze mogelijkheid of de nakoming van deze verplichting.

- 35 In casu kan een regel van nationaal recht een kamer van een in laatste aanleg uitspraak doende rechterlijke instantie die een vraag in verband met de uitlegging van richtlijn 89/665 moet beantwoorden, niet beletten om een prejudicieel verzoek in te dienen bij het Hof.
- 36 Gelet op een en ander moet op het eerste onderdeel van de tweede vraag worden geantwoord dat artikel 267 VWEU aldus moet worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een bepaling van nationaal recht, voor zover deze aldus wordt uitgelegd dat een kamer van een in laatste aanleg uitspraak doende rechterlijke instantie die zich moet uitspreken over een kwestie betreffende de uitlegging of de geldigheid van het Unierecht, deze kwestie aan de voltallige zitting van deze rechterlijke instantie moet voorleggen wanneer zij het niet eens is met de lijnen die deze voltallige zitting in een beslissing heeft uitgezet, en aldus daarover geen prejudiciële vraag aan het Hof kan stellen.

#### Tweede en derde onderdeel

- 37 Met het tweede en het derde onderdeel van de tweede vraag, die samen dienen te worden onderzocht, wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 267 VWEU aldus moet worden uitgelegd dat hij, nadat hij het antwoord van het Hof op een door hem gestelde vraag inzake de uitlegging van het Unierecht heeft ontvangen of wanneer deze vraag reeds duidelijk is beantwoord in de rechtspraak van het Hof, zelf al het nodige moet doen om ervoor te zorgen dat het Unierecht op de aldus uitgelegde manier wordt toegepast.
- 38 In dit verband moet in herinnering worden geroepen dat een prejudicieel arrest van het Hof de nationale rechter bindt bij de beslechting van het hoofdgeding, wat de uitlegging of de geldigheid van de betrokken handelingen van instellingen van de Unie betreft (zie arrest *Elchinov*, C-173/09, EU:C:2010:581, punt 29 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Bijgevolg is de nationale rechter die als rechter in laatste aanleg heeft voldaan aan zijn verplichting om het Hof krachtens artikel 267, derde alinea, VWEU een prejudiciële vraag te stellen, voor de beslechting van het hoofdgeding gebonden aan de door het Hof gegeven uitlegging van de betrokken bepalingen, en moet hij in voorkomend geval de nationale rechtspraak terzijde schuiven indien hij van mening is dat deze niet strookt met het Unierecht (zie in die zin arrest *Elchinov*, C-173/09, EU:C:2010:581, punt 30).
- 39 Ook dient eraan te worden herinnerd dat zou worden afgedaan aan de nuttige werking van artikel 267 VWEU indien de nationale rechter werd verhinderd om het Unierecht onmiddellijk in overeenstemming met de beslissing of de rechtspraak van het Hof uit te leggen (zie in die zin arrest *Simmenthal*, 106/77, EU:C:1978:49, punt 20).
- 40 De nationale rechter die in het kader van zijn bevoegdheid belast is met de toepassing van het Unierecht, is verplicht zorg te dragen voor de volle werking van deze normen en moet daarbij zo nodig, op eigen gezag, elke strijdige bepaling van de – zelfs latere – nationale wetgeving buiten toepassing laten, zonder dat hij de voorafgaande opheffing hiervan via de wetgeving of enige andere constitutionele procedure hoeft te vragen of af te wachten (zie in de eerste plaats arrest *Simmenthal*, 106/77, EU:C:1978:49, punten 21 en 24, en laatstelijk arrest *A*, C-112/13, EU:C:2014:2195, punt 36 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 41 Elke bepaling van een nationale rechtsorde en elke wetgevende, bestuurlijke of rechterlijke praktijk die ertoe zou leiden dat aan de doeltreffendheid van het Unierecht wordt afgedaan doordat aan de voor de toepassing van dit Unierecht bevoegde rechter de bevoegdheid wordt ontzegd daarbij terstond al het nodige te doen om toepassing te onthouden aan de nationale wettelijke bepalingen die de volle werking van de Unieregels zouden kunnen verhinderen, is immers onverenigbaar met de vereisten die in de eigen aard van het Unierecht besloten liggen (zie arresten *Simmenthal*, 106/77, EU:C:1978:49, punt 22, en *A*, C-112/13, EU:C:2014:2195, punt 37 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

- 42 Gelet op een en ander moet op het tweede en het derde onderdeel van de tweede vraag worden geantwoord dat artikel 267 VWEU aldus moet worden uitgelegd dat een kamer van een in laatste aanleg uitspraak doende rechterlijke instantie, nadat zij het antwoord van het Hof op een door haar gestelde vraag inzake de uitlegging van het Unierecht heeft ontvangen of wanneer deze vraag reeds duidelijk is beantwoord in de rechtspraak van het Hof, zelf al het nodige moet doen om ervoor te zorgen het Unierecht op de aldus uitgelegde manier wordt toegepast.

### **Kosten**

- 43 Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de verwijzende rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof (Grote kamer) verklaart voor recht:

- 1) **Artikel 1, lid 1, derde alinea, en lid 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 richtlijn 2007/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007, moet aldus worden uitgelegd dat het zich ertegen verzet dat een principaal beroep dat is ingesteld door een inschrijver die belang heeft bij de gunning van een bepaalde opdracht en die zijns inziens is of dreigt te worden geschaad door een schending van het Unierecht op het gebied van overheidsopdrachten of de regels ter uitvoering van dat recht, en dat strekt tot uitsluiting van een andere inschrijver, niet-ontvankelijk wordt verklaard op grond van nationale procedureregels volgens welke het door die andere inschrijver ingestelde incidentele beroep bij voorrang moet worden onderzocht.**
- 2) **Artikel 267 VWEU moet aldus worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een bepaling van nationaal recht, voor zover deze aldus wordt uitgelegd dat een kamer van een in laatste aanleg uitspraak doende rechterlijke instantie die zich moet uitspreken over een kwestie betreffende de uitlegging of de geldigheid van het Unierecht, deze kwestie aan de voltallige zitting van deze rechterlijke instantie moet voorleggen wanneer zij het niet eens is met de lijnen die deze voltallige zitting in een beslissing heeft uitgezet, en aldus daarover geen prejudiciële vraag aan het Hof kan stellen.**
- 3) **Artikel 267 VWEU moet aldus worden uitgelegd dat een kamer van een in laatste aanleg uitspraak doende rechterlijke instantie, nadat zij het antwoord van het Hof van Justitie van de Europese Unie op een door haar gestelde vraag inzake de uitlegging van het Unierecht heeft ontvangen of wanneer deze vraag reeds duidelijk is beantwoord in de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie, zelf al het nodige moet doen om ervoor te zorgen het Unierecht op de aldus uitgelegde manier wordt toegepast.**

ondertekeningen