Сборник съдебна практика

ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ
M. WATHELET
представено на 23 април 2015 година [1]

Дело C-689/13

Puligienica Facility Esco SpA (PFE)
срещу
Airgest SpA

(Преюдициално запитване, отправено от Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana (Италия)

„Директива 89/665/ЕИО — Обществени поръчки — Жалба за отмяна на акта за възлагане на обществената поръчка — Насрещни жалби за оспорване на участието на неизбрани оференти в процедурата за възлагане на обществена поръчка — Изведено от съдебната практика национално правило, според което националният съд може да се произнесе по същността на главната жалба само в случай че насрещната жалба е неоснователна — Задължителен характер на принципите, прогласени от пленума на националната върховна административна юрисдикция дори в случай на несъответствие с правото на Съюза — Решение Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) — Член 267 ДФЕС — Предимство — Съответстващо тълкуване“

I – **Въведение**

1. Настоящото преюдициално запитване се отнася, от една страна, до тълкуването на член 1, параграф 3 от Директива 89/665/ЕИО на Съвета от 21 декември 1989 година относно координирането на законовите, подзаконовите и административните разпоредби, отнасящи се до прилагането на производства по обжалване при възлагането на обществени поръчки за доставки и за строителство [2], изменена с Директива 2007/66/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 11 декември 2007 г. [3] (наричана по-нататък „Директива 89/665“), и от друга страна, до тълкуването на член 267 ДФЕС, както и на принципите на предимство на правото на Съюза и на съответстващо тълкуване.

2. Преюдициалните въпроси, поставени от запитващата юрисдикция Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana (Съвет за административно правораздаване на регион Сицилия, Италия), се отнасят до два отделни правни проблема. Първият преюдициален въпрос е свързан с обхвата на решение Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), а вторият — с тълкуването на член 267 ДФЕС в хипотезата на национално законодателство, което задължава юрисдикцията да препрати делото на своя пленум при съмнение относно съответствието с правото на Съюза на прогласен от пленума правен принцип.

1 — Език на оригиналния текст: френски.

2 — ОВ L 395, стр. 33; Специално издание на български език, 2007 г., глава 6, том 1, стр. 237.

3 — ОВ L 335, стр. 31.

II – **Правна уредба**

А– *Правото на Съюза*

3. Член 1 от Директива 89/665, озаглавен „Приложно поле и наличие на процедури за преразглеждане“, гласи:

„1. Настоящата директива се прилага за поръчките, посочени в Директива 2004/18/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 31 март 2004 г. относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки за строителство, услуги и доставки (ОВ L 134, стр. 114; Специално издание на български език, 2007 г., глава 6, том 8, стр. 116 и поправка, ОВ L 182, 2008 г., стр. 282), освен ако такива поръчки не са изключени от приложното поле на директивата съобразно членове 10—18 от същата директива.

Поръчки по смисъла на настоящата директива включват обществени поръчки, рамкови споразумения, концесии за строителство и динамични системи за покупка.

Държавите членки предприемат необходимите мерки, за да осигурят, че по отношение на обществените поръчки, попадащи в приложното поле на Директива 2004/18/ЕО, решения, взети от възлагащите органи, могат да бъдат ефективно преразглеждани, и по-специално възможно най-бързо в съответствие с условията, предвидени в членове 2—2е от настоящата директива, на основание, че тези решения са нарушили правото на Общността в областта на обществените поръчки или националните норми, транспониращи това право.

[…]

3. Държавите членки гарантират достъпност до процедурите по преразглеждане съгласно подробни разпоредби, които държавите членки могат да установят, най-малко за всяко лице, имащо или имало интерес от получаването на определена обществена поръчка и на което е нанесена или рискува да бъде нанесена вреда от твърдяно нарушение.

[…]“.

4. Член 2 от тази директива, озаглавен „Изисквания относно процедурите за преразглеждане“, предвижда в параграф 1:

„Държавите членки гарантират, че мерките, приети относно процедурите за преразглеждане, уточнени в член 1, включват правомощия, които да позволяват:

[…]

б) да се отменят или да се осигури отмяната на решения, взети неправомерно […]“.

Б– *Италианското право*

1. Конституцията

5. Съгласно член 111, последна алинея от конституцията „срещу решенията на Consiglio di Stato […] се допуска подаването на касационна жалба на основания, свързани с компетентността“.

2. Административнопроцесуалният кодекс

6. Административнопроцесуалният кодекс е приет със Законодателен декрет № 104 от 2 юли 2010 г. (редовна притурка на GURI, бр. 156, 7 юли 2010 г.).

7. Според член 6, параграф 1 от този кодекс „Consiglio di Stato действа като последна съдебна инстанция по административни дела“. Параграф 6 от същия член уточнява и че „[ж]албите срещу решенията на Tribunale amministrativo regionale della Sicilia (Окръжен административен съд на Сицилия) се подават пред Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana при спазване на разпоредбите относно специалния статут и на съответните разпоредби за тяхното прилагане“.

8. Член 42 от посочения кодекс предвижда, че „[с] насрещна жалба ответниците и встъпилите страни могат да отправят искания, интересът от които е свързан с главното искане“.

9. Накрая, съгласно член 99 от кодекса:

„1. Ако съставът, на който е разпределена жалбата, констатира, че разглежданият правен въпрос е породил или може да породи противоречива съдебна практика, по искане на страните или служебно той може с определение да препрати жалбата на пленума. Ако счита за уместно, пленумът може да върне документите по делото на състава.

2. Преди постановяването на решение, по искане на страните или служебно председателят на Consiglio di Stato (Държавен съвет) може да отнесе всяка жалба до пленума, който да се произнесе по най-важните принципни въпроси или да отстрани противоречивата съдебна практика.

3. Ако съставът, на който е разпределена жалбата, приеме, че не споделя прогласен от пленума правен принцип, препраща на пленума решението по жалбата с мотивирано определение.

4. Пленумът се произнася по целия спор, освен ако реши да прогласи правния принцип и да върне делото в останалата му част на препращащия състав.

5. Ако счита, че въпросът е от особена важност, пленумът може във всички случаи да прогласи правния принцип в интерес на законността, дори едновременно с това да обяви недопустимостта на жалбата, на производството по нея, липсата на друга абсолютна процесуална предпоставка или погасяването на производството. В такъв случай решението на пленума не произвежда действие по отношение на обжалвания акт“.

3. Законодателен декрет № 373 от 24 декември 2003 г.

10. На 24 декември 2003 г. италианският законодател приема Законодателен декрет № 373, озаглавен „Правила за прилагането на специалния статут на регион Сицилия във връзка с упражняването на функциите на Consiglio di Stato в него“ (редовна притурка на GURI, бр. 10, 14 януари 2004 г.).

11. В съответствие с член 1, параграф 2 от декрета: „Consiglio di giustizia amministrativa (per la Regione siciliana) е със седалище в Палермо и се състои от два състава, осъществяващи съответно консултативни и правораздавателни функции, които представляват обособени състави на Consiglio di Stato“.

III – **Обстоятелствата по спора, предмет на главното производство**

12. С обявление, публикувано на 18 януари 2012 г., дружеството Airgest SpA, управляващо гражданско летище Trapani-Birgi (Италия), започва открита процедура за възлагане на услугите по почистване и поддръжка на зелените площи на това гражданско летище.

13. С решение за окончателно възлагане от 22 май 2012 г. поръчката е възложена на временното сдружение на предприятия (наричано по-нататък „временно сдружение на предприятия“), създадено между Gestione Servizi Ambientali Srl (наричано по-нататък „GSA“) и Zenith Services Group Srl.

14. Puligienica Facility Esco Srl (PFE) (наричано по-нататък „PFE“), което също е участвало в процедурата по възлагане и е класирано на второ място, обжалва това решение пред Tribunale amministrativo regionale della Sicilia. То иска по-специално решението за възлагане да бъде отменено и вследствие на това да му бъде възложена поръчката.

15. В подкрепа на жалбата си PFE сочи, че възлагащият орган е трябвало да изключи спечелилия оферент — временното сдружение на предприятия, поради нарушение на член 38, първа алинея, букви h) и m) от Законодателен декрет № 163 от 12 април 2006 г. за приемане на Кодекс за обществените поръчки за строителство, услуги и доставки в изпълнение на Директиви 2004/17/ЕО и 2004/18/ЕО (GURI, бр. 100, 2 май 2006 г.), на точка III.2.1 от обявлението за поръчката, а също и на точка в) от спецификациите.

16. GSA, което оглавява временното сдружение на предприятия, се конституира като страна по спора и подава насрещна жалба, в която твърди отсъствие на правен интерес от поддържане на искането от страна на PFE. Насрещната жалба се основава по-специално на обстоятелството, че според GSA PFE не е отговаряло на условията за допускане до участие в процедурата за възлагане на обществената поръчка поради неточността на офертата му и на това основание същото е трябвало да бъде изключено от нея.

17. Tribunale amministrativo regionale della Sicilia Sicilia разглежда доводите на двете страни и уважава двете жалби.

18. След постановяването на това съдебно решение възлагащият орган изключва предприятията, страни по спора. След извършена в изпълнение на съдебното решение проверка той изключва и всички останали предприятия, които първоначално са били включени в класирането, тъй като е налице един и същ порок, отнасящ се до липсата на конкретно посочени данни във връзка с разходите за сигурност. След това той започва процедура на договаряне за възлагането на посочените услуги.

19. PFE подава въззивна жалба срещу решението на Tribunale amministrativo regionale della Sicilia пред запитващата юрисдикция, а GSA — насрещна въззивна жалба, по-специално поради това че същият не е спазил поредността на разглеждане на жалбите, установена с решение № 4/2011 на пленума на Consiglio di Stato (наричано по-нататък „решение № 4/2011“), в съответствие с което при наличие на насрещна жалба, с която се оспорва допустимостта на главната жалба, насрещната жалба трябва да се разгледа преди главната.

20. В преюдициалното запитване запитващата юрисдикция напомня, че принципът, положен с решение № 4/2011, вече е бил предмет на обсъждане по повод на преюдициалното запитване, по което е постановено решение Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448).

21. По това дело двама оференти са били предварително подбрани от възлагащия орган и са били поканени да представят оферти. Тъй като счита, че офертата на избрания оферент не е отговаряла на спецификациите, оферентът, чиято оферта не е била избрана, е подал жалба. Избраният оферент на свой ред е подал насрещен иск в отговор на жалбата, сочейки, че офертата, която не е била избрана, е трябвало да бъде изключена, тъй като също не е отговаряла на едно от минималните условия, предвидени в спецификациите.

22. Според националната юрисдикция, сезирана със спора —Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte (Окръжен административен съд, Пиемонт), и двете оферти не отговарят на изискванията, поради което исканията и на двете страни трябва да се уважат — както главното искане, съдържащо се в жалбата, така и насрещното искане, и в резултат на това да се отмени цялата процедура за възлагането на поръчката. Същевременно по силата на правния принцип, положен в решение № 4/2011, насрещната жалба е трябвало да бъде разгледана преди главната жалба, тъй като първата имала отношение към активната процесуална легитимация на жалбоподателя в главното производство, понеже с нея се оспорвало допускането на жалбоподателя до участие в процедурата за представяне на оферти.

23. Сезиран по реда на преюдициалното производство от Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte, Съдът приема, че насрещният иск на спечелилия оферент не може да доведе до отхвърляне на главната жалба на оферент, в случай че редовността на офертата на всеки от операторите се оспорва в едно и също производство и по еднородни причини. Всъщност при това положение всички конкуренти могат да се позоват на един и същ законен интерес от изключването на офертата на другите [4].

24. Поради това Съдът приема, че член 1, параграф 3 от Директива 89/665 не допуска жалбата, подадена от оферента, чиято оферта не е била избрана, да бъде обявена за недопустима след предварителна проверка на възражението за недопустимост, повдигнато от спечелилия оферент, без да се разглежда съответствието с определените в условията на поръчката технически спецификации по отношение на офертата както на спечелилия оферент, така и на оферента, подал жалбата, въз основа на която е образувано главното производство [5].

25. Независимо от припомненото запитващата юрисдикция обръща внимание на Съда върху обстоятелството, че за разлика от решение Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), в главното производство има повече от две участващи предприятия, макар страни по това производство да са само две от тях.

26. Запитващата юрисдикция обръща внимание на Съда и върху правилото, установено в член 99, параграф 3 от Административнопроцесуалния кодекс, според което, ако тя желае да се отклони от определените в съдебната практика на пленума на Consiglio di Stato насоки, задължително трябва да препрати спорното решение на същия този пленум.

27. Следователно, с оглед на особеностите на делото, по което трябва да се произнесе, запитващата юрисдикция решава да поиска от Съда тълкуване на член 1, параграф 3 от Директива 89/665 и на член 267 ДФЕС.

4 — Решение Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448, т. 33).

5 — Пак там (точка 34 и диспозитива).

IV – **Преюдициалното запитване и производството пред Съда**

28. С акт от 26 септември 2013 г., постъпил в Съда на 24 декември 2013 г., Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana решава да спре производството и на основание член 267 ДФЕС да отправи следните преюдициални въпроси до Съда:

„1) Доколко принципите, изведени от Съда на Европейския съюз в решение [Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448)] във връзка с конкретната фактическа обстановка, предмет на преюдициалното запитване в това дело, при която само две предприятия участват в процедура по възлагане на обществена поръчка, са приложими, поради голямата прилика на фактическите обстоятелства по настоящия спор, и в разглеждания от настоящия съд случай, в който, макар допуснатите до участие в процедурата по възлагане на поръчка предприятия да са били повече от две, те са били изключени от възложителя, без неучастващите в настоящия спор предприятия да са оспорили това, така че последният всъщност се отнася само до две предприятия?

2) Доколкото са засегнати въпроси, при разрешаването на които може да намери приложение правото на Европейския съюз, налице ли е противоречие между последното и по-специално член 267 ДФЕС и член 99, параграф 3 от Административнопроцесуалния кодекс в частта, в която тази разпоредба установява задължение за всички състави и всички колегии на Consiglio di Stato да се съобразяват с всички правни принципи, прогласени от пленума, дори когато ясно личи, че последният е установил или може да е установил принцип, който противоречи или който е несъвместим с правото на Европейския съюз, и по-специално:

— когато разглеждащите делото състави или колегии на Consiglio di Stato имат съмнения относно съответствието или съвместимостта с правото на Европейския съюз на вече прогласен от пленума правен принцип, длъжни ли са те да препратят делото на пленума с мотивирано определение дори преди да могат да отправят преюдициално запитване до Съда на Европейския съюз за установяване на съответствието или на съвместимостта на спорния правен принцип с правото на Съюза или, обратно, посочените състави или колегии на Consiglio di Stato могат или дори са длъжни като последни национални съдебни инстанции да отправят самостоятелно, в качеството си на общи съдилища по прилагането на правото на Европейския съюз, преюдициално запитване до Съда на Европейския съюз за правилното тълкуване на това право,

— ако отговорът на поставения в предходната алинея въпрос е в смисъл, че се признава правомощие/задължение на всички състави и всички колегии на Consiglio di Stato да отправят непосредствено преюдициални запитвания до Съда на Европейския съюз или че във всички случаи, след като Съдът на Европейския съюз все пак се е произнесъл и на още по-силно основание, когато последният се е произнесъл след пленума на Consiglio di Stato, като е установил несъответствие или липса на пълно съответствие между правилното тълкуване на правото на Европейския съюз и прогласен от пленума принцип на вътрешното право, могат ли или длъжни ли са съставите и колегиите на Consiglio di Stato, в качеството им на общи съдилища по прилагането на правото на Съюза, чиито решения не подлежат на обжалване, да приложат незабавно правилното тълкуване на правото на Съюза, дадено от Съда на Европейския съюз или, обратно, дори и в тези случаи те остават задължени да препратят с мотивирано определение делото на пленума, като по този начин прилагането на правото на Европейския съюз, вече установено с обвързваща сила от Съда на Европейския съюз, да се извършва изключително въз основа на преценката и на съдебната практика на пленума,

— на последно място, дали тълкуването на административнопроцесуалната система на Италианската република в смисъл, че предоставя изключително на преценката на пленума евентуалното решение за отправяне на преюдициално запитване до Съда на

Европейския съюз — или дори самото разрешаване на спора, макар то да следва пряко от прилагането на принципи на правото на Европейския съюз, вече установени от Съда на Европейския съюз — противоречи както на принципа на разумна продължителност на производството и на принципа на предоставяне на възможност за бързо обжалване във връзка с процедурите за възлагане на обществени поръчки, така и на изискването за пълно и непосредствено прилагане на правото на Европейския съюз от страна на всички съдилища във всички държави членки в съответствие с обвързващото тълкуване, установено от Съда на Европейския съюз, както и с оглед на най-широкото прилагане на принципите на „полезно действие“ и на предимство на правото на Европейския съюз по отношение на вътрешното (материално и процесуално) право на дадена държава членка (в настоящия случай по отношение на член 99, параграф 3 от Административнопроцесуалния кодекс на Италианската република)?“.

29. Писмени становища представят PFE, GSA, италианското правителство, както и Европейската комисия. Всички те изразяват позиция и в хода на съдебното заседание, проведено на 11 март 2015 г.

V – **Анализ**

A– *По първия преюдициален въпрос*

30. С първия си въпрос запитващата юрисдикция иска да се установи дали тълкуването на член 1, параграф 3 от Директива 89/665, направено от Съда в решение Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), е приложимо в хипотезата, при която, макар допуснатите до участие в процедурата по възлагане на поръчка предприятия първоначално да са били повече от две, те са били изключени от възлагащия орган, без неучастващите в спора по главното производство предприятия да са оспорили това, така че последният всъщност се отнася само до две предприятия.

31. За да се отговори на този въпрос, според мен е необходимо на първо място да се проследят конкретните последици от тълкуването, направено от Съда в решение Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), за да може, на второ място, да се определи дали броят на кандидатите има влияние върху тези последици, или пък е условие за настъпването им. Ако се окаже, че броят на разглежданите в главното производство предприятия е без значение с оглед на последиците от прилагането на правилото, както е изтълкувано от Съда, отговорът на този въпрос на запитващата юрисдикция трябва да бъде положителен. Обратно, ако се окаже, че член 1, параграф 3 от Директива 89/665 съгласно тълкуването му от Съда в решение Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) не може да породи действието си в случай като този по главното производство, отговорът на първия преюдициален въпрос би следвало да бъде отрицателен.

1. Определяне на последиците от тълкуването на член 1, параграф 3 от Директива 89/665 в решение Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448)

32. По делото, по което е постановено решение Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), определящ елемент е обстоятелството, че в момента на проверката на офертите подбраната оферта неправилно не е била изключена въпреки несъответствието ѝ с техническите спецификации, определени в условията на поръчката[6].

6 — Вж. точка 32 от това решение.

33. Според Съда в рамките на производство, образувано по искане на оферент, „насрещният иск на спечелилия оферент не може да доведе до отхвърляне на жалбата на оферент[а], в случай че редовността на офертата на всеки от операторите се оспорва в едно и също производство и по еднородни причини[, тъй като] при такова положение *всички конкуренти могат да се позоват на един и същ законен интерес от изключването на офертата на другите, което може да доведе до извода за невъзможност за възлагащия орган да пристъпи към избора на редовна оферта*“ [7].

34. Следователно задължението, което произтича от тези констатации, е забраната да се обявява за недопустима главната жалба на отстранения оферент въз основа на предварителното разглеждане на възражението за недопустимост, повдигнато инцидентно от спечелилия оферент, без да има произнасяне по съответствието на двете оферти с изискванията [8]. Ако се приеме, че двете оферти не отговарят на изискванията, конкретната последица от това задължение е невъзможността за възлагащия орган да пристъпи към избора на редовна оферта, което поражда необходимост от провеждане на нова процедура по представяне на оферти.

2. Приложимост на тълкуването на член 1, параграф 3 от Директива 89/665 в решение Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448)

35. В делото по главното производство до участие в спорната процедура са били допуснати повече от две предприятия. От разясненията на запитващата юрисдикция обаче е видно, че с изключение на жалбоподателя в главното производство (а в резултат от насрещната жалба, и на предприятието — спечелил оферент) никое от останалите предприятия, изключени от процедурата по представяне на оферти, не оспорва изключването си по административен или съдебен ред.

36. При това положение, ако се наложи сезираната юрисдикция да констатира нередовността на двете разглеждани оферти, възложителят не би бил задължен да пристъпи към нова процедура по представяне на оферти, а евентуално би могъл да реши да възложи поръчката на друго предприятие, включено в направеното от възлагащия орган класиране.

37. Въпреки това не е изключено някоя от нередовностите, довели до отмяна на офертите на жалбоподателя в главното производство и на спечелилия оферент, да опорочава и всички представени оферти. При тези обстоятелства по необходимост възложителят ще трябва да проведе нова процедура [9].

38. При подобни обстоятелства, също както Съдът е постановил в точка 33 от решение Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), „всички конкуренти могат да се позоват на един и същ законен интерес от изключването на офертата на другите, което може да доведе до извода за невъзможност за възлагащия орган да пристъпи към избора на редовна оферта“.

7 — Пак там (точка 33). Курсивът е мой.

8 — Вж. решение Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448, т. 34 и диспозитива).

9 — Именно това положение изглежда е налице в спора по главното производство, видно от описанието, направено от запитващата юрисдикция (вж. точка C4, стр. 12 от преюдициалното запитване) и предоставената от страните в главното производство информация (вж. стр. 2 от писменото становище на PFE и точка 9 от писменото становище на GSA).

39. В това отношение отбелязвам също, че в споменатото решение Съдът не е имал намерение да ограничи констатацията си до хипотезата на процедура по представяне на оферти, в която интерес са проявили само две предприятия (и следователно до представянето само на две оферти), тъй като е разгледал общо законния интерес на „всички *конкуренти*“ [10] от изключването на офертата не на другия, а „*на другите*“ [11].

40. Считам следователно, че задължението, до което е достигнал Съдът в решение Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) и според което член 1, параграф 3 от Директива 89/665 забранява обявяването за недопустима на главната жалба на оферент, отстранен въз основа на предварителното разглеждане на възражението за недопустимост, повдигнато инцидентно от спечелилия оферент, без произнасяне по съответствието на двете оферти с изискванията [12], е приложимо и при обстоятелствата на делото по главното производство.

3. Евентуално значение на различните основания за нередовност, посочени в подкрепа на главната и насрещната жалба

41. От формална страна запитващата юрисдикция ограничава релевантната фактическа рамка до факта, че макар допуснатите до участие в процедурата по възлагане на поръчка предприятия да са били повече от две, всички те са били изключени от възложителя, без неучастващите в настоящия спор предприятия да са оспорили това, така че последният всъщност се отнася само до тези две предприятия.

42. По-горе разясних причините, поради които тази особеност е без значение с оглед на прилагането на правилото, очертано от Съда в решение Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448).

43. В писменото си становище, потвърдено в съдебното заседание, GSA обаче сочи втори разграничителен критерий спрямо решение Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448). То счита, че направеното в това решение тълкуване е приложимо само ако в подкрепа на главната и насрещната жалба са посочени *идентични* недостатъци.

44. Видно от неговите разяснения, насрещната жалба, подадена от него, се основава на различно от посоченото от PFE основание в подкрепа на главната жалба. PFE искало да се отмени възлагането на поръчката на GSA поради неизпълнение на декларативните задължения на оферентите; следователно то сочело основание, свързано с формална нередовност. Обратно, GSA искало изключването на PFE поради неточността на офертата му, тоест поради нередовност, свързана със съществото на спора.

45. В това отношение най-напред отбелязвам, че употребата на множествено число на езика на производство (италиански) („nell’ambito del medesimo procedimento *e per motivi identici*“ [13]) и на по-общия израз „de nature identique“ [еднородни причини] на езика на разискванията (френски) е довод в подкрепа на широкото тълкуване на понятието „идентичност *на мотивите*“ (а не на *мотива*), изтъкнати в подкрепа на всяка от двете жалби [14]. Изключителният характер на съвършената идентичност на мотивите потвърждава това тълкуване.

10 — Решение Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448, т. 33). Курсивът е мой.

11 — Пак там, курсивът е мой. Съгласно италианския текст на посоченото решение (автентичният език на производството) „ciascuno *dei concorrenti* può far valere un analogo interesse legittimo all’esclusione dell’offerta *degli atri*, che può indurre l’amministrazione aggiudicatrice a constatare l’impossibilità di procedere alla scelta di un’offerta regolare“ (курсивът е мой).

12 — Вж. точка 34 и диспозитива от решение Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448).

13 — Решение Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448, т. 33). Курсивът е мой.

14 — Както вече е отбелязала генералният адвокат Kokott по повод на решение на Общия съд на Европейския съюз, когато френският текст не е автентичен (тъй като френският не е език на производството), но е по-точен от текста на езика на производството, тази езикова редакция, „на ко[я]то е изготвено и обсъдено обжалваното съдебно решение, може да предложи допълнителни индикации на какво всъщност Общият съд е възнамерявал да се позове“ (заключение на генералния адвокат Kokott по дело Bertelsmann и Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2007:790, т. 253).

46. На следващо място считам, че идентичността на основанията в подкрепа на главната и насрещната жалба, подобно на броя на оферентите, не е решаващ елемент при тълкуването на член 1, параграф 3 от Директива 89/665, направено от Съда в решение Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448).

47. Действително, когато в точка 33 от това решение Съдът приема, че „насрещният иск на спечелилия оферент не може да доведе до отхвърляне на жалбата на оферент, в случай че редовността на офертата на всеки от операторите се оспорва в едно и също производство и по еднородни причини“, основно значение, както изясних по-горе, има фактът, че „при такова положение всички конкуренти могат да се позоват на един и същ законен интерес от изключването на офертата на другите, което може да доведе до извода за невъзможност за възлагащия орган да пристъпи към избора на редовна оферта“ [15].

48. Тези две изречения заедно образуват една и съща точка от решението и следователно не могат да се разглеждат отделно едно от друго.

49. Поради това споделям изложеното от Комисията в нейното писмено становище, че определящ е фактът, че главната и насрещната жалба пораждат един и същ законен интерес от възобновяването на процедурата по представяне на оферти.

50. В главното производство се установява — стига по-задълбочената проверка от страна на запитващата юрисдикция да не установи друго — че основанията, повдигнати от PFE и GSA, макар да не са идентични, биха могли да са от едно и също естество (доколкото се отнасят до редовността на офертата на другата страна) и при всички положения пораждат у всеки от операторите, участващи в производството пред запитващата юрисдикция, „един и същ законен интерес от изключването на офертата на другите“ по смисъла на решение Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448).

51. Освен това, както отбелязва Комисията в съдебното заседание от 11 март 2015 г., освен защитата на интересите на оферентите, правилото, изведено от Съда в решение Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), защитава интереса на възлагащия орган, който трябва да може да избере най-добрата редовна оферта. В главното производство обаче стриктното прилагане на критерия за „идентичността на мотивите“, посочен в подкрепа на главната и на насрещната жалба, би могло да доведе до това възлагащият орган бъде задължен да възложи поръчката на предприятие, чиято оферта е нередовна.

4. Междинен извод

52. С оглед на изложените съображения предлагам на Съда да отговори на първия преюдициален въпрос, че тълкуването на член 1, параграф 3 от Директива 89/665, направено от Съда в решение Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), е приложимо и в хипотезата, при която, от една страна, само един оферент е подал жалба, макар до участие в процедурата по възлагане на поръчка да са били допуснати няколко предприятия, а от друга страна, и спечелилият оферент е подал насрещна жалба в рамките на същото производство и както оферентът жалбоподател, така и спечелилият оферент имат равностоен законен интерес от изключването на другия оператор.

15 — Решение Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448, т. 34).

Б– *По втория преюдициален въпрос*

53. С втория си въпрос запитващата юрисдикция по същество иска да се установи дали член 267 ДФЕС препятства механизма, въведен с член 99, параграф 3 от Административнопроцесуалния кодекс, който предвижда задължително препращане на пленума на Consiglio di Stato от всеки състав на тази юрисдикция, ако този състав счете за необходимо да не прилага прогласен от пленума правен принцип. Запитващата юрисдикция иска да се установи дали този механизъм представлява пречка, първо, за отправянето на преюдициален въпрос до Съда или, второ, за пряко и самостоятелно произнасяне в съответствие с правото на Съюза в отклонение от посочения механизъм.

54. Тъй като запитващата юрисдикция е решила с първия си въпрос да сезира Съда относно тълкуването на приложимата директива, е възможно да се постави под съмнение необходимостта от отговор на първата част от втория преюдициален въпрос.

55. По същия начин обаче, както Съдът е решил да отговори в решение Cartesio (C-210/06, EU:C:2008:723) на всички поставени въпроси по делото, считам, че „би било в противоречие с духа на сътрудничество, който трябва да ръководи отношенията между националните юрисдикции и Съда, както и с императивните изисквания за процесуална икономия, да се изисква от национална юрисдикция първо да отнесе преюдициално запитване, съдържащо единствения въпрос дали тази юрисдикция е сред посочените в член [267], трета алинея [ДФЕС], преди евентуално от нея да се изисква да формулира — впоследствие и с втори акт — въпросите относно разпоредбите на общностното право, които представляват интерес за съществото на отнесения пред нея спор“ [16].

56. Същевременно, преди да отговоря на този аспект от преюдициалния въпрос, ще разгледам втората част от него, а именно компетентността на запитващата юрисдикция да се произнесе пряко в съответствие с правото на Съюза.

1. Компетентност на запитващата юрисдикция да се произнесе пряко в съответствие с правото на Съюза

57. Тъй като запитващата юрисдикция решава да отправи до Съда преюдициален въпрос на основание член 267 ДФЕС, вторият аспект на втория преюдициален въпрос ще намери отговор в постоянната практика на Съда, по силата на която при решаването на спора в главното производство юрисдикцията е обвързана от тълкуването на разглежданите разпоредби, което Съдът даде в отговор на първия поставен въпрос. Поради това запитващата юрисдикция ще трябва да остави без приложение правния принцип, прогласен в решение № 4/2011, ако счете, че в резултат на посоченото тълкуване на Съда същият не е в съответствие с правото на Съюза [17].

58. Освен това отбелязвам, че с решение № 9/2014 от 25 февруари 2014 г. (наричано по-нататък „решение № 9/2014“) пленумът на Consiglio di Stato изменя правния принцип, обявен от него в решение № 4/2011. Макар че посоченият правен принцип след изменението му може да бъде тълкуван по начин, съответстващ на смисъла, придаден от Съда на член 1, параграф 3 от Директива 89/665 в решение Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) и по настоящото дело, този

16 — Точка 70. Освен това, както самият Съд уточнява, той „вече е отговорил на въпрос относно естеството на запитващата юрисдикция по отношение на член [267], трета алинея [ДФЕС] в контекст, разкриващ сигурни прилики с този по настоящото преюдициално запитване, без да е била оспорена допустимостта на този въпрос [в решение Lyckeskog (C-99/00, EU:C:2002:329)]“ (точка 71). Такъв е и случаят по делото, по което е постановено решение Melki и Abdeli (C-188/10 и C-189/10, EU:C:2010:363).

17 — Вж. в този смисъл решения Елчинов (C-173/09, EU:C:2010:581, т. 30), както и Križan и др. (C-416/10, EU:C:2013:8, т. 69).

принцип не трябва да бъде оставен без приложение. Изискването за съответстващо тълкуване на националното право е присъщо на Договора, тъй като дава възможност на националната юрисдикция в рамките на своята компетентност да осигури пълната ефикасност на правото на Съюза, когато се произнася по споровете, с които е сезирана [18].

59. Принципът за съответстващо на директивите тълкуване всъщност изисква националните юрисдикции да използват всички свои правомощия, като вземат предвид цялото вътрешно право и като приложат признатите от последното методи за тълкуване, за да гарантират пълната ефективност на Директива 89/665 и да стигнат до разрешение, което съответства на преследваната от нея цел [19].

60. Ако обаче правният принцип, прогласен в решение № 4/2011, изменено с решение № 9/2014, не може да се тълкува в съответствие с член 1, параграф 3 от Директива 89/665, запитващата юрисдикция не би имала друга възможност, освен да го остави без приложение [20] по силата на предимството на правото на Съюза [21].

61. В това отношение, макар проблемът да не се поставя в настоящия случай — тъй като Съдът е сезиран с преюдициален въпрос — без съмнение не е излишно да се напомни, че задължението на националния съд да остави без приложение националната норма, противоречаща на правото на Съюза, чието съответстващо с него тълкуване се оказва невъзможно, по никакъв начин не отменя принципа, че националният съд не може да бъде „нито обвързан, нито възпрепятстван да сезира предварително Съда с преюдициално запитване“ [22].

62. Остава все пак да се разгледа въздействието, което би могъл да има член 267 ДФЕС върху процесуално правило като предвиденото в член 99 от Административнопроцесуалния кодекс.

18 — Вж. решения Pfeiffer и др. (C-397/01—C-403/01, EU:C:2004:584, т. 114); Kücükdeveci (C-555/07, EU:C:2010:21, т. 48), Dominguez (C-282/10, EU:C:2012:33, т. 24), както и Amia (C-97/11, EU:C:2012:306, т. 28). Според постоянната съдебна практика националната юрисдикция, от която се иска да тълкува националното си право, е длъжна да направи това в най-голямата възможна степен, в светлината на текста, както и на целта на съответната директива, за да се постигне определеният от нея резултат (освен посочените в настоящата бележка решения вж. също принципните решения von Colson и Kamann (14/83, EU:C:1984:153, т. 26), както и Marleasing (C-106/89, EU:C:1990:395, т. 8).

19 — Вж. по-специално решения Dominguez (C-282/10, EU:C:2012:33, т. 27) и Amia (C-97/11, EU:C:2012:306, т. 29).

20 — Вж. по-специално във връзка с Директива 89/665 решение Uniplex (UK) (C-406/08, EU:C:2010:45, т. 49). Макар Съдът да приема занапред постоянно, че „въпросът дали дадена национална разпоредба трябва да се остави без приложение, доколкото противоречи на правото на Съюза, се поставя само ако тази разпоредба не се поддава на тълкуване в съответствие с директивите“ (решения Dominguez (C-282/10, EU:C:2012:33, т. 23) и Amia (C-97/11, EU:C:2012:306, т. 27) или, неотдавна, решение Spedition Welter (C-306/12, EU:C:2013:650, т. 28), задължението за „оставяне без приложение“, утвърдено още с решение Simmenthal (106/77, EU:C:1978:49, т. 21 и 24), не е било поставяно под съмнение. Вж. в това отношение диспозитива на решение Amia (C-97/11, EU:C:2012:306), както и решение A (C-112/13, EU:C:2014:2195, т. 36).

21 — Вж. в този смисъл решение Kücükdeveci (C-555/07, EU:C:2010:21, т. 54).

22 — Пак там (точка 53).

2. Въздействието на член 267 ДФЕС върху механизма на задължително препращане до пленума на Consiglio di Stato

63. В самото начало мога само да се присъединя към констатацията, направена от генералния адвокат Mazák, че по спорове, в които национални разпоредби ограничават възможността на националните юрисдикции да поставят на Съда преюдициални въпроси по силата на член 267 ДФЕС, Съдът „последователно се е произнасял в полза на възможно най-широката възможност на националните юрисдикции да поставят на Съда въпроси за валидността и тълкуването на правото на Съюза“ [23].

64. Три съображения подкрепят това общо разсъждение:

— първо, по отношение на юрисдикциите, които не действат като последна инстанция, Съдът приема, че „ако счита[т], че правната оценка, направена от горестоящата инстанция, би могла да стане причина да постановя[т] решение в противоречие с правото [на Съюза], [трябва] да бъд[ат] свобод[ни] да сезират [Съда] [...] с въпросите, които са от значение [за тях]“ [24],

— второ, съгласно член 267, трета алинея ДФЕС националните юрисдикции, чиито решения не подлежат на обжалване съгласно националното право, са длъжни да сезират Съда, когато пред тях е повдигнат въпрос, свързан с тълкуването на правото на Съюза, за да „не допуснат установяването в държава членка на национална съдебна практика, която не е в съответствие с правните норми [на Съюза]“ [25], и

— трето, Съдът е постановил, че ако националната юрисдикция, разглеждаща свързан с правото на Съюза спор, прецени, че дадена национална разпоредба противоречи не само на правото на Съюза, но и на конституцията, тя не е лишена от правото, съответно не е освободена от задължението по член 267 ДФЕС да сезира Съда с въпроси относно тълкуването или валидността на правото на Съюза, поради факта че установяването на противоконституционността на вътрешноправна норма задължително предполага сезиране на конституционния съд [26].

65. Именно в тези рамки трябва да се впише отговорът на втория преюдициален въпрос, отправен от запитващата юрисдикция.

66. В съответствие с член 1, параграф 2 от Законодателен декрет № 373 от 24 декември 2003 г. Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana се състои от два състава, които представляват обособени състави на Consiglio di Stato. Следователно неговият характер на юрисдикция по смисъла на член 267 ДФЕС не се поставя под съмнение, а възможността му да отправя преюдициални въпроси до Съда е безспорна [27].

23 — Становище на генералния адвокат Mazák по дела Melki и Abdeli (C-188/10 и C-189/10, EU:C:2010:319, т. 62). Вж. също относно потвърждаването на принципа от Съда решение Rheinmühlen-Düsseldorf (166/73, EU:C:1974:3, т. 3), както и относно трайното му утвърждаване, решения Mecanarte (C-348/89, EU:C:1991:278, т. 44), Palmisani (C-261/95, EU:C:1997:351, т. 20), както и Cartesio (C-210/06, EU:C:2008:723, т. 88). Съдебната практика след становището на генералния адвокат Mazák не опровергава тази констатация: вж. решения Melki и Abdeli (C-188/10 и C-189/10, EU:C:2010:363, т. 41), Елчинов (C-173/09, EU:C:2010:581, т. 26), Kelly (C-104/10, EU:C:2011:506, т. 61), Križan и др. (C-416/10, EU:C:2013:8, т. 64), както и, съвсем неотдавна, A (C-112/13, EU:C:2014:2195, т. 35).

24 — Вж. решение Rheinmühlen-Düsseldorf (166/73, EU:C:1974:3, т. 4) и относно постоянното му утвърждаване, решения Cartesio (C-210/06, EU:C:2008:723, т. 94), ERG и др. (C-378/08, EU:C:2010:126, т. 32), Melki и Abdeli (C-188/10 и C-189/10, EU:C:2010:363, т. 42), Елчинов (C-173/09, EU:C:2010:581, т. 27); Kelly (C-104/10, EU:C:2011:506, т. 61), както и Križan и др. (C-416/10, EU:C:2013:8, т. 68).

25 — Решение Lyckeskog (C-99/00, EU:C:2002:329, т. 14 и цитираната съдебна практика).

26 — Вж. решения Melki и Abdeli (C-188/10 и C-189/10, EU:C:2010:363, т. 45), което препраща към точки 39, 45 и 46 от решение Mecanarte (C-348/89, EU:C:1991:278), както и A (C-112/13, EU:C:2014:2195, т. 38).

27 — Освен това отбелязвам, че Съдът вече е отговарял на няколко преюдициални запитвания, отправени от Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana (вж. решение Valvo (C-78/07, EU:C:2008:171), определение Rizzo (C-107/11, EU:C:2012:96), както и решение Ottica New Line di Accardi Vincenzo (C-539/11, EU:C:2013:591).

67. При това положение единственият въпрос, който би могъл да се постави, е дали с оглед на задължението за препращане на пленума, въведено с член 99, параграф 3 от Административнопроцесуалния кодекс, Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana трябва да се счита за национална юрисдикция, чиито решения не подлежат на обжалване съгласно националното право по смисъла на член 267, трета алинея ДФЕС, или решението на тази юрисдикция е обжалваемо.

68. Във втората хипотеза запитващата юрисдикция е *свободна* да сезира Съда с въпросите от значение за нея, ако счита, че правната преценка, направена от горестоящата инстанция, би могла да стане причина да постанови решение в противоречие с правото на Съюза. В първата хипотеза, обратно, запитващата юрисдикция е *задължена* да отправи до Съда преюдициално запитване, когато изпитва съмнение относно съответствието с правото на Съюза на правен принцип, установен от пленума на Consiglio di Stato.

69. Както току-що напомних, член 1, параграф 2 от Законодателен декрет № 373 от 24 декември 2003 г. предвижда, че Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana се състои от два състава, които представляват обособени състави на Consiglio di Stato.

70. В съответствие с член 6, параграф 1 от Административнопроцесуалния кодекс обаче „Consiglio di Stato действа като последна съдебна инстанция по административни дела“.

71. Въпреки че съгласно член 111, последна алинея от конституцията срещу решенията на Consiglio di Stato се допуска подаването на касационна жалба, обхватът ѝ е ограничен единствено до аспектите, свързани с разпределението на компетентности между различните италиански юрисдикции.

72. При тези условия, по същия начин както Съдът наскоро прие, че възможността пред конституционна юрисдикция да се подаде жалба, ограничена до разглеждането на евентуално нарушение на права и свободи, гарантирани от националната конституция или от международна конвенция, не позволява да се приеме, че един върховен съд не може да се квалифицира като юрисдикция, чиито решения не подлежат на съдебно обжалване съгласно националното право по смисъла на член 267, трета алинея ДФЕС[28], не възнамерявам да поставям под съмнение квалификацията на Consiglio di Stato и обособените му състави като юрисдикция, действаща като „последна инстанция“.

73. В решение № 2403, постановено на 4 февруари 2014 г. от неговото общо събрание, самият Corte di Cassazione приема, че в италианската система на административно правораздаване като последна инстанция по смисъла на член 267, трета алинея ДФЕС действат без разлика Consiglio di Stato, неговите състави и неговият пленум.

74. Задължителното препращане на пленума на Consiglio di Stato, предвидено в член 99, параграф 3 от Административнопроцесуалния кодекс, според мен не може да промени този извод, тъй като не може да се окачествi като „обжалване“ по смисъла на член 267, трета алинея ДФЕС.

75. Всъщност този процесуален способ е на разположение не на страните, а само на състава на Consiglio di Stato, сезиран със спора. По-нататък неговото упражняване дава възможност не за изменение на решението, което би било постановено от по-нисшестояща юрисдикция, а напротив, на практиката на пленума на самия Consiglio di Stato.

28 — Вж. решение Križan и др. (C-416/10, EU:C:2013:8, т. 72).

76. Освен това съгласно практиката на Consiglio di Stato, цитирана от италианското правителство, за неспазването на член 99, параграф 3 от Административнопроцесуалния кодекс не се предвижда процесуална санкция [29].

77. Следователно в съответствие с целта, която е в основата на задължението по член 267, трета алинея ДФЕС, при наличие на въпрос, свързан с тълкуването на правото на Съюза, Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana би следвало да е задължен да сезира Съда, за да не допусне установяването (или запазването) на национална съдебна практика, която не е в съответствие с правните норми на Съюза [30].

78. Вярно е, че рискът да се развие национална съдебна практика, противоречаща на правото на Съюза, е ограничен от факта, че макар препращането на решение на пленума на Consiglio di Stato на основание член 99, параграф 3 от Административнопроцесуалния кодекс да следва от оспорването на правен принцип поради предполагаемото му несъответствие с правото на Съюза, a fortiori посоченият пленум не може да не изпълни задължението си за отправяне на преюдициално запитване до Съда.

79. Все пак въпреки тази процесуална особеност според мен има поне две причини, които не допускат тълкуване на член 267 ДФЕС в смисъл, че той забранява сезиран със спор състав на Consiglio di Stato сам да отправи запитване до Съда преди евентуално препращане към пленума.

80. От една страна, да се откаже на състав на юрисдикция, чиито решения не подлежат на обжалване съгласно националното право, възможността да отправи запитване до Съда единствено поради това че пленумът на същата юрисдикция е задължен да отправи такова запитване, би било в разрез с постоянната практика на Съда, която винаги е признавала „на националните юрисдикции *най-широко* право да сезират Съда, ако счетат, че висящото пред тях дело повдига въпроси, които налагат тълкуване или преценка на валидността на разпоредбите на правото на Съюза за целите на решаването на отнесения до тях спор“ [31].

81. От друга страна, Съдът е постановил, че ако националната юрисдикция, разглеждаща свързан с правото на Съюза спор, прецени, че дадена национална разпоредба противоречи не само на правото на Съюза, но и на конституцията, тя не е лишена от правото, съответно не е освободена от задължението по член 267 ДФЕС да сезира Съда с въпроси относно тълкуването или валидността на правото на Съюза, поради факта че установяването на противоконституционността на вътрешноправна норма задължително предполага сезиране на конституционния съд [32].

82. Съдът е постановил, че посоченият член не допуска правна уредба на държава членка, с която се въвежда производство за инцидентен контрол за конституционност на националните закони, когато приоритетът на това производство може да попречи — както преди изпращането на въпрос за конституционност до националната юрисдикция, която упражнява контрол за конституционност на законите, така и евентуално след решението на тази юрисдикция по въпроса — на националната юрисдикция да упражни правото, съответно да изпълни задължението си да сезира Съда с преюдициални въпроси [33].

29 — Решение № 4185 от 6 август 2014 г. на трети състав на Consiglio di Stato.

30 — Решение Lyckeskog (C-99/00, EU:C:2002:329, т. 14 и цитираната съдебна практика).

31 — Решение Križan и др. (C-416/10, EU:C:2013:8, т. 64 и цитираната съдебна практика). Курсивът е мой.

32 — Вж. решения Melki и Abdeli (C-188/10 и C-189/10, EU:C:2010:363, т. 45), което препраща към точки 39, 45 и 46 от решение Mecanarte (C-348/89, EU:C:1991:278), както и A (C-112/13, EU:C:2014:2195, т. 38).

33 — Решение Melki и Abdeli (C-188/10 и C-189/10, EU:C:2010:363, т. 57 и диспозитива). Вж. също решение A (C-112/13, EU:C:2014:2195, т. 46 и диспозитива).

83. Това разрешение важи в още по-голяма степен в настоящия случай, тъй като разглежданата разпоредба задължава Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana да се десезира в полза на пленума на Consiglio di Stato, за разлика от приоритетния въпрос за конституционосъобразност, предмет на разглеждане по делото, по което е постановено решение Melki и Abdeli (C-188/10 и C-189/10, EU:C:2010:363). Действително, съгласно член 99, параграф 4 от Административнопроцесуалния кодекс, когато е сезиран пленумът на Consiglio di Stato, той „се произнася изцяло по спора, освен ако реши да формулира правен принцип и да върне делото за решение на препращащия състав“.

84. Единствено фактът, че в разглежданата в главното производство процесуална система не става дума за задължително предварително препращане на друга юрисдикция, а на пленума на сезираната със спора по главното производство юрисдикция, според мен не е в състояние да обоснове дерогирането на различните принципи, оформили широкото тълкуване на член 267 ДФЕС и на свободата на тази национална юрисдикция да отправи преюдициално запитване до Съда.

85. Действително Съдът никога не е имал повод да се произнесе по тази особеност. Решението, възприето по дело Parfums Christian Dior (C-337/95, EU:C:1997:517), обаче според мен потвърждава предложения анализ и може да бъде приложено съответно в хипотезата, в която се намира запитващата юрисдикция.

86. Действително по това дело, по което националната юрисдикция иска от Съда да установи дали тя или Съдът на Бенелюкс трябва да се счита за национална юрисдикции, чиито решения не подлежат на обжалване съгласно националното право, и дали на това основание е задължена да сезира Съда в съответствие с член 267, трета алинея ДФЕС, Съдът стига до извода, че и двете юрисдикции могат да се считат за задължени да сезират Съда по смисъла на член 267, трета алинея ДФЕС, при положение че пред тях е повдигнат въпрос, свързан с тълкуването на правото на Съюза.

87. Същевременно в този вид положения Съдът постановява, че двете юрисдикции не са действително задължени да го сезират, тъй като обвързващото действие на тълкуването, направено съгласно член 267 ДФЕС, може „да лиши задължение[то] [за преюдициално запитване] от неговия предмет и по този начин да го изпразни от съдържание“ [34].

88. Въпреки че в случая става дума за две отделни юрисдикции, това особено положение не е по-малко сходно с конфигурацията, в която се вписват съставът на Consiglio di Stato и неговият пленум: и съставът, и пленумът са национални юрисдикции, чиито решения не подлежат на обжалване съгласно националното право.

89. Следователно мотивите на Съда в решение Parfums Christian Dior (C-337/95, EU:C:1997:517) според мен при необходимост могат да се пренесат по настоящото дело: „ако преди [препращането на пленума] юрисдикция като [състава на Consiglio di Stato] се е възползвала от възможността си да отправи повдигнатия въпрос до Съда, обвързващото действие на тълкуването, направено от него, може да освободи юрисдикция като [пленума на Consiglio di Stato] от задължението ѝ да отправи идентичен по същество въпрос, преди да постанови решение. Обратно, при липса на предварително сезиране на Съда от страна на юрисдикция като

34 — Решение Parfums Christian Dior (C-337/95, EU:C:1997:517, т. 29).

[състава на Consiglio di Stato], юрисдикция като [пленума на Consiglio di Stato] е задължена да отправи повдигнатия въпрос до Съда, чието решение ще може да освободи [състава на Consiglio di Stato] от задължението да отправи идентичен по същество въпрос, преди да постанови решение“ [35].

3. Междинен извод

90. Първо, ако правният принцип, прогласен с решение № 4/2011 и изменен с решение № 9/2014, не може да се тълкува в съответствие с член 1, параграф 3 от Директива 89/665 съгласно указанията на Съда в решение Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) и по настоящото дело, запитващият съд трябва да го остави без приложение.

91. Второ, считам, че член 267 ДФЕС не допуска разпоредба като член 99, параграф 3 от Административнопроцесуалния кодекс, тълкувана в смисъл, че ако съставът на юрисдикция, чиито решения не подлежат на обжалване, не приема прогласен от пленума на същата юрисдикция правен принцип, той е задължен да препрати на пленума обжалваното решение, без да има възможност предварително да отправи преюдициално запитване до Съда.

92. При това положение, освен ако се възприеме тълкуване на член 99 от Административнопроцесуалния кодекс, което да е в съответствие с правото на Съюза, съставът на Consiglio di Stato, който желае да отправи запитване до Съда на основание член 267 ДФЕС, би трябвало да остави без приложение член 99, параграф 3 от Административнопроцесуалния кодекс. Действително „[п]о силата на принципа за предимство на [правото на Съюза] националната юрисдикция разрешава колизията между разпоредба на националния закон и пряко приложима разпоредба на Договора, прилагайки [правото на Съюза] и оставяйки при необходимост без приложение противоречащата му национална разпоредба, а не чрез установяване на недействителността на националната разпоредба, като в това отношение държавата членка определя компетентността на органите и юрисдикциите“ [36].

VI – **Заключение**

93. С оглед на изложените съображения приканвам Съда да отговори на поставените от Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana преюдициални въпроси по следния начин:

„1) Тълкуването на член 1, параграф 3 от Директива 89/665/ЕИО на Съвета от 21 декември 1989 година относно координирането на законовите, подзаконовите и административните разпоредби, отнасящи се до прилагането на производства по обжалване при възлагането на обществени поръчки за доставки и за строителство, изменена с Директива 2007/66/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 11 декември 2007 г., направено от Съда на Европейския съюз в решение Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), е приложимо и в хипотезата, при която, от една страна, само един оферент е подал жалба, макар до участие в процедурата по възлагане на поръчка да са били допуснати няколко предприятия, а от друга страна, спечелилият оферент също е подал насрещна жалба в рамките на това производство и както оферентът жалбоподател, така и спечелилият оферент имат един и същ законен интерес от изключването на другия оператор.

35 — Решение Parfums Christian Dior (C-337/95, EU:C:1997:517, т. 29). Следва всъщност да се отбележи, че съгласно член 99, параграф 4 от Административнопроцесуалния кодекс пленумът може да се произнесе изцяло по спора или да реши само да формулира правен принцип и да го върне в останалата му част на препращащия състав.

36 — Решение Filipiak (C-314/08, EU:C:2009:719, т. 82).

2) Когато разпоредбата на директива вече е била тълкувана от Съда на Европейския съюз, националната юрисдикция, чиито решения не подлежат на обжалване съгласно националното право, трябва да тълкува националното право в уточнения от Съда на Европейския съюз смисъл, а когато такова тълкуване се окаже невъзможно, да остави без приложение разглежданата национална правна норма, без да бъде нито задължена, нито възпрепятствана да сезира предварително същия с преюдициално запитване.

Член 267 ДФЕС не допуска разпоредба като член 99, параграф 3 от италианския Административнопроцесуален кодекс, тълкувана в смисъл, че ако съставът на юрисдикция, чиито решения не подлежат на обжалване, не приема прогласен от пленума на същата юрисдикция правен принцип, той е задължен да препрати на пленума обжалваното решение, без да има възможност предварително да отправи преюдициално запитване до Съда на Европейския съюз“.