Sbírka soudních rozhodnutí

STANOVISKO GENERÁLNÍHO ADVOKÁTA
MELCHIORA WATHELETA
přednesené dne 23. dubna 2015 [1]

Věc C-689/13

Puligienica Facility Esco SpA (PFE)
proti
Airgest SpA

[žádost o rozhodnutí o předběžné otázce podaná Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana (Itálie)]

„Směrnice 89/665/EHS — Veřejné zakázky — Žaloba na neplatnost proti aktu o udělení veřejné zakázky — Incidenční žaloba zpochybňující účast nevybraných uchazečů v zadávacím řízení — Vnitrostátní judikatura, podle níž může vnitrostátní soud v řízení o hlavní žalobě meritorně rozhodnout pouze v případě, že je incidenční žaloba neopodstatněná — Závaznost zásad formulovaných plénem nejvyššího vnitrostátního správního soudu i v případě nesouladu s unijním právem — Rozsudek Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) — Článek 267 SFEU — Přednost — Konformní výklad“

I – **Úvod**

1. Tato žádost o rozhodnutí o předběžné otázce se týká jednak výkladu čl. 1 odst. 3 směrnice Rady 89/665/EHS ze dne 21. prosince 1989 o koordinaci právních a správních předpisů týkajících se přezkumného řízení při zadávání veřejných zakázek na dodávky a stavební práce [2], ve znění směrnice Evropského parlamentu a Rady 2007/66/ES ze dne 11. prosince 2007 [3], (dále jen „směrnice 89/665“), a jednak článku 267 SFEU, jakož i zásady přednosti unijního práva a zásady konformního výkladu.

2. Předběžné otázky položené předkládajícím soudem, Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana (Rada pro správní soudnictví pro region Sicílie, Itálie) se totiž týkají dvou různých právních problémů. První předběžná otázka se týká dosahu rozsudku Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) a druhá výkladu článku 267 SFEU v případě vnitrostátní právní úpravy, podle níž musí soud postoupit věc plénu v případě pochybností o souladu s unijním právem a zásadou unijního práva.

1 — Původní jazyk: francouzština.
2 — Úř. věst. 2009, L 395, s. 33.
3 — Úř. věst. 2009, L 335, s. 31.

II – **Právní rámec**

A – *Unijní právo*

3. Článek 1 směrnice 89/665, nadepsaný „Oblast působnosti a dostupnost přezkumných řízení“, stanoví:

„1. Tato směrnice se vztahuje na zakázky podle směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES ze dne 31. března 2004 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby [(Úř. věst. L 134, s. 114)], nejsou-li v souladu s články 10 až 18 uvedené směrnice z její působnosti vyloučeny.

Zakázky ve smyslu této směrnice zahrnují veřejné zakázky, rámcové dohody, koncese na stavební práce a dynamické nákupní systémy.

Pokud jde o zakázky, které spadají do oblasti působnosti směrnice 2004/18/ES, přijmou členské státy opatření nezbytná k zajištění možnosti účinného, a zejména co nejrychlejšího přezkumu rozhodnutí veřejných zadavatelů d souladu s podmínkami stanovenými l článcích 2 až 2f této směrnice z důvodu, že těmito rozhodnutími bylo porušeno právo Společenství v oblasti zadávání veřejných zakázek nebo vnitrostátní předpisy je provádějící.

[…]

3. Členské státy zajistí, aby bylo přezkumné řízení podle prováděcích pravidel, která mohou členské státy stanovit, dostupné alespoň každé osobě, která má nebo měla zájem na získání určité zakázky a které d důsledku domnělého protiprávního jednání vznikla nebo hrozí škoda.

[…]“

4. Článek 2 této směrnice, nadepsaný „Náležitosti přezkumného řízení“, stanoví v odstavci 1:

Členské státy zajistí, aby opatření přijímaná v souvislosti s přezkumným řízením uvedeným v článku 1 zahrnovala pravomoci

[…]

b) zrušit protiprávní rozhodnutí nebo zajistit jeho zrušení […]“

B – *Italská právní úprava*

1. Ústava

5. Podle článku 111 prvního pododstavce Ústavy „lze kasační opravný prostředek podat proti rozhodnutím Consiglio di Stato […] z důvodů týkajících se pravomoci“.

2. Soudní řád správní

6. Legislativním nařízením č. 104 ze dne 2. července 2010 (řádný doplněk ke GURI č. 156 ze dne 7. července 2010) byl zaveden soudní řád správní.

7. Podle čl. 6 odst. 1 tohoto řádu je „Consiglio di Stato orgánem správního soudnictví rozhodujícím v posledním stupni“. Odstavec 6 tohoto článku dále uvádí, že „[o]pravné prostředky proti rozhodnutím Tribunale amministrativa regionale della Sicilia [(regionální správní soud pro Sicílii)] se podávají ke Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana v souladu s ustanoveními o zvláštním postavení a příslušnými prováděcími předpisy.“

8. Článek 42 uvedeného řádu stanoví, že „[ž]alovaní a vedlejší účastníci řízení mohou předkládat prostřednictvím incidenčních žalob návrhy související s návrhy podanými v hlavním řízení“.

9. Jeho článek 99 stanoví:

„1. Zjistí-li senát, který o opravném prostředku rozhoduje, že právní otázka, již má posoudit, vede nebo může vést k nejednotnosti v judikatuře, může usnesením vydaným na návrh účastníků řízení nebo i bez návrhu postoupit věc plénu. Považuje-li to plénum za vhodné, může postoupit akty senátu.

2. Před vydáním rozhodnutí může předseda Consiglio di Stato (Státní rada) postoupit plénu na návrh účastníků řízení nebo i bez návrhu rozhodnutí o jakémkoli opravném prostředku, pokud jde o nejzásadnější otázky nebo za účelem sjednocení judikatury.

3. Pokud senát, kterému byl opravný prostředek přidělen, nesouhlasí s právní zásadou formulovanou v plénu, postoupí tomuto plénu rozhodnutí o opravném prostředku prostřednictvím odůvodněného usnesení.

4. Plénum rozhoduje o všech sporech s výjimkou situace, kdy se rozhodne formulovat právní zásadu a ve zbývající části vrátit věc k řízení zpět senátu, který mu ji postoupil.

5. Považuje-li plénum otázku za zvláště významnou, může v každém případě formulovat právní zásadu v zájmu zákona, i když rozhodne o nepřípustnosti či nepřijatelnosti opravného prostředku či o námitce nepřípustnosti nebo zastavení řízení. V tomto případě nemá rozhodnutí pléna vliv na napadený akt.“

3. Legislativní nařízení č. 373 ze dne 24. prosince 2003

10. Dne 24. prosince 2003 přijal italský zákonodárce legislativní nařízení č. 373, nazvané „Úprava zvláštního postavení regionu Sicílie, pokud jde o výkon funkcí Consiglio di Stato v tomto regionu“ (řádný doplněk ke GURI č. 10 ze dne 14. ledna 2004).

11. Článek 1 odst. 2 tohoto nařízení stanoví, že „Consiglio di Giustizia amministrativa [per la Regione siciliana] sídlí v Palermu a skládá se ze dvou senátů plnících konzultativní a soudní funkce, jež jsou odloučenými senáty Consiglio di Stato“.

III – **Skutkový stav ve sporu v původním řízení**

12. Oznámením zveřejněným dne 18. ledna 2012 zahájila společnost Airgest SpA provozující civilní letiště v Trapani-Birgi (Itálie) zadávací řízení na úklid a údržbu zeleně v prostorách tohoto civilního letiště.

13. Zakázka byla konečným rozhodnutím ze dne 22. května 2012 udělena dočasnému sdružení podniků (dále jen „dočasné sdružení podniků“) tvořenému společností Gestione Servizi Ambientali Srl (dále jen „GSA“) a společností Zenith Services Group Srl.

14. Společnost Puligienica Facility Esco SpA (PFE) (dále jen „PFE“), která se zadávacího řízení rovněž zúčastnila a skončila na druhém místě, toto rozhodnutí napadla u Tribunale amministrativo regionale della Sicilia. Domáhala se konkrétně zrušení rozhodnutí o udělení zakázky a potažmo toho, aby byla zakázka zadána jí.

15. Na podporu své žaloby společnost PFE uváděla, že zadavatel měl vyloučit dočasné sdružení podniků pro porušení článku 38 prvního pododstavce písm. h) a m) legislativního nařízení č. 163/2006 ze dne 12. dubna 2006, kterým se stanoví zákoník o veřejných zakázkách na stavební práce, služby a dodávky na základě směrnic 2004/17/ES a 2004/18/ES (GURI č. 100 ze dne 2. května 2006), a bodu III.2.1. oznámení o zadání zakázky, jakož i bodu c) zadávací dokumentace.

16. Společnost GSA, která hrála vedoucí úlohu v dočasném sdružení podniků, tedy vstoupila do řízení a podala incidenční žalobu, kterou se domáhala určení, že PFE není aktivně legitimována k podání žaloby. Tato incidenční žaloba vycházela zejména ze skutečnosti, že podle společnosti GSA nesplnila společnost PFE podmínky pro přijetí k účasti na zadávacím řízení, jelikož v její nabídce byly nepřesnosti, a měla tedy být ze zadávacího řízení vyloučena.

17. Tribunale amministrative regionale della Sicilia posoudil argumenty obou účastnic řízení a vyhověl oběma žalobám.

18. V návaznosti na tento rozsudek zadavatel sporné podniky vyloučil. Po kontrole provedené v rámci výkonu uvedeného rozsudku vyloučil i všechny ostatní podniky zahrnuté původně do pořadí kvůli stejné chybě spočívající v tom, že nebyly uvedeny náklady na zabezpečení. Bylo tedy zahájeno jednací řízení na zadání výše uvedených služeb.

19. Společnost PFE se proti rozsudku Tribunale amministrative regionale della Sicilia odvolala k předkládajícímu soudu, přičemž vzájemné odvolání podala i společnost GSA z důvodu, že uvedený soud nerespektoval pořadí pro posouzení opravných prostředků zakotvené rozsudkem pléna Consiglio di Stato č. 4/2011 (dále jen „rozsudek č. 4/2011“), podle něhož musí být incidenční žaloba zpochybňující přípustnost hlavní žaloby zkoumána před touto hlavní žalobou.

20. V žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce předkládající soud připomíná, že zásada formulovaná v rozsudku č. 4/2011 již byla předmětem diskuze v řízení o žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce ve věci, v níž byl vydán rozsudek Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448).

21. Ve věci, v níž byl vydán tento rozsudek, vybral zadavatel dva uchazeče, které vyzval k předložení nabídek. Uchazeč, jehož nabídka byla odmítnuta, byl toho názoru, že úspěšný uchazeč nerespektoval zadávací dokumentaci, a podal žalobu. V reakci na to podal úspěšný uchazeč incidenční žalobu a tvrdil, že nevybraná nabídka měla být vyloučena, jelikož ani ona nesplňovala jedno z minimálních kritérií stanovených v zadávací dokumentaci.

22. Podle Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte (regionální správní soud pro Piemont), vnitrostátního soudu, kterému byl spor předložen, byly obě nabídky nevyhovující, takže se rozhodl vyhovět hlavní i incidenční žalobě s tím, že zrušil celé zadávací řízení. Na základě právní zásady formulované v rozsudku č. 4/2011 však měla být incidenční žaloba posouzena před hlavní žalobou, neboť zpochybňovala způsobilost žalobce v řízení o hlavní žalobě k účasti v zadávacím řízení, a tedy jeho aktivní legitimaci k podání hlavní žaloby.

23. Soudní dvůr, na který se Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte obrátil s předběžnou otázkou, rozhodl, že incidenční žaloba úspěšného uchazeče nemůže vést k odmítnutí hlavní žaloby uchazeče za předpokladu, že je řádnost nabídky obou subjektů napadena v rámci stejného řízení a z totožných důvodů. V takové situaci může totiž každý ze soutěžitelů uplatňovat oprávněný zájem

odpovídající vyloučení nabídky druhého soutěžitele [4].

24. Rozhodl tedy, že čl. 1 odst. 3 směrnice 89/665 brání tomu, aby byla žaloba uchazeče, jehož nabídka nebyla přijata, prohlášena za nepřípustnou na základě předběžného posouzení námitky nepřípustnosti podané úspěšným uchazečem, aniž by se soud vyslovil ke slučitelnosti jak nabídky uchazeče, který získal zakázku, tak nabídky uchazeče, který podal hlavní žalobu, s technickou specifikací v zadávací dokumentaci [5].

25. Nehledě na výše uvedené upozorňuje předkládající soud Soudní dvůr na to, že na rozdíl od věci, v níž byl vydán rozsudek Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), je ve věci v původním řízení počet účastnících se podniků větší než dva, ačkoli účastníky hlavního řízení jsou pouze dva z nich.

26. Předkládající soud rovněž Soudní dvůr upozorňuje na pravidlo zakotvené v čl. 99 odst. 3 soudního řádu správního, podle něhož musí v případě, že se hodlá odchýlit od judikatury pléna Consiglio di Stato, postoupit rozhodnutí, které je předmětem dissensu, tomuto plénu.

27. S ohledem na specifika věci, o níž má rozhodnout, se proto předkládající soud rozhodl dotázat Soudního dvora na výklad čl. 1 odst. 3 směrnice 89/665 a článku 267 SFEU.

IV – **Žádost o rozhodnutí o předběžné otázce a řízení před Soudním dvorem**

28. Rozhodnutím ze dne 26. září 2013, došlým Soudnímu dvoru dne 24. prosince 2013 se Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana rozhodla přerušit řízení a položit Soudnímu dvoru na základě článku 267 SFEU následující předběžné otázky:

„1) Jsou zásady stanovené Soudním dvorem v rozsudku [Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448)], který odkazuje na specifický případ, jenž byl v oné věci předmětem žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce, v níž se zadávacího řízení na veřejné zakázky účastnily pouze dva podniky, použitelné vzhledem ke značné podobnosti skutkových okolností tohoto případu i v případě předloženém nyní Consiglio, ve kterém veřejný zadavatel vyloučil ze zadávacího řízení všechny účastnící se podniky, jež se přitom zúčastnily v počtu větším než dva, pokud toto vyloučení napadly pouze podniky, které jsou účastníky tohoto řízení, takže spor, kterým se tento soud zabývá, se *de facto* omezuje pouze na dva podniky?

2) Co se týče pouze otázek, které mohou být rozhodnuty na základě unijního práva, brání výklad uvedeného práva a zejména článek 267 SFEU článku 99 odst. 3 soudního řádu správního v části, v níž toto ustanovení stanoví, že pro všechny senáty a kolegia Consiglio di Stato jsou všechny právní zásady formulované plénem právně závazné, i když je zřejmé, že uvedené plénum vytýčilo nebo mohlo vytýčit zásadu, která je v rozporu nebo je neslučitelná s unijním právem; a sice,

   — mají senát nebo kolegium Consiglio di Stato, kterým je věc přidělena k projednání, v případě pochybností o tom, zda je právní zásada již formulovaná plénem v souladu nebo slučitelná s unijním právem, povinnost postoupit tomuto plénu odůvodněným usnesením věc k rozhodnutí případně ještě před tím, než mohou předložit žádost o rozhodnutí o předběžné otázce Soudnímu dvoru, aby rozhodl o tom, zda je sporná právní zásada v souladu nebo je slučitelná s unijním právem, nebo naopak senát či kolegium Consiglio di Stato mohou, či spíše musejí coby vnitrostátní soud posledního stupně předložit Soudnímu dvoru nezávisle jakožto obecné soudy unijního práva žádost o rozhodnutí o předběžné otázce za účelem správného výkladu unijního práva?

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

5 — Tamtéž (bod 34 a výrok).

— v případě, že odpověď na otázku položenou v předcházejícím pododstavci bude znít v tom smyslu, že každý senát a kolegium Consiglio di Stato má pravomoc, resp. povinnost položit předběžné otázky Soudnímu dvoru přímo, nebo v každém případě, kdy Soudní dvůr rozhodl, *a fortiori* po plenárním zasedání Consiglio di Stato, že vnitrostátní právní zásada formulovaná plénem není v souladu či ne zcela v souladu se správným výkladem unijního práva, mohou či musejí každý senát a každé kolegium Consiglio di Stato coby obecné soudy posledního stupně unijního práva s okamžitou platností použít správný výklad unijního práva poskytnutý Soudním dvorem, nebo naopak i v takových případech mají povinnost postoupit plénu věc odůvodněným usnesením k rozhodnutí plénu s tím důsledkem, že uplatnění unijního práva, které již bylo Soudním dvorem prohlášeno za právně závazné, posuzuje výlučně toto plénum v rámci pravomoci provádět soudní přezkum?

— je konečně výklad systému správního řízení Italské republiky, podle kterého podléhá případné rozhodnutí o předložení žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce Soudnímu dvoru, či dokonce i jen rozhodnutí ve věci, kdy toto rozhodnutí přímo vyplývá z jednotných zásad unijního práva formulovaných Soudním dvorem, výlučnému posouzení pléna, v rozporu – kromě zásady přiměřené délky trvání řízení a rychlého řešení v případě podání opravného prostředku v oblasti zadávacího řízení na veřejné zakázky – i s požadavkem, aby všechny soudy všech členských států aplikovaly unijní právo plně a řádně v souladu s jeho správným výkladem podaným Soudním dvorem, a to i za účelem nejširšího uplatnění zásad užitečného účinku a přednosti unijního práva před vnitrostátním právem (nejen hmotným, nýbrž i procesním) každého členského státu (v tomto případě před čl. 99 odst. 3 správního řádu Italské republiky)?“

29. Písemná vyjádření předložily společnosti PFE, GSA, italská vláda, jakož i Evropská komise. Všechny se také vyjádřily na jednání, které proběhlo dne 11. března 2015.

V – **Analýza**

A – *K první předběžné otázce*

30. Podstatou první otázky předkládajícího soudu je, zda se výklad čl. 1 odst. 3 směrnice 89/665, který Soudní dvůr podal v rozsudku Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), použije v případě, kdy se sporného zadávacího řízení zúčastnily více než dva podniky, které byly poté všechny zadavatelem vyloučeny, avšak žalobu proti uvedenému vyloučení podaly pouze dva podniky účastnící se sporu původním řízení.

31. K odpovědi na tuto otázku je podle mého názoru nejprve třeba zjistit konkrétní důsledky výkladu podaného Soudním dvorem v rozsudku Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), aby bylo poté možné určit, zda má na ně počet uchazečů vliv nebo je podmiňuje. Pokud bude zjištěno, že počet podniků dotčených ve věci v původním řízení nemá vliv na aplikaci tohoto pravidla ve smyslu vyloženém Soudním dvorem, bude muset být odpověď pro předkládající soud kladná. Pokud by se však zjistilo, že čl. 1 odst. 3 směrnice 89/665 ve smyslu vyloženém Soudním dvorem v rozsudku Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) neplatí v takové situaci, jako je situace ve věci v původním řízení, odpověď na první předběžnou otázku bude záporná.

1. Vymezení důsledků výkladu čl. 1 odst. 3 směrnice 89/665 podaného v rozsudku Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448)

32. Ve věci, v níž byl vydán rozsudek Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) byla rozhodující skutečnost, že vybraná nabídka nebyla vyloučena při ověřování nabídek, přestože nebyla v souladu s technickými specifikacemi uvedenými v zadávací dokumentaci a vyloučena být měla [6].

33. Podle Soudního dvora v řízení zahájeném na podnět uchazeče „nemůže vést incidenční žaloba úspěšného uchazeče zadávacího řízení k odmítnutí návrhu uchazeče […] za předpokladu, že řádnost nabídky obou subjektů je napadena v rámci stejného řízení a z totožných důvodů, [neboť v takové] situaci může […] *každý ze soutěžitelů uplatňovat oprávněný zájem odpovídající vyloučení nabídky ostatních soutěžitelů, což může vést ke konstatování, že veřejný zadavatel není s to vybrat řádnou nabídku*“ [7].

34. Povinnost, která vyplývá z tohoto konstatování, tedy spočívá v tom, že hlavní žalobu vyloučeného uchazeče nelze prohlásit za nepřípustnou na základě předběžného posouzení námitky nepřípustnosti podané úspěšným uchazečem v rámci jeho incidenční žaloby, aniž bylo rozhodnuto o souladu obou nabídek se zadávací dokumentací [8]. Pokud nejsou v souladu obě nabídky, je konkrétním důsledkem této povinnosti to, že zadavatel nemůže vybrat řádnou nabídku a musí zahájit nové zadávací řízení.

2. Použitelnost výkladu čl. 1 odst. 3 směrnice 89/665 poskytnutého v rozsudku Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448)

35. Ve věci v původním řízení byl počet podniků připuštěných k účasti ve sporném řízení vyšší než dva. Z vysvětlení předkládajícího soudu však vyplývá, že s výjimkou žalobkyně v původním řízení (a v rámci incidenční žaloby společnosti, které byla zakázka zadána) nenapadl žádný z ostatních podniků vyloučených ze zadávacího řízení své vyloučení před správními orgány či soudy.

36. Pokud by za takového stavu musel soud, kterému byl spor předložen, konstatovat, že obě dotčené nabídky nesplňují podmínky, zadavatel by nemusel zadávací řízení opakovat, ale mohl by případně udělit zakázku jinému podniku v pořadí na seznamu sestaveném zadavatelem.

37. Není však vyloučeno, že jedna z nesrovnalostí, která vedla ke zrušení nabídky žalobkyně v původním řízení a nabídky společnosti, které byla zakázka zadána, může mít za následek i neplatnost ostatních předložených nabídek. Za takových okolností by musel zadavatel zadávací řízení nutně zopakovat [9].

38. Za takových okolností platí stejně, jako Soudní dvůr rozhodl v bodě 33 rozsudku Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), že každý ze soutěžitelů [může] uplatňovat oprávněný zájem odpovídající vyloučení nabídky ostatních soutěžitelů, což může vést ke konstatování, že veřejný zadavatel není s to vybrat řádnou nabídku“.

6 — Viz bod 32 tohoto rozsudku.

7 — Tamtéž (bod 33). Zdůrazněno autorem tohoto stanoviska.

8 — Viz rozsudek Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448, bod 34 a výrok).

9 — K této situaci dále podle všeho došlo ve sporu v původním řízení podle popisu poskytnutého předkládajícím soudem (viz bod C4, s. 12 žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce) a informací ze strany účastníků původního řízení (viz s. 2 písemného vyjádření PFE a bod 9 písemného vyjádření GSA).

39. V tomto ohledu dále uvádím, že v uvedeném rozsudku Soudní dvůr nehodlal omezit své závěry na případ, kdy zadávací řízení zaujalo pouze dva podniky (a tedy kdy došlo k podání pouze dvou nabídek), neboť hovoří obecně o legitimním zájmu „každého *ze soutěžitelů*“ [10] na vyloučení nabídky „*ostatních*“ [11] soutěžitelů, a nikoli druhého soutěžitele.

40. Jsem proto toho názoru, že povinnost, k níž dospěl Soudní dvůr v rozsudku Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) a podle níž čl. 1 odst. 3 směrnice 89/665 zakazuje prohlásit za nepřípustnou hlavní žalobu uchazeče vyloučeného na základě předběžného posouzení námitky nepřípustnosti podané v rámci incidenční žaloby úspěšným uchazečem, aniž bylo rozhodnuto o souladu obou nabídek se zadávací dokumentací [12], se uplatní i za okolností ve věci v původním řízení.

3. Případný vliv rozdílnosti důvodů pro neplatnost uvedených na podporu hlavní a incidenční žaloby

41. Předkládající soud omezil formálně relevantní faktický rámec na skutečnost, že zadavatel vyloučil všechny podniky účastnící se zadávacího řízení s tím, že se jich sice účastnilo více než dva, ale žalobu proti uvedenému vyloučení podaly pouze ty podniky, které jsou účastníky tohoto řízení, takže spor, o němž rozhoduje, se omezuje pouze na ony dva podniky.

42. Již jsem vysvětlil, proč nemá tato skutečnost vliv na uplatnění pravidla formulovaného Soudním dvorem v rozsudku Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448).

43. V písemném vyjádření, které potvrdila na jednání, však společnost GSA uvádí druhé kritérium, které podle ní tuto věc odlišuje od rozsudku Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448). Zastává totiž názor, že výklad poskytnutý v tomto rozsudku se použije pouze v případě, že jsou chyby uváděné na podporu hlavní i incidenční žaloby *totožné*.

44. Podle ní má její incidenční žaloba odlišný důvod než důvod, který společnost PFE uvádí na podporu hlavní žaloby. Společnost PFE se podle ní domáhá zrušení zadání zakázky společnosti GSA z důvodu, že byly porušeny prohlašovací povinnosti uchazeče; jde tedy o žalobní důvod týkající se procesní nesrovnalosti. Společnost GSA se naopak domáhá vyloučení PFE z důvodu, že její nabídka byla nepřesná, tj. týká se věcné nesrovnalosti.

45. V tomto ohledu nejprve uvádím, že množné číslo v jednacím jazyce (italština) („nell’ambito del medesimo procedimento *e per motivi identici*“ [13]) a obecnější výraz „de nature identique“ v jazyce porady soudu (francouzština), svědčí ve prospěch extenzivního výkladu pojmu „totožnost *důvodů*“ (a nikoli důvod*u*) uváděných na podporu obou žalob [14]. Tento výklad potvrzuje i to, že důvody bývají jen výjimečně naprosto totožné.

46. Dále zastávám názor, že totožnost žalobních důvodů uvedených na podporu hlavní a incidenční žaloby není stejně jako počet uchazečů zadávacího řízení rozhodující pro účely výkladu čl. 1 odst. 3 směrnice 89/665 poskytnutého Soudním dvorem v rozsudku Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448).

10 — Rozsudek Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448, bod 33). Zdůrazněno autorem tohoto stanoviska.

11 — Tamtéž, zdůrazněno autorem tohoto stanoviska. Podle italského znění rozsudku (závazný jednací jazyk), „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“ (zdůrazněno autorem tohoto stanoviska).

12 — Viz bod 34 a výrok rozsudku Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448).

13 — Rozsudek Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448, bod 33). Zdůrazněno autorem tohoto stanoviska.

14 — Jak již uvedla generální advokátka Kokott k rozsudku Tribunálu Evropské unie, pokud není francouzské znění závazné (jelikož není jednacím jazykem), ale je přesnější než znění v jednacím jazyce, toto jazykové znění, „ve kterém byl napadený rozsudek navržen a v němž o něm proběhla porada, však [může] nabídnout dodatečné indicie, na co chtěl [Tribunál] ve skutečnosti odkázat“ (stanovisko generální advokátky Kokott ve věci Bertelsmann a Sony Corporation of America v. Impala, C-413/06 P, EU:C:2007:790, bod 253).

47. Když totiž Soudní dvůr v bodě 33 tohoto rozsudek konstatuje, že „incidenční žaloba úspěšného uchazeče zadávacího řízení [nemůže vést] k odmítnutí návrhu uchazeče na přezkum za předpokladu, že řádnost nabídky každého ze subjektů je napadena v rámci stejného řízení a z totožných důvodů“, podstatné je to, jak jsem již uvedl, že „[v] takové situaci může […] každý ze soutěžitelů uplatňovat oprávněný zájem odpovídající vyloučení nabídky ostatních soutěžitelů, což může vést ke konstatování, že veřejný zadavatel není s to vybrat řádnou nabídku“ [15].

48. Tyto dvě věty tvoří společně jeden a tentýž bod rozsudku, a nelze je tedy proto číst nezávisle na sobě.

49. Sdílím proto názor Komise, která v písemném vyjádření uvádí, že rozhodující skutečností je to, že hlavní a incidenční žaloba zakládají oprávněný zájem na opětném otevření zadávacího řízení.

50. Ve věci v původním řízení se přitom jeví – bez bližší analýzy ze strany předkládajícího soudu – že žalobní důvody uváděné společností PFE a společností GSA sice nejsou totožné, avšak mohou mít tutéž povahu (jelikož se týkají řádnosti nabídky jiného uchazeče), a v každém případě zakládají jednotlivým hospodářským subjektům, které jsou účastníky řízení před předkládajícím soudem, „oprávněný zájem odpovídající vyloučení nabídky jiného“ ve smyslu rozsudku Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448).

51. Jak uvedla Komise na jednání dne 11. března 2015, krom ochrany zájmů uchazečů v zadávacím řízení, chrání pravidlo formulované Soudním dvorem v rozsudku Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) i zájem zadavatele, který musí mít možnost vybrat si nejlepší řádnou nabídku. Ve věci v původním řízení by přitom restriktivní aplikace kritéria „totožnost důvodů“ uváděného na podporu hlavní a incidenční žaloby mohla vést k tomu, že by zadavatel musel udělit zakázku podniku, jehož nabídka nebyla řádná.

4. Dílčí závěr

52. Vzhledem k výše uvedenému navrhuji, aby Soudní dvůr odpověděl na první předběžnou otázku tak, že výklad čl. 1 odst. 3 směrnice 89/665 poskytnutý v rozsudku Fastweb(C-100/12 EU:C:2013:448) se uplatní i v situaci, kdy žalobu podal jediný uchazeč, ačkoli se zadávacího řízení zúčastnilo uchazečů několik, a kdy úspěšný uchazeč podal v rámci téhož řízení incidenční žalobu, a oprávněný zájem na vyloučení jiného uchazeče má jak žalující uchazeč, tak uchazeč, kterému byla zakázka zadána.

B – *Ke druhé předběžné otázce*

53. Podstatou druhé předběžné otázky předkládajícího soudu je, zda článek 267 SFEU brání mechanismu zakotvenému v čl. 99 odst. 3 soudního řádu správního, podle něhož musí každý senát Consiglio di Stato postoupit věc plénu Consiglio di Stato v případě, že se hodlá odchýlit od právní zásady formulované v plénu. Předkládající soud se táže, zda mu tento mechanismus brání zaprvé položit předběžnou otázku Soudnímu dvoru a zadruhé rozhodnout přímo a nezávisle v souladu s unijním právem s tím, že tento mechanismus nebude respektovat.

54. Jelikož se předkládající soud rozhodl obrátit se s první předběžnou otázkou na Soudní dvůr ohledně výkladu použitelné směrnice, mohla by vyvstat pochybnost ohledně nutnosti odpovědět na první část druhé předběžné otázky.

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

55. Stejně jako se Soudní dvůr rozhodl odpovědět na všechny otázky položené ve věci, v níž byl vydán rozsudek Cartesio (C-210/06, EU:C:2008:723), i já však zastávám názor, že by bylo „v rozporu s duchem spolupráce, který musí panovat ve vztazích mezi vnitrostátními soudy a Soudním dvorem, jakož i s požadavky kladenými na úspornost řízení, kdyby bylo od vnitrostátního soudu vyžadováno, aby nejprve podal žádost o rozhodnutí o předběžné otázce, která by se týkala pouze toho, zda je tento soud soudem ve smyslu čl. [267] třetího pododstavce [SFEU], a teprve poté aby, případně, v druhé žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce formuloval otázky týkající se ustanovení práva Společenství, které se vztahují k základu sporu, jenž mu byl předložen k rozhodnutí“ [16].

56. Než však odpovím na tuto část předběžné otázky, budu se zabývat druhým problémem, a sice pravomocí předkládajícího soudu rozhodnout rovnou v souladu s unijním právem.

1. Pravomoc předkládajícího soudu učinit přímo rozhodnutí v souladu s unijním právem

57. Předkládající soud se rozhodl položit Soudnímu dvoru předběžnou otázku na základě článku 267 SFEU s tím, že odpověď na druhou část druhé předběžné otázky lze nalézt v ustálené judikatuře Soudního dvora, podle níž je soud pro účely vyřešení sporu v původním řízení vázán výkladem dotčených ustanovení, který Soudní dvůr poskytl v odpověď na první položenou otázku. Předkládající soud se tedy bude muset odchýlit od právní zásady formulované v rozsudku č. 4/2011, pokud dospěje k názoru, že se tento rozsudek v důsledku výše uvedeného výkladu Soudního dvora neslučuje s unijním právem [17].

58. Uvádím dále, že plénum Consiglio di Stato změnilo rozsudkem č. 9/2014 ze dne 25. února 2014, (dále jen „rozsudek č. 9/2014“) právní zásadu, kterou formulovalo v rozsudku č. 4/2011. Pokud bude možné vykládat onu změněnou právní zásadu v souladu s významem daným ustanovení čl. 1 odst. 3 směrnice 89/665 Soudním dvorem v rozsudku Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) a v projednávané věci, není třeba se od ní odchylovat. Povinnost konformního výkladu vnitrostátního práva je totiž inherentní systému Smlouvy o FEU v tom, že umožňuje, aby vnitrostátní soudy v rámci svých pravomocí, rozhodují-li o sporech, které jim byly předloženy, zajistily plnou účinnost unijního práva [18].

59. Zásada konformního výkladu totiž vyžaduje, aby vnitrostátní soudy učinily vše, co spadá do jejich pravomoci, s tím, že vezmou v úvahu veškeré vnitrostátní právo a použijí metody výkladu jím uznané, aby zajistily plnou účinnost směrnice 89/665 a došly k výsledku, který bude v souladu s cílem sledovaným touto směrnicí [19].

60. Pokud naopak nelze vykládat právní zásadu formulovanou v rozsudku č. 4/2011 ve znění rozsudku č. 9/2014 v souladu s čl. 1 odst. 3 směrnice 89/665, předkládající soud nemá jinou možnost, než ji neuplatnit [20] na základě přednosti unijního práva [21].

16 — Bod 70. Jak dále sám upřesnil, Soudní dvůr „již odpověděl na otázku týkající se povahy předkládajícího soudu z hlediska čl. [267] třetího pododstavce [TFUE] v kontextu, který se do jisté míry podobá kontextu projednávané žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce, aniž by zpochybnil přípustnost této otázky [v rozsudku Lyckeskog (C-99/00, EU:C:2002:329)]“ (bod 71). To byl i případ ve věci, v níž byl vydán rozsudek Melki a Abdeli (C-188/10 a C-189/10, EU:C:2010:363).

17 — V tomto smyslu viz rozsudek Elčinov (C-173/09, EU:C:2010:581, bod 30) a Križan a další (C-416/10, EU:C:2013:8, bod 69).

18 — Viz rozsudky Pfeiffer a další (C-397/01 až C-403/01, EU:C:2004:584, bod 114); Kücükdeveci (C-555/07, EU:C:2010:21, bod 48); Dominguez (C-282/10, EU:C:2012:33, bod 24), jakož i Amia (C-97/11, EU:C:2012:306, bod 28). Podle ustálené judikatury musí vnitrostátní soud povolaný k výkladu vnitrostátního práva vykládat toto právo v co největším možném rozsahu ve světle znění a účelu dotčené směrnice, aby bylo dosaženo výsledku jí zamýšleného [kromě rozsudků uvedených v této poznámce pod čarou viz rovněž zásadní rozsudky von Colson a Kamann (14/83, EU:C:1984:153, bod 26) a Marleasing (C-106/89, EU:C:1990:395, bod 8)].

19 — Viz zejména rozsudek Dominguez (C-282/10, EU:C:2012:33, bod 27) a Amia (C-97/11, EU:C:2012:306, bod 29).

20 — Pokud jde o směrnici 89/665, viz zejména rozsudek Uniplex (UK) (C-406/08, EU:C:2010:45, bod 49). Ačkoli Soudní dvůr konstantně rozhoduje v tom smyslu, že „otázka, zda vnitrostátní ustanovení musí v rozsahu, v němž je v rozporu s unijním právem, zůstat nepoužito, vyvstává pouze tehdy, není-li možný žádný konformní výklad tohoto ustanovení“ [rozsudek Dominguez (C-282/10, EU:C:2012:33, bod 23); Amia (C-97/11, EU:C:2012:306), bod 27 nebo nedávný rozsudek Spedition Welter (C-306/12, EU:C:2013:650, bod 28)], povinnost ustanovení „nepoužít“ potvrzená již v rozsudku Simmenthal (106/77, EU:C:1978:49, body 21 a 24), zpochybněna není. V tomto ohledu viz výrok rozsudku Amia (C-97/11, EU:C:2012:306), jakož i rozsudek A (C-112/13, EU:C:2014:2195, bod 36).

21 — V tomto smyslu viz rozsudek Kücükdeveci (C-555/07, EU:C:2010:21, bod 54).

61. Ačkoli v tomto případě takový problém nevyvstává – neboť Soudnímu dvoru byla předložena předběžná otázka – není snad třeba připomínat, že povinnost vnitrostátního soudu neaplikovat vnitrostátní normu, která je v rozporu s unijním právem a již podle něj nelze vyložit v souladu s unijním právem, nemění nic na zásadě, podle níž vnitrostátní soud „není povinen předem předložit Soudnímu dvoru předběžnou otázku, ale současně mu v jejím předložení nic nebrání“ [22].

62. Zbývá však otázka vlivu článku 267 SFEU na takové procesní ustanovení, jako je ustanovení v článku 99 soudního řádu správního.

2. Vliv článku 267 SFEU na mechanismus povinného postupování věci plénu Consiglio di Stato

63. Na úvod musím souhlasit s konstatováním generálního advokáta Mazáka, podle něhož se Soudní dvůr ve sporech, kdy ustanovení vnitrostátního práva omezuje možnost vnitrostátního soudu položit předběžnou otázku na základě článku 267 SFEU, „systematicky vyslovuje ve prospěch co nejširší možnosti vnitrostátních soudů předložit Soudnímu dvoru otázky týkající se platnosti a výkladu unijního práva“ [23].

64. Tento obecný závěr potvrzují tři konstatování:

— zaprvé, pokud jde o soudy, které nerozhodují v posledním stupni, Soudní dvůr konstatoval, že „musí mít možnost položit Soudnímu dvoru otázky, kterými se zabýv[ají], pokud se domnív[ají], že by v důsledku právního posouzení provedeného na vyšším stupni mohl[y] vydat rozsudek v rozporu s právem Unie“ [24];

— zadruhé vnitrostátní soudy, proti jejichž rozhodnutí nelze podat opravný prostředek ve vnitrostátním právu, se musí na základě článku 267 třetího pododstavce SFEU obrátit na Soudní dvůr v případě, že před nimi vyvstane otázka ohledně výkladu unijního práva, tak aby „předešly tomu, aby se v jakémkoliv členském státě utvořila vnitrostátní judikatura, která není v souladu s pravidly [unijního] práva […]“ [25], a

— zatřetí Soudní dvůr rozhodl, že vnitrostátní soud projednávající spor týkající se unijního práva, který má za to, že vnitrostátní ustanovení je nejen v rozporu s unijním právem, ale je rovněž stiženo vadami protiústavnosti, není zbaven možnosti nebo osvobozen od povinnosti stanovených v článku 267 SFEU obrátit se na Soudní dvůr s otázkami týkajícími se výkladu nebo platnosti unijního práva na základě skutečnosti, že protiústavnost normy vnitrostátního práva je možné určit jen v řízení před ústavním soudem [26].

65. Odpověď na druhou předběžnou otázku předkládajícího soudu je třeba podat právě v tomto rámci.

22 — Tamtéž (bod 53).

23 — Názor generálního advokáta Mazáka ve věcech Melki a Abdeli (C-188/10 a, EU:C:2010:319, bod 62). K potvrzení zásady Soudním dvorem viz rozsudek Rheinmühlen-Düsseldorf (166/73, EU:C:1974:3, bod 3) a opakovaná potvrzení v rozsudku Mecanarte (C-348/89, EU:C:1991:278, bod 44); Palmisani (C-261/95, EU:C:1997:351, bod 20), jakož i Cartesio (C-210/06, EU:C:2008:723, bod 88). Judikatura následující po názoru generálního advokáta Mazák toto konstatování nevyvrací: viz rozsudky Melki a Abdeli (C-188/10 a C-189/10, EU:C:2010:363, bod 41); Elchinov (C-173/09, EU:C:2010:581, bod 26); Kelly (C-104/10, EU:C:2011:506, bod 61); Križan a další (C-416/10, EU:C:2013:8, bod 64), nebo konečně nedávný rozsudek A (C-112/13, EU:C:2014:2195, bod 35).

24 — Viz rozsudek Rheinmühlen-Düsseldorf (166/73, EU:C:1974:3, bod 4) a opakované potvrzení v rozsudku Cartesio (C-210/06, EU:C:2008:723, bod 94); ERG a další (C-378/08, EU:C:2010:126, bod 32); Melki a Abdeli (C-188/10 a C-189/10, EU:C:2010:363, bod 42); Elchinov (C-173/09, EU:C:2010:581, bod 27); Kelly (C-104/10, EU:C:2011:506, bod 61), jakož i Križan a další (C-416/10, EU:C:2013:8, bod 68).

25 — Rozsudek Lyckeskog (C-99/00, EU:C:2002:329, bod 14 a citovaná judikatura).

26 — Viz rozsudek Melki a Abdeli (C-188/10 a C-189/10, EU:C:2010:363, bod 45), který odkazuje na body 39, 45 a 46 rozsudku Mecanarte (C-348/89, EU:C:1991:278), jakož i rozsudku A (C-112/13, EU:C:2014:2195, bod 38).

66. V souladu s čl. 1 odst. 2 legislativního nařízení č. 373 ze dne 24. prosince 2003 má Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana dva senáty, které jsou odloučenými senáty Consiglio di Stato. Její povaha jakožto soudu ve smyslu článku 267 SFEU tedy není zpochybňována a možnost tohoto orgánu položit předběžnou otázku Soudnímu dvoru je neoddiskutovatelná [27].

67. Za těchto okolností je sporné jedině to, zda s ohledem na povinnost postoupit věc plénu zavedenou v čl. 99 odst. 3 soudního řádu správního, musí být Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana považována za vnitrostátní soud, proti jehož rozhodnutím nelze podat opravný prostředek ve vnitrostátním právu ve smyslu článku 267 třetího pododstavce SFEU, nebo zda lze proti rozhodnutí tohoto soudu opravný prostředek podat.

68. V druhém případě se předkládající soud *může* obrátit na Soudní dvůr s otázkami, kterými se zabývá, pokud má za to, že právní posouzení na vyšším stupni by jej mohlo vést k vydání rozsudku v rozporu s unijním právem. V prvním případě má naopak předkládající soud *povinnost* obrátit se na Soudní dvůr s žádostí o rozhodnutí o předběžné otázce, má-li pochybnosti o souladu právní zásady formulované plénem Consiglio di Stato s unijním právem.

69. Jak jsem již uvedl, čl. 1 odst. 2 legislativního nařízení č. 373 ze dne 24. prosince 2003 stanoví, že Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana má dva senáty, které jsou detašovanými senáty Consiglio di Stato.

70. Článek 6 odst. 1 soudního řádu správního přitom stanoví, že „Consiglio di Stato je orgánem správního soudnictví rozhodujícím v posledním stupni“.

71. Podle článku 111 posledního pododstavce Ústavy je sice možné podat proti rozhodnutím Consiglio di Stato kasační opravný prostředek, avšak ten se omezuje pouze na otázky dělby pravomocí mezi jednotlivé italské soudy.

72. Za těchto podmínek, stejně jako když Soudní dvůr v nedávné době konstatoval, že možnost podat opravný prostředek k ústavnímu soudu omezující se na přezkum případného porušení práv a svobod zaručených vnitrostátní ústavou či mezinárodní smlouvou, neumožňuje učinit závěr, že nejvyšší soud nelze kvalifikovat jako soud, proti jehož rozhodnutí nelze podat opravný prostředek ve vnitrostátním právu ve smyslu článku 267 třetího pododstavce SFEU [28], nehodlám ani já zpochybňovat kvalifikaci Consiglio di Stato a jejích odloučených senátů jakožto soudu „posledního stupně“.

73. Samotný Corte superma di cassazione konstatoval v rozsudku pléna č. 2403 ze dne 4. února 2014, že v italském systému správního soudnictví rozhodují senáty i plénum Consiglio di Stato bez rozdílu jakožto soudy posledního stupně ve smyslu článku 267 třetího pododstavce SFEU.

74. Povinné postoupení věci plénu Consiglio di Stato podle čl. 99 odst. 3 soudního řádu správního podle mého na tomto závěru nic nemění, jelikož jej nelze kvalifikovat jako „opravný prostředek“ ve smyslu článku 267 třetího pododstavce SFEU.

75. Tuto procesní normu totiž nemohou využít účastníci řízení, ale pouze senát Consiglio di Stato, kterému byl spor předložen. Její využití kromě toho neumožňuje změnit rozhodnutí soudu nižšího stupně, ale naopak judikaturu samotného pléna Consiglio di Stato.

27 — Uvádím dále, že Soudní dvůr již odpověděl na několik žádostí o rozhodnutí o předběžné otázce, které mu Consiglio di Giustizia Amministrativa předložila [viz rozsudek Valvo (C-78/07, EU:C:2008:171); usnesení Rizzo (C-107/11, EU:C:2012:96), jakož i rozsudek Ottica New Line di Accardi Vincenzo (C-539/11, EU:C:2013:591)].

28 — Viz rozsudek Križan a další (C-416/10, EU:C:2013:8, bod 72).

76. Podle judikatury Consiglio di Stato citované italskou vládou navíc za nerespektování čl. 99 odst. 3 soudního řádu správního nehrozí žádné procesní sankce [29].

77. V souladu s cílem stojícím na pozadí povinnosti ve smyslu článku 267 třetího pododstavce SFEU se proto musí Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana, před kterou vyvstala otázka týkající se výkladu unijního práva, obrátit na Soudní dvůr, aby tak zabránila, že se utvoří (či bude zachována) vnitrostátní judikatura, která není v souladu s pravidly unijního práva [30].

78. Je pravda, že riziko vydání vnitrostátní judikatury, která je rozporu s unijním právem, je omezeno tím, že pokud k postoupení rozhodnutí plénu Consiglio di Stato na základě čl. 99 odst. 3 soudního řádu správního dochází z důvodu zpochybnění právní zásady kvůli jejímu údajnému v rozporu s unijním právem, nemůže uvedené plénum tím spíše uniknout povinnosti obrátit se na Soudní dvůr s předběžnou otázkou.

79. Navzdory této procesní zvláštnosti však vidím nejméně dva důvody, které brání tomu vykládat článek 267 SFEU v tom smyslu, že zakazuje senátu Consiglio di Stato, kterému byl předložen spor, aby se obrátil na Soudní dvůr před případným postoupením věci plénu.

80. Upřít senátu soudu, proti jehož rozhodnutím nelze podat opravný prostředek ve vnitrostátním právu, aby se obrátil na Soudní dvůr, pouze z toho důvodu, že tak musí učinit plénum onoho soudu, by bylo v rozporu s ustálenou judikaturou Soudního dvora, která vždy přiznávala „vnitrostátním soudům tu *nejširší možnost* obrátit se na Soudní dvůr, mají-li za to, že věc, kterou projednávají, vyvolává otázky týkající se výkladu či posouzení platnosti ustanovení unijního práva, nezbytných pro vyřešení sporu, který jim byl předložen“ [31].

81. Soudní dvůr dále rozhodl, že vnitrostátní soud projednávající spor týkající se unijního práva, který má za to, že vnitrostátní ustanovení je nejen v rozporu s unijním právem, ale je rovněž stiženo vadami protiústavnosti, není zbaven možnosti nebo osvobozen od povinnosti stanovených v článku 267 SFEU obrátit se na Soudní dvůr s otázkami týkajícími se výkladu nebo platnosti unijního práva na základě skutečnosti, že protiústavnost normy vnitrostátního práva je možné určit jen v řízení před ústavním soudem [32].

82. Soudní dvůr rozhodl, že tento článek Smlouvy brání právním předpisům členského státu, které zavádějí incidenční řízení kontroly ústavnosti vnitrostátních zákonů, pokud přednostní povaha tohoto řízení ve svém důsledku brání vnitrostátním soudům, jak před předložením otázky ústavnosti vnitrostátnímu soudu pověřenému výkonem kontroly ústavnosti zákonů, tak případně po vydání rozhodnutí uvedeného soudu o této otázce, ve výkonu jejich pravomoci nebo v plnění jejich povinnosti obrátit se na Soudní dvůr s předběžnými otázkami [33].

83. Toto řešení platí v tomto případě tím spíše, že dotčené ustanovení zavazuje Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana k tomu, aby odmítla svou příslušnost ve prospěch pléna Consiglio di Stato, na rozdíl od přednostní otázky ústavnosti dotčené ve věci, v níž byl vydán rozsudek Melki a Abdeli (C-188/10 a C-189/10 EU:C:2010:363). Podle čl. 99 odst. 4 soudního řádu správního totiž platí, že plénum Consiglio di Stato „rozhoduje o všech sporech s výjimkou situace, kdy se rozhodne formulovat právní zásadu a ve zbývající části vrátit věc k řízení zpět senátu, který mu ji postoupil“.

29 — Rozsudek č. 4185 třetího senátu Consiglio di Stato ze dne 6. srpna 2014.

30 — Rozsudek Lyckeskog (C-99/00, EU:C:2002:329, bod 14 a citovaná judikatura).

31 — Rozsudek Križan a další (C-416/10, EU:C:2013:8, bod 64 a citovaná judikatura). Zdůrazněno autorem tohoto stanoviska.

32 — Viz rozsudek Melki a Abdeli (C-188/10 a C-189/10, EU:C:2010:363, bod 45), který odkazuje na body 39, 45 a 46 rozsudku Mecanarte (C-348/89, EU:C:1991:278), jakož i A (C-112/13, EU:C:2014:2195, bod 38).

33 — Rozsudek Melki a Abdeli (C-188/10 a C-189/10, EU:C:2010:363, bod 57 a výrok). Viz rovněž rozsudek A (C-112/13, EU:C:2014:2195, bod 46 a výrok).

84. Pouhá skutečnost, že v procesním systému dotčeném ve věci v původním řízení nejde o povinné přednostní postoupení jinému soudu, ale plénu soudu, kterému byl předložen spor v původním řízení, podle mého názoru není důvodem pro uplatnění výjimky z jednotlivých zásad formujících extenzivní výklad článku 267 SFEU a svobodu tohoto vnitrostátního soudu položit Soudnímu dvoru předběžnou otázku.

85. Soudní dvůr se sice nikdy k této zvláštnosti nevyslovil. Řešení přijaté v rozsudku Parfums Christian Dior (C-337/95, EU:C:1997:517) však podle mého posiluje navrhovanou analýzu a může se uplatnit *mutatis mutandis* na situaci, v níž se nachází předkládající soud.

86. V této věci, v níž se vnitrostátní soud tázal Soudního dvora, zda je to on sám či Cour Benelux, který musí být považován za vnitrostátní soud, proti jehož rozhodnutím nelze podat opravný prostředek ve vnitrostátním právu, a který má z tohoto titulu povinnost obrátit se na Soudní dvůr v souladu s čl. 267 třetím pododstavcem SFEU, Soudní dvůr dospěl k závěru, že oba soudy lze považovat za soudy, které jsou povinny obrátit se na Soudní dvůr ve smyslu článku 267 třetího pododstavce SFEU, vyvstane-li před nimi otázka týkající se výkladu unijního práva.

87. V takovémto typu situací však Soudní dvůr rozhodl, že oba soudy neměly ve skutečnosti povinnost se na něj obrátit, neboť závaznost výkladu podaného na základě článku 267 SFEU mohla „zbavit povinnost [předložit žádost o rozhodnutí o předběžné otázce] svého účelu a obsahu“ [34].

88. Ačkoli zde šlo o dva odlišné soudy, tato zvláštní situace není nepodobná konfiguraci senátu Consiglio di Stato a jejího pléna: obojí jsou vnitrostátními soudy, proti jejichž rozhodnutí nelze podat vnitrostátní opravný prostředek.

89. Odůvodnění, které Soudní dvůr použil v rozsudku Parfums Christian Dior (C-337/95, EU:C:1997:517), lze proto podle mého názoru přenést v případě potřeby na projednávanou věc: „pokud takový soud, jako je [senát Consiglio di Stato], využil před [postoupením věci plénu] možnost položit vznesenou otázku Soudnímu dvoru, výklad, který již Soudní dvůr poskytl, může zprostit takový soud, jako je [plénum Consiglio di Stato] povinnosti položit otázku, která je z věcné stránky totožná, před vydáním rozsudku. Naopak v případě, že se takový soud, jako je [senát Consiglio di Stato], neobrátí nejdříve na Soudní dvůr, takový soud, jako je [plénum Consiglio di Stato], má povinnost předložit nadnesenou otázku Soudnímu dvoru, jehož rozhodnutí tak může zprostit [senát Consiglio di Stato] povinnosti položit před vydáním rozsudku otázku, která je po obsahové stránce totožná,“ [35].

3. Dílčí závěr

90. Zaprvé, pokud nelze právní zásadu formulovanou v rozsudku č. 4/2011 ve znění rozsudku č. 9/2014 vykládat v souladu s čl. 1 odst. 3 směrnice 89/665 ve smyslu vyloženém Soudním dvorem v rozsudku Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) a v projednávané věci, předkládající soud musí upustit od jejího použití.

91. Zadruhé konstatuji, že článek 267 SFEU brání takovému ustanovení, jako je ustanovení čl. 99 odst. 3 soudního řádu správního, vykládanému v tom smyslu, že senát soudu, proti jehož rozhodnutím nelze podat opravný prostředek, má povinnost v případě, že nesouhlasí s právní zásadou formulovanou plénem téhož soudu, postoupit mu rozhodnutí, které je předmětem opravného prostředku, aniž může předtím položit předběžnou otázku Soudnímu dvoru.

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

35 — Rozsudek Parfums Christian Dior (C-337/95, EU:C:1997:517, bod 29). Poznamenávám totiž, že podle čl. 99 odst. 4 soudní řádu správního rozhoduje plénum o všech sporech s výjimkou situace, kdy se rozhodne formulovat právní zásadu a ve zbývající části vrátit věc k řízení zpět senátu, který mu ji postoupil.

92. Nebude-li vykládat článek 99 soudního řádu správního v souladu s unijním právem, senát Consiglio di Stato, který hodlá položit Soudnímu dvoru otázku na základě článku 267 SFEU, musí ponechat čl. 99 odst. 3 soudního řádu správního nepoužitý. „Na základě zásady přednosti [unijního] práva [… totiž] řeší vnitrostátní soud rozpor mezi ustanovením vnitrostátního zákona a přímo použitelným ustanovením Smlouvy tak, že použije [unijní] právo […] a podle potřeby ponechá bez použití odporující vnitrostátní ustanovení, a nikoliv tak, že bude konstatována neplatnost vnitrostátního ustanovení; pravomoc orgánů a soudů je v tomto ohledu věcí každého členského státu“ [36].

VI – **Závěry**

93. Vzhledem k výše uvedenému navrhuji Soudnímu dvoru, aby odpověděl na předběžné otázky položené Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana takto:

„1) Výklad čl. 1 odst. 3 směrnice 89/665/EHS ze dne 21. prosince 1989 o koordinaci právních a správních předpisů týkajících se přezkumného řízení při zadávání veřejných zakázek na dodávky a stavební práce, ve znění směrnice Evropského parlamentu a Rady 2007/66/ES ze dne 11. prosince 2007 poskytnutý Soudním dvorem Evropské unie v rozsudku Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) se uplatní i v situaci, kdy žalobu podal jediný uchazeč, ačkoli se zadávacího řízení zúčastnilo uchazečů několik, a kdy úspěšný uchazeč podal incidenční žalobu v rámci téhož řízení, a oprávněný zájem na vyloučení jiného uchazeče má jak žalující uchazeč, tak uchazeč, kterému byla zakázka zadána.

2) Pokud již Soudní dvůr Evropské unie vyložil ustanovení směrnice, vnitrostátní soud, proti jehož rozhodnutím nelze podat vnitrostátní opravný prostředek, musí vykládat vnitrostátní právo ve smyslu uvedeném Soudním dvorem Evropské unie, a nepoužít dotčené ustanovení vnitrostátního práva v případě, že takový výklad není možný, přičemž není povinen předem předložit Soudnímu dvoru předběžnou otázku, ale současně mu v jejím předložení nic nebrání

Článek 267 SFEU brání takovému ustanovení, jako je čl. 99 odst. 3 italského soudního řádu správního, vykládanému v tom smyslu, že senát soudu, proti jehož rozhodnutím nelze podat opravný prostředek, má povinnost v případě, že nesouhlasí s právní zásadou formulovanou plénem téhož soudu, postoupit tomuto rozhodnutí, které je předmětem opravného prostředku, aniž může předtím položit předběžnou otázku Soudnímu dvoru Evropské unie.“

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