Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
MELCHIORA WATHELETA
przedstawiona w dniu 23 kwietnia 2015 r.[1]

Sprawa C-689/13

Puligienica Facility Esco SpA (PFE)
przeciwko
Airgest SpA

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana (Włochy)]

Dyrektywa 89/665/EWG — Zamówienia publiczne — Odwołanie w celu stwierdzenia nieważności decyzji o udzieleniu zamówienia publicznego — Odwołania wzajemne kwestionujące udział w postępowaniu przetargowym odrzuconych oferentów — Krajowa reguła orzecznicza, zgodnie z którą sąd krajowy może orzekać co do istoty odwołania głównego jedynie wtedy, gdy odwołanie wzajemne jest bezzasadne — Wiążący charakter zasad sformułowanych przez pełny skład krajowego najwyższego sądu administracyjnego, nawet w przypadku niezgodności z prawem Unii — Wyrok Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) — Artykuł 267 TFUE — Pierwszeństwo — Wykładnia zgodna

I – **Wprowadzenie**

1. Niniejszy wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy, po pierwsze, wykładni art. 1 ust. 3 dyrektywy Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane[2], zmienionej dyrektywą 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r.[3] (zwanej dalej „dyrektywą 89/665”), a po drugie – wykładni art. 267 TFUE oraz zasady pierwszeństwa prawa Unii i wykładni zgodnej.

2. Pytania prejudycjalne postawione przez sąd odsyłający Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana (radę sądownictwa administracyjnego dla regionu Sycylii, Włochy) dotyczą bowiem dwóch odrębnych problemów prawnych. Pierwsze pytanie prejudycjalne dotyczy zakresu wyroku Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), natomiast drugie skłania Trybunał do zajęcia się wykładnią art. 267 TFUE w sytuacji, gdy przepisy krajowe zobowiązują sąd do przekazania sprawy pod obrady pełnego składu w przypadku wątpliwości, czy sformułowana przez niego zasada prawa jest zgodna z prawem Unii.

1 — Język oryginału: francuski.
2 — Dz.U. L 395, s. 33.
3 — Dz.U. L 335, s. 31.

II – **Ramy prawne**

A – *Prawo Unii*

3. Artykuł 1 dyrektywy 89/665, zatytułowany „Zakres zastosowania i dostępność procedur odwoławczych”, stanowi:

„1. Niniejsza dyrektywa ma zastosowanie do zamówień, o których mowa w dyrektywie 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi [(Dz.U. L 134, s. 114)], chyba że takie zamówienia wyłączono zgodnie z art. 10–18 tej dyrektywy.

Zamówienia w rozumieniu niniejszej dyrektywy obejmują zamówienia publiczne, umowy ramowe, koncesje na roboty budowlane i dynamiczne systemy zakupów.

Państwa członkowskie przedsiębiorą niezbędne środki, aby zapewnić – w odniesieniu do zamówień objętych zakresem zastosowania dyrektywy 2004/18/WE – możliwość skutecznego, a w szczególności możliwie szybkiego odwołania od decyzji podjętych przez instytucje zamawiające, zgodnie z warunkami określonymi w art. 2–2f niniejszej dyrektywy, z powodu naruszenia przez te decyzje prawa wspólnotowego w dziedzinie zamówień publicznych lub naruszenia krajowych przepisów transponujących to prawo.

[…]

3. Państwa członkowskie zapewniają dostępność procedur odwoławczych, w ramach szczegółowych przepisów, które państwa członkowskie mogą ustanowić, przynajmniej dla każdego podmiotu, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia, który poniósł szkodę lub może ponieść szkodę w wyniku domniemanego naruszenia.

[…]”.

4. Artykuł 2 tej dyrektywy, zatytułowany „Wymogi dotyczące procedur odwoławczych”, przewiduje w ust. 1:

„Państwa członkowskie zapewniają wprowadzenie do procedur odwoławczych określonych w art. 1 odpowiednich środków obejmujących prawo do:

[…]

b) uchylenia lub doprowadzenia do uchylenia bezprawnych decyzji […]”.

B – *Prawo włoskie*

1. Konstytucja

5. Zgodnie z art. 111 akapit ostatni konstytucji „od orzeczeń Consiglio di Stato przysługuje skarga kasacyjna […] ze względów dotyczących właściwości”.

2. Kodeks postępowania administracyjnego

6. Dekretem ustawodawczym nr 104 z dnia 2 lipca 2010 r. (dodatek zwyczajny do GURI nr 156 z dnia 7 lipca 2010 r.) ustanowiono kodeks postępowania administracyjnego.

7. Zgodnie z art. 6 ust. 1 tego kodeksu „Consiglio di Stato jest organem sądownictwa administracyjnego orzekającym w ostatniej instancji". Ustęp 6 tego artykułu stanowi ponadto, że „[o]dwołania od orzeczeń wydanych przez Tribunale amministrativa regionale della Sicilia [(regionalny sąd administracyjny dla Sycylii)] wnosi się do Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana zgodnie z postanowieniami szczególnego statutu i odpowiednimi przepisami wykonawczymi".

8. Artykuł 42 rzeczonego kodeksu przewiduje, że „[s]trona pozwana i interwenienci mogą składać wnioski związane z żądaniem głównym w drodze skargi wzajemnej".

9. Wreszcie zgodnie z art. 99 wspomnianego kodeksu:

„1. Jeżeli izba rozpatrująca skargę stwierdzi, że badana przez nią kwestia prawna doprowadziła lub może doprowadzić do rozbieżności orzecznictwa, postanowieniem wydanym na wniosek stron lub z urzędu może ona przekazać skargę do rozpoznania pełnemu składowi. Pełen skład, jeśli uzna to za właściwe, może odesłać akta do izby.

2. Przed wydaniem orzeczenia przewodniczący Consiglio di Stato (rady stanu), na wniosek stron lub z urzędu, może przekazać pełnemu składowi każdą skargę w celu rozstrzygnięcia kwestii zasadniczych o największym znaczeniu lub w celu położenia kresu rozbieżnościom orzecznictwa.

3. Jeżeli izba rozpatrująca skargę uzna, że nie zgadza się z zasadą prawa sformułowaną przez pełen skład, umotywowanym postanowieniem przekazuje ona skargę pod obrady pełnego składu w celu wydania rozstrzygnięcia.

4. Pełen skład wydaje rozstrzygnięcie co do całości sporu, chyba że postanowi ogłosić zasadę prawa, a w pozostałym zakresie odesłać sprawę do izby przekazującej.

5. Jeśli pełen skład uznaje rozpatrywaną kwestię za szczególnie istotną, może w każdym razie sformułować zasadę prawną w interesie prawa, nawet jeżeli stwierdza on niedopuszczalność skargi lub istnienie przeszkody procesowej bądź umorzenie postępowania. W takim przypadku orzeczenie pełnego składu nie ma skutku dla zaskarżonego środka".

3. Dekret ustawodawczy nr 373 z dnia 24 grudnia 2003 r.

10. W dniu 24 grudnia 2003 r. ustawodawca włoski przyjął dekret ustawodawczy nr 373, zatytułowany „Przepisy wykonawcze do szczególnego statutu regionu Sycylii dotyczące wykonywania w regionie funkcji ciążących na Consiglio di Stato" (dodatek zwyczajny do GURI nr 10 z dnia 14 stycznia 2004 r.).

11. Zgodnie z art. 1 ust. 2 powyższego dekretu „Consiglio di Giustizia amministrativa [per la Regione siciliana] ma swoją siedzibę w Palermo i składa się z dwóch izb pełniących funkcje, odpowiednio, doradczą i sądowniczą, które to izby stanowią delegatury Consiglio di Stato".

III – **Stan faktyczny w postępowaniu głównym**

12. W zaproszeniu do składania ofert z dnia 18 stycznia 2012 r. Airgest SpA, spółka zarządzająca lotniskiem cywilnym w Trapani-Birgi (Włochy), ogłosiła otwarty przetarg dotyczący udzielenia zamówienia na usługę sprzątania i utrzymania obszarów zielonych na tym lotnisku.

13. W drodze ostatecznej decyzji o udzieleniu zamówienia z dnia 22 maja 2012 r. zamówienie zostało udzielone tymczasowemu stowarzyszeniu przedsiębiorstw (zwanemu dalej „tymczasowym stowarzyszeniem przedsiębiorstw") utworzonemu przez Gestione Servizi Ambientali Srl (zwaną dalej „GSA") i Zenith Services Group Srl.

14. Puligienica Facility Esco SpA (PFE) (zwana dalej „PFE"), która również brała udział w przetargu i została zaklasyfikowana na drugim miejscu, zaskarżyła wskazaną powyżej decyzję do Tribunale amministrativo regionale della Sicilia. PFE wniosło w szczególności o stwierdzenie nieważności decyzji o udzieleniu zamówienia, a w konsekwencji o udzielenie mu przedmiotowego zamówienia.

15. Na poparcie skargi PFE twierdziło, że instytucja zamawiająca powinna była wykluczyć tymczasowe stowarzyszenie przedsiębiorstw z powodu naruszenia art. 38 akapit pierwszy lit. h) i m) dekretu ustawodawczego nr 163 z dnia 12 kwietnia 2006 r. w sprawie kodeksu zamówień publicznych na roboty budowlane, usługi i dostawy w wykonaniu dyrektyw 2004/17/WE i 2004/18/WE (GURI nr 100 z dnia 2 maja 2006 r.) oraz pkt III.2.1 ogłoszenia o zamówieniu, jak również pkt c) specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

16. GSA, będąca liderem tymczasowego stowarzyszenia przedsiębiorstw, przystąpiła więc do sporu w charakterze strony i wniosła skargę wzajemną, podnosząc brak interesu PFE w dochodzeniu swoich roszczeń. Skarga wzajemna opierała się w szczególności na tym, że – zdaniem GSA – PFE nie spełniało warunków dopuszczenia do przetargu ze względu na nieprecyzyjność swojej oferty i w związku z tym powinno było zostać wykluczone z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia.

17. Tribunale amministrativo regionale della Sicilia zbadał argumenty obu stron i uwzględnił obie skargi.

18. Na skutek powyższego wyroku instytucja zamawiająca wykluczyła sporne przedsiębiorstwa. Po zakończeniu kontroli przeprowadzonej w wykonaniu tego wyroku instytucja zamawiająca wykluczyła również wszystkie inne przedsiębiorstwa początkowo objęte klasyfikacją ze względu na ten sam błąd dotyczący braku szczegółowego wskazania kosztów związanych z zapewnieniem bezpieczeństwa. Została wówczas wszczęta procedura negocjacyjna w celu udzielenia zamówienia na wyżej wspomniane usługi.

19. PFE odwołało się od wyroku wydanego przez Tribunale amministrativo regionale della Sicilia do sądu odsyłającego, podczas gdy GSA złożyła odwołanie wzajemne, uzasadniając to między innymi tym, że wspomniany Tribunale nie przestrzegał kolejności badania skarg ustalonej w wyroku nr 4/2011 wydanym przez pełen skład Consiglio di Stato (zwanym dalej „wyrokiem nr 4/2011"), zgodnie z którym w przypadku wniesienia skargi wzajemnej kwestionującej dopuszczalność skargi głównej skargę wzajemną należy zbadać w pierwszej kolejności.

20. We wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym sąd odsyłający przypomina, że zasada ustanowiona w wyroku nr 4/2011 stanowiła już jedną z głównych kwestii odesłania prejudycjalnego, które doprowadziło do wydania wyroku Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448).

21. W sprawie, w której zapadł wskazany powyżej wyrok, dwóch oferentów uprzednio wybranych przez instytucję zamawiającą zostało zaproszonych do złożenia ofert. Oferent, którego oferta nie została przyjęta, wniósł skargę, uznając, że oferta wygrywającego oferenta nie spełnia wymogów specyfikacji. W odpowiedzi na tę skargę wybrany oferent wniósł z kolei skargę wzajemną, podnosząc, że oferta, która nie została wybrana, powinna była zostać wykluczona ze względu na to, iż również nie spełniała jednego z minimalnych warunków określonych w specyfikacji warunków zamówienia.

22. Zdaniem sądu krajowego, Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte (regionalnego sądu administracyjnego dla Piemontu), przed którym zawisł spór, obie oferty były nieodpowiednie. Wobec tego należało uwzględnić oba powództwa, zarówno skargę główną, jak i skargę wzajemną, co skutkowało unieważnieniem całego postępowania w sprawie udzielenia zamówienia. Jednak zgodnie z zasadą prawną wyrażoną w wyroku nr 4/2011 skarga wzajemna powinna była zostać zbadana przed skargą główną, ponieważ dotyczyła ona legitymacji procesowej skarżącego w postępowaniu głównym, kwestionując jego dopuszczenie do postępowania przetargowego.

23. Rozpatrując wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte, Trybunał uznał, że odwołanie wzajemne wybranego oferenta nie może prowadzić do odrzucenia odwołania głównego oferenta, w sytuacji gdy prawidłowość oferty każdego z podmiotów została zakwestionowana w ramach tego samego postępowania i na takich samych podstawach. W takiej sytuacji bowiem każdy z konkurentów może powołać się na uzasadniony interes w postaci wykluczenia ofert innych [4].

24. W związku z powyższym Trybunał orzekł, że art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665 sprzeciwia się temu, aby odwołanie wniesione przez oferenta, którego oferta nie została wybrana, zostało uznane za niedopuszczalne w wyniku uprzedniego badania zarzutu niedopuszczalności podniesionego przez wybranego oferenta, bez rozstrzygnięcia w przedmiocie zgodności z wymogami technicznymi określonymi w specyfikacji warunków zamówienia zarówno oferty wybranego oferenta, któremu udzielono zamówienia, jak i oferty oferenta, który wniósł odwołanie główne [5].

25. Niezależnie od tego przypomnienia sąd odsyłający zwraca uwagę Trybunału na fakt, że w postępowaniu głównym – w odróżnieniu od sprawy zakończonej wyrokiem Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) – przedsiębiorstw w postępowaniu przetargowym było więcej niż dwa, nawet jeżeli tylko dwa z nich są stronami w postępowaniu głównym.

26. Sąd odsyłający zwraca również uwagę Trybunału na zasadę określoną w art. 99 ust. 3 włoskiego kodeksu postępowania administracyjnego, zgodnie z którą jeżeli zamierza on odejść od wytycznych orzeczniczych udzielonych przez pełen skład Consiglio di Stato, musi obowiązkowo przekazać sporne orzeczenie pod obrady tego pełnego składu.

27. W związku z powyższym sąd odsyłający, biorąc pod uwagę specyfikę sprawy, w której musi on wydać orzeczenie, postanowił zwrócić się do Trybunału o dokonanie wykładni art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665 oraz wykładni art. 267 TFUE.

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

5 — Ibidem (pkt 34 i sentencja).

IV – **Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym i postępowanie przed Trybunałem**

28. Postanowieniem z dnia 26 września 2013 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 24 grudnia 2013 r., Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana postanowiła zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału na podstawie art. 267 TFUE z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

„1) Czy zasady sformułowane przez Trybunał Sprawiedliwości w wyroku [Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448)], w odniesieniu do konkretnych okoliczności będących przedmiotem tamtego odesłania prejudycjalnego, w których w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówień publicznych uczestniczyły tylko dwa przedsiębiorstwa, mają zastosowanie, ze względu na istotne podobieństwo spornego stanu faktycznego, również w rozpatrywanym przez Consiglio [di Stato] przypadku, w którym przedsiębiorstwa uczestniczące w przetargu, choć dopuszczone w liczbie większej niż dwa, zostały wszystkie wykluczone przez podmiot zamawiający, przy czym wykluczenie to nie zostało zaskarżone przez przedsiębiorstwa inne niż biorące udział w niniejszej sprawie, tak iż spór toczący się przed Consiglio [di Stato] jest ograniczony tylko do dwóch przedsiębiorstw?

2) Czy – w odniesieniu do kwestii, które mogą zostać rozstrzygnięte na podstawie prawa Unii – z wykładnią tego prawa, a szczególnie z art. 267 TFUE, sprzeczny jest art. 99 ust. 3 codice del processo amministrativo (włoskiego kodeksu postępowania administracyjnego), w zakresie, w jakim owo uregulowanie procesowe czyni wiążącym dla wszystkich izb i składów orzekających Consiglio di Stato każdą zasadę prawa sformułowaną przez pełen skład, również w sytuacji, kiedy jest oczywiste, że pełen skład sformułował lub mógł sformułować zasadę sprzeczną lub niespójną z prawem Unii; w szczególności:

— czy rozpatrujące sprawę izba lub skład orzekający Consiglio di Stato, jeżeli mają wątpliwości co do zgodności lub spójności z prawem Unii zasady sformułowanej wcześniej przez pełen skład, są zobowiązane przekazać temu ostatniemu, w drodze uzasadnionego postanowienia, skargę do rozstrzygnięcia, nawet zanim jeszcze będą mogły dokonać odesłania prejudycjalnego do Trybunału Sprawiedliwości, aby stwierdził zgodność i spójność [z prawem europejskim] spornej zasady prawa, czy też izba lub skład orzekający mogą lub raczej powinny, w charakterze sądu ostatniej instancji, skierować, jako sąd powszechny prawa Unii, pytanie prejudycjalne do Trybunału Sprawiedliwości w celu uzyskania prawidłowej wykładni prawa Unii;

— czy – w razie gdyby w odpowiedzi na postawione powyżej pytanie zostało stwierdzone, że każda izba i każdy skład orzekający Consiglio di Stato mają możliwość/obowiązek skierować bezpośrednio do Trybunału Sprawiedliwości lub, w każdym przypadku, w którym Trybunał Sprawiedliwości wydał orzeczenie, zwłaszcza jeżeli nastąpiło to po obradach pełnego składu Consiglio di Stato, stwierdzając istnienie rozbieżności lub niepełnej zgodności pomiędzy prawidłową wykładnią prawa Unii i zasadą prawa wewnętrznego sformułowaną przez pełen skład – każda izba lub skład orzekający Consiglio di Stato jako sąd powszechny ostatniej instancji prawa Unii mogą lub powinny bezpośrednio stosować prawidłową wykładnię prawa Unii, jakiej dokonał Trybunał Sprawiedliwości, czy też również w takich wypadkach są one zobowiązane przekazać skargę, uzasadnionym postanowieniem, do rozstrzygnięcia przez pełen skład, w efekcie pozostawiając jego wyłącznej ocenie i dyskrecjonalnemu uznaniu zastosowanie prawa Unii już sformułowanego w sposób wiążący przez Trybunał Sprawiedliwości;

— wreszcie, czy egzegeza systemu postępowania administracyjnego Republiki Włoskiej, w którym ewentualna decyzja o dokonaniu odesłania prejudycjalnego do Trybunału Sprawiedliwości – lub też tylko rozstrzygnięcie sprawy, podczas gdy stanowi ono bezpośrednią konsekwencję zastosowania zasad prawa Unii, które zostały już sformułowane przez Trybunał Sprawiedliwości – pozostawiona jest wyłącznej ocenie pełnego składu, nie jest sprzeczna nie tylko z zasadą rozsądnego czasu trwania postępowania i szybkiego postępowania odwoławczego

dotyczącego procedur udzielania zamówień publicznych, lecz również z wymaganiem, aby prawo Unii było w pełni i szybko stosowane przez każdy sąd we wszystkich państwach członkowskich, w sposób bezwzględnie zgodny z jego prawidłową wykładnią ustaloną przez Trybunał Sprawiedliwości, również w celu maksymalnego rozszerzenia zasad tzw. »skuteczności« i pierwszeństwa prawa Unii przed prawem (nie tylko materialnym, lecz również procesowym) wewnętrznym danego państwa członkowskiego (w tym wypadku przed art. 99 ust. 3 codice del processo amministrativo Republiki Włoskiej)?".

29. Uwagi na piśmie zostały złożone przez PFE, GSA, rząd włoski i Komisję Europejską. Ponadto wszyscy uczestnicy postępowania wypowiedzieli się na rozprawie, która odbyła się w dniu 11 marca 2015 r.

V – **Analiza**

A – *W przedmiocie pierwszego pytania prejudycjalnego*

30. W pierwszym pytaniu prejudycjalnym sąd odsyłający zastanawia się, czy dokonana przez Trybunał w wyroku Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) wykładnia art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665 znajduje zastosowanie w przypadku, w którym wszystkie przedsiębiorstwa uczestniczące w spornym przetargu, choć początkowo dopuszczone w liczbie większej niż dwa, zostały wykluczone przez podmiot zamawiający, przy czym wykluczenie to nie zostało zaskarżone przez przedsiębiorstwa inne niż te biorące udział w postępowaniu głównym, które ogranicza się tylko do dwóch z tych przedsiębiorstw.

31. W celu udzielenia odpowiedzi na powyższe pytanie konieczne wydaje mi się w pierwszej kolejności ustalenie praktycznych skutków wykładni dokonanej przez Trybunał w wyroku Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) w celu określenia w drugiej kolejności, czy liczba kandydatów ma wpływ na tę wykładnię, czy też jest jej warunkiem. Jeśli bowiem okaże się, że liczba przedsiębiorstw biorących udział w postępowaniu głównym nie ma wpływu na skutki zastosowania zasady będącej przedmiotem wykładni Trybunału, odpowiedź na pytanie sądu odsyłającego powinna być twierdząca. Jeżeli natomiast okaże się, że art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665 w wykładni dokonanej przez Trybunał w wyroku Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) nie może wywoływać skutków w sytuacji takiej jak ta w postępowaniu głównym, na pierwsze pytanie prejudycjalne należy odpowiedzieć przecząco.

1. Ustalenie skutków wykładni art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665 dokonanej w wyroku Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448)

32. W sprawie zakończonej wyrokiem Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) elementem kluczowym jest okoliczność, że wybrana oferta w sposób błędny nie została wykluczona na etapie weryfikacji ofert mimo jej niezgodności z wymogami technicznymi specyfikacji warunków zamówienia [6].

33. Zdaniem Trybunału w ramach postępowania wszczętego przez oferenta „odwołanie wzajemne wybranego oferenta nie może prowadzić do odrzucenia odwołania oferenta, w sytuacji gdy prawidłowość oferty każdego z podmiotów jest zakwestionowana w ramach tego samego postępowania i na takich samych podstawach [gdyż] w takiej sytuacji […] *każdy z konkurentów może powołać się na uzasadniony interes w postaci wykluczenia ofert innych, co może prowadzić instytucję zamawiającą do stwierdzenia niemożności dokonania wyboru prawidłowej oferty*" [7].

6 — Zobacz pkt 32 tego wyroku.

7 — Ibidem (pkt 33). Wyróżnienie moje.

34. Zobowiązaniem, które wynika z powyższych stwierdzeń, jest zatem zakaz uznania za niedopuszczalne odwołania głównego wniesionego przez odrzuconego oferenta na podstawie uprzedniego badania zarzutu niedopuszczalności podniesionego incydentalnie przez wybranego oferenta, bez rozstrzygnięcia w przedmiocie zgodności obu ofert z wymogami technicznymi specyfikacji warunków zamówienia [8]. Jeżeli obie oferty zostaną uznane za niezgodne z tymi wymogami, praktyczną konsekwencją wspomnianego zobowiązania będzie niemożność dokonania wyboru prawidłowej oferty przez instytucję zamawiającą, co oznacza konieczność ogłoszenia nowego przetargu.

2. Możliwość stosowania wykładni art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665 dokonanej w wyroku Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448)

35. W sprawie głównej do udziału w spornym postępowaniu przetargowym dopuszczono więcej niż dwa przedsiębiorstwa. Z wyjaśnień przedstawionych przez sąd odsyłający wynika jednak, że z wyjątkiem wnoszącego odwołanie w postępowaniu głównym (oraz wnoszącego odwołanie wzajemne przedsiębiorstwa, któremu udzielono zamówienia) żadne z innych przedsiębiorstw wykluczonych z przetargu nie odwołało się od tego wykluczenia do organu administracji lub sądu.

36. W takich okolicznościach, jeżeli sąd rozpatrujący sprawę miałby stwierdzić nieprawidłowość dwóch rozpatrywanych ofert, instytucja zamawiająca nie będzie zobowiązana do zorganizowania nowego przetargu, ale będzie mogła w razie potrzeby zdecydować o udzieleniu zamówienia innemu przedsiębiorstwu umieszczonemu w klasyfikacji sporządzonej przez instytucję zamawiającą.

37. Mimo to nie można wykluczyć, że jedna z nieprawidłowości leżących u podstaw unieważnienia ofert skarżącego w postępowaniu głównym i podmiotu, któremu udzielono zamówienia, powoduje również wadliwość wszystkich złożonych ofert. W takiej sytuacji instytucja zamawiająca powinna zatem koniecznie wszcząć nowe postępowanie [9].

38. W takich okolicznościach, jak orzekł Trybunał w pkt 33 wyroku Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), „każdy z konkurentów może powołać się na uzasadniony interes w postaci wykluczenia ofert innych, co może prowadzić instytucję zamawiającą do stwierdzenia niemożności dokonania wyboru prawidłowej oferty”.

39. W powyższym względzie chciałbym zresztą wskazać, że w rzeczonym wyroku Trybunał nie zamierzał ograniczać swojego stwierdzenia do przypadku postępowania przetargowego, które wzbudziło zainteresowanie wyłącznie dwóch przedsiębiorstw (a zatem do przedłożenia tylko dwóch ofert), ponieważ zakłada on w sposób ogólny uzasadniony interes „każdego *z* konkurentów” [10] w postaci wykluczenia oferty nie innego, lecz „*innych*” [11].

8 — Zobacz ibidem (pkt 34 i sentencja).

9 — Wydaje się, że jest to zresztą sytuacja, która wystąpiła w postępowaniu głównym zgodnie z opisem przedstawionym przez sąd odsyłający (zob. pkt C4, s. 12 wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym) oraz z informacjami dostarczonymi przez strony w postępowaniu głównym (zob. s. 2 uwag na piśmie PFE oraz pkt 9 uwag na piśmie GSA).

10 — Wyrok Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448, pkt 33). Wyróżnienie moje.

11 — Ibidem, wyróżnienie moje. Zgodnie z włoską wersją rzeczonego wyroku (jako że język postępowania stanowi język autentyczny) „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” (wyróżnienie moje).

40. Dlatego też uważam, że obowiązek sformułowany przez Trybunał w wyroku Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), zgodnie z którym to obowiązkiem art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665 zakazuje uznania za niedopuszczalne odwołania głównego wniesionego przez odrzuconego oferenta na podstawie uprzedniego badania zarzutu niedopuszczalności podniesionego przez wybranego oferenta, bez rozstrzygnięcia w przedmiocie zgodności obu ofert z wymogami technicznymi specyfikacji warunków zamówienia [12], ma również zastosowanie w okolicznościach sprawy zawisłej przed sądem odsyłającym.

3. Ewentualny wpływ różnicy w podstawach nieprawidłowości powołanych na poparcie odwołania głównego i odwołania wzajemnego

41. Z formalnego punktu widzenia sąd odsyłający ograniczył istotne ramy faktyczne do tego, że wszystkie przedsiębiorstwa uczestniczące w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, choć zostały dopuszczone w liczbie większej niż dwa, zostały wykluczone przez podmiot zamawiający, przy czym wykluczenie to nie zostało zaskarżone przez przedsiębiorstwa inne niż te biorące udział w niniejszym postępowaniu, tak iż spór toczący się przed tym sądem jest ograniczony tylko do tych dwóch przedsiębiorstw.

42. Dopiero co wyjaśniłem, dlaczego ta specyficzna sytuacja nie koliduje ze stosowaniem zasady określonej przez Trybunał w wyroku Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448).

43. W swoich uwagach na piśmie, potwierdzonych na rozprawie, GSA powołuje się jednak na drugie kryterium rozróżnienia w stosunku do wyroku Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448). Uważa ona bowiem, że wykładnia dokonana w tym wyroku ma zastosowanie wyłącznie wtedy, gdy uchybienia podniesione na poparcie odwołania głównego i odwołania wzajemnego są *takie same*.

44. Natomiast z wyjaśnień GSA wynika, że wniesione przez nią odwołanie wzajemne opiera się na podstawie innej niż odwołanie główne wniesione przez PFE. PFE wnosi o unieważnienie udzielenia zamówienia GSA ze względu na naruszenie ciążących na oferentach obowiązków złożenia oświadczeń. Powołuje się ono zatem na zarzut dotyczący nieprawidłowości formalnej. GSA wnosi natomiast o wykluczenie z postępowania PFE ze względu na nieprecyzyjność jego oferty, to znaczy nieprawidłowość dotyczącą istoty sporu.

45. W powyższym względzie chciałbym przede wszystkim zauważyć, że użycie liczby mnogiej w języku postępowania (włoski) („nell'ambito del medesimo procedimento *e per motivi identici*" [13]) i bardziej ogólnego wyrażenia „takie same" w języku obrad (francuski) przemawia za szeroką wykładnią pojęcia „tożsamości *podstaw*" (a nie *podstawy*) powołanego na poparcie obu odwołań [14]. Wyjątkowy charakter ścisłej tożsamości podstaw potwierdza taką wykładnię.

46. Następnie uważam, że tożsamość zarzutów powołanych na poparcie odwołania głównego i odwołania wzajemnego, tak jak liczba oferentów, nie jest decydującym elementem w wykładni art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665 dokonanej przez Trybunał w wyroku Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448).

12 — Ibidem (pkt 34 i sentencja).

13 — Ibidem (pkt 33). Wyróżnienie moje.

14 — Jak już stwierdziła rzecznik generalna J. Kokott w odniesieniu do wyroku Sądu Unii Europejskiej, w przypadku gdy francuska wersja nie jest wersją autentyczną (gdyż francuski nie jest językiem postępowania), ale gdy jest ona bardziej precyzyjna niż wersja sporządzona w języku postępowania, ta wersja językowa, „w której zaskarżony wyrok został sporządzony i prowadzona była nad nim narada, może stwarzać jednak dodatkowe punkty odniesienia dotyczące tego, na co Sąd chciał się w rzeczywistości […] powołać" (opinia rzecznik generalnej J. Kokott w sprawie Bertelsmann i Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2007:790, pkt 253).

47. Kiedy bowiem Trybunał twierdzi w pkt 33 ww. wyroku, że „odwołanie wzajemne wybranego oferenta nie może prowadzić do odrzucenia odwołania oferenta, w sytuacji gdy prawidłowość oferty każdego z podmiotów jest zakwestionowana w ramach tego samego postępowania i na takich samych podstawach", sedno tkwi – jak już wyjaśniłem powyżej – w tym, że „[w] takiej sytuacji […] każdy z konkurentów może powołać się na uzasadniony interes w postaci wykluczenia ofert innych, co może prowadzić instytucję zamawiającą do stwierdzenia niemożności dokonania wyboru prawidłowej oferty" [15].

48. Oba powyższe zdania stanowią łącznie jeden i ten sam punkt omawianego wyroku i w związku z tym nie można ich interpretować w sposób od siebie niezależny.

49. Zgadzam się więc z opinią Komisji zawartą w jej uwagach na piśmie, że determinującą okolicznością jest to, iż odwołanie główne i odwołanie wzajemne tworzą uzasadniony interes w ponownym wszczęciu postępowania przetargowego.

50. Tymczasem w postępowaniu głównym okazuje się – z zastrzeżeniem bardziej szczegółowego badania przez sąd odsyłający – że zarzuty podniesione przez PFE i GSA, skoro nie są takie same, mogą mieć ten sam charakter (ponieważ dotyczą prawidłowości oferty innego podmiotu), a w każdym razie tworzą u każdego z podmiotów gospodarczych uczestniczących w postępowaniu przed sądem odsyłającym „uzasadniony interes w postaci wykluczenia oferty innego" w rozumieniu wyroku Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448).

51. Ponadto, jak zauważyła Komisja na rozprawie w dniu 11 marca 2015 r., poza ochroną interesów oferentów zasada przyjęta przez Trybunał w wyroku Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) chroni interes instytucji zamawiającej, która musi mieć możliwość wyboru najlepszej prawidłowej oferty. Tymczasem w sprawie głównej ścisłe zastosowanie kryterium „tożsamości podstaw" powołane na poparcie odwołania głównego i odwołania wzajemnego może doprowadzić do tego, że instytucja zamawiająca będzie musiała udzielić zamówienia przedsiębiorstwu, którego oferta była jednak nieprawidłowa.

4. Wniosek pośredni

52. W świetle powyższych rozważań proponuję, aby na pierwsze pytanie prejudycjalne Trybunał odpowiedział, że dokonana w wyroku Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) wykładnia art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665 ma również zastosowanie w przypadku gdy, po pierwsze, odwołanie zostaje wniesione tylko przez jednego oferenta, podczas gdy do udziału w postępowaniu przetargowym zostało dopuszczonych więcej przedsiębiorstw, oraz po drugie, gdy oferent, któremu udzielono zamówienia, wnosi z kolei odwołanie wzajemne w ramach tego samego postępowania i zarówno skarżący oferent, jak i oferent, któremu udzielono zamówienia, mają uzasadniony interes w wykluczeniu drugiego podmiotu gospodarczego.

B – *W przedmiocie drugiego pytania prejudycjalnego*

53. W drugim pytaniu prejudycjalnym sąd odsyłający zwraca się do Trybunału zasadniczo z kwestią, czy art. 267 TFUE stoi na przeszkodzie mechanizmowi ustanowionemu w art. 99 ust. 3 włoskiego kodeksu postępowania administracyjnego, który przewiduje obowiązkowe przekazanie sprawy pełnemu składowi Consiglio di Stato przez każdą izbę tego sądu, jeśli izba ta uzna, że nie powinna stosować

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

zasady prawa sformułowanej przez pełen skład. Sąd odsyłający zastanawia się, czy mechanizm ten uniemożliwia mu, po pierwsze, przedstawienie pytania prejudycjalnego Trybunałowi lub, po drugie, orzekanie zgodnie z prawem Unii w sposób bezpośredni i niezależny z pominięciem tego mechanizmu.

54. Ze względu na to, że w pierwszym pytaniu prejudycjalnym sąd odsyłający postanowił zwrócić się do Trybunału z pytaniem o mającą zastosowanie wykładnię dyrektywy, można by zakwestionować konieczność udzielenia odpowiedzi na pierwszą część drugiego pytania prejudycjalnego.

55. Jednak – w sposób podobny do tego, w jaki Trybunał postanowił odpowiedzieć na wszystkie pytania zadane w sprawie zakończonej wyrokiem Cartesio (C-210/06, EU:C:2008:723) – uważam, że „byłoby wbrew duchowi współpracy, który powinien panować w stosunkach między sądami krajowymi a Trybunałem, oraz wymogom logiki postępowania, żeby żądać, by sąd krajowy najpierw wystąpił z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczącym wyłącznie tego, czy wchodzi on w zakres sądów, o których mowa w art. [267] akapit trzeci [TFUE], a następnie ewentualnie potem, w drugim wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, zadawał pytania dotyczące przepisów prawa wspólnotowego istotnych z punktu widzenia meritum zawisłego przed nim sporu” [16].

56. Jednakże przed udzieleniem odpowiedzi na powyższą kwestię zawartą w pytaniu prejudycjalnym zbadam drugi aspekt tego pytania, a mianowicie właściwość sądu odsyłającego do orzekania bezpośrednio w sposób zgodny z prawem Unii.

1. Właściwość sądu odsyłającego do orzekania bezpośrednio w sposób zgodny z prawem Unii

57. Ponieważ sąd odsyłający postanowił zwrócić się z pytaniem prejudycjalnym do Trybunału na podstawie art. 267 TFUE, odpowiedzi na drugi aspekt podniesiony w drugim pytaniu prejudycjalnym należy szukać w utrwalonym orzecznictwie Trybunału, zgodnie z którym przy rozstrzyganiu sporu w postępowaniu głównym sąd orzekający jest związany wykładnią spornych przepisów, jakiej Trybunał dokonał w odpowiedzi na pierwsze zadane pytanie. W związku z tym sąd odsyłający będzie musiał odstąpić od zasady prawa ustanowionej w wyroku nr 4/2011, jeśli w następstwie wspomnianej wyżej wykładni Trybunału uzna, że zasada ta nie jest zgodna z prawem Unii [17].

58. Chciałbym wskazać ponadto, że wyrokiem nr 9/2014 z dnia 25 lutego 2014 r. (zwanym dalej „wyrokiem nr 9/2014”) pełen skład Consiglio di Stato zmienił zasadę prawa, którą ogłosił w wyroku nr 4/2011. Jeżeli wspomnianą zasadę prawa w jej zmienionym ujęciu można interpretować w sposób zgodny z wykładnią art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665 dokonaną przez Trybunał w wyroku Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) oraz w niniejszej sprawie, to nie należy od niej odstępować. Wymóg dokonywania wykładni prawa krajowego zgodnej z prawem Unii jest bowiem nierozerwalnie związany z traktatem, gdyż zezwala sądowi krajowemu na zapewnienie, w ramach jego właściwości, pełnej skuteczności prawa Unii przy rozpoznawaniu zawisłego przed nim sporu [18].

16 — Punkt 70. Ponadto sam Trybunał wyjaśnił, że „udzielił już odpowiedzi na pytanie dotyczące charakteru sądu krajowego pod kątem art. [267] akapit trzeci [TFUE] w kontekście bez wątpienia podobnym do tego, który występuje w związku z niniejszym wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, nie kwestionując dopuszczalności tego pytania [w wyroku Lyckeskog (C-99/00, EU:C:2002:329)]” (pkt 71). Podobnie było też w sprawach zakończonych wyrokiem Melki i Abdeli (C-188/10 i C-189/10, EU:C:2010:363).

17 — Zobacz podobnie wyroki: Ełczinow (C-173/09, EU:C:2010:581, pkt 30); a także Križan i in. (C-416/10, EU:C:2013:8, pkt 69).

18 — Zobacz wyroki: Pfeiffer i in. (od C-397/01 do C-403/01, EU:C:2004:584, pkt 114); Kücükdeveci (C-555/07, EU:C:2010:21, pkt 48); Dominguez (C-282/10, EU:C:2012:33, pkt 24); a także Amia (C-97/11, EU:C:2012:306, pkt 28). Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem sądy krajowe, dokonując wykładni prawa krajowego, są zobowiązane czynić to w świetle brzmienia i celu rozpatrywanej dyrektywy, aby osiągnąć określony w niej rezultat [poza wyrokami wymienionymi w niniejszym przypisie zob. także wyroki o zasadniczym znaczeniu: von Colson i Kamann (14/83, EU:C:1984:153, pkt 26); a także Marleasing (C-106/89, EU:C:1990:395, pkt 8)].

59. Zasada wykładni zgodnej z prawem Unii wymaga bowiem, by sądy krajowe czyniły wszystko, co leży w zakresie ich kompetencji, uwzględniając wszystkie przepisy prawa krajowego i stosując uznane w porządku krajowym metody wykładni, by zapewnić pełną skuteczność dyrektywy 89/665 i dokonać rozstrzygnięcia zgodnego z realizowanymi przez nią celami [19].

60. Jeśli natomiast wykładni zasady prawa przedstawionej w wyroku nr 4/2011, zmienionej wyrokiem nr 9/2014, nie można dokonać zgodnie z art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665, to sąd odsyłający nie ma wówczas innej możliwości niż odstąpić od jej stosowania [20] na podstawie zasady pierwszeństwa prawa Unii [21].

61. W powyższym względzie, mimo że w niniejszym przypadku taki problem nie powstaje – ponieważ do Trybunału skierowano pytanie w trybie prejudycjalnym – niewątpliwie warto przypomnieć, że obowiązek odstąpienia przez sąd krajowy od stosowania przepisu krajowego sprzecznego z prawem Unii, w przypadku którego dokonanie wykładni zgodnej z prawem Unii okazuje się niemożliwe, nie wpływa na zasadę, zgodnie z którą sąd krajowy „ani nie jest […] zobowiązany do uprzedniego wystąpienia do Trybunału z pytaniem prejudycjalnym, ani nie można mu w tym przeszkodzić” [22].

62. Musimy jednak zastanowić się nad ewentualnym wpływem art. 267 TFUE na rozwiązanie proceduralne przewidziane w art. 99 włoskiego kodeksu postępowania administracyjnego.

2. Wpływ art. 267 TFUE na mechanizm obowiązkowego odesłania do pełnego składu Consiglio di Stato

63. Na wstępie mogę tylko zgodzić się ze stwierdzeniem rzecznika generalnego J. Mazáka, że w przedmiocie sporów, w których przepisy krajowe ograniczały możliwość skierowania przez sąd krajowy do Trybunału pytania prejudycjalnego na podstawie art. 267 TFUE, Trybunał „systematycznie orzekał w ten sposób, by przyznać sądom krajowym jak najszerszą możliwość skierowania do Trybunału pytań w przedmiocie ważności i wykładni prawa Unii” [23].

64. Powyższą ogólną refleksję potwierdzają trzy argumenty:

— po pierwsze, w odniesieniu do sądów, które nie orzekają w ostatniej instancji, Trybunał uznał, że powinny one „mieć swobodę wystąpienia do [niego] z nurtującymi [je] zagadnieniami, jeśli uzna[ją], że ocena prawna dokonana przez wyższą instancję mogłaby doprowadzić [je] do wydania orzeczenia sprzecznego z prawem Unii” [24];

19 — Zobacz w szczególności wyroki: Dominguez (C-282/10, EU:C:2012:33, pkt 27); Amia (C-97/11, EU:C:2012:306, pkt 29).

20 — Zobacz w szczególności, w odniesieniu do dyrektywy 89/665, wyrok Uniplex (UK) (C-406/08, EU:C:2010:45, pkt 49). Skoro Trybunał uznaje już konsekwentnie, że „kwestia konieczności niestosowania przepisu krajowego z powodu jego sprzeczności z prawem Unii pojawia dopiero wtedy, gdy okaże się, że nie jest możliwa żadna wykładnia tego przepisu zgodna z prawem Unii” [wyroki: Dominguez (C-282/10, EU:C:2012:33, pkt 23); Amia (C-97/11, EU:C:2012:306, pkt 27); lub też niedawno wyrok Spedition Welter (C-306/12, EU:C:2013:650, pkt 28)], obowiązek „odstąpienia od stosowania”, stwierdzony w wyroku Simmenthal (106/77, EU:C:1978:49, pkt 21, 24), nie jest podważany. Zobacz w tym względzie sentencja wyroku Amia (C-97/11, EU:C:2012:306); a także wyrok A (C-112/13, EU:C:2014:2195, pkt 36).

21 — Zobacz podobnie wyrok Kücükdeveci (C-555/07, EU:C:2010:21, pkt 54).

22 — Ibidem (pkt 53).

23 — Stanowisko rzecznika generalnego J. Mazáka w sprawach Melki i Abdeli (C-188/10 i C-189/10, EU:C:2010:319, pkt 62). Zobacz także, w odniesieniu do stwierdzenia tej zasady przez Trybunał, wyrok Rheinmühlen-Düsseldorf (166/73, EU:C:1974:3, pkt 3); co do jej potwierdzenia przez utrwalone orzecznictwo zob. wyroki: Mecanarte (C-348/89, EU:C:1991:278, pkt 44); Palmisani (C-261/95, EU:C:1997:351, pkt 20); a także Cartesio (C-210/06, EU:C:2008:723, pkt 88). Orzecznictwo wydane po stanowisku rzecznika generalnego J. Mazáka nie przeczy temu stwierdzeniu; zob. wyroki: Melki i Abdeli (C-188/10 i C-189/10, EU:C:2010:363, pkt 41); Ełczinow (C-173/09, EU:C:2010:581, pkt 26); Kelly (C-104/10, EU:C:2011:506, pkt 61); Križan i in. (C-416/10, EU:C:2013:8, pkt 64); lub też ostatnio wyrok A (C-112/13, EU:C:2014:2195, pkt 35).

24 — Zobacz wyrok Rheinmühlen-Düsseldorf (166/73, EU:C:1974:3, pkt 4); co do jego potwierdzenia przez utrwalone orzecznictwo zob. wyroki: Cartesio (C-210/06, EU:C:2008:723, pkt 94); ERG i in. (C-378/08, EU:C:2010:126, pkt 32); Melki i Abdeli (C-188/10 i C-189/10, EU:C:2010:363, pkt 42); Ełczinow (C-173/09, EU:C:2010:581, pkt 27); Kelly (C-104/10, EU:C:2011:506, pkt 61); a także Križan i in. (C-416/10, EU:C:2013:8, pkt 68).

— po drugie, sądy krajowe, których orzeczenia nie podlegają zaskarżeniu według prawa krajowego, są zobowiązane na mocy art. 267 akapit trzeci TFUE do skierowania sprawy do Trybunału, w przypadku gdy napotykają kwestię dotyczącą wykładni prawa Unii, aby w ten sposób „zapobiec powstaniu w państwie członkowskim orzecznictwa krajowego niezgodnego z przepisami prawa [Unii]”[25], oraz

— po trzecie, Trybunał orzekł, że jeżeli sąd krajowy rozpoznaje spór dotyczący prawa Unii i uważa, iż przepis krajowy jest nie tylko sprzeczny z prawem Unii, ale także niezgodny z konstytucją, to fakt, że stwierdzenie niezgodności z konstytucją przepisu prawa krajowego następuje w drodze obligatoryjnej skargi do trybunału konstytucyjnego, nie pozbawia go uprawnienia lub nie zwalnia z obowiązku – przewidzianych w art. 267 TFUE – polegających na wystąpieniu do Trybunału Sprawiedliwości z pytaniami o wykładnię lub ocenę ważności prawa Unii[26].

65. Właśnie w takie konkretne ramy powinna wpisywać się odpowiedź na drugie pytanie prejudycjalne zadane przez sąd odsyłający.

66. Zgodnie z art. 1 ust. 2 dekretu ustawodawczego nr 373 z dnia 24 grudnia 2003 r. Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana składa się z dwóch izb, które stanowią delegatury Consiglio di Stato. Jej charakter sądowy w rozumieniu art. 267 TFUE nie jest zatem kwestionowany, a możliwość zwrócenia się przez nią do Trybunału z pytaniem prejudycjalnym nie podlega dyskusji[27].

67. Jedyną kwestią, jaka może się pojawić w tych okolicznościach, jest pytanie, czy z punktu widzenia ustanowionego w art. 99 ust. 3 włoskiego kodeksu postępowania administracyjnego obowiązku odesłania do pełnego składu Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana należy uważać za sąd krajowy, którego orzeczenia nie podlegają zaskarżeniu według prawa krajowego w rozumieniu art. 267 akapit trzeci TFUE, lub czy orzeczenie tego sądu podlega zaskarżeniu.

68. W drugim przypadku sąd odsyłający ma *swobodę* wystąpienia do Trybunału z nurtującymi go zagadnieniami, jeśli uzna, że ocena prawna dokonana przez wyższą instancję mogłaby doprowadzić go do wydania orzeczenia sprzecznego z prawem Unii. W pierwszym przypadku sąd odsyłający jest natomiast *zobowiązany* do zwrócenia się do Trybunału z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, jeżeli ma wątpliwości co do zgodności z prawem Unii zasady prawa ustalonej przez pełen skład Consiglio di Stato.

69. Jak już przypomniałem powyżej, art. 1 ust. 2 dekretu ustawodawczego nr 373 z dnia 24 grudnia 2003 r. stanowi, że Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana składa się z dwóch izb, które stanowią delegatury Consiglio di Stato.

70. Zgodnie z art. 6 ust. 1 włoskiego kodeksu postępowania administracyjnego „Consiglio di Stato jest organem sądownictwa administracyjnego orzekającym w ostatniej instancji”.

71. O ile zgodnie z art. 111 akapit ostatni konstytucji skarga kasacyjna jest dopuszczalna na orzeczenia Consiglio di Stato, o tyle ogranicza się ona jednak wyłącznie do zagadnień związanych z podziałem kompetencji pomiędzy poszczególne sądy włoskie.

25 — Wyrok Lyckeskog (C-99/00, EU:C:2002:329, pkt 14 i przytoczone tam orzecznictwo).

26 — Zobacz wyrok Melki i Abdeli (C-188/10 i C-189/10, EU:C:2010:363, pkt 45), który odsyła do pkt 39, 45 i 46 wyroku Mecanarte (C-348/89, EU:C:1991:278); a także wyrok A (C-112/13, EU:C:2014:2195, pkt 38).

27 — Ponadto zwracam uwagę, że Trybunał odpowiedział już na kilka wniosków o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym skierowanych przez Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana [zob. wyrok Valvo (C-78/07, EU:C:2008:171); postanowienie Rizzo (C-107/11, EU:C:2012:96); a także wyrok Ottica New Line di Accardi Vincenzo (C-539/11, EU:C:2013:591)].

72. W takich okolicznościach, w sposób podobny do tego, w jaki Trybunał stwierdził ostatnio, że możliwość zaskarżenia przed trybunałem konstytucyjnym orzeczeń sądu krajowego, ograniczona do badania ewentualnego naruszenia praw i wolności zagwarantowanych przez konstytucję krajową lub konwencję międzynarodową, uniemożliwia stwierdzenie, że ów sąd najwyższy nie powinien być uważany za sąd, którego orzeczenia według prawa krajowego nie podlegają zaskarżeniu, w rozumieniu art. 267 akapit trzeci TFUE [28], nie zamierzam podawać w wątpliwość zakwalifikowania Consiglio di Stato i jej delegatur jako sądu „ostatniej instancji".

73. W wyroku nr 2403 wydanym w dniu 4 lutego 2014 r. przez izby połączone sam Corte suprema di cassazione uznał, że we włoskim systemie sądownictwa administracyjnego zadaniem Consiglio di Stato, jego izb oraz pełnego składu bez zróżnicowania jest wydawanie orzeczeń w charakterze sądu ostatniej instancji w rozumieniu art. 267 akapit trzeci TFUE.

74. Nie wydaje mi się, aby przewidziane w art. 99 ust. 3 włoskiego kodeksu postępowania administracyjnego obowiązkowe odesłanie do pełnego składu Consiglio di Stato mogło zmienić powyższą analizę, ponieważ nie może być ono uznane za „zaskarżenie" w rozumieniu art. 267 akapit trzeci TFUE.

75. Powyższe rozwiązanie proceduralne pozostaje bowiem nie do dyspozycji stron, ale wyłącznie do dyspozycji izby Consiglio di Stato, przed którą zawisł spór. Ponadto korzystanie z niego pozwala na zmianę nie orzeczenia wydanego przez sąd niższej instancji, lecz wręcz przeciwnie – orzecznictwa pełnego składu Consiglio di Stato.

76. Co więcej, zgodnie orzecznictwem Consiglio di Stato przytoczonym przez rząd włoski w przypadku naruszenia art. 99 ust. 3 włoskiego kodeksu postępowania administracyjnego nie stosuje się sankcji proceduralnych [29].

77. W związku z powyższym zgodnie z celem leżącym u podstaw obowiązku przewidzianego w art. 267 akapit trzeci TFUE Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, która napotyka kwestię dotyczącą wykładni prawa Unii, powinna być zobowiązana do skierowania sprawy do Trybunału, aby w ten sposób zapobiec powstaniu (lub utrwaleniu) orzecznictwa krajowego niezgodnego z przepisami prawa Unii [30].

78. Co prawda ryzyko rozwijania się orzecznictwa krajowego sprzecznego z prawem Unii jest ograniczone faktem, że jeśli przekazanie orzeczenia pełnemu składowi Consiglio di Stato na podstawie art. 99 ust. 3 włoskiego kodeksu postępowania administracyjnego opiera się na zakwestionowaniu zasady prawa ze względu na jej domniemaną sprzeczność z prawem Unii, to wspomniany pełny skład a fortiori nie może uchylić się od spoczywającego na nim obowiązku zwrócenia się do Trybunału w trybie prejudycjalnym.

79. Jednakże pomimo owego szczególnego uregulowania proceduralnego zauważam przynajmniej dwa powody, które uniemożliwiają wykładnię art. 267 TFUE jako zakazującego izbie Consiglio di Stato rozpatrującej sprawę samodzielnego zwrócenia się do Trybunału, przed ewentualnym przekazaniem sprawy pełnemu składowi.

28 — Zobacz wyrok Križan i in. (C-416/10, EU:C:2013:8, pkt 72).

29 — Wyrok trzeciej izby Consiglio di Stato nr 4185 z dnia 6 sierpnia 2014 r..

30 — Wyrok Lyckeskog (C-99/00, EU:C:2002:329, pkt 14 i przytoczone tam orzecznictwo).

80. Po pierwsze, odmówienie izbie sądu, którego orzeczenia według prawa krajowego nie podlegają zaskarżeniu, możliwości zwrócenia się do Trybunału tylko z tego powodu, że pełen skład tegoż sądu będzie do tego zobowiązany, pozostaje w sprzeczności z utrwalonym orzecznictwem Trybunału, który zawsze przyznawał „sądom krajowym jak *najszersze* uprawnienie do wystąpienia do Trybunału, jeśli uznają one, że w zawisłej przed nimi sprawie pojawiły się pytania związane z wykładnią lub oceną ważności przepisów prawa Unii wymagające rozstrzygnięcia z ich strony” [31].

81. Po drugie, Trybunał orzekł, że jeżeli sąd krajowy rozpoznaje spór dotyczący prawa Unii i uważa, że przepis krajowy jest nie tylko sprzeczny z prawem Unii, ale także niezgodny z konstytucją, to fakt, że stwierdzenie niezgodności z konstytucją przepisu prawa krajowego następuje w drodze obligatoryjnej skargi do trybunału konstytucyjnego, nie pozbawia go uprawnienia lub nie zwalnia z obowiązku – przewidzianych w art. 267 TFUE – polegających na wystąpieniu do Trybunału z pytaniami o wykładnię lub ocenę ważności prawa Unii [32].

82. Trybunał orzekł, że wskazany powyżej artykuł traktatu stoi na przeszkodzie przepisom państwa członkowskiego, które wprowadzają wypadkową kontrolę zgodności ustaw krajowych z konstytucją, o ile priorytetowy charakter tego postępowania skutkuje uniemożliwieniem wykonania przez sąd krajowy przysługującego mu uprawnienia do zwrócenia się do Trybunału z pytaniami prejudycjalnymi lub spełnienia spoczywającego na nim obowiązku w tym zakresie zarówno przed skierowaniem pytania o zgodność z konstytucją do sądu krajowego sprawującego kontrolę nad zgodnością ustaw z konstytucją, jak i, ewentualnie, po wydaniu orzeczenia w tej kwestii przez ten sąd [33].

83. Rozwiązanie takie narzuca się tu tym bardziej, że przepis, o którym mowa, zobowiązuje Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana do stwierdzenia braku jej jurysdykcji na korzyść pełnego składu Consiglio di Stato, w przeciwieństwie do priorytetowego pytania o zgodność z konstytucją rozpatrywanego w sprawie zakończonej wyrokiem Melki i Abdeli (C-188/10 i C-189/10, EU:C:2010:363). Zgodnie bowiem z art. 99 ust. 4 włoskiego kodeksu postępowania administracyjnego, jeżeli pełen skład Consiglio di Stato rozpatruje sprawę, to „wydaje rozstrzygnięcie co do całości sporu, chyba że postanowi ogłosić zasadę prawa, a w pozostałym zakresie odesłać sprawę do izby przekazującej”.

84. Sam fakt, że w systemie proceduralnym będącym przedmiotem sporu w postępowaniu głównym chodzi o obowiązkowe uprzednie przekazanie sprawy nie innemu sądowi, ale pełnemu składowi sądu rozpatrującego spór w postępowaniu głównym, nie może moim zdaniem uzasadniać odstępstwa od poszczególnych zasad, które ukształtowały szeroką wykładnię art. 267 TFUE, oraz od przysługującej temu sądowi krajowemu swobody zadania Trybunałowi pytania prejudycjalnego.

85. Wprawdzie Trybunał nigdy nie musiał wypowiadać się w tej szczególnej kwestii proceduralnej, jednak wydaje mi się, że rozwiązanie przyjęte w wyroku Parfums Christian Dior (C-337/95, EU:C:1997:517) potwierdza zaproponowaną analizę i może być zastosowane mutatis mutandis do sytuacji, w jakiej znajduje się sąd odsyłający.

31 — Wyrok Križan i in. (C-416/10, EU:C:2013:8, pkt 64 i przytoczone tam orzecznictwo). Wyróżnienie moje.

32 — Zobacz wyrok Melki i Abdeli (C-188/10 i C-189/10, EU:C:2010:363, pkt 45), który odsyła do pkt 39, 45 i 46 wyroku Mecanarte (C-348/89, EU:C:1991:278); a także wyrok A (C-112/13, EU:C:2014:2195, pkt 38).

33 — Wyrok Melki i Abdeli (C-188/10 i C-189/10, EU:C:2010:363, pkt 57 i sentencja). Zobacz także wyrok A (C-112/13, EU:C:2014:2195, pkt 46 i sentencja).

86. We wspomnianej powyżej sprawie, w której sąd krajowy zwrócił się do Trybunału z pytaniem, czy on sam, czy też Cour de justice Benelux (trybunał sprawiedliwości Beneluksu) powinien zostać uznany za sąd krajowy, którego orzeczenia nie podlegają zaskarżeniu według prawa krajowego i który z tego tytułu jest zobowiązany do skierowania sprawy do Trybunału zgodnie z art. 267 akapit trzeci TFUE, Trybunał doszedł do wniosku, że oba te sądy można uznać za zobowiązane do skierowania sprawy do Trybunału w rozumieniu art. 267 akapit trzeci TFUE, o ile zostanie przed nimi podniesiona kwestia dotycząca wykładni prawa Unii.

87. Niemniej w tego rodzaju sytuacji Trybunał orzekł, że oba sądy nie są faktycznie zobowiązane do skierowania do niego sprawy, gdyż moc dokonanej już wykładni na podstawie art. 267 TFUE może „pozbawić obowiązek [odesłania prejudycjalnego] jego celu i uczynić go bezprzedmiotowym” [34].

88. Jakkolwiek chodzi tu o dwa odrębne sądy, ta szczególna sytuacja jest mimo wszystko podobna do konfiguracji, w jaką wpisują się izba Consiglio di Stato i jej pełen skład: są to sądy krajowe, których orzeczenia nie podlegają zaskarżeniu według prawa krajowego.

89. W związku z powyższym wydaje mi się, że rozumowanie Trybunału przyjęte w wyroku Parfums Christian Dior (C-337/95, EU:C:1997:517) można zastosować w razie konieczności do niniejszej sprawy: „jeśli sąd taki jak [izba Consiglio di Stato], przed [przekazaniem sprawy pełnemu składowi], skorzysta z przysługującego mu uprawnienia do przedłożenia podniesionej kwestii Trybunałowi Sprawiedliwości, moc wykładni dokonanej przez Trybunał może zwolnić sąd taki jak [pełen skład Consiglio di Stato] od jego obowiązku zadania pytania identycznego pod względem merytorycznym przed wydaniem swojego orzeczenia. Natomiast w braku uprzedniego skierowania sprawy do Trybunału Sprawiedliwości przez sąd taki jak [izba Consiglio di Stato] sąd taki jak [pełen skład Consiglio di Stato] jest zobowiązany przedłożyć podniesioną kwestię Trybunałowi, którego orzeczenie może wówczas zwolnić [izbę Consiglio di Stato] z obowiązku zadania identycznego pod względem merytorycznym pytania przed wydaniem swojego orzeczenia” [35].

3. Wniosek pośredni

90. Po pierwsze, jeśli zasady prawa określonej w wyroku nr 4/2011 i zmienionej w wyroku nr 9/2014 nie można interpretować zgodnie z art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665, tak jak został on objaśniony przez Trybunał w wyroku Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) oraz w niniejszej sprawie, to sąd odsyłający powinien odstąpić od jej stosowania.

91. Po drugie, uważam, że art. 267 TFUE stoi na przeszkodzie przepisowi takiemu jak art. 99 ust. 3 włoskiego kodeksu postępowania administracyjnego, interpretowanemu w ten sposób, że nakłada on na izbę sądu, którego orzeczenia nie podlegają zaskarżeniu, w przypadku gdy nie zgadza się ona z zasadą prawa wyrażoną przez pełen skład tego samego sądu, obowiązek przekazania mu orzeczenia będącego przedmiotem skargi bez możliwości uprzedniego skierowania pytania prejudycjalnego do Trybunału Sprawiedliwości.

92. Wobec powyższego, z wyjątkiem sytuacji, w której art. 99 włoskiego kodeksu postępowania administracyjnego byłby interpretowany zgodnie z prawem Unii, izba Consiglio di Stato, która zamierza zwrócić się do Trybunału na podstawie art. 267 TFUE, powinna odstąpić od stosowania art. 99 ust. 3 włoskiego kodeksu postępowania administracyjnego. Faktycznie „[w] myśl zasady pierwszeństwa prawa [Unii] kolizja pomiędzy przepisem prawa krajowego a przepisem traktatu

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

35 — Wyrok Parfums Christian Dior (C-337/95, EU:C:1997:517, pkt 29). Należy bowiem zauważyć, że zgodnie z art. 99 ust. 4 włoskiego kodeksu postępowania administracyjnego pełen skład może wydać rozstrzygnięcie co do całości sporu albo postanowić ogłosić wyłącznie zasadę prawa i w pozostałym zakresie odesłać sprawę do izby przekazującej.

stosowanym bezpośrednio jest rozwiązywana przez sąd krajowy poprzez zastosowanie prawa [Unii] i w razie potrzeby odmowę stosowania sprzecznego z nim przepisu prawa krajowego, a nie poprzez stwierdzenie nieważności przepisu krajowego, przy czym właściwość organów i sądów jest w tym zakresie sprawą każdego państwa członkowskiego”[36].

VI – **Wnioski**

93. W świetle powyższych rozważań zachęcam Trybunał, aby na pytania prejudycjalne przedstawione przez Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana udzielił następującej odpowiedzi:

1) Dokonana przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) wykładnia art. 1 ust. 3 dyrektywy Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane, zmienionej dyrektywą 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r., ma również zastosowanie w przypadku, gdy po pierwsze, odwołanie zostaje wniesione tylko przez jednego oferenta, podczas gdy do udziału w postępowaniu przetargowym zostało dopuszczonych więcej przedsiębiorstw, oraz gdy, po drugie, oferent, któremu udzielono zamówienia, wnosi z kolei odwołanie wzajemne w ramach tego samego postępowania i zarówno skarżący oferent, jak i oferent, któremu udzielono zamówienia, mają uzasadniony interes w wykluczeniu drugiego podmiotu gospodarczego.

2) W przypadku gdy przepis dyrektywy był już przedmiotem wykładni Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, sąd krajowy, którego orzeczenia według prawa krajowego nie podlegają zaskarżeniu, powinien interpretować prawo krajowe w rozumieniu nadanym przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, a w przypadku gdy interpretacja taka okazuje się niemożliwa – odstąpić od stosowania spornego przepisu prawa krajowego, przy czym ani nie jest on zobowiązany do uprzedniego wystąpienia do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, ani nie można mu w tym przeszkodzić.

Artykuł 267 TFUE stoi na przeszkodzie przepisowi takiemu jak art. 99 ust. 3 włoskiego kodeksu postępowania administracyjnego, interpretowanemu w taki sposób, że nakłada on na izbę sądu, którego orzeczenia nie podlegają zaskarżeniu, w przypadku gdy nie zgadza się ona z zasadą prawa wyrażoną przez pełen skład tego samego sądu, obowiązek przekazania mu orzeczenia będącego przedmiotem skargi bez możliwości uprzedniego skierowania pytania prejudycjalnego do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

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