Zbirka odločb sodne prakse

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA
MELCHIORJA WATHELETA,
predstavljeni 23. aprila 2015 [1]

Zadeva C-689/13

Puligienica Facility Esco SpA (PFE)
proti
Airgest SpA
(Predlog za sprejetje predhodne odločbe,

ki ga je vložilo Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana (Italija))

„Direktiva 89/665/EGS — Javna naročila — Tožba za razglasitev ničnosti akta o oddaji javnega naročila — Nasprotna tožba, s katero se izpodbija udeležba neizbranega ponudnika pri javnem naročilu — Pravilo nacionalne sodne prakse, da lahko nacionalno sodišče meritorno odloča o tožbi v glavni stvari le, če nasprotna tožba ni utemeljena — Zavezujoča narava načel, sprejetih na občni seji vrhovnega upravnega sodišča v državi, tudi če gre za neskladnost s pravom Unije — Sodba Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) — Člen 267 PDEU — Primarnost — Skladna razlaga“

I – **Uvod**

1. Ta predlog za sprejetje predhodne odločbe se nanaša, na eni strani, na razlago člena 1(3) Direktive Sveta 89/665/EGS z dne 21. decembra 1989 o usklajevanju zakonov in drugih predpisov o uporabi revizijskih postopkov oddaje javnih naročil za preskrbo in javnih naročil za gradnje [2], kakor je bila spremenjena z Direktivo 2007/66/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 11. decembra 2007 [3] (v nadaljevanju: Direktiva 89/665), in na drugi strani, na razlago člena 267 PDEU ter načeli primarnosti prava Unije in skladne razlage.

2. Vprašanja za predhodno odločanje, ki jih je predložilo predložitveno sodišče Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana (svet upravnega sodišča dežele Sicilije, Italija), se nanašajo na dve različni pravni vprašanji. Prvo vprašanje za predhodno odločanje se nanaša na obseg sodbe Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), medtem ko se z drugim sprašuje o razlagi člena 267 PDEU v primeru, da nacionalna zakonodaja sodišču nalaga, da zadevo predloži na svoji občni seji, če dvomi o skladnosti pravnega načela, sprejetega na takšni seji, s pravom Unije.

1 — Jezik izvirnika: francoščina.

2 — UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 6, zvezek 11, str. 246.

3 — UL L 335, str. 31.

II – **Pravni okvir**

A – *Pravo Unije*

3. Člen 1 Direktive 89/665 z naslovom „Področje uporabe in zagotovitev revizijskih postopkov“ določa:

„1. Ta direktiva se uporablja za javna naročila iz Direktive 2004/18/ES Evropskega Parlamenta in Sveta z dne 31. marca 2004 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil gradenj, blaga in storitev [(UL L 134, str. 114)], razen če so takšna naročila izključena v skladu s členi od 10 do 18 navedene direktive.

Naročila v smislu te direktive zajemajo javna naročila blaga, gradenj in storitev, okvirne sporazume ter dinamične nabavne sisteme.

Države članice sprejmejo potrebne ukrepe, da se v zvezi z javnimi naročili s področja uporabe Direktive 2004/18/ES zagotovi učinkovita in zlasti čim hitrejša revizija odločitev, ki so jih sprejeli naročniki, skladno s pogoji, določenimi v členih od 2 do 2f te direktive, na podlagi obrazložitve, da so te odločitve kršile zakonodajo Skupnosti na področju javnih naročil ali nacionalne predpise o prenosu te zakonodaje.

[…]

3. Države članice zagotovijo, da so revizijski postopki v skladu z natančnimi pravili, ki jih lahko določi država članica, na voljo vsaj osebam, ki imajo ali so imele interes za dodelitev določenega javnega naročila in ki jim je z domnevno kršitvijo nastala škoda ali bi jim lahko nastala škoda.

[…]“

4. Člen 2 te direktive z naslovom „Zahteve za revizijske postopke“ v odstavku 1 določa:

„Države članice zagotovijo, da sprejeti ukrepi v zvezi z revizijskimi postopki, določenimi v členu 1, vključujejo zagotovitev pooblastil, da:

[…]

b) se razveljavi ali zagotovi razveljavitev protizakonito sprejetih odločitev […].“

B – *Italijansko pravo*

1. Ustava

5. V skladu s členom 111, zadnji odstavek, ustave se „kasacijska pritožba prizna zoper odločbe Consiglio di Stato […] iz razlogov, povezanih s pristojnostjo“.

2. Zakonik o upravnem postopku

6. Z zakonodajnim odlokom št. 104 z dne 2. julija 2010 (redna priloga h GURI št. 156 z dne 7. julija 2010) je bil uveden zakonik o upravnem postopku.

7. V skladu s členom 6(1) tega zakonika je „Consiglio di Stato […] vrhovno upravno sodišče, ki odloča na zadnji stopnji“. V odstavku 6 tega člena je določeno, da se „[t]ožbe zoper odločbe Tribunale amministrativo regionale della Sicilia [(deželno upravno sodišče Sicilije)] […] vložijo pri Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana ob upoštevanju določb posebnega statuta in ustreznih izvedbenih določb“.

8. Člen 42 navedenega zakonika določa, da „[t]ožene stranke in intervenienti lahko z nasprotno tožbo vložijo predloge, katerih smisel je povezan s primarno vloženim predlogom“.

9. Nazadnje, člen 99 tega zakonika določa:

„1. Če senat, ki mu je dodeljena obravnava tožbe, ugotovi, da bi element prava, ki ga preučuje, lahko privedel do neskladnosti v sodni praksi, lahko tožbo s sklepom, izdanim na zahtevo strank ali po uradni dolžnosti, predloži na občni seji. Če na občni seji menijo, da je to primerno, se lahko akti predložijo v obravnavo senatu.

2. Pred izdajo sklepa lahko predsednik Consiglio di Stato (državni svet) na zahtevo strank ali po službeni dolžnosti vsako tožbo predloži na občni seji, da se na njej odloči o najpomembnejših načelnih vprašanjih ali se odpravijo neskladnosti v sodni praksi.

3. Če se senat, ki mu je dodeljena obravnava tožbe, ne strinja s pravnim načelom, sprejetim na občni seji, ji z obrazloženim sklepom predloži sklep o pritožbi.

4. Na občni seji se odloča o celotnem sporu, razen če se ta odloči za sprejetje pravnega načela, ostalo pa vrne v obravnavo senatu, ki ga je predložil.

5. Če se na občni seji meni, da je vprašanje še posebej pomembno, se lahko v interesu zakona v vsakem primeru sprejme pravno načelo, čeprav se razglasi nedopustnost ali nedopustnost tožbe ali ugovor nedopustnosti oziroma ustavitev postopka. V tem primeru odločitev na občni seji nima učinka na izpodbijani ukrep.“

3. Zakonodajni odlok št. 373 z dne 24. decembra 2003

10. Italijanski zakonodajalec je 24. decembra 2003 sprejel zakonodajni odlok št. 373 z naslovom „Podrobna pravila za uporabo posebnega statuta za deželo Sicilijo v zvezi z izvajanjem funkcij Consiglio di Stato“ (redna priloga h GURI št. 10 z dne 14. januarja 2004).

11. Člen 1(2) tega odloka določa: „Consiglio di Giustizia amministrativa [dežele Sicilije] ima sedež v Palermu in je sestavljeno iz dveh senatov – od katerih prvi opravlja posvetovalno, drugi pa sodno funkcijo – ki predstavljata ločena senata Consiglio di Stato“.

III – **Dejstva v sporu o glavni stvari**

12. Podjetje Airgest SpA, ki upravlja civilno letališče Trapani-Birgi (Italija), je z obvestilom z dne 18. januarja 2012 objavilo razpis za oddajo javnega naročila za storitev čiščenja in vzdrževanja zelenih površin navedenega letališča.

13. Javno naročilo je bilo z dokončno odločbo o oddaji javnega naročila z dne 22. maja 2012 dodeljeno začasnemu združenju podjetij, sestavljenemu iz podjetij Gestione Servizi Ambientali Srl (v nadaljevanju: GSA) in Zenith Service Group Srl.

14. Podjetje Puligienica Facility Esco SpA (PFE) (v nadaljevanju: PFE), ki je tudi sodelovalo pri razpisu in je bilo uvrščeno na drugo mesto, je to odločbo izpodbijalo pri Tribunale amministrativo regionale della Sicilia. Predlagalo je zlasti, da se razglasi ničnost odločbe o oddaji javnega naročila in posledično, da se mu dodeli javno naročilo.

15. Podjetje PFE je v podporo tožbi menilo, da bi moral naročnik začasno združenje podjetij izločiti zaradi kršitve člena 38, prvi odstavek, točki (h) in (m), zakonodajnega odloka št. 163 z dne 12. aprila 2006 o zakoniku o javnih naročilih gradenj, storitev in blaga na podlagi direktiv 2004/17/ES in 2004/18/ES (GURI št. 100 z dne 2. maja 2006) in točke III.2.1 obvestila o naročilu ter točke (c) razpisne dokumentacije.

16. Glavno podjetje začasnega podjetniškega združenja, podjetje GSA, je začelo postopek in vložilo nasprotno tožbo, s katero trdi, da podjetje PFE nima interesa nadaljevati postopka v zvezi s tožbo. Ta nasprotna tožba je temeljila zlasti na dejstvu, da po mnenju podjetja GSA podjetje PFE ne izpolnjuje pogojev za javni razpis zaradi nenatančnosti njegove ponudbe in bi ga zato morali izključiti iz postopka oddaje naročila.

17. Tribunale amministrativo regionale della Sicilia je preučilo trditve obeh strank in ugodilo obema tožbama.

18. Po tej sodbi je naročnik izključil sporna podjetja. V okviru nadzora, opravljenega pri izvršitvi navedene sodbe, je izključil tudi vsa druga podjetja, ki so bila prvotno vključena v razvrstitev, zaradi iste pomanjkljivosti, to je, da stroški varnosti niso bili posebej navedeni. Začel se je postopek s pogajanji za dodelitev zgoraj navedenih storitev.

19. Podjetje PFE je pri predložitvenem sodišču vložilo pritožbo zoper sodbo Tribunale amministrativo regionale della Sicilia, medtem ko je podjetje GSA vložilo nasprotno pritožbo, zlasti ker navedeno sodišče ni upoštevalo vrstnega reda obravnave tožb, ki ga je določilo s sodbo št. 4/2011 na občni seji Consiglio di Stato (v nadaljevanju: sodba št. 4/2011), v skladu s katerim se mora v primeru nasprotne tožbe, s katero se izpodbija dopustnost tožbe v glavni stvari, prednostno preizkusiti nasprotna tožba pred tožbo v glavni stvari.

20. Predložitveno sodišče v predlogu za sprejetje predhodne odločbe opozarja, da je bilo načelo, uvedeno s sodbo št. 4/2011, že v središču razprav pri predlogu za sprejetje predhodne odločbe, na podlagi katerega je bila sprejeta sodba Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448).

21. V zadevi, ki je bila podlaga za to sodbo, je naročnik predhodno izbral dva ponudnika in ju pozval k predložitvi ponudb. Ker je ponudnik, čigar ponudba ni bila izbrana, menil, da naročnik ni upošteval razpisne dokumentacije, je vložil tožbo. Naročnik je v odzivu na to tožbo vložil nasprotno tožbo, v kateri trdi, da bi morala biti neizbrana ponudba izključena, ker ne izpolnjuje minimalnih pogojev iz razpisne dokumentacije.

22. Nacionalno sodišče, ki mu je bil predložen spor, Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte (deželno upravno sodišče v Piemontu), je menilo, da sta obe ponudbi neustrezni in da je zato treba ugoditi obema tožbama, to je tožbi v glavni stvari in nasprotni tožbi, kar povzroči razveljavitev celotnega postopka oddaje javnih naročil. Vendar pa bi bilo treba na podlagi pravnega načela, uvedenega s sodbo št. 4/2011, nasprotno tožbo preizkusiti pred tožbo v glavni stvari, ker se prva nanaša na legitimacijo tožeče stranke v postopku z izpodbijanjem dopustnosti njenega sodelovanja v razpisnem postopku.

23. Sodišče, ki mu je vprašanje za predhodno odločanje predložilo Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte, je menilo, da nasprotna tožba naročnika ne more pripeljati do zavrnitve tožbe v glavni stvari ponudnika, ker se zakonitost ponudbe vsakega od teh gospodarskih subjektov izpodbija v okviru istega postopka in iz istih razlogov. V takem položaju lahko namreč vsak konkurent uveljavlja legitimen

interes za izključitev ponudbe drugih.[4]

24. Zato je razsodilo, da člen 1(3) Direktive 89/665 nasprotuje temu, da se tožba, ki jo vloži ponudnik, čigar ponudba ni sprejeta, razglasi za nedopustno po predhodnem preizkusu tega ugovora nedopustnosti naročnika, ne da bi se bilo treba izreči glede skladnosti ponudbe izbranega ponudnika, ki je dobil naročilo, in ponudbe ponudnika, ki je vložil glavno tožbo, z navedenimi tehničnimi specifikacijami, ki so opredeljene v razpisni dokumentaciji.[5]

25. Predložitveno sodišče ne glede na to opozorilo opozarja Sodišče na dejstvo, da v postopku v glavni stvari v nasprotju z zadevo, v kateri je bila izrečena sodba Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), sodeluje več podjetij kot dve, čeprav sta stranki v postopku v glavni stvari le dve.

26. Poleg tega predložitveno sodišče opozarja Sodišče na pravilo iz člena 99(3) zakonika o upravnem postopku, da mora sporno odločbo obvezno predložiti na občni seji, če se želi oddaljiti od usmeritve sodne prakse, določene na občni seji Consiglio di Stato.

27. Zato je predložitveno sodišče glede na posebnosti zadeve, o kateri mora odločiti, Sodišče zaprosilo za razlago člena 1(3) Direktive 89/665 in člena 267 PDEU.

IV – **Predlog za sprejetje predhodne odločbe in postopek pred Sodiščem**

28. Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana je z odločbo z dne 26. septembra 2013, ki je na Sodišče prispela 24. decembra 2013, prekinilo odločanje in na podlagi člena 267 PDEU Sodišču v predhodno odločanje predložilo ta vprašanja:

„1. Ali je glede na podobnost postopka mogoče uporabiti načela, ki jih je Sodišče razglasilo s sodbo [Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448)] v zvezi s posebnim primerom, ki je bil predložen v predhodno odločanje, v katerem sta bili v postopku za oddajo javnih naročil udeleženi le dve podjetji, tudi v primeru, ki ga obravnava to predložitveno sodišče, v katerem je razpisna komisija izločila vsa sodelujoča podjetja pri razpisu za oddajo javnega naročila, razen dveh, ne da bi katero od izločenih podjetij vložilo pritožbo zaradi te izločitve, tako da sta v sporu, ki ga obravnava to sodišče, dejansko udeleženi le dve podjetji?

2. Ali je člen 99(3) zakonika o upravnem postopku v zvezi z vprašanji, o katerih je treba odločati ob uporabi prava Unije, v nasprotju z razlago navedenega prava, zlasti s členom 267 PDEU, v delu, v katerem omenjeno postopkovno določilo za vse senate in vse kolegije Consiglio di Stato določa obveznost upoštevanja vsakega pravnega načela, določenega na občni seji, tudi kadar je povsem jasno, da je bilo ali da bi lahko bilo na občni seji določeno kakšno načelo, ki je v nasprotju ali nezdružljivo s pravom Unije? Zlasti pa:

   — Ali je senat ali kolegij Consiglio di Stato, ki obravnava zadevo, če dvomi o skladnosti ali združljivosti s pravom Unije za katero pravno načelo, ki je bilo že sprejeto na občni seji, dolžan na tej občni seji z obrazloženim sklepom predložiti sklep o pritožbi, ob predpostavki, da se zadeva lahko še prej predloži v predhodno odločanje Sodišču, da ugotovi skladnost in združljivost spornega pravnega načela s pravom Unije, oziroma ali senat ali kolegij Consiglio di Stato kot nacionalno sodišče, ki odloča na zadnji stopnji, sme ali celo mora kot splošno sodišče, ki uporablja pravo Unije, samostojno predložiti vprašanje za predhodno odločanje Sodišču, da to poda pravilno razlago tega prava?

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

5 — Prav tam (točka 34 in izrek).

— Če je odgovor na vprašanje, postavljeno v prejšnji alinei, da je treba vsakemu senatu in vsakemu kolegiju Consiglio di Stato priznati pristojnost ali dolžnost, da vprašanja za predhodno odločanje predloži neposredno pri Sodišču, oziroma v vsakem primeru, v katerem je Sodišče podalo kakršno koli mnenje, predvsem če ga je podalo po občni seji Consiglio di Stato, s tem, da je potrdilo obstoj neskladja ali nepopolne skladnosti med pravilno razlago prava Unije in načelom notranjega prava, izraženim na občni seji, ali lahko oziroma morajo vsi senati ali kolegiji Consiglio di Stato kot splošna sodišča, ki odločajo na zadnji stopnji in ki uporabijo pravo Unije, takoj uporabljati pravilno razlago prava Unije, kot ga razlaga Sodišče, ali so tudi v takih primerih dolžni z obrazloženim sklepom obravnavo tožbe predložiti na občni seji, tako da ta lahko samostojno odloča in ima pravico do proste presoje o uporabi prava Unije, kar je na obvezujoč način razglasilo že Sodišče?

— Nazadnje, ali je razlaga upravnopostopkovnega sistema Italijanske republike, v skladu s katero se na občni seji predloži v presojo morebitni sklep o predložitvi v predhodno odločanje Sodišču – oziroma tudi sama rešitev spora, če ta izhaja neposredno iz uporabe načel prava Unije, ki jih je Sodišče že razglasilo – v nasprotju ne le z načelom razumnega trajanja sojenja in hitre vložitve pravnega sredstva za revizijo postopka za oddajo javnih naročil, ampak tudi z zahtevo, da mora pravo Unije v celoti in hitro izvajati vsako sodišče vsake države članice, in to obvezno skladno s pravilno razlago, ki jo je podalo Sodišče, tudi zaradi krepitve načel ‚polnega učinka' in primarnosti prava Unije nad (ne le materialnim, temveč tudi procesnim) nacionalnim pravom posamezne države članice (v zadevnem primeru nad členom 99(3) zakonika o upravnem postopku Italijanske republike)?"

29. Pisna stališča so predložili podjetje PFE, podjetje GSA, Italijanska republika in Evropska komisija. Poleg tega so vsi predstavili svoja stališča na obravnavi 11. marca 2015.

V – **Analiza**

A – *Prvo vprašanje za predhodno odločanje*

30. Predložitveno sodišče s prvim vprašanjem sprašuje, ali se razlaga člena 1(3) Direktive 89/665, kot jo je v sodbi Fastweb (C-110/12, EU:C:2013:448) podalo Sodišče, uporablja tudi v primeru, da sta bili v spornem postopku za oddajo javnih naročil udeleženi le dve podjetji, pri čemer je razpisna komisija izločila vsa sodelujoča podjetja pri razpisu za oddajo javnega naročila, razen dveh, ne da bi katero od izločenih podjetij vložilo pritožbo zaradi te izločitve, tako da sta v sporu, ki ga obravnava to sodišče, dejansko udeleženi le dve podjetji.

31. Da bi odgovoril na to vprašanje, menim, da je nujno preučiti, prvič, konkretni učinek razlage Sodišča v sodbi Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), da bi ugotovili, drugič, ali število kandidatov vpliva nanj oziroma ga pogojuje. Če se namreč izkaže, da število podjetij, ki se obravnava v postopku v glavni stvari, ne posega v učinke uporabe pravila, kot ga razlaga Sodišče, bo treba predložitvenemu sodišču odgovoriti pritrdilno. Nasprotno pa, če se izkaže, da člen 1(3) Direktive 89/665, kot ga razlaga Sodišče v sodbi Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), ne more učinkovati v položaju, kot je ta v postopku v glavni stvari, bo torej treba na prvo vprašanje za predhodno odločanje odgovoriti nikalno.

1. Določitev učinkov razlage člena 1(3) Direktive 89/665 v sodbi Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448)

32. V zadevi, v kateri je bila izrečena sodba Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), je odločilni element dejstvo, da izbrana ponudba v fazi preverjanja ponudb napačno ni bila izločena, čeprav ni izpolnjevala tehničnih specifikacij iz razpisne dokumentacije. [6]

33. Sodišče meni, da v okviru postopka, ki ga je začel ponudnik, „nasprotna tožba naročnika ne more pripeljati do zavrnitve tožbe ponudnika, če se zakonitost ponudbe vsakega gospodarskega subjekta izpodbija v istem postopku in iz istih razlogov, [ker] v takem položaju lahko namreč *vsak od konkurentov uveljavlja legitimen interes za izključitev ponudbe drugih, kar lahko pripelje do ugotovitve, da naročnik ne more izvesti zakonite izbire*“ [7] .

34. Obveznost, ki izhaja iz teh ugotovitev, je torej prepoved razglasitve nedopustnosti tožbe v glavni stvari ponudnika na podlagi predhodnega preizkusa ugovora nedopustnosti, ki ga je podredno vložil naročnik, ne da bi se bilo treba izreči o skladnosti obeh ponudb. [8] Če se obe ponudbi štejeta za neskladni, je konkretna posledica te obveznosti, da naročnik ne more izvesti zakonite izbire in mora zato objaviti nov razpis.

2. Uporaba razlage člena 1(3) Direktive 89/665 v sodbi Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448)

35. V zadevi v glavni stvari v spornem postopku sodeluje več podjetij kot dve. Vendar je iz pojasnil predložitvenega sodišča razvidno, da razen tožeče stranke v postopku v glavni stvari (in nasprotne tožbe podjetja naročnika) nobeno drugo podjetje, izločeno iz razpisa, ni izpodbijalo svoje izločitve pri upravi ali pred sodiščem.

36. Če bi sodišče, ki mu je zadeva predložena, v teh okoliščinah ugotovilo nepravilnost obeh zadevnih ponudb, naročniku ne bi bilo treba objaviti novega razpisa, ampak bi lahko po potrebi naročilo dodelil drugemu podjetju iz svoje uvrstitve ponudnikov.

37. Ni izključeno, da imajo vse predložene ponudbe eno od nepravilnosti, zaradi katere se razveljavijo ponudbe tožnika v postopku v glavni stvari in naročnika. V takih okoliščinah bi moral naročnik obvezno začeti nov postopek. [9]

38. V teh okoliščinah lahko podobno, kot je Sodišče razsodilo v točki 33 sodbe Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), „vsak od konkurentov uveljavlja legitimen interes za izključitev ponudbe drugih, kar lahko pripelje do ugotovitve, da naročnik ne more izvesti zakonite izbire“.

39. V zvezi s tem poudarjam, da Sodišče v navedeni sodbi ni nameravalo omejiti svoje ugotovitve le na primer razpisa, za katerega se zanimata le dve podjetji (in torej na predložitev le dveh ponudb), ker na splošno preučuje legitimni interes „vsakega od *konkurentov*“ [10] za izključitev ponudbe ne drugega, ampak „*drugih*“ [11].

6 — Glej točko 32 te sodbe.

7 — Prav tam (točka 33). Moj poudarek.

8 — Glej sodbo Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448, točka 34 in izrek).

9 — V sporu o glavni stvari se je po opisu predložitvenega sodišča (glej točko C4, str. 12, predloga za sprejetje predhodne odločbe) in informacijah, ki so jih predložile stranke v postopku v glavni stvari (glej str. 2 pisnih stališč podjetja PFE in točko 9 pisnih stališč podjetja GSA), zgodilo prav to.

10 — Sodba Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448, točka 33). Moj poudarek.

11 — Prav tam, moj poudarek. Italijanska različica sodbe (ki je kot jezik postopka verodostojna), „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“ (moj poudarek).

40. Zato menim, da se obveznost, ki jo je Sodišče sprejelo v sodbi Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), da člen 1(3) Direktive 89/665 prepoveduje razglasitev nedopustnosti tožbe v glavni stvari ponudnika, izločenega na podlagi predhodnega preizkusa ugovora nedopustnosti, ki ga je podredno vložil naročnik, ne da bi se bilo treba izreči o skladnosti obeh ponudb,[12] uporablja tudi v okoliščinah zadeve v glavni stvari.

3. Morebiten vpliv različnosti razlogov za nezakonitost, navedenih v podporo tožbi v glavni stvari in nasprotni tožbi

41. Formalno je predložitveno sodišče upoštevno dejansko stanje omejilo na dejstvo, da sta bili v postopku za oddajo javnih naročil udeleženi le dve podjetji, razpisna komisija pa je izločila vsa sodelujoča podjetja, ki so sodelovala v spornem postopku za oddajo javnih naročil, ne da bi katero od izločenih podjetij vložilo pritožbo zaradi te izločitve, tako da sta v sporu, ki ga obravnava to sodišče, dejansko udeleženi le dve podjetji.

42. Ravno sem pojasnil, zakaj ta posebnost ne posega v uporabo pravila, ki ga je Sodišče postavilo v sodbi Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448).

43. Podjetje GSA je v pisnih stališčih, ki jih je potrdilo na obravnavi, glede na sodbo Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) navedlo drugo merilo za razlikovanje. Meni namreč, da se razlaga iz te sodbe uporablja le, če so pomanjkljivosti, navedene v podporo tožbi v glavni stvari in nasprotni tožbi, *enake*.

44. Glede na njegova pojasnila pa njegova nasprotna tožba temelji na drugem razlogu, kot je razlog, ki ga je v tožbi v glavni stvari navedlo podjetje PFE. Podjetje PFE naj bi predlagalo razveljavitev dodelitve naročila podjetju GSA zaradi kršitve obveznosti, da mora ponudnik predložiti izjavo, in naj bi se torej sklicevalo na razlog formalne nepravilnosti. Nasprotno pa naj bi podjetje GSA predlagalo izločitev podjetja PFE zaradi nenatančnosti njegove ponudbe, to je nepravilnosti v zvezi s temeljem spora.

45. V zvezi s tem najprej ugotavljam, da uporaba množine v jeziku postopka (italijanščina) („nell'ambito del medesimo procedimento *e per motivi identici*“ [13]) in splošnejšega izraza „iz istih razlogov“ v jeziku posvetovanja (francoščina) govori v prid širši razlagi pojma „enakosti *razlogov*“ (in ne *enega* razloga), navedenih v podporo vsaki od obeh tožb.[14] To razlago potrjuje izjemnost popolne enakosti razlogov.

46. Dalje, menim, da enakost očitkov, navedenih v podporo tožbi v glavni stvari in nasprotni tožbi, in tudi število ponudnikov nista odločilna elementa razlage člena 1(3) Direktive 89/665, ki jo je podalo Sodišče v sodbi Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448).

47. Ko namreč Sodišče v točki 33 te sodbe trdi, da „nasprotna tožba naročnika ne more pripeljati do zavrnitve tožbe ponudnika, če se zakonitost ponudbe vsakega gospodarskega subjekta izpodbija v istem postopku in iz istih razlogov“, je, kot sem že prej pojasnil, bistveno to, da „v takem položaju lahko namreč vsak od konkurentov uveljavlja legitimen interes za izključitev ponudbe drugih, kar lahko pripelje do ugotovitve, da naročnik ne more izvesti zakonite izbire“ [15].

12 — Glej točko 34 sodbe Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448).

13 — Sodba Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448, točka 33). Moj poudarek.

14 — Kot je že navedla generalna pravobranilka J. Kokott v zvezi s sodbo Splošnega sodišča Evropske unije, če francoska različica ni verodostojna (ker ni jezik postopka), vendar je natančnejša od različice v jeziku posvetovalnega postopka, lahko ta jezikovna različica, „v kateri je bila izpodbijana sodba sestavljena in obravnavana, vendarle ponudi dodatne oporne točke za to, na kaj se je Sodišče prve stopnje resnično želelo sklicevati“ (sklepni predlogi generalne pravobranilke J. Kokott v zadevi Bertelsmann in Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2007:790, točka 253).

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

48. Ta dva stavka sta skupaj ena in ista točka sodbe in ju zato ni mogoče razlagati ločeno.

49. Strinjam se torej z mnenjem Komisije, navedenim v pisnih stališčih, da je odločilno dejstvo, da se s tožbo v glavni stvari in nasprotno tožbo ustvari legitimen interes za ponovitev razpisnega postopka.

50. Vendar pa se v zadevi v glavni stvari, z zadržkom, da jo predložitveno sodišče podrobneje preuči, zdi, da bi bili lahko tožbeni razlogi, ki jih navajata podjetji PFE in GSA, če že ne enaki, pa vsaj enake narave (v delu, v katerem se nanašajo na zakonitost ponudbe drugega), in da v vsakem primeru pri vsakem gospodarskem subjektu pred predložitvenim sodiščem ustvarjajo „legitimen interes za izključitev ponudbe drugega“ v smislu sodbe Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448).

51. Kot je navedla Komisija na obravnavi 11. marca 2015, pravilo, ki ga je postavilo Sodišče v sodbi Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), poleg ohranjanja interesov ponudnikov ohranja interes naročnika, ki mora imeti možnost izbrati najboljšo zakonito ponudbo. Vendar pa bi lahko v zadevi v glavni stvari ozka uporaba merila „enakosti razlogov“, navedenega v podporo tožbi v glavni stvari in nasprotni tožbi, privedla do tega, da mora naročnik naročilo oddati podjetju, katerega ponudba je nezakonita.

4. Vmesni sklep

52. Glede na zgornje ugotovitve Sodišču predlagam, naj na prvo vprašanje za predhodno odločanje odgovori, da se razlaga člena 1(3) Direktive 89/665 iz sodbe Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) uporablja tudi v primeru, na eni strani, da tožbo vloži en sam ponudnik, čeprav je v postopku oddaje naročila sodelovalo več podjetij, in na drugi strani, da naročnik v okviru istega postopka vloži nasprotno tožbo in imata tako tožeči ponudnik kot naročnik legitimen interes za izločitev drugega gospodarskega subjekta.

B – *Drugo vprašanje za predhodno odločanje*

53. Predložitveno sodišče z drugim vprašanjem v bistvu sprašuje, ali člen 267 PDEU nasprotuje mehanizmu, vzpostavljenemu s členom 99(3) zakonika o upravnem postopku, ki določa, da mora vsak senat Consiglio di Stato pravno načelo, sprejeto na občni seji tega sodišča, za katero senat meni, da ni potrebno, da ga upošteva, obvezno predložiti na občni seji. Predložitveno sodišče sprašuje, ali mu ta mehanizem preprečuje, prvič, da Sodišču postavi vprašanje za predhodno odločanje in, drugič, da v skladu s pravom Unije neposredno in neodvisno odloča, ne da bi ta mehanizem upoštevalo.

54. Ker se je predložitveno sodišče s prvim vprašanjem za predhodno odločanje odločilo Sodišče zaprositi za razlago direktive, ki se uporablja, morda temu ni treba več odgovoriti na prvi del drugega vprašanja za predhodno odločanje.

55. Vendar pa podobno, kot se je Sodišče odločilo odgovoriti na vsa vprašanja za predhodno odločanje, postavljena v zadevi, v kateri je bila izrečena sodba Cartesio (C-210/06, EU:C:2008:723), menim, da „bi bilo v nasprotju z načelom sodelovanja, ki je potrebno med nacionalnimi sodišči in Sodiščem, ter v nasprotju z zahtevami cilja postopka zahtevati, naj nacionalno sodišče najprej predloži predlog za sprejetje predhodne odločbe zgolj glede vprašanja, ali to sodišče spada med tista, navedena v členu [267], tretji odstavek, [PDEU], preden bi morebiti moralo vložiti – pozneje in z drugim predlogom za sprejetje predhodne odločbe – vprašanja glede določb prava Skupnosti, ki se nanašajo na temelj spora, o katerem to sodišče odloča“. [16]

16 — Točka 70. Poleg tega, kot je Sodišče že pojasnilo, je „že odgovorilo na vprašanje o naravi predložitvenega sodišča glede na člen [267], tretji odstavek, [PDEU] v kontekstu, ki ima nekatere podobnosti s kontekstom tega predloga za sprejetje predhodne odločbe, ne da bi Sodišče dvomilo o dopustnosti tega vprašanja (v sodbi Lyckeskog (C-99/00, EU:C:2002:329))“ (točka 71). Tak je bil tudi primer v zadevi, v kateri je bila izrečena sodba Melki in Abdeli (C-188/10 in C-189/10, EU:C:2010:363).

56. Preden pa odgovorim na ta vidik vprašanja za predhodno odločanje, bom preučil njegov drugi vidik, to je pristojnost predložitvenega sodišča za neposredno in neodvisno odločanje o pravu Unije.

1. Pristojnost predložitvenega sodišča, da neposredno in neodvisno odloča o pravu Unije

57. Ker se je predložitveno sodišče odločilo, da Sodišču v predhodno odločanje predloži vprašanje na podlagi člena 267 PDEU, je odgovor na drugi vidik, postavljen v drugem vprašanju za predhodno odločanje, v ustaljeni sodni praksi Sodišča, na podlagi katere je sodišče za rešitev spora o glavni stvari vezano na razlago zadevnih določb, ki jo bo Sodišče podalo kot odgovor na prvo postavljeno vprašanje. Zato bo moralo predložitveno sodišče izključiti pravno načelo, določeno v sodbi št. 4/2011, če meni, da v skladu s prej navedeno razlago Sodišča to ni v skladu s pravom Unije. [17]

58. Opozarjam, da je bilo na občni seji Consiglio di Stato s sodbo št. 9/2014 z dne 25. februarja 2014 (v nadaljevanju: sodba št. 9/2014) pravno načelo, navedeno v sodbi št. 4/2011, spremenjeno. Če naj bi bilo navedeno pravno načelo, kakor je bilo spremenjeno, mogoče razlagati v skladu s pomenom iz člena 1(3) Direktive 89/665, kot ga je Sodišče opredelilo v sodbi Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) in v tej zadevi, ne sme biti izključeno. Zahteva po razlagi, ki je v skladu z nacionalnim pravom, je nujni sestavni del sistema Pogodbe, ker nacionalnemu sodišču omogoča, da v okviru svojih pristojnosti zagotavlja polni učinek prava Unije, kadar odloča o sporu, ki poteka pred njim. [18]

59. Načelo skladne razlage namreč zahteva, da nacionalna sodišča ob upoštevanju celotnega nacionalnega prava in ob uporabi načinov razlage, ki jih nacionalno pravo priznava, naredijo vse, kar je v njihovi pristojnosti, da bi zagotovila polni učinek Direktive 89/665 in dosegla rešitev v skladu z njenim ciljem. [19]

60. Če pa, nasprotno, načela, določenega v sodbi št. 4/2011, kakor je bilo spremenjeno s sodbo št. 9/2014, ne bi bilo mogoče razlagati v skladu s členom 1(3) Direktive 89/665, ga predložitveno sodišče ne bi smelo uporabljati [20] na podlagi načela primarnosti prava Unije. [21]

61. V zvezi s tem, čeprav v obravnavanem primeru to ni problem, ker Sodišče odloča o vprašanju za predhodno odločanje, nedvomno ni nekoristno opozoriti, da obveznost nacionalnega sodišča, da ne bo uporabilo določbe nacionalnega prava, ki nasprotuje pravu Unije, in če ni mogoča nobena razlaga te določbe, ki je združljiva s tem pravom, ne spreminja načela, v skladu s katerim nacionalno sodišče ne more biti „niti pred tem dolžno vložiti predloga za sprejetje predhodne odločbe pri Sodišču niti mu to ne more biti prepovedano“ [22].

62. Vseeno se moram vprašati o vplivu, ki ga lahko ima člen 267 PDEU na postopkovno pravilo, kot je to, določeno v členu 99 zakonika o upravnem postopku.

17 — Glej v tem smislu sodbi Elčinov (C-173/09, EU:C:2010:581, točka 30) ter Križan in drugi (C-416/10, EU:C:2013:8, točka 69).

18 — Glej sodbe Pfeiffer in drugi (od C-397/01 do C-403/01, EU:C:2004:584, točka 114); Kücükdeveci (C-555/07, EU:C:2010:21, točka 48); Dominguez (C-282/10, EU:C:2012:33, točka 24) in Amia (C-97/11, EU:C:2012:306, točka 28). V skladu z ustaljeno sodno prakso mora nacionalno sodišče, ki je pozvano k razlagi nacionalnega prava, to storiti, kolikor je le mogoče, ob upoštevanju besedila in namena zadevne direktive, da bi doseglo v njej določeni cilj (poleg zgoraj navedenih sodb iz te opombe glej tudi vodilni sodbi von Colson in Kamann (14/83, EU:C:1984:153, točka 26) ter Marleasing (C-106/89, EU:C:1990:395, točka 8)).

19 — Glej zlasti sodbi Dominguez (C-282/10, EU:C:2012:33, točka 27) in Amia (C-97/11, EU:C:2012:306, točka 29).

20 — Glej zlasti v zvezi z Direktivo 89/665 sodbo Uniplex (Združeno kraljestvo) (C-406/08, EU:C:2010:45, točka 49). Če sodišče meni, da je zdaj že ustaljeno, da „se vprašanje, ali se nacionalna določba v delu, v katerem nasprotuje pravu Unije, ne uporablja, postavlja le, če ni mogoča nobena razlaga, ki je združljiva s to določbo“ (sodbi Dominguez (C-282/10, EU:C:2012:33, točka 23) in Amia (C-97/11, EU:C:2012:306, točka 27) ali nedavna sodba Spedition Welter (C-306/12, EU:C:2013:650, točka 28)), obveznost „opustitve uporabe“, potrjena že v sodbi Simmenthal (106/77, EU:C:1978:49, točki 21 in 24), ni omajana. Glej v zvezi s tem izrek v sodbi Amia (C-97/11, EU:C:2012:306) in sodbo A (C-112/13, EU:C:2014:2195, točka 36).

21 — Glej v tem smislu sodbo Kücükdeveci (C-555/07, EU:C:2010:21, točka 54).

22 — Prav tam (točka 53).

2. Vpliv člena 267 PDEU na mehanizem obvezne predložitve zadeve na občni seji Consiglio di Stato

63. Uvodoma se ne morem strinjati z ugotovitvijo generalnega pravobranilca J. Mazáka, da se je Sodišče v sporih, v katerih se je z določbami nacionalnega prava omejevala možnost nacionalnega sodišča, da na podlagi člena 267 PDEU Sodišču predloži vprašanje za predhodno odločanje, „sistematično odločalo za kar največjo možnost nacionalnih sodišč, da Sodišču postavijo vprašanja o veljavnosti in razlagi prava Unije“.[23]

64. Tri ugotovitve v utemeljitev splošnega razmisleka:

— prvič, Sodišče je menilo, da morajo biti sodišča, ki ne odločajo na zadnji stopnji, zlasti če menijo, da bi lahko „na podlagi pravne presoje, opravljene na višji stopnji, izdala sodbo, ki bi bila v nasprotju s pravom Unije, svobodna, da Sodišču predložijo vprašanja, o katerih dvomijo“;[24]

— drugič, nacionalna sodišča, zoper odločitve katerih po nacionalnem pravu ni pravnega sredstva, so v skladu s členom 267, tretji odstavek, PDEU dolžna predložiti zadeve Sodišču, če morajo odločati o vprašanju, ki se nanaša na razlago prava Unije, da se tako „prepreči, da bi se v eni državi članici oblikovala sodna praksa, ki ni usklajena s predpisi prava Unije“[25], in

— tretjič, Sodišče je presodilo, da s tem, da je treba na podlagi ugotovitve, da nacionalno pravno pravilo ni v skladu z ustavo, obvezno sprožiti postopek pred ustavnim sodiščem, nacionalnemu sodišču, ki razsoja v sporu, ki se nanaša na pravo Unije, in ki meni, da nacionalna določba ni v nasprotju le s pravom Unije, temveč tudi z ustavo, ni odvzeta pristojnost niti ni oproščeno dolžnosti, ki sta določeni v členu 267 PDEU, da Sodišču predloži vprašanja glede razlage ali veljavnosti prava Unije.[26]

65. Na drugo vprašanje za predhodno odločanje predložitvenega sodišča je treba torej odgovoriti ob upoštevanju teh okoliščin.

66. Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana je v skladu s členom 1(2) zakonodajnega odloka št. 373 z dne 24. decembra 2003 sestavljen iz dveh senatov, ki predstavljata dva ločena senata Consiglio di Stato. Njegov sodni značaj v smislu člena 267 PDEU torej ni vprašljiv in možnost, da Sodišču predloži vprašanje za predhodno odločanje, ni sporna.[27]

67. V teh okoliščinah je edino vprašanje, ki se lahko postavi, ali je treba glede na obvezno predložitev na občni seji, uvedeno s členom 99(3) zakonika o upravnem postopku, Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana šteti za nacionalno sodišče, zoper odločitev katerega po nacionalnem pravu ni pravnega sredstva v skladu s členom 267, tretji odstavek, PDEU, ali pa zoper sklep tega sodišča obstaja pravno sredstvo.

23 — Stališče generalnega pravobranilca J. Mazáka v združenih zadevah Melki in Abdeli (C-188/10 in C-189/10, EU:C:2010:319, točka 62). Glej za potrditev načela Sodišča tudi sodbo Rheinmühlen-Düsseldorf (166/73, EU:C:1974:3, točka 3) in za ustaljeno potrditev sodbe Mecanarte (C-348/89, EU:C:1991:278, točka 44); Palmisani (C-261/95, EU:C:1997:351, točka 20) in Cartesio (C-210/06, EU:C:2008:723, točka 88). Sodna praksa po stališču generalnega pravobranilca J. Mazáka te ugotovitve ne izpodbija (glej sodbe Melki in Abdeli (C-188/10 in C-189/10, EU:C:2010:363, točka 41); Elčinov (C-173/09, EU:C:2010:581, točka 26); Kelly (C-104/10, EU:C:2011:506,točka 61) ter Križan in drugi (C-416/10, EU:C:2013:8, točka 64) ali nedavno sodbo A (C-112/13, EU:C:2014:2195, točka 35).

24 — Glej sodbo Rheinmühlen-Düsseldorf (166/73, EU:C:1974:3, točka 4) in za ustaljeno potrditev sodbe Cartesio (C-210/06, EU:C:2008:723, točka 94); ERG in drugi (C-378/08, EU:C:2010:126, točka 32); Melki in Abdeli (C-188/10 in C-189/10, EU:C:2010:363, točka 42); Elčinov (C-173/09, EU:C:2010:581, točka 27); Kelly (C-104/10, EU:C:2011:506, točka 61) ter Križan in drugi (C-416/10, EU:C:2013:8, točka 68).

25 — Sodba Lyckeskog (C-99/00, EU:C:2002:329, točka 14 in navedena sodna praksa).

26 — Glej sodbo Melki in Abdeli (C-188/10 in C-189/10, EU:C:2010:363, točka 45), v kateri se Sodišče sklicuje na točke 39, 45 in 46 sodbe Mecanarte (C-348/89, EU:C:1991:278), in sodbo A (C-112/13, EU:C:2014:2195, točka 38).

27 — Poudarjam, da je Sodišče že odgovorilo na številne predloge za sprejetje predhodne določbe, ki mu jih je predložilo Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana (glej sodbo Valvo (C-78/07, EU:C:2008:171); sklep Rizzo (C-107/11, EU:C:2012:96) in sodbo Ottica New Line di Accardi Vincenzo (C-539/11, EU:C:2013:591)).

68. V drugem primeru je predložitveno sodišče *svobodno*, da Sodišču predloži vprašanja, o katerih dvomi, če meni, da bi lahko na podlagi pravne presoje, opravljene na višji stopnji, izdalo sodbo, ki bi bila v nasprotju s pravom Unije. V prvem primeru pa je predložitveno sodišče, nasprotno, *dolžno* Sodišču predložiti predlog za sprejetje predhodne odločbe, če dvomi o skladnosti pravnega načela, sprejetega na občni seji Consiglio di Stato, s pravom Unije.

69. Kot sem že poudaril, člen 1(2) zakonodajnega odloka št. 373 z dne 24. decembra 2003 določa, da je Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana sestavljen iz dveh senatov, ki sta ločena senata Consiglio di Stato.

70. Člen 6(1) zakonika o upravnem postopku pa določa, da je „Consiglio di Stato […] organ upravnega sodišča, ki odloča na zadnji stopnji“.

71. Čeprav se v skladu s členom 111, zadnji odstavek, ustave kasacijska pritožba prizna zoper sklepe Consiglio di Stato, pa je vseeno omejena le na vidike, povezane z razdelitvijo pristojnosti med različnimi italijanskimi sodišči.

72. V teh okoliščinah menim, da – kot je Sodišče nedavno menilo, da možnost vložitve pravnih sredstev pri ustavnem sodišču zadevne države članice, ki so omejena na preizkus morebitne kršitve pravic in svoboščin, ki so zagotovljene z nacionalno ustavo ali mednarodno konvencijo, ne more pomeniti, da se vrhovno sodišče ne šteje za sodišče, zoper odločitev katerega v skladu z nacionalnim pravom ni pravnega sredstva v smislu člena 267, tretji odstavek, PDEU[28] – ni pomislekov o opredelitvi, da so Consiglio di Stato in ločeni senati, ki ga sestavljajo, „sodišče, ki odloča na zadnji stopnji“.

73. Corte suprema di cassazione (pritožbeno sodišče) je v sodbi št. 2403 z dne 4. februarja 2014, sprejeti v združenih senatih, samo ocenilo, da v italijanskem sistemu upravnega sodstva Consiglio di Stato, njegovi senati in občne seje brez razlikovanja odločajo na zadnji stopnji v smislu člena 267, tretji odstavek, PDEU.

74. Ne zdi se mi, da bi obvezna predložitev na občni seji Consiglio di Stato, določena v členu 99(3) zakonika o upravnem postopku, spremenila to analizo, ker je ni mogoče opredeliti kot „pravno sredstvo“ v smislu člena 267, tretji odstavek, PDEU.

75. To postopkovno pravilo ni na voljo strankam, ampak le senatu Consiglio di Stato, ki mu je predložen spor. Poleg tega z izvajanjem tega pravila ni mogoče spremeniti sklepa, ki bi ga sprejelo nižje sodišče, ampak, nasprotno, sodno prakso občne seje Consiglio di Stato.

76. V skladu s sodno prakso Consiglio di Stato, ki jo navaja italijanska vlada, za neupoštevanje člena 99(3) zakonika o upravnem postopku niso določene postopkovne sankcije.[29]

77. Zato bi moralo biti v skladu s ciljem, na katerem temelji obveznost iz člena 267, tretji odstavek, PDEU, Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana ki se sooča z vprašanjem o razlagi prava Unije, dolžno Sodišču predložiti vprašanje za predhodno odločanje, da se prepreči, da bi se v eni državi članici oblikovala (ali nadaljevala) nacionalna sodna praksa, ki ni skladna s predpisi prava Unije.[30]

28 — Glej sodbo Križan in drugi (C-416/10, EU:C:2013:8, točka 72).

29 — Sodba tretjega senata Consiglio di Stato št. 4185 z dne 6. avgusta 2014.

30 — Sodba Lyckeskog (C-99/00, EU:C:2002:329, točka 14 in navedena sodna praksa).

78. Res je, da je tveganje, da se oblikuje nacionalna sodna praksa v nasprotju s pravom Unije, omejeno z dejstvom, da se na občni seji Consiglio di Stato, če na njej predložitev sklepa na podlagi člena 99(3) zakonika o upravnem postopku temelji na izpodbijanju pravnega načela zaradi njegovega domnevnega nasprotja s pravom Unije, ni mogoče *a fortiori* izogniti njeni obveznosti, da Sodišču predloži vprašanje za predhodno odločanje.

79. Vendar pa kljub tej postopkovni posebnosti menim, da obstajata vsaj dva razloga, iz katerih člena 267 PDEU ni mogoče razlagati tako, da senatu Consiglio di Stato, ki odloča o sporu, prepoveduje, da Sodišču samo predloži vprašanje za predhodno odločanje, preden ga po potrebi predloži na občni seji.

80. Na eni strani, zavrniti senatu sodišča, zoper odločitev katerega po nacionalnem pravu ni pravnega sredstva, možnost, da Sodišču predloži vprašanje za predhodno odločanje samo zato, ker je to dolžnost občne seje tega sodišča, bi bilo v nasprotju z ustaljeno sodno prakso Sodišča, ki je vedno priznavalo, da „daje nacionalnim sodiščem *najširšo* diskrecijsko pravico glede predložitve vprašanja Sodišču, če ugotovijo, da se v zadevi, o kateri odločajo, pojavijo vprašanja glede razlage ali presoje veljavnosti določb prava Unije, ki so nujna za rešitev spora, o katerem odločajo“ [31].

81. Na drugi strani je Sodišče presodilo, da s tem, da je treba na podlagi ugotovitve, da nacionalno pravno pravilo ni v skladu z ustavo, obvezno sprožiti postopek pred ustavnim sodiščem, nacionalnemu sodišču, ki razsoja v sporu, ki se nanaša na pravo Unije, in ki meni, da nacionalna določba ni v nasprotju le s pravom Unije, temveč tudi z ustavo, ni odvzeta pristojnost niti ni oproščeno dolžnosti, ki sta določeni v členu 267 PDEU, da Sodišču predloži vprašanja glede razlage ali veljavnosti prava Unije. [32]

82. Sodišče je razsodilo, da ta člen Pogodbe nasprotuje zakonodaji države članice, s katero je določen vmesni postopek ocene ustavnosti nacionalnih zakonov, če je zato, ker je ta postopek prednosten, drugim nacionalnim sodiščem – tako pred predložitvijo vprašanja ustavnosti nacionalnemu sodišču, ki je pristojno za oceno ustavnosti zakonov, kot v ustreznih okoliščinah primera tudi po tem, ko to sodišče izda odločbo o tem vprašanju – onemogočeno izvajanje njihove pristojnosti ali izpolnitev njihove dolžnosti, da vprašanja predložijo Sodišču v predhodno odločanje. [33]

83. Taka rešitev je v tem primeru pravilna toliko bolj, ker zadevna določba Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana nalaga, da se izreče za nepristojno v korist občne seje Consiglio di Stato, v nasprotju s prednostnim vprašanjem ustavnosti, ki se obravnava v zadevi, v kateri je bila izrečena sodba Melki in Abdeli (C-188/10 in C-189/10, EU:C:2010:363). Člen 99(4) zakonika o upravnem postopku določa, da kadar se na občni seji Consiglio di Stato odloča o sporu, „se lahko odloča o celotnem sporu, razen če se na njej odloči za sprejetje pravnega načela, preostalo pa vrne v obravnavo senatu, ki ga je predložil“.

84. Menim, da samo dejstvo, da pri postopkovnem sistemu, ki je predmet postopka v glavni stvari, ne gre za obvezno in predhodno predložitev drugemu sodišču, ampak za to, da občna seja sodišča, ki odloča o sporu o glavni stvari, ne more utemeljiti odstopanja od različnih načel, ki so oblikovala široko razlago člena 267 PDEU, in od možnosti, da to nacionalno sodišče Sodišču svobodno predloži vprašanje za predhodno odločanje.

31 — Glej sodbo Križan in drugi (C-416/10, EU:C:2013:8, točka 64 in navedena sodna praksa). Moj poudarek.

32 — Glej sodbo Melki in Abdeli (C-188/10 in C-189/10, EU:C:2010:363, točka 45), v kateri se Sodišče sklicuje na točke 39, 45 in 46 sodbe Mecanarte (C-348/89, EU:C:1991:278), in sodbo A (C-112/13, EU:C:2014:2195, točka 38).

33 — Sodba Melki in Abdeli (C-188/10 in C-189/10, EU:C:2010:363, točka 57 in izrek). Glej tudi sodbo A (C-112/13, EU:C:2014:2195, točka 46 in izrek).

85. Res je, da Sodišče ni bilo nikoli pozvano, da odloči o tej posebnosti. Vendar menim, da rešitev, sprejeta v sodbi Parfums Christian Dior (C-337/95, EU:C:1997:517), potrjuje predlagano analizo in se lahko smiselno uporablja za primer, v katerem se je znašlo predložitveno sodišče.

86. V tej zadevi, v kateri je nacionalno sodišče Sodišču postavilo vprašanje, ali se za nacionalno sodišče, zoper odločitev katerega po nacionalnem pravu ni pravnega sredstva in je zato dolžno zadevo predložiti Sodišču v skladu s členom 267, tretji odstavek, PDEU, šteje nacionalno sodišče samo ali sodišče Beneluksa, je Sodišče ugotovilo, da je mogoče šteti, da sta obe sodišči dolžni zadevo predložiti Sodišču v smislu člena 267, tretji odstavek, PDEU, če jima je postavljeno vprašanje o razlagi prava Unije.

87. Vendar je v tovrstnem položaju Sodišče razsodilo, da obe sodišči dejansko nista dolžni zadeve predložiti Sodišču, ker bi lahko s pristojnostjo za razlago, podano na podlagi člena 267 PDEU, „[obveznosti predložitve predloga za sprejetje predhodne odločbe Sodišču] bil odvzet njen razlog in bi postala brezpredmetna“ [34].

88. Čeprav gre za različni sodišči, ta poseben položaj ni nič manj podoben položaju senata Consiglio di Stato in njegove občne seje, ker sta oba nacionalni sodišči, zoper odločitev katerih po nacionalnem pravu ni pravnega sredstva.

89. Zato menim, da je razlogovanje Sodišča v sodbi Parfums Christian Dior (C-337/95, EU:C:1997:517) po potrebi mogoče prenesti v to zadevo: „Če je sodišče, kot je [senat Consiglio di Stato], pred [predložitvijo na občni seji] uporabilo možnost, da postavljeno vprašanje predloži Sodišču, se lahko s pristojnostjo za razlago, ki jo da to sodišče, sodišče, kot je [občna seja Consiglio di Stato], oprosti obveznosti predložiti vsebinsko enako vprašanje, preden izreče sodbo. Če pa sodišče, kot je [senat Consiglio di Stato], ni uporabilo postopka predhodnega odločanja Sodišča, mora sodišče, kot je [občna seja Consiglio di Stato], postavljeno vprašanje predložiti Sodišču, katerega odločitev zato lahko [senat Consiglio di Stato] oprosti obveznosti predložiti vsebinsko enako vprašanje, preden izreče sodbo“. [35]

3. Vmesni sklep

90. Prvič, če načela, določenega v sodbi št. 4/2011, kakor je bilo spremenjeno s sodbo št. 9/2014, ne bi bilo mogoče razlagati v skladu s členom 1(3) Direktive 89/665, kot ga je pojasnilo Sodišče v sodbi Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448) in v tej zadevi, ga predložitveno sodišče ne bi smelo uporabljati.

91. Drugič, menim, da člen 267 PDEU nasprotuje določbi, kot je določba iz člena 99(3) zakonika o upravnem postopku, ki se razlaga tako, da senatu sodišča, zoper odločitve katerega ni pravnega sredstva, nalaga, da če se ne strinja s pravnim načelom, sprejetim na občni seji tega sodišča, tej vrne sklep, ki je predmet tožbe, v obravnavo, ne da bi imel možnost Sodišču predložiti vprašanje za predhodno odločanje.

92. Zato senat Consiglio di Stato, ki bi želel Sodišču predložiti vprašanje za predhodno odločanje na podlagi člena 267 PDEU, razen če člen 99 zakonika o upravnem postopku razlagamo v skladu s pravom Unije, ne bi smel uporabiti člena 99(3) zakonika o upravnem postopku. „Na podlagi načela primarnosti prava [Unije] se kolizija med določbo nacionalnega prava in določbo Pogodbe, ki se uporablja neposredno, za nacionalno sodišče reši z uporabo prava [Unije], pri čemer se po potrebi ne uporabi neskladna nacionalna določba, in ne z ugotovitvijo ničnosti nacionalne določbe, ker pristojnost organov in sodišč v zvezi s tem pripada vsaki državi članici.“ [36]

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

35 — Sodba Parfums Christian Dior (C-337/95, EU:C:1997:517, točka 29). Opozarjam, da člen 99(4) zakonika o upravnem postopku določa, da kadar se na občni seji odloča o sporu, se lahko odloča o celotnem sporu ali pa se samo sprejme pravno načelo, preostalo pa se vrne v obravnavo senatu, ki ga je predložil.

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

VI – **Predlog**

93. Ob upoštevanju zgornjih ugotovitev Sodišču predlagam, naj na vprašanja za predhodno odločanje, ki jih je postavilo Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana, odgovori tako:

1. Razlaga člena 1(3) Direktive Sveta 89/665/EGS z dne 21. decembra 1989 o usklajevanju zakonov in drugih predpisov o uporabi revizijskih postopkov oddaje javnih naročil za preskrbo in javnih naročil za gradnje, kakor je bila spremenjena z Direktivo 2007/66/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 11. decembra 2007, kot jo je Sodišče Evropske unije podalo v sodbi Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), se uporablja tudi v primeru, na eni strani, da tožbo vloži en sam ponudnik, čeprav je v postopku oddaje naročila sodelovalo več podjetij, in na drugi strani, da naročnik v okviru istega postopka vloži nasprotno tožbo in imata tako tožeči ponudnik kot naročnik legitimen interes za izločitev drugega gospodarskega subjekta.

2. Če je Sodišče Evropske unije že razložilo določbo direktive, mora nacionalno sodišče, zoper odločitve katerega po nacionalnem pravu ni pravnega sredstva, razlagati nacionalno pravo skladno s pomenom, kot ga je pojasnilo Sodišče Evropske unije, če pa taka razlaga ni mogoča, ne sme uporabiti zadevne določbe nacionalnega prava, ne da bi bilo pred tem dolžno vložiti predlog za sprejetje predhodne odločbe pri zadnjenavedenemu in ne da bi mu bilo to prepovedano.

Člen 267 PDEU nasprotuje določbi, kot je določba iz člena 99(3) italijanskega zakonika o upravnem postopku, ki se razlaga tako, da senatu sodišča, zoper odločitve katerega ni pravnega sredstva, nalaga, da če se ne strinja s pravnim načelom, sprejetim na občni seji tega sodišča, tej vrne sklep, ki je predmet tožbe, v obravnavo, ne da bi imel možnost Sodišču Evropske unije predložiti vprašanje za predhodno odločanje.