Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
GERARDA HOGANA
przedstawiona w dniu 9 września 2021 r.[1]

Sprawa C-497/20

Randstad Italia SpA
przeciwko
Umana SpA,
Azienda USL Valle d'Aosta,
IN. VA SpA,
Synergie Italia agenzia per il lavoro SpA

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Corte suprema di cassazione (sąd kasacyjny, Włochy)]

Odesłanie prejudycjalne – Zamówienia publiczne – Dyrektywa 89/665/EWG – Artykuł 1 – Prawo do skutecznego środka prawnego – Artykuł 47 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej – Obowiązek zapewnienia przez państwa członkowskie postępowania odwoławczego – Dostęp do postępowań odwoławczych – Skarga o stwierdzenie nieważności decyzji o udzieleniu zamówienia publicznego – Skarga wzajemna wybranego oferenta – Orzecznictwo trybunału konstytucyjnego ograniczające przypadki, w których dopuszczalne jest złożenie skargi kasacyjnej – Artykuł 267 TFUE

I. Wprowadzenie

1. Rozpatrywany wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym porusza istotne i pod pewnymi względami nowe kwestie dotyczące tego, czy państwo członkowskie jest zobowiązane ustanowić kolejne prawo do odwołania, w sytuacji, w której sąd odwoławczy sam dokonuje błędnej wykładni prawa Unii lub błędnie je stosuje. Dąży się w nim ponadto do ustalenia, jakie (o ile w ogóle jakiekolwiek) inne środki prawne przysługują stronie poszkodowanej, w wypadku gdy takie prawo do odwołania nie istnieje.

2. W ujęciu bardziej szczegółowym rozpatrywany wniosek dotyczy wykładni art. 4 ust. 3 i art. 19 ust. 1 TUE oraz art. 2 ust. 1 i 2 i art. 267 TFUE, interpretowanych w świetle art. 47 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej (zwanej dalej „kartą"). Porusza się w nim także kwestie prawidłowej wykładni art. 1 ust. 1 i 3 i art. 2 ust. 1 dyrektywy Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych

[1] Język oryginału: angielski.

i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane [2], zmienionej w szczególności dyrektywą 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. [3].

3. Wniosek ten został złożony w ramach postępowania, którego stronami są spółka Randstad Italia SpA (zwana dalej „Randstad") oraz spółka Umana SpA, Azienda USL (Unità Sanitaria Locale) Valle d'Aosta (lokalna jednostka służby zdrowia w regionie Dolina Aosty, Włochy; zwana dalej „USL"), spółka IN. VA SpA i spółka Synergie Italia agenzia per il lavoro SpA (zwana dalej „Synergie"). Owo postępowanie dotyczy, po pierwsze, odrzucenia oferty Randstad w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, oraz po drugie, prawidłowości tego postępowania.

4. Trybunał ma zatem po raz kolejny wypowiedzieć się, na wniosek sądu włoskiego, na temat zakresu ustanowionego w art. 1 dyrektywy 89/665 i spoczywającego na państwach członkowskich obowiązku zapewnienia skutecznych postępowań odwoławczych w dziedzinie zamówień publicznych, jeżeli – w przypadku gdy złożono skargę o stwierdzenie nieważności decyzji o udzieleniu zamówienia publicznego – wybrany oferent wnosi skargę wzajemną przeciwko oferentowi niewybranemu.

5. Ten wniosek wpisuje się jednak w pewien specyficzny i delikatny kontekst, w którym – z jednej strony – Consiglio di Stato (rada stanu, Włochy) zdaje się mieć – przynajmniej w chwili, w której wystąpiono do niej o rozstrzygnięcie przedmiotowego sporu – pewne trudności w stosowaniu orzecznictwa Trybunału dotyczącego tego zagadnienia, i w którym – z drugiej strony – Corte suprema di cassazione (sąd kasacyjny, Włochy) ma wątpliwości co do zakresu swojej właściwości w przedmiocie skarg od wyroków Consiglio di Stato (rady stanu), który to zakres został niedawno zdefiniowany przez Corte costituzionale (trybunał konstytucyjny, Włochy). W rozpatrywanym wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym w sposób dorozumiany zwrócono się zatem o rozwiązanie konfliktu między tymi trzema włoskimi sądami najwyższymi.

II. Ramy prawne

A. Prawo Unii

6. Motywy 17, 34 i 36 dyrektywy 2007/66 przewidują:

„(17) Procedura odwoławcza powinna przysługiwać co najmniej każdej osobie, która jest lub była zainteresowana uzyskaniem danego zamówienia i która poniosła szkodę lub jest zagrożona szkodą w wyniku domniemanego naruszenia.

[…]

(34) […] Zgodnie z zasadą proporcjonalności określoną w [art. 5 TUE] niniejsza dyrektywa nie wykracza poza to, co jest konieczne do osiągnięcia tego celu, z poszanowaniem zasady niezależności proceduralnej państw członkowskich.

[…]

[2] Dz.U. 1989, L 395, s. 33.

[3] Dz.U. 2007, L 335, s. 31.

(36) Niniejsza dyrektywa uwzględnia prawa podstawowe i przestrzega zasad uznanych w szczególności w Karcie praw podstawowych Unii Europejskiej. W szczególności niniejsza dyrektywa ma na celu zapewnienie pełnego poszanowania prawa do skutecznego środka odwoławczego i dostępu do bezstronnego sądu, zgodnie z art. 47 akapit pierwszy i drugi karty".

7. W obecnej wersji art. 1 dyrektywy 89/665, zatytułowany „Zakres zastosowania i dostępność procedur odwoławczych", ma następujące brzmienie:

„1. Niniejsza dyrektywa ma zastosowanie do zamówień, o których mowa w dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE [z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U. 2014, L 94, s. 65)], chyba że zamówienia te wyłączono zgodnie z art. 7, 8, 9, 10, 11, 12, 15, 16, 17 oraz 37 tej dyrektywy.

[…]

Państwa członkowskie przyjmują niezbędne środki, aby zapewnić – w odniesieniu do zamówień objętych zakresem stosowania dyrektywy [2014/24] lub dyrektywy [Parlamentu Europejskiego i Rady] 2014/23/UE [z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji (Dz.U. 2014, L 94, s. 1)] – możliwość skutecznego, a zwłaszcza możliwie szybkiego odwołania [się] od decyzji podjętych przez instytucje zamawiające, zgodnie z warunkami określonymi w art. 2–2f niniejszej dyrektywy, z powodu naruszenia przez te decyzje prawa unijnego w dziedzinie zamówień publicznych lub naruszenia krajowych przepisów transponujących to prawo.

[…]

3. Państwa członkowskie zapewniają, by nie istniała dyskryminacja pomiędzy przedsiębiorstwami, które mogą wystąpić z roszczeniami z tytułu poniesionej szkody w ramach procedury udzielania zamówienia, w wyniku zawartego w niniejszej dyrektywie rozróżnienia pomiędzy przepisami krajowymi wdrażającymi prawo wspólnotowe a pozostałymi przepisami krajowymi".

8. Artykuł 2 dyrektywy 89/665 jest zatytułowany „Wymogi dotyczące procedur odwoławczych". Jego dwa pierwsze ustępy stanowią, co następuje:

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

a) przedsięwzięcia, w możliwie najkrótszym terminie, w drodze postanowienia, środków tymczasowych w celu naprawy domniemanego naruszenia lub zapobieżenia dalszym szkodom wobec podmiotów, których to dotyczy, w tym zawieszenia lub doprowadzenia do zawieszenia procedury udzielania zamówienia publicznego lub wykonania decyzji podjętych przez instytucję zamawiającą;

b) uchylenia lub doprowadzenia do uchylenia bezprawnych decyzji, w tym usunięcia dyskryminujących warunków technicznych, ekonomicznych lub finansowych zawartych w zaproszeniu do składania ofert, specyfikacji lub we wszelkich innych dokumentach związanych z procedurą udzielania zamówienia;

c) przyznania odszkodowania podmiotom, które doznały uszczerbku w wyniku naruszenia.

2. Uprawnienia, o których mowa w ust. 1 oraz w art. 2d i 2e, mogą zostać przyznane odrębnym organom odpowiedzialnym za poszczególne aspekty procedury odwoławczej".

B. Prawo włoskie

9. Artykuł 111 akapit ósmy konstytucji Włoch brzmi:

„Od orzeczeń Consiglio di Stato [(rady stanu)] i Corte dei conti [(trybunału obrachunkowego, Włochy)] skarga kasacyjna jest dopuszczalna jedynie ze względów związanych z właściwością sądu".

10. Artykuł 360 akapit pierwszy pkt 1 codice di procedura civile (włoskiego kodeksu postępowania cywilnego) ma następujące brzmienie:

„Wyroki wydane przez instancję apelacyjną lub w postępowaniu jednoinstancyjnym mogą być zaskarżane w drodze skargi kasacyjnej:

1) ze względów związanych z właściwością sądu […]".

11. Artykuł 362 akapit pierwszy pkt 2 owego kodeksu stanowi:

„1. W drodze skargi kasacyjnej […] mogą być zaskarżane orzeczenia wydane przez instancję apelacyjną lub w postępowaniu jednoinstancyjnym przez sąd wyspecjalizowany ze względów związanych z właściwością danego sądu […].

2. Skarga kasacyjna przysługuje w dowolnym czasie w przypadku:

1) pozytywnego lub negatywnego sporu o właściwość między sądami wyspecjalizowanymi lub między sądami wyspecjalizowanymi a sądami powszechnymi;

2) negatywnego sporu kompetencyjnego między organami administracji publicznej a sądami powszechnymi".

12. Artykuł 91 codice del processo amministrativo (włoskiego kodeksu postępowania administracyjnego) brzmi:

„Środkami odwoławczymi od wyroków [sądów administracyjnych] są: odwołanie, wznowienie postępowania, skarga osoby trzeciej od prawomocnego orzeczenia i skarga kasacyjna ze względów związanych z właściwością sądu".

13. Artykuł 110 owego kodeksu ma następujące brzmienie:

„Skarga kasacyjna od wyroków Consiglio di Stato [(rady stanu)] jest dopuszczalna wyłącznie ze względów związanych z właściwością sądu".

III. Okoliczności postępowania głównego

14. USL wszczęła postępowanie o udzielenie zamówienia, którego wartość przekraczała 12 000 000 EUR i które miało zostać rozstrzygnięte na podstawie oferty najkorzystniejszej pod względem ekonomicznym, w celu wyłonienia agencji pracy, która będzie udostępniać tymczasowo pracowników. W dokumentacji przetargowej instytucja zamawiająca ustanowiła wynoszący 48 punktów „próg dopuszczający" dla ofert technicznych i zaznaczyła, że oferty uczestników przetargu, które uzyskają niższą liczbę punktów, zostaną odrzucone.

15. Do postępowania przystąpiło osiem przedsiębiorstw, w tym Randstad, tymczasowe stowarzyszenie przedsiębiorstw, w którego skład wchodziły Synergie i Umana (zwane dalej „TSP"), oraz Gi Group Spa. Po dokonaniu oceny ofert technicznych komisja oceniająca dopuściła do oceny ekonomicznej tylko oferty TSP i Gi Group oraz odrzuciła ofertę Randstad z powodu nieosiągnięcia przez nią określonego progu. Ostatecznie, w dniu 6 listopada 2018 r., zamówienia udzielono TSP.

16. Randstad wniosła do Tribunale Amministrativo Regionale della Valle d'Aosta (regionalnego sądu administracyjnego dla regionu Dolina Aosty, Włochy) skargę przeciwko odrzuceniu z powodu nieosiągnięcia progu, a także przeciwko udzieleniu zamówienia TSP. W celu uzyskania możliwości ponownego dopuszczenia jej do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia Randstad podniosła nieracjonalność przyznanej punktacji, niejasność kryteriów oceny, brak uzasadnienia przyznanych ocen, bezprawność powołania i składu komisji oceniającej oraz brak podziału zamówienia na części.

17. W odpowiedzi na skargę USL i TSP podniosły niedopuszczalność zarzutów zawartych w skardze Randstad i wskazały, że spółka ta nie miała legitymacji procesowej do stawiania zarzutów, ponieważ jej oferta i tak już została odrzucona w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

18. Wyrokiem ogłoszonym w dniu 15 marca 2019 r. Tribunale Amministrativo Regionale della Valle d'Aosta (regionalny sąd administracyjny dla regionu Dolina Aosty) oddalił ten zarzut niedopuszczalności i uznał, że Randstad uczestniczyła w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z prawem, ponieważ spełniała odpowiednie wymogi, i została z niego wykluczona ze względu na negatywną ocenę oferty, a tym samym miała prawo zakwestionować wynik tego postępowania. Następnie sąd ten rozpatrzył wszystkie zarzuty sformułowane w skardze co do istoty i oddalił je.

19. Od powyższego wyroku Tribunale Amministrativo Regionale della Valle d'Aosta (regionalnego sądu administracyjnego dla regionu Dolina Aosty) Randstad odwołała się do Consiglio di Stato (rady stanu), powtarzając zarzuty przedstawione w pierwszej instancji. Synergie i Umana wniosły odwołanie wzajemne, podważając wyrok Tribunale Amministrativo Regionale della Valle d'Aosta (regionalnego sądu administracyjnego dla regionu Dolina Aosty) w zakresie, w jakim ów sąd uznał za dopuszczalne zarzuty Randstad i zbadał je co do istoty, ponieważ ich zdaniem zarzuty te zostały sformułowane przez stronę nieuprawnioną, albowiem wykluczoną z postępowania o udzielenie zamówienia.

20. Wyrokiem ogłoszonym w dniu 7 sierpnia 2019 r. Consiglio di Stato (rada stanu) oddaliła zarzut odwołania głównego, w którym Randstad kwestionowała niewystarczającą liczbę punktów, i uwzględniła odwołania wzajemne. W szczególności Consiglio di Stato (rada stanu) zmieniła częściowo zaskarżony wyrok i orzekła, że Randstad nie miała legitymacji procesowej, ponieważ

jej oferta została odrzucona w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Tribunale Amministrativo Regionale della Valle d'Aosta (regionalny sąd administracyjny dla regionu Dolina Aosty) nie powinien był zatem rozpatrywać co do istoty innych zarzutów sformułowanych w skardze głównej.

21. Zdaniem Consiglio di Stato (rady stanu) Randstad, jako oferent, którego oferta została odrzucona, nie miała legitymacji procesowej, ponieważ miała wyłącznie interes faktyczny, tak jak każdy inny podmiot z tego sektora, który nie brał udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Consiglio di Stato (rada stanu) oparła się na swoim wcześniejszym orzecznictwie, zgodnie z którym w przypadku wykluczenia uczestnika przetargu z postępowania o udzielenie zamówienia nie przysługuje mu prawo zaskarżenia dokumentacji przetargowej, chyba że uzyskał on orzeczenie stwierdzające niezgodność z prawem przedmiotowego wykluczenia.

22. Randstad wniosła do sądu odsyłającego skargę kasacyjną od wyroku Consiglio di Stato (rady stanu). Drugą stroną postępowania kasacyjnego są Synergie, Umana i instytucja zamawiająca.

23. Randstad podnosi, że wyrok Consiglio di Stato (rady stanu) narusza art. 362 akapit pierwszy włoskiego kodeksu postępowania cywilnego i art. 110 włoskiego kodeksu postępowania administracyjnego, ponieważ odmawia podmiotowi wykluczonemu z postępowania o udzielenie zamówienia – na mocy decyzji, której zgodność z prawem nie została ostatecznie potwierdzona, gdyż jest kwestionowana w postępowaniu sądowym – legitymacji procesowej oraz interesu w zaskarżeniu samego postępowania o udzielenie zamówienia. Jej zdaniem pociąga to za sobą naruszenie zasady skutecznej ochrony sądowej, która jest zagwarantowana w dyrektywie 89/665, oraz odmowę dostępu do takiej ochrony, podlegającą zaskarżeniu w drodze skargi kasacyjnej ze względów związanych z właściwością sądu, zgodnie z art. 111 akapit ósmy konstytucji Włoch.

24. Randstad powołuje się na orzecznictwo Trybunału, zgodnie z którym nawet samo prawdopodobieństwo uzyskania korzyści poprzez złożenie skargi, w postaci jakiegokolwiek wyniku, takiego jak na przykład powtórzenie postępowania o udzielenie zamówienia, może uzasadnić interes prawny i prawo do ochrony sądowej. W tym względzie skarżąca przywołuje wyroki z dnia 4 lipca 2013 r., Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), z dnia 5 kwietnia 2016 r., PFE (C-689/13, EU:C:2016:199) i z dnia 5 września 2019 r., Lombardi, C-333/18, EU:C:2019:675.

25. Druga strona postępowania kasacyjnego podnosi niedopuszczalność skargi. Utrzymuje ona, że owa skarga dotyczy potencjalnego naruszenia prawa. Ten zarzut nie stanowi zarzutu „związanego z właściwością sądu", a zatem nie można go podnieść w postępowaniu przed Corte suprema di cassazione (sądem kasacyjnym) w celu zakwestionowania wyroku Consiglio di Stato (rady stanu).

26. Zdaniem sądu odsyłającego w takim przypadku należy zapewnić możliwość wniesienia skargi kasacyjnej, o której mowa w art. 111 akapit ósmy konstytucji Włoch. Skuteczność art. 267 TFUE stałaby bowiem pod znakiem zapytania, gdyby sąd krajowy nie mógł bezpośrednio zastosować prawa Unii zgodnie z orzecznictwem Trybunału. W sprawie takiej jak niniejsza skarga kasacyjna stanowiłaby ostateczny środek pozwalający uniknąć nabycia przez wyrok Consiglio di Stato (rady stanu) – który (jak się utrzymuje) jest sprzeczny z prawem Unii – powagi rzeczy osądzonej.

27. Jak jednak wynika z wyroku Corte costituzionale (trybunału konstytucyjnego) nr 6 z dnia 18 stycznia 2018 r.[4], który dotyczy art. 111 akapit ósmy konstytucji Włoch (zwanego dalej „wyrokiem nr 6/2018"), w obecnym stanie włoskiego prawa konstytucyjnego, rozumianego

[4] Wyrok z dnia 18 stycznia 2018 r., nr 6/2018 (ECLI:IT:COST:2018:6).

zgodnie z wykładnią nadaną mu w owym wyroku, nie jest dopuszczalne zrównanie naruszenia prawa Unii z zarzutem związanym z właściwością sądu. W myśl tego wyroku „»[w]ykroczenie przez sąd poza granice kompetencji«, które można zaskarżyć w drodze skargi kierowanej do Corte suprema di cassazione [(sądu kasacyjnego)] ze względów związanych z właściwością sądu [w rozumieniu art. 111 akapit ósmy konstytucji Włoch], tak jak było ono zawsze rozumiane […], odnosi się wyłącznie do dwóch przypadków: takich, w których występuje całkowity brak uprawnień do orzekania, a więc wówczas, gdy Consiglio di Stato [(rada stanu)] lub Corte dei conti [(trybunał obrachunkowy)] przyznają sobie właściwość w dziedzinie zastrzeżonej dla ustawodawcy lub organu administracji (tak zwana »ingerencja« lub tak zwane »wkroczenie«), lub gdy ma miejsce odwrotna sytuacja, mianowicie jeżeli stwierdzają one swoją niewłaściwość w oparciu o błędne założenie, że przedmiot postępowania nie może być w żadnym razie poddany przez nie kontroli sądowej (tak zwane »wstrzymanie się od działania«), jak również przypadków [polegających na relatywnym braku] właściwości, a więc wówczas, gdy sąd administracyjny lub Corte dei conti [(trybunał obrachunkowy)] przyznają sobie właściwość w odniesieniu do przedmiotu postępowania należącego do właściwości innego sądu lub gdy ma miejsce odwrotna sytuacja, mianowicie jeżeli stwierdzają one swoją niewłaściwość w oparciu o błędne założenie, że właściwe są inne sądy” [5].

28. Sąd odsyłający stwierdza, że jeżeli miałby się zastosować do owego wyroku Corte costituzionale (trybunału konstytucyjnego), to skarga kasacyjna wniesiona przez Randstad musiałaby zostać uznana za niedopuszczalną. W tych okolicznościach zastanawia się on, czy wyrok nr 6/2018, który ogranicza, w sprawach administracyjnych, określoną w art. 111 akapit ósmy konstytucji Włoch, właściwość Corte suprema di cassazione (sądu kasacyjnego) do spraw, w których zarzuca się, że Consiglio di Stato (rada stanu), dopuściła się naruszenia „zewnętrznych granic” swojej właściwości, narusza prawo Unii.

29. W tym względzie sąd odsyłający uważa, że jeżeli Consiglio di Stato (rada stanu) błędnie stosuje lub błędnie interpretuje przepisy prawa krajowego w sposób niezgodny z przepisami prawa Unii, tak jak są one interpretowane przez Trybunał, to korzysta ona z uprawnień sądowych, którymi nie dysponuje. W rzeczywistości wykonuje ona uprawnienie w zakresie stanowienia prawa, które nie przysługuje nawet ustawodawcy krajowemu. Stanowi to brak uprawnień do orzekania, który powinno dać się zaskarżyć w drodze skargi kasacyjnej do Corte suprema di cassazione (sądu kasacyjnego). W tym względzie nie ma znaczenia, czy wyrok Trybunału Sprawiedliwości, z którego wynikła niezgodność między stosowaniem lub wykładnią przepisów przez sąd krajowy a prawem Unii, został wydany przed zastosowaniem bądź dokonaniem wykładni takich przepisów, czy też po zastosowaniu bądź dokonaniu wykładni takich przepisów.

30. Sąd odsyłający wskazuje, że – przed wydaniem wyroku nr 6/2018 – zgodnie z utrwalonym orzecznictwem jego własnych izb połączonych w przypadku zaskarżenia wyroku Consiglio di Stato (rady stanu) kontrola zewnętrznych granic „właściwości” w rozumieniu art. 111 akapit ósmy konstytucji Włoch nie obejmowała kontroli wyborów w zakresie wykładni dokonanych przez sąd administracyjny, które mogły się wiązać z prostymi błędami „in iudicando” (w wyrokowaniu) lub „in procedendo” (w procedowaniu), o ile nie dochodziło do zasadniczego zniekształcenia obowiązujących przepisów mogącego stanowić przypadek odmowy ochrony

[5] Wyrok nr 6/2018, pkt 15 [tłumaczenie na język angielski jest dostępne na stronie internetowej Corte costituzionale (trybunału konstytucyjnego): https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/Sentenza%20n.%206%20del%202018%20red.%20Coraggio%20EN.pdf].

prawnej, na przykład błędu „in procedendo” polegającego na zastosowaniu krajowego przepisu proceduralnego skutkującego odmówieniem zainteresowanej stronie dostępu do ochrony prawnej przyznanego przez przepisy prawa Unii mające bezpośrednie zastosowanie.

31. Takie podejście byłoby zgodne z zasadami równoważności i skuteczności, których poszanowanie – w myśl orzecznictwa Trybunału – stanowi warunek wykonywania autonomii proceduralnej przysługującej państwom członkowskim. Wyrok nr 6/2018 i orzecznictwo, które rozwinęło się na jego gruncie, są natomiast niezgodne z tymi zasadami.

32. W rozpatrywanym odesłaniu prejudycjalnym wskazano, że Corte suprema di cassazione (sąd kasacyjny, Włochy) za istotne uważa także uzyskanie wskazówek na temat tego, czy podejście przyjęte przez Consiglio di Stato (radę stanu, Włochy) w zaskarżonym wyroku jest zgodne z wyrokami z dnia 4 lipca 2013 r., Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), z dnia 5 kwietnia 2016 r., PFE (C-689/13, EU:C:2016:199) i z dnia 5 września 2019 r., Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675). Z tym aspektem sporu wiążą się dwie odrębne kwestie.

33. Po pierwsze, sąd odsyłający zastanawia się, czy już utrwalone orzecznictwo Trybunału dotyczące przysługującego oferentom wykluczonym z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego prawa do wniesienia odwołania można zastosować w okolicznościach sprawy takiej jak ta rozpatrywana w postępowaniu głównym. Po drugie, skoro Consiglio di Stato (rada stanu) bez podania uzasadnienia odstąpiła od skierowania do Trybunału Sprawiedliwości pytania na temat tego, czy wnioski zawarte w wyrokach przywołanych w poprzednim punkcie niniejszej opinii można przenieść na grunt sprawy takiej jak ta rozpatrywana w postępowaniu głównym, to zdaniem sądu odsyłającego kluczowe jest, aby mógł on obecnie sam zwrócić się z tym pytaniem do Trybunału.

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

34. W tych okolicznościach Corte suprema di cassazione (sąd kasacyjny), postanowieniem z dnia 7 lipca 2020 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 30 września 2020 r., postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

„1) Czy art. 4 ust. 3 i art. 19 ust. 1 TUE oraz art. 2 ust. 1 i 2 i art. 267 TFUE, interpretowane również w świetle art. 47 karty, stoją na przeszkodzie takiej praktyce interpretacyjnej, dotyczącej art. 111 akapit ósmy Costituzione (konstytucji Włoch), art. 360 akapit pierwszy pkt 1 i art. 362 akapit pierwszy codice di procedura civile (włoskiego kodeksu postępowania cywilnego) oraz art. 110 codice del processo amministrativo (włoskiego kodeksu postępowania administracyjnego) – w zakresie, w jakim przepisy te dopuszczają wniesienie skargi kasacyjnej od wyroków Consiglio di Stato »ze względów związanych z właściwością sądu« – która wynika z wyroku Corte costituzionale (trybunału konstytucyjnego) nr 6 z 2018 r. i z późniejszego orzecznictwa krajowego, w którym – zmieniając wcześniejsze wytyczne – uznano, że skarga kasacyjna, z punktu widzenia tzw. braku uprawnień do orzekania, nie może być stosowana do zaskarżania wyroków Consiglio di Stato (rady stanu), w których stosuje się praktykę interpretacyjną wypracowaną w orzecznictwie krajowym sprzeczną z wyrokami Trybunału Sprawiedliwości w kwestiach podlegających prawu Unii Europejskiej (w tym przypadku w zakresie udzielania zamówień publicznych), w których to kwestiach państwa członkowskie zrzekły się wykonywania swoich suwerennych uprawnień w sposób, który byłby niezgodny z tym prawem, powodując utrwalanie się naruszeń prawa

wspólnotowego, które mogłyby zostać skorygowane za pomocą wyżej wymienionego środka, i wpływając na brak jednolitego stosowania prawa unijnego i skuteczność sądowej ochrony podmiotowych sytuacji prawnych mających znaczenie na szczeblu wspólnotowym, w sprzeczności z koniecznością pełnego i sprawnego stosowania tego prawa przez każdy sąd, w sposób wiążący i zgodny z prawidłową wykładnią tego prawa dokonaną przez Trybunał Sprawiedliwości, z uwzględnieniem ograniczeń »autonomii proceduralnej« państw członkowskich w ustalaniu kwestii proceduralnych?

2) Czy art. 4 ust. 3 i art. 19 ust. 1 TUE oraz art. 267 TFUE, interpretowane również w świetle art. 47 karty, stoją na przeszkodzie wykładni i zastosowaniu art. 111 akapit ósmy Costituzione (konstytucji Włoch), art. 360 akapit pierwszy pkt 1 oraz art. 362 akapit pierwszy codice di procedura civile (włoskiego kodeksu postępowania cywilnego) i art. 110 codice processo amministrativo (włoskiego kodeksu postępowania administracyjnego), jakie wynika z krajowej praktyki orzeczniczej, zgodnie z którą skarga kasacyjna do Sezioni Unite (izb połączonych) »ze względów związanych z właściwością sądu«, z punktu widzenia tzw. braku uprawnień do orzekania, nie jest dopuszczalna jako środek odwoławczy od orzeczeń Consiglio di Stato, w których, rozstrzygając spory w kwestiach dotyczących stosowania prawa Unii, bezpodstawnie pomija się skierowanie pytania prejudycjalnego do Trybunału Sprawiedliwości, w przypadku braku zaistnienia przesłanek, w ścisłej wykładni, określonych przez Trybunał w sposób wyczerpujący (począwszy od wyroku z dnia 6 października 1982 r., Cilfit i in., 283/81 [EU:C:1982:335]), które zwalniają sąd krajowy z powyższego obowiązku, wbrew zasadzie, zgodnie z którą za niezgodne z prawem Unii uznaje się krajowe przepisy prawa lub praktyki orzecznicze, nawet jeśli wynikają one z przepisów prawa lub konstytucji, które przewidują pozbawienie – nawet czasowe – sądu krajowego (ostatniej lub innej instancji) swobody wystąpienia z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, powodując tym samym wkroczenie w obszar wyłącznej właściwości Trybunału Sprawiedliwości w zakresie prawidłowej i wiążącej interpretacji prawa wspólnotowego, nieodwracalność (i przyczynianie się do utrwalania) ewentualnej sprzeczności wykładni między prawem stosowanym przez sąd krajowy a prawem Unii oraz zakłócenie jednolitego stosowania prawa unijnego i skuteczności sądowej ochrony podmiotowych sytuacji prawnych wynikających z prawa Unii?

3) Czy zasady ustalone przez Trybunał Sprawiedliwości w wyrokach z dnia 5 września 2019 r., Lombardi, C-333/18 [EU:C:2019:675], z dnia 5 kwietnia 2016 r., PFE, C-689/13 [EU:C:2016:199] i z dnia 4 lipca 2013 r., Fastweb, C-100/12 [EU:C:2013:448] w związku z art. 1 ust. 1 i 3 oraz art. 2 ust. 1 [dyrektywy 89/665], zmienionej [dyrektywą 2007/66], mają zastosowanie w przypadku będącym przedmiotem postępowania głównego, w którym po zakwestionowaniu przez spółkę odrzucenia jej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia i udzieleniu zamówienia innej spółce Consiglio di Stato (rada stanu) rozpatruje co do istoty wyłącznie ten zarzut odwołania, w którym wykluczona spółka kwestionuje przyznanie jej ofercie technicznej punktacji niższej niż »próg dopuszczający«, i w pierwszej kolejności rozpatruje odwołania wzajemne instytucji zamawiającej i przedsiębiorstwa, któremu udzielono zamówienia, uwzględniając je i odrzucając jako niedopuszczalne (bez rozpatrzenia co do istoty) inne zarzuty odwołania głównego, kwestionujące wynik przetargu z innych powodów (ze względu na niejednoznaczność kryteriów oceny ofert w dokumentacji przetargowej, brak uzasadnienia przyznanych ocen, bezprawne powołanie i skład komisji przetargowej), przy zastosowaniu krajowej praktyki orzeczniczej, zgodnie z którą spółka wykluczona z przetargu nie ma prawa do podnoszenia zarzutów w celu zakwestionowania udzielenia zamówienia przedsiębiorstwu konkurencyjnemu, nawet poprzez unieważnienie procedury przetargowej, ponieważ należy ocenić, czy pozbawienie przedsiębiorstwa prawa

skierowania do rozpatrzenia przez sąd każdej podstawy zakwestionowania wyniku przetargu jest zgodne z prawem Unii w sytuacji, w której wykluczenie go nie zostało ostatecznie potwierdzone i w której każdy uczestnik przetargu może powołać się na ten sam uzasadniony interes w wykluczeniu ofert pozostałych uczestników, co może doprowadzić instytucję zamawiającą do stwierdzenia niemożności dokonania wyboru prawidłowej oferty i wszczęcia nowej procedury udzielania zamówienia, w której mógłby uczestniczyć każdy z oferentów?".

35. W postanowieniu odsyłającym Corte suprema di cassazione (sąd kasacyjny) wniósł o rozpatrzenie wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym w trybie przyspieszonym, zgodnie z art. 105 regulaminu postępowania przed Trybunałem Sprawiedliwości.

36. Na poparcie swojego wniosku sąd odsyłający podniósł zasadniczo, że istnieją istotne powody, które wymagają niezwłocznego wyjaśnienia wątpliwości co do podstawowych kwestii o znaczeniu konstytucyjnym. Toczące się przed Corte suprema di cassazione (sądem kasacyjnym) liczne spory dotyczące odwołań od wyroków Consiglio di Stato (rady stanu) w sprawach z zakresu prawa Unii świadczą o poważnych wątpliwościach co do zakresu sądowej ochrony praw uznanych w prawie Unii. Należy je jak najszybciej rozwiać, zwłaszcza w kluczowym sektorze, jakim są zamówienia publiczne, również w celu uniknięcia utrwalania się w sądach ostatniej instancji orzecznictwa krajowego, które mogłoby zostać zastosowane w wielu innych rozstrzygnięciach.

37. W dniu 21 października 2020 r. prezes Trybunału postanowił, po zapoznaniu się ze stanowiskiem sędziego sprawozdawcy i rzecznika generalnego, oddalić wniosek sądu odsyłającego o przeprowadzenie postępowania w trybie przyspieszonym. W tym samym dniu prezes Trybunału postanowił również, na podstawie art. 53 § 3 regulaminu postępowania, o rozpoznaniu sprawy w pierwszej kolejności.

38. Randstad, Umana, USL, Synergie, rząd włoski i Komisja przedstawiły uwagi na piśmie. Ponadto Randstad, Umana, rząd włoski i Komisja przedstawiły uwagi ustne na rozprawie w dniu 6 lipca 2021 r.

V. Uwagi wstępne w przedmiocie kontekstu

39. Jak wspomniano we wprowadzeniu do niniejszej opinii, rozpatrywana sprawa dotyczy przede wszystkim zakresu spoczywającego na państwach członkowskich i przewidzianego w art. 1 dyrektywy 89/665 obowiązku zapewnienia skutecznych postępowań odwoławczych w dziedzinie zamówień publicznych w szczególnym przypadku, w którym wybrany oferent wnosi skargę wzajemną. Pytania skierowane do Trybunału w trybie prejudycjalnym wpisują się ponadto w ramy szerszego dialogu między trzema włoskimi sądami najwyższymi. W takich okolicznościach wydaje się użyteczne, by – przed dokładniejszym zbadaniem pytań zadanych przez Corte suprema di cassazione (sąd kasacyjny) – nie tylko przywołać orzecznictwo Trybunału w tej dziedzinie, lecz również zarysować włoski kontekst proceduralny.

A. Synteza orzecznictwa Trybunału dotyczącego dyrektywy 89/665 i sytuacji, w której wybrany oferent wnosi skargę wzajemną

40. Kwestia tego, jak – na gruncie dyrektywy 89/665 – należy postąpić w sytuacji, w której przeciwko oferentowi wnoszona jest skarga zmierzająca do jego wykluczenia oraz w której złożona zostaje skarga wzajemna, nie jest zagadnieniem nowym. Wydaje mi się, że można słusznie

przyjąć, iż skutkiem skierowania do Trybunału szeregu odesłań prejudycjalnych było rozstrzygnięcie przezeń w sposób jednoznaczny problemu legitymacji procesowej w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

41. Po pierwsze, z przepisów art. 1 ust. 1 akapit trzeci i art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665 wynika, że aby odwołanie od decyzji podjętych przez instytucję zamawiającą mogło zostać uznane za skuteczne, powinno być ono dostępne co najmniej dla każdego podmiotu, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia i który poniósł szkodę lub może ponieść szkodę w wyniku domniemanego naruszenia [6].

42. Tak więc w sytuacji gdy po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dwóch oferentów wnosi skargę o wykluczenie siebie nawzajem, każdy z tych oferentów ma interes w uzyskaniu danego zamówienia w rozumieniu przepisów, o których mowa w poprzednim punkcie. Po pierwsze bowiem, wykluczenie jednego z oferentów może doprowadzić do tego, że drugi uzyska zamówienie bezpośrednio w ramach tego samego postępowania. Po drugie, w przypadku wykluczenia wszystkich oferentów i wszczęcia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego każdy z oferentów mógłby wziąć w nim udział i w ten sposób mieć pośrednio szansę uzyskania zamówienia [7].

43. Wynika z tego, że skarga wzajemna wybranego oferenta nie może prowadzić do odrzucenia skargi niewybranego oferenta, w sytuacji gdy prawidłowość oferty każdego z wykonawców została zakwestionowana w ramach tego samego postępowania, zważywszy, że w takim przypadku każdy z konkurentów może powołać się na uzasadniony interes polegający na odrzuceniu pozostałych ofert, mogącym doprowadzić do stwierdzenia przez instytucję zamawiającą, że nie może ona dokonać wyboru prawidłowo złożonej oferty [8].

44. Po drugie, Trybunał podkreślił też, że liczba uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, podobnie jak liczba uczestników, którzy wszczęli procedury odwoławcze, jak również rozbieżności w podnoszonych przez nich zarzutach, nie mają znaczenia dla stosowania zasady, zgodnie z którą interes, którym kierują się strony w skargach wzajemnych o wykluczenie, uznaje się za co do zasady równoważny [9].

45. Oznacza to, że zasada ta znajduje zastosowanie również wówczas, gdy inni oferenci złożyli oferty w przetargu, a skargi o wzajemne wykluczenie nie dotyczą tych z owych ofert, które zostały sklasyfikowane niżej niż oferty będące przedmiotem tych skarg [10]. Gdyby bowiem skarga oferenta, którego oferta nie została wybrana, została uznana za zasadną, instytucja zamawiająca mogłaby podjąć decyzję o unieważnieniu przetargu i wszczęciu nowego postępowania o udzielenie zamówienia ze względu na to, że pozostałe prawidłowo złożone oferty nie spełniają w wystarczającym stopniu oczekiwań instytucji zamawiającej [11].

6 Zobacz podobnie wyroki: z dnia 4 lipca 2013 r., Fastweb, C-100/12, EU:C:2013:448, pkt 25; z dnia 5 kwietnia 2016 r., PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, pkt 23; z dnia 5 września 2019 r., Lombardi, C-333/18, EU:C:2019:675, pkt 22.

7 Zobacz podobnie wyroki: z dnia 5 kwietnia 2016 r., PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, pkt 27; z dnia 5 września 2019 r., Lombardi, C-333/18, EU:C:2019:675, pkt 23.

8 Zobacz podobnie wyroki: z dnia 4 lipca 2013 r., Fastweb, C-100/12, EU:C:2013:448, pkt 33; z dnia 5 kwietnia 2016 r., PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, pkt 24; z dnia 5 września 2019 r., Lombardi, C-333/18, EU:C:2019:675, pkt 24.

9 Zobacz podobnie wyroki: z dnia 5 kwietnia 2016 r., PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, pkt 29; z dnia 5 września 2019 r., Lombardi, C-333/18, EU:C:2019:675, pkt 30.

10 Zobacz podobnie wyrok z dnia 5 września 2019 r., Lombardi, C-333/18, EU:C:2019:675, pkt 26.

11 Zobacz podobnie wyrok z dnia 5 września 2019 r., Lombardi, C-333/18, EU:C:2019:675, pkt 28.

46. Po trzecie, Trybunał wyjaśnił w tym względzie, że w tych okolicznościach dopuszczalność skargi głównej, pod rygorem naruszenia skuteczności (effet utile) dyrektywy 89/665, nie może być uzależniona od uprzedniego ustalenia, że wszystkie oferty sklasyfikowane niżej niż oferta oferenta, który wniósł skargę, również są nieprawidłowe [12].

47. Istotne jest to, że każdy z uczestników postępowania ma równoważny uzasadniony interes w postaci wykluczenia ofert pozostałych konkurentów. Uzasadnia się to w ten sposób, że jedna z nieprawidłowości leżących u podstaw odrzucenia ofert tak wybranego oferenta, jak i oferenta kwestionującego decyzję instytucji zamawiającej o udzieleniu zamówienia publicznego, powoduje również wadliwość wszystkich ofert złożonych w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co mogłoby doprowadzić do konieczności wszczęcia przez instytucję zamawiającą nowego postępowania [13].

48. Z przytoczonego orzecznictwa Trybunału wynika, że dopuszczalność skargi głównej nie może być uzależniona od tego, czy oferent przedstawił dowód na to, iż instytucja zamawiająca będzie skłonna powtórzyć postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Istnienie takiej możliwości należy uznać za wystarczające w tym względzie [14].

49. Innymi słowy – oferent wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego musi mieć prawo odwołania się od decyzji o wykluczeniu go z tego postępowania o udzielenie zamówienia, jak również dostęp do procedur odwoławczych w przypadku innych decyzji instytucji zamawiającej, pod warunkiem że takie odwołania mogą przynajmniej *teoretycznie* prowadzić albo do udzielenia zamówienia stronie skarżącej, albo do wszczęcia nowego postępowania o udzielenie zamówienia [15].

50. Uważam zatem, uprzedzając nieco rozważania w przedmiocie pytania trzeciego, że skoro Consiglio di Stato (rada stanu) wydała w rozpatrywanej sprawie odmienne rozstrzygnięcie, to takie działanie stanowiło – w ujęciu obiektywnym [16] – przypadek niewłaściwego zastosowania dotychczasowego orzecznictwa Trybunału dotyczącego legitymacji procesowej w dziedzinie zamówień publicznych. Owe zasady legitymacji procesowej, które z konieczności określają ją szeroko i nierestrykcyjnie, służą osiągnięciu istotnego celu z zakresu porządku publicznego, polegającego na zapewnieniu, że przedsiębiorstwa utrzymujące, iż niewłaściwie lub niesłusznie wykluczono je z przetargu, mogą zakwestionować decyzję w tym przedmiocie. Reguły udzielania zamówień mają gwarantować sprawiedliwe wydatkowanie środków publicznych i udzielanie zamówień publicznych w oparciu o obiektywnie uzasadnione kryteria. Błędne zastosowanie owych zasad legitymacji procesowej nie stanowi więc jedynie zwykłego uchybienia czy też błędu o charakterze technicznym po stronie sądu krajowego, lecz raczej wadę mogącą wpływać – niekiedy w daleko idący sposób – na skuteczność, a nawet na prawidłowość całej procedury udzielania zamówień.

51. To prawda, że wyrok Lombardi wydano [zresztą w następstwie odesłania prejudycjalnego przedstawionego właśnie przez Consiglio di Stato (radę stanu)] we wrześniu 2019 r., czyli około miesiąc po wyroku Consiglio di Stato (rady stanu) rozpatrywanym w niniejszej sprawie. Niemniej

[12] Zobacz podobnie wyrok z dnia 5 września 2019 r., Lombardi, C-333/18, EU:C:2019:675, pkt 29.

[13] Zobacz podobnie wyroki: z dnia 5 kwietnia 2016 r., PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, pkt 28; z dnia 5 września 2019 r., Lombardi, C-333/18, EU:C:2019:675, pkt 27.

[14] Zobacz podobnie wyrok z dnia 5 września 2019 r., Lombardi, C-333/18, EU:C:2019:675, pkt 29.

[15] Zobacz podobnie C. Ginter, T. Väljaots, Excluded Tenderer's Access to a Review in a Public Procurement Procedure, *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 2018/4, s. 301–306, w szczególności s. 303.

[16] Zobacz w tym względzie zastrzeżenie sformułowane w pkt 78 niniejszej opinii.

jednak w rzeczywistości już wcześniejsze rozstrzygnięcia Trybunału, takie jak na przykład wyroki Fastweb i PFE, zawierają bardzo jasne wskazówki w przedmiocie tego ogólnego zagadnienia legitymacji procesowej w sprawach z zakresu zamówień publicznych. W każdym razie nawet jeśli poszczególne izby Consiglio di Stato (rady stanu) rzeczywiście miały wątpliwości odnośnie do prawidłowego stosowania tego wcześniejszego orzecznictwa, co stosownie odnotowano w wyroku Lombardi [17], to ów sąd – jako sąd ostatniej instancji – sam był zobowiązany wystąpić z odesłaniem prejudycjalnym w trybie art. 267 akapit trzeci TFUE.

B. Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i procedury odwoławcze we Włoszech

52. Ujmując rzecz bardzo schematycznie: procedury odwoławcze w dziedzinie zamówień publicznych należą we Włoszech do właściwości sądów administracyjnych. Istnieją dwie instancje sądowe – tribunali amministrativi regionali (regionalne sądy administracyjne) rozpatrują spory w pierwszej instancji, zaś od ich rozstrzygnięć można wnieść odwołanie do Consiglio di Stato (rady stanu).

53. Artykuł 111 akapit ósmy konstytucji Włoch przewiduje – oprócz tej „klasycznej" struktury organizacyjnej – możliwość wniesienia skargi kasacyjnej od orzeczeń Consiglio di Stato (rady stanu), która jest jednak dopuszczalna jedynie ze względów związanych z właściwością sądu.

54. Corte costituzionale (trybunał konstytucyjny) określił niedawno, w wyroku nr 6/2018, jaki jest zakres tej szczególnej skargi wnoszonej do Corte suprema di cassazione (sądu kasacyjnego). Jak już wyjaśniono, zgodnie z tym wyrokiem „wykroczenie przez sąd poza granice kompetencji" odnosi się wyłącznie do dwóch przypadków: takich, w których występuje całkowity brak uprawnień do orzekania, a więc wówczas, gdy Consiglio di Stato (rada stanu) przyznaje sobie właściwość w dziedzinie zastrzeżonej dla ustawodawcy lub organu administracji (tak zwana „ingerencja" lub tak zwane „wkroczenie"), lub gdy ma miejsce odwrotna sytuacja, mianowicie jeżeli stwierdza ona swoją niewłaściwość w oparciu o błędne założenie, że przedmiot postępowania nie może być w żadnym razie poddany przez nią kontroli sądowej (tak zwane „wstrzymanie się od działania"), jak również takich, w których występują pewne uchybienia dotyczące właściwości, a więc wówczas, gdy sąd administracyjny przyznaje sobie właściwość w odniesieniu do przedmiotu postępowania należącego do właściwości innego sądu lub gdy ma miejsce odwrotna sytuacja, mianowicie jeżeli stwierdza on swoją niewłaściwość w oparciu o błędne założenie, że właściwe są inne sądy [18].

55. Corte costituzionale (trybunał konstytucyjny) poczynił w tym wyroku jeszcze dwie uwagi. Z jednej strony wskazał on, że dla podjęcia, w kontekście kontroli właściwości, interwencji przez Corte suprema di cassazione (sąd kasacyjny) „uzasadnienia nie stanowi nawet naruszenie prawa Unii" [19]. Z drugiej strony uznał on też za „niedopuszczalne zaskarżanie wyroków [w trybie tej procedury] w sytuacji, w której sąd administracyjny […] dokonał wykładni normy proceduralnej lub materialnej w sposób uniemożliwiający rozpoznanie całości kwestii merytorycznych sprawy" [20].

[17] Zobacz podobnie wyrok z dnia 5 września 2019 r., Lombardi, C-333/18, EU:C:2019:675, pkt 13–19.

[18] Zobacz w tym względzie wyrok nr 6/2018, pkt 15 (wersja angielska). Zobacz adres strony internetowej w przypisie 5 do niniejszej opinii.

[19] Wyrok nr 6/2018, pkt 14.1 (wersja angielska). Zobacz adres strony internetowej w przypisie 5 do niniejszej opinii.

[20] Wyrok nr 6/2018, pkt 17 (wersja angielska). Zobacz adres strony internetowej w przypisie 5 do niniejszej opinii.

VI. Analiza

A. W przedmiocie pytania pierwszego

56. Poprzez pytanie pierwsze Corte suprema di cassazione (sąd kasacyjny) zmierza zasadniczo do ustalenia, czy art. 4 ust. 3 i art. 19 ust. 1 TUE oraz art. 2 ust. 1 i 2 i art. 267 TFUE, interpretowane w świetle art. 47 karty, stoją na przeszkodzie przepisowi takiemu jak art. 111 akapit ósmy konstytucji Włoch, rozumianemu zgodnie z wykładnią nadaną mu w wyroku nr 6/2018, w myśl której skarga kasacyjna ze względów związanych z właściwością sądu nie przysługuje w celu zaskarżenia wyroków, w których sąd drugiej instancji zastosował praktyki interpretacyjne wypracowane na szczeblu krajowym, lecz sprzeczne z wyrokami Trybunału Sprawiedliwości, w dziedzinach podlegających prawu Unii.

1. W przedmiocie przepisów mających znaczenie dla udzielenia odpowiedzi na pytanie pierwsze

57. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału w ramach ustanowionej w art. 267 TFUE procedury współpracy między sądami krajowymi a Trybunałem do tego ostatniego należy udzielenie sądowi krajowemu użytecznej odpowiedzi, która umożliwi mu rozstrzygnięcie zawisłego przed nim sporu. Mając to na uwadze, Trybunał powinien w razie potrzeby przeformułować przedłożone mu pytania. Zadaniem Trybunału jest bowiem dokonanie wykładni wszystkich przepisów prawa Unii, jakie są niezbędne sądom krajowym do rozstrzygnięcia zawisłych przed nimi sporów, nawet jeżeli przepisy te nie są wyraźnie wskazane w pytaniach zadanych Trybunałowi [21].

58. W związku z tym nawet jeśli formalnie sąd odsyłający ograniczył pytanie pierwsze do wykładni art. 4 ust. 3 i art. 19 ust. 1 TUE oraz art. 2 ust. 1 i 2 i art. 267 TFUE, interpretowanych w świetle art. 47 karty, okoliczność ta nie stoi na przeszkodzie temu, by Trybunał udzielił mu odpowiedzi dotyczącej prawa Unii we wszystkich aspektach wykładni, jakie mogą być użyteczne dla rozstrzygnięcia zawisłej przed sądem odsyłającym sprawy, bez względu na to, czy sąd ten odniósł się do nich w treści swych pytań, czy też nie. W tym względzie do Trybunału należy wyprowadzenie z całości informacji przedstawionych przez sąd krajowy, a w szczególności z uzasadnienia postanowienia odsyłającego, elementów prawa Unii, które wymagają wykładni w świetle przedmiotu sporu w postępowaniu głównym [22].

59. Jeśli chodzi o tę kwestię, to najwyraźniej dokonanie wykładni art. 2 ust. 1 i 2 i art. 267 TFUE nie jawi się – w świetle informacji zawartych we wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym – jako niezbędne dla udzielenia użytecznej odpowiedzi na pierwsze pytanie prejudycjalne, skoro te artykuły zawierają, odpowiednio, normy odnoszące się do kompetencji wyłącznej i dzielonej Unii oraz do mechanizmu odesłania prejudycjalnego. Należy natomiast przypomnieć, że (jak wynika z jej motywu 36) dyrektywa 2007/66, a zatem i dyrektywa 89/665, którą ta pierwsza dyrektywa zmieniła i uzupełniła, mają na celu zapewnienie pełnego poszanowania prawa do skutecznego środka prawnego i dostępu do bezstronnego sądu, zgodnie z art. 47 akapity pierwszy i drugi karty [23].

[21] Zobacz podobnie wyrok z dnia 2 kwietnia 2020 r., Ruska Federacija, C-897/19 PPU, EU:C:2020:262, pkt 43.

[22] Zobacz podobnie wyroki: z dnia 19 listopada 2020 r., 5th AVENUE Products Trading, C-775/19, EU:C:2020:948, pkt 34; z dnia 22 kwietnia 2021 r., PROFI CREDIT Slovakia, C-485/19, EU:C:2021:313, pkt 50.

[23] Zobacz podobnie wyrok z dnia 15 września 2016 r., Star Storage i in., C-439/14 i C-488/14, EU:C:2016:688, pkt 45.

60. Podobnie w zakresie, w jakim art. 47 karty ma zastosowanie do państw członkowskich, ów artykuł stanowi odpowiednik art. 19 ust. 1 akapit drugi TUE i konkretyzuje zasadę lojalnej współpracy przewidzianą w art. 4 ust. 3 TUE [24]. Jest zatem jasne, że – zgodnie z utrwalonym orzecznictwem – po pierwsze, „na mocy wyrażonej w art. 4 ust. 3 TUE zasady lojalnej współpracy, sądy państw członkowskich są zobowiązane do zapewnienia ochrony sądowej uprawnień podmiotów prawa wynikających z prawa Unii [oraz że, po drugie,] [art.] 19 ust. 1 TUE nakłada […] na państwa członkowskie obowiązek ustanowienia środków niezbędnych do zapewnienia skutecznej ochrony sądowej, *w szczególności* [*w*] *rozumieniu art. 47 karty*, w dziedzinach objętych prawem Unii" [25]. Ponadto Trybunał stwierdził już, że nałożony na państwa członkowskie obowiązek przewidziany w art. 19 ust. 1 TUE „*odpowiada* prawu ustanowionemu w art. 47 karty" [26].

61. W tym kontekście, ponieważ nie ulega wątpliwości, że we Włoszech istnieje procedura odwoławcza, której prowadzenie powierzono niezależnym sądom, oraz że przedmiotem dyskusji nie jest ustanowienie środka prawnego, lecz sposób, w jaki właściwe sądy wcielają ten środek prawny w życie, art. 4 ust. 3 i art. 19 ust. 1 TUE również nie wydają się użyteczne.

62. W związku z tym uważam, w ślad za sugestią Komisji [27], że pytanie pierwsze sądu odsyłającego należy odczytywać jako zmierzające do ustalenia, czy art. 1 ust. 1 i 3 dyrektywy 89/665, interpretowane w świetle art. 47 karty, należy rozumieć w ten sposób, iż stoją one na przeszkodzie przepisowi takiemu jak art. 111 akapit ósmy konstytucji Włoch, rozumianemu zgodnie z wykładnią nadaną mu w wyroku nr 6/2018, w myśl której skarga kasacyjna ze względów związanych z właściwością sądu nie przysługuje w celu zaskarżenia wyroków, w których sąd drugiej instancji zastosował praktyki interpretacyjne wypracowane na szczeblu krajowym, lecz sprzeczne z wyrokami Trybunału Sprawiedliwości, w dziedzinach podlegających prawu Unii.

2. Ramy analizy: autonomia proceduralna a art. 47 karty

63. Obowiązek ustanowienia przez państwa członkowskie procedury odwoławczej w dziedzinie zamówień publicznych został przewidziany w art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665. Zgodnie z jego akapitem trzecim państwa członkowskie przyjmują niezbędne środki, aby zapewnić – w odniesieniu do zamówień objętych zakresem stosowania dyrektywy 2014/24 lub dyrektywy 2014/23 – możliwość skutecznego, a zwłaszcza możliwie szybkiego odwołania od decyzji podjętych przez instytucje zamawiające z powodu naruszenia przez te decyzje prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych lub naruszenia krajowych przepisów transponujących to prawo.

64. W tym względzie art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665 precyzuje jedynie, że państwa członkowskie mają zapewnić dostępność procedur odwoławczych, w ramach szczególnych przepisów, które mogą ustanowić, przynajmniej dla każdego podmiotu, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia i który poniósł szkodę lub może ponieść szkodę w wyniku domniemanego naruszenia.

[24] Opinia rzecznik generalnej E. Sharpston w sprawach połączonych Star Storage i in. (C-439/14 i C-488/14, EU:C:2016:307, przypis 32).

[25] Wyrok z dnia 14 czerwca 2017 r., Online Games i in., C-685/15, EU:C:2017:452, pkt 54. Podkreślenie moje. Zobacz także wyrok z dnia 2 marca 2021 r., A.B. i in. (Powołanie sędziów Sądu Najwyższego – Odwołanie), C-824/18, EU:C:2021:153, pkt 143.

[26] Wyrok z dnia 27 września 2017 r., Puškár, C-73/16, EU:C:2017:725, pkt 58. Podkreślenie moje. Zobacz także podobnie wyrok z dnia 16 maja 2017 r., Berlioz Investment Fund, C-682/15, EU:C:2017:373, pkt 44.

[27] Uwagi na piśmie Komisji, pkt 35, 39.

65. Innymi słowy – dyrektywa 89/665 nie zawiera żadnych przepisów szczegółowo regulujących warunki, na jakich można skorzystać z tych procedur odwoławczych. Dyrektywa ta określa jedynie minimalne warunki, jakie powinny spełniać procedury odwoławcze ustanowione w krajowych porządkach prawnych w celu zagwarantowania poszanowania przepisów prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych [28]. W każdym razie trzeba przyznać, że dyrektywa 89/665 nie zawiera żadnych konkretnych przepisów dotyczących środków odwoławczych, jakie można lub należy zapewnić.

66. Niemniej jednak z utrwalonego orzecznictwa Trybunału wynika, że w przypadku, w którym brak jest uregulowań Unii w danej dziedzinie, zadaniem państw członkowskich jest określenie zasad postępowania administracyjnego i sądowego, aby zapewnić ochronę uprawnień podmiotów prawa wynikających z prawa Unii [29]. O konieczności poszanowania zasady autonomii proceduralnej państw członkowskich jest wyraźnie mowa w motywie 34 dyrektywy 2007/66, zaś zasada ta znalazła swój wyraz w art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665.

67. W związku z tym, jak wskazał już Trybunał, ustanawiając zasady regulujące sądowe postępowania odwoławcze mające na celu ochronę praw przyznanych przez dyrektywę 89/665 kandydatom i oferentom, których prawa zostały naruszone przez decyzje instytucji zamawiającej, państwa członkowskie muszą gwarantować poszanowanie prawa do skutecznego środka prawnego i prawa dostępu do bezstronnego sądu, ustanowionych na mocy art. 47 karty [30].

68. Inaczej mówiąc – przy wdrażaniu dyrektywy 89/665, państwa członkowskie zachowują – zgodnie z ich autonomią proceduralną – możliwość przyjęcia przepisów, które mogą okazać się odmienne w poszczególnych państwach członkowskich. Powinny one jednak czuwać nad tym, by przepisy te nie uchybiały wymogom wynikającym z tej dyrektywy, w szczególności w odniesieniu do ochrony sądowej gwarantowanej przez art. 47 karty, który leży u jej podstaw [31]. Oznacza to, że cechy charakterystyczne środka prawnego takiego jak ten przewidziany w art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665 należy określić zgodnie z art. 47 karty, a nie przez odniesienie do zasad równoważności i skuteczności, które jedynie „[wyrażają] ogólny obowiązek państw członkowskich polegający na zapewnieniu ochrony sądowej uprawnień podmiotów prawa wynikających z prawa [Unii]” [32], który to obowiązek jest obecnie zapisany w art. 19 ust. 1 TUE i art. 47 karty [33].

69. Ograniczenie prawa do skutecznego środka prawnego przed sądem w rozumieniu art. 47 karty może być zatem, zgodnie z art. 52 ust. 1 karty, zasadne tylko wtedy, gdy jest przewidziane ustawą, szanuje istotę tego prawa i – z zastrzeżeniem zasady proporcjonalności – jest konieczne oraz faktycznie odpowiada celom interesu ogólnego uznawanym przez Unię lub potrzebie ochrony praw i wolności innych osób [34].

[28] Zobacz podobnie wyrok z dnia 29 lipca 2019 r., Hochtief Solutions Magyarországi Fióktelepe, C-620/17, EU:C:2019:630, pkt 52.

[29] Zobacz na przykład, w odniesieniu do dyrektywy 89/665, wyrok z dnia 12 marca 2015 r., eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, pkt 39.

[30] Zobacz podobnie wyrok z dnia 15 września 2016 r., Star Storage i in., C-439/14 i C-488/14, EU:C:2016:688, pkt 46.

[31] Zobacz podobnie, w odniesieniu do decyzji ramowej Rady 2002/584/WSiSW z dnia 13 czerwca 2002 r. w sprawie europejskiego nakazu aresztowania i procedury wydawania osób między państwami członkowskimi (Dz.U. 2002, L 190, s. 1), zmienionej decyzją ramową Rady 2009/299/WSiSW z dnia 26 lutego 2009 r. (Dz.U. 2009, L 81, s. 24), wyrok z dnia 10 marca 2021 r., PI, C-648/20 PPU, EU:C:2021:187, pkt 58.

[32] Wyrok z dnia 15 kwietnia 2008 r., Impact, C-268/06, EU:C:2008:223, pkt 47. Zobacz także wyroki: z dnia 18 marca 2010 r., Alassini i in., od C-317/08 do C-320/08, EU:C:2010:146, pkt 49; z dnia 14 września 2016 r., Martínez Andrés i Castrejana López, C-184/15 i C-197/15, EU:C:2016:680, pkt 59.

[33] Zobacz podobnie opinia rzecznika generalnego M. Watheleta w sprawie Hochtief (C-300/17, EU:C:2018:405, pkt 32–35).

[34] Zobacz podobnie wyrok z dnia 15 września 2016 r., Star Storage i in., C-439/14 i C-488/14, EU:C:2016:688, pkt 49.

3. Zastosowanie do niniejszej sprawy

70. W niniejszej sprawie sporny przepis dotyczy ograniczenia prawa do złożenia skargi kasacyjnej ze względów związanych z właściwością sądu. Z utrwalonego orzecznictwa Trybunału wynika jednak, że art. 47 karty nie wprowadza obowiązku wprowadzenia dwuinstancyjnego postępowania sądowego [35]. Zgodnie bowiem z tym postanowieniem celem zasady skutecznej ochrony sądowej nie jest przyznanie prawa dostępu do dwóch instancji sądowych, ale jedynie zapewnienie prawa dostępu do sądu [36].

71. W takiej sytuacji okoliczność, że skarga kasacyjna, jaką może wnieść oferent, którego oferta nie została wybrana, jest – w trzeciej instancji – ograniczona do kwestii związanych z właściwością sądu, z pewnością nie może sama w sobie być uważana za sprzeczną z prawem Unii, nawet jeżeli uniemożliwia ona zaskarżenie wyroku, w którym sąd drugiej instancji zastosował wykładnię prawa krajowego, która jest – w ujęciu obiektywnym – sprzeczna z prawem Unii.

72. Prawo Unii nie stoi bowiem w zasadzie na przeszkodzie temu, by państwa członkowskie, działając zgodnie z zasadą autonomii proceduralnej, ograniczyły lub uzależniły od warunków zarzuty, które można podnieść w postępowaniach kasacyjnych, z zastrzeżeniem poszanowania gwarancji ustanowionych w art. 47 karty [37]. Jeżeli jednak krajowe przepisy proceduralne zapewniają poszanowanie prawa do rozpatrzenia skargi oferenta co do istoty przez sąd pierwszej instancji oraz, w stosownych przypadkach, w postępowaniu odwoławczym [38], to analizowana norma proceduralna najpewniej nie podważa skuteczności dyrektywy 89/665 ani nie narusza wymogów ustanowionych w art. 47 karty.

73. Dla pełności wywodu pragnę jeszcze dodać, że – w każdym wypadku – jeżeli przepis proceduralny taki jak rozpatrywany w postępowaniu głównym przepis ograniczający prawo do wniesienia skargi kasacyjnej miałby zostać uznany za ograniczenie prawa do skutecznego środka prawnego przed sądem w rozumieniu art. 47 karty, to należałoby przyznać, iż jest to środek z jednej strony „przewidziany ustawą" oraz z drugiej strony mogący zniechęcić do nadużywania środków zaskarżenia i zagwarantować wszystkim podmiotom prawa – w interesie prawidłowego administrowania wymiarem sprawiedliwości – rozpatrzenie wnoszonego środka zaskarżenia w najkrótszym możliwym terminie zgodnie z art. 47 akapity pierwszy i drugi karty [39]. Wreszcie analizowany przepis nie wykracza ponad to, co jest niezbędne do realizacji tego celu.

[35] Zobacz podobnie wyroki: z dnia 19 czerwca 2018 r., Gnandi, C-181/16, EU:C:2018:465, pkt 57; z dnia 26 września 2018 r., Belastingdienst/Toeslagen (Skutek zawieszający apelacji), C-175/17, EU:C:2018:776, pkt 34. Można również dodać, że póki co europejska Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, podpisana w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r. (zwana dalej „EKPC"), również ani nie ustanawia, ani nie wymaga istnienia prawa do dwuinstancyjnego postępowania sądowego, przynajmniej w sprawach cywilnych.

[36] Zobacz podobnie wyroki: z dnia 17 lipca 2014 r., Sánchez Morcillo i Abril García, C-169/14, EU:C:2014:2099, pkt 36; z dnia 11 marca 2015 r., Oberto i O'Leary, C-464/13 i C-465/13, EU:C:2015:163, pkt 73; z dnia 19 czerwca 2018 r., Gnandi, C-181/16, EU:C:2018:465, pkt 57; z dnia 26 września 2018 r., Belastingdienst/Toeslagen (Skutek zawieszający apelacji), C-175/17, EU:C:2018:776, pkt 34; z dnia 29 lipca 2019 r., Bayerische Motoren Werke i Freistaat Sachsen/Komisja, C-654/17 P, EU:C:2019:634, pkt 51.

[37] Zobacz podobnie (jednak w nawiązaniu do zasad skuteczności i równoważności, a nie do art. 47 karty) wyrok z dnia 17 marca 2016 r., Bensada Benallal, C-161/15, EU:C:2016:175, pkt 27.

[38] Co się tyczy tego wymogu zob. wyrok z dnia 5 września 2019 r., Lombardi, C-333/18, EU:C:2019:675, pkt 33.

[39] Zobacz podobnie (w odniesieniu do gwarancji należytego postępowania) wyrok z dnia 15 września 2016 r., Star Storage i in., C-439/14 i C-488/14, EU:C:2016:688, pkt 54. W tym względzie należy przypomnieć, że Trybunał interpretuje art. 1 ust. 1 i 3 dyrektywy 89/665 jako nakładające na państwa członkowskie obowiązek przyjęcia środków niezbędnych dla zapewnienia, że decyzje podjęte przez instytucje zamawiające w ramach procedur udzielania zamówień publicznych mogą stanowić przedmiot skutecznego, a w szczególności w miarę możliwości szybkiego środka prawnego, z powodu naruszenia przez te decyzje prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych lub naruszenia krajowych przepisów transponujących to prawo (zob. podobnie wyroki: z dnia 12 marca 2015 r., eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, pkt 50; z dnia 15 września 2016 r., Star Storage i in., C-439/14 i C-488/14, EU:C:2016:688, pkt 39; z dnia 29 lipca 2019 r., Hochtief Solutions Magyarországi Fióktelepe, C-620/17, EU:C:2019:630, pkt 50).

74. Oczywiście art. 47 karty wymaga ustanowienia środka prawnego, który jest skuteczny zarówno w wymiarze prawnym, jak i praktycznym [40]. Niemniej jednak o ile wydaje się z jednej strony, że dostęp do „sądu" w rozumieniu art. 47 karty jest gwarantowany bez żadnych trudności, oraz z drugiej strony, że prawo krajowe przyznaje temu „sądowi" właściwość do rozpoznania sporu co do istoty – o czym świadczy wyrok wydany w rozpatrywanej sprawie przez Tribunale Amministrativo Regionale della Valle d'Aosta (regionalny sąd administracyjny dla regionu Dolina Aosty) – o tyle ani dyrektywy 89/665, ani art. 47 karty nie można interpretować w ten sposób, iż wymagają one wprowadzenia kolejnej instancji odwoławczej w celu usunięcia skutków błędnego zastosowania owych przepisów przez sąd odwoławczy.

75. Jak bowiem podkreśliło to kilku uczestników postępowania, należy rozważyć, co by się stało, gdyby sąd trzeciej instancji potwierdził jednak wykładnię zastosowaną przez sąd drugiej instancji. Czy art. 1 ust. 1 i 3 dyrektywy 89/665 interpretowane w świetle art. 47 karty wymagałyby wówczas ustanowienia czwartej instancji sądowej? Odpowiedź na to pytanie w istocie nasuwa się sama. Moim zdaniem rozwiązania pozwalającego wyeliminować problem błędnego zastosowania prawa Unii przez sąd ostatniej instancji należy upatrywać w innych środkach proceduralnych, takich jak skarga o uchybienie zobowiązaniom państwa członkowskiego w trybie art. 258 TFUE [41] lub na przykład skarga tego rodzaju co skarga analizowana w wyroku Francovich [42], która umożliwia pociągnięcie państwa do odpowiedzialności w celu uzyskania w ten sposób sądowej ochrony uznanych przez prawo Unii praw jednostek [43].

4. Uwagi uzupełniające w przedmiocie orzecznictwa wypracowanego na podstawie wyroku Francovich oraz potrzeby jego rozwinięcia

76. W tym względzie należy przyznać, że na rozprawie sporo dyskutowano na temat tego, jakie środki prawne mogłyby przysługiwać Randstad w obecnych okolicznościach, gdyż słuszne wydaje się być stwierdzenie, iż samo orzeczenie Consiglio di Stato (rady stanu), którym oddalono odwołanie z uwagi na brak legitymacji procesowej, nie ma zbyt wielu obrońców.

77. Na rozprawie zasugerowano, że Randstad mogłaby powołać się na art. 2 ust. 1 lit. c) dyrektywy 89/665, który przewiduje przyznanie odszkodowania w przypadku naruszenia procedury udzielania zamówień. O ile, ściśle rzecz biorąc, nie ma potrzeby rozstrzygania tej kwestii, o tyle wydaje mi się, że ów przepis dotyczy po prostu właściwości sądów krajowych do zasądzania odszkodowań w oparciu o odpowiedzialność na zasadzie ryzyka w odniesieniu do naruszeń reguł udzielania zamówień przez *instytucję zamawiającą*, w odróżnieniu od przypadku błędnego zastosowania przez sąd unijnego prawa zamówień publicznych. Wskazano również, że potencjalnie odpowiedzialność może zostać przypisana państwu włoskiemu w związku z roszczeniem odszkodowawczym na podstawie wyroku Francovich, które to roszczenie znajduje swoją podstawę w nieprawidłowym zastosowaniu prawa Unii przez organy sądowe tego państwa.

78. W tym względzie można zauważyć, że nie jest całkowicie jasne, dlaczego dokładnie Consiglio di Stato (rada stanu) rozstrzygnęła w tym aspekcie na niekorzyść Randstad. W przypadku podjęcia przez Randstad dalszych kroków do właściwego sądu krajowego należałoby ustalenie i ocenienie

[40] Zobacz podobnie (na temat art. 6 i 13 EKPC) Z. Varga, National Remedies in the Case of Violation of EU Law by Member State Courts, *CML Rev.*, Vol. 54, 2017, s. 52–80, w szczególności s. 75.

[41] Zobacz podobnie wyrok z dnia 4 października 2018 r., Komisja/Francja (Zaliczka na poczet podatku od dochodów kapitałowych), C-416/17, EU:C:2018:811.

[42] Wyrok z dnia 19 listopada 1991 r., Francovich i in., C-6/90 i C-9/90, EU:C:1991:428.

[43] Zobacz podobnie wyroki: z dnia 4 marca 2020 r., Telecom Italia, C-34/19, EU:C:2020:148, pkt 67–69; z dnia 29 lipca 2019 r., Hochtief Solutions Magyarországi Fióktelepe, C-620/17, EU:C:2019:630, pkt 64.

powodów, dla których Consiglio di Stato (rada stanu) *najwyraźniej* nie zastosowała utrwalonego orzecznictwa Trybunału dotyczącego legitymacji procesowej w dziedzinie zamówień publicznych lub dla których – w zakresie, w jakim ów sąd ma wątpliwości – nie zwróciła się ona (jako sąd ostatniej instancji) z odpowiednim wnioskiem w trybie art. 267 TFUE. Być może istnieje wyjaśnienie dla takiego rozstrzygnięcia tej kwestii przez Consiglio di Stato (radę stanu).

79. Pragnę jednak skorzystać ze sposobności i wskazać, że moim zdaniem na wyrok Francovich należy obecnie spojrzeć świeżym okiem w świetle wymogów art. 47 karty oraz, w razie konieczności, rozwinąć w tym duchu dokonane w nim ustalenia. Z wyroku z dnia 5 marca 1996 r., Brasserie du pêcheur i Factortame (C-46/93 i C-48/93, EU:C:1996:79) (zwanego dalej „wyrokiem Brasserie du pêcheur i Factortame") jasno wynika, że państwa członkowskie są zobowiązane do zapłaty odszkodowania w przypadku wystarczająco istotnego naruszenia prawa Unii, jeżeli miało miejsce „oczywiste i poważne wykroczenie przez [nie] poza granice przysługującego im swobodnego uznania" [44].

80. Zastosowanie w praktyce tego kryterium jest jednak trudne z tej przyczyny, że wyraźne uchybienia po stronie państw członkowskich (w tym uchybienia, jakich dopuszczają się organy wymiaru sprawiedliwości) mogą nazbyt często i zapewne nazbyt ochoczo być uzasadniane tym, że tego rodzaju błędy popełniono bez złych intencji lub że w danych okolicznościach można je usprawiedliwić albo też, że – w każdym razie – nie są one „oczywiste i poważne". Względy związane z powściągliwością w krytyce rozstrzygnięć sądowych i szacunkiem wobec poważanych krajowych organów wymiaru sprawiedliwości nie powinny jednak powstrzymywać nas przed określaniem tego rodzaju błędów, jeżeli istnieją ku temu podstawy, mianem „oczywistych i poważnych" w rozumieniu, jakie temu sformułowaniu nadaje się w wyroku Brasserie du pêcheur i Factortame. Gotowość lub skłonność do usprawiedliwiania oczywistych i poważnych uchybień, jakich państwa członkowskie dopuszczają się przy stosowaniu prawa Unii, w drodze pomniejszania istotności owych uchybień same w sobie są równoznaczne z oczywistym pozbawieniem podmiotów prawa skutecznego środka prawnego na podstawie art. 47 karty, zwłaszcza wówczas, gdy – z obiektywnego punktu widzenia – niezastosowanie wyraźnie ugruntowanego elementu prawa Unii nie może być uzasadnione lub wytłumaczone w inny sposób. O ile kwestia zakresu wyroku Francovich siłą rzeczy nigdy nie znika z pola widzenia w rozpatrywanej sprawie, o tyle będzie ona musiała zostać rozstrzygnięta na późniejszym etapie, ponieważ nie została bezpośrednio podniesiona w toku niniejszego postępowania.

81. Jednocześnie gotowość do usprawiedliwiania uchybień państw członkowskich byłaby dla podmiotu prawa raczej marną pociechą, jeżeli w praktyce nadmiernie utrudniony byłby sam dostęp do skargi na podstawie wyroku Francovich. Można to podsumować w ten sposób, że jeżeli uchybienie, jakiego dopuszcza się sąd odwoławczy, którego orzeczenia nie podlegają już zaskarżeniu, polegające na niewłaściwym zastosowaniu utrwalonego orzecznictwa Trybunału nie stanowi samo w sobie podstawy roszczenia odszkodowawczego w oparciu o kryteria „oczywistego i poważnego naruszenia", to owe kryteria – które koniec końców wypracowano jeszcze przed wejściem w życie karty – należy jeszcze bardziej doprecyzować. Jeżeli zapewnienie, które złożono w art. 47 karty, nie ma być bezwartościowe, to wydaje mi się, że uchybienie polegające na niezastosowaniu przez sąd ostatniej instancji utrwalonego orzecznictwa Trybunału powinno umożliwiać pociągnięcie danego państwa członkowskiego do odpowiedzialności w oparciu

[44] Wyrok Brasserie du pêcheur i Factortame, pkt 55.

o wyrok Francovich. W każdym wypadku Trybunał orzekł, że jeżeli sąd krajowy naruszył prawo Unii „z oczywistym naruszeniem orzecznictwa Trybunału", to taka okoliczność sama w sobie sugeruje, iż mamy do czynienia z wystarczająco istotnym naruszeniem [45].

82. Wszystko to przywodzi na myśl jedną ze spraw rozwiązywanych przez Sherlocka Holmesa – mianowicie tę z psem, który nie zaszczekał [46]. Za wymowny należy bowiem uznać fakt, że praktycznie brak jest orzecznictwa w tym przedmiocie [47]. Już to można traktować jako wskazówkę, że błędy i uchybienia są w praktyce zbyt łatwo usprawiedliwiane oraz że dla wielu osób, którym nie zagwarantowano przysługujących im uprawnień wynikających z porządku prawnego Unii, środek prawny w postaci roszczenia na podstawie wyroku Francovich pozostaje raczej iluzją niż rzeczywistością. Jest to jeszcze jeden powód świadczący o potencjalnej konieczności ponownego przeanalizowania zawartych w wyroku Brasserie du pêcheur i Factortame kryteriów „poważnego i oczywistego naruszenia", tak aby prawo Unii było egzekwowane z odpowiednią stanowczością przez wymiary sprawiedliwości państw członkowskich, nawet jeżeli należałoby też wziąć poprawkę na pewne konkretne elementy zidentyfikowane przez Trybunał w wyroku z dnia 30 września 2003 r., Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513) w odniesieniu do odpowiedzialności za błąd sądowy, mianowicie na „specyfikę funkcji sądowniczej" oraz wymagania co do pewności prawa [48]. Niemniej jednak wyrok Francovich jest – jeżeli można tak to ująć – psem, który musi móc szczekać, gdyż właśnie jego szczekanie ma nas ostrzec, że dochodzi – czasem niepostrzeżenie – do sytuacji, w której uprawnienia, które prawo Unii miało gwarantować i chronić, są zagrożone wskutek błędu sądu krajowego.

83. W tym miejscu można dodać, że w szczególnym kontekście naruszenia prawa zamówień publicznych byłoby w pewnym sensie niespójne, gdyby dyrektywa 89/665 przewidywała jakiś rodzaj odpowiedzialności na zasadzie ryzyka za błąd po stronie instytucji zamawiającej, podczas gdyby jednocześnie próg odpowiedzialności za błąd sądu krajowego popełniony w związku z jakąkolwiek procedurą odwoławczą w zakresie udzielania zamówień był ustanowiony na porażająco wysokim poziomie.

84. Osobiście jestem jednak zdania, że otoczenie prawne w pewnym stopniu zmieniło się od wydania wyroku z dnia 30 września 2003 r., Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513). Mając na uwadze późniejsze wejście w życie art. 47 karty, uważam – z przedstawionych już powodów – że konieczne jest także zbadanie, czy rozpatrywany błąd sądowy daje się *obiektywnie* usprawiedliwić. Jeżeli takie badanie nie zostanie przeprowadzone, istnieje realne niebezpieczeństwo, że stosowanie kryteriów ustanowionych w wyroku Brasserie du pêcheur i Factortame będzie w praktyce czynić dochodzenie odszkodowania w drodze roszczenia na podstawie wyroku Francovich nadmiernie utrudnionym, w tym sensie, iż spełnienie przesłanek odpowiedzialności będzie prawdopodobne jedynie w bardzo szczególnych okolicznościach.

[45] Zobacz podobnie wyroki: z dnia 30 września 2003 r., Köbler, C-224/01, EU:C:2003:513, pkt 56; z dnia 25 listopada 2010 r., Fuß, C-429/09, EU:C:2010:717, pkt 52.

[46] A. Conan Doyle, Srebrna Gwiazda, w: *Wspomnienia Sherlocka Holmesa*, tłum. E. Łozińska-Małkiewicz, Toruń, Algo 2012.

[47] Zobacz, w ujęciu ogólnym, B. Beutler, State Liability for Breaches of Community Law by National Courts: Is the Requirement of a Manifest Infringement of the Applicable Law an Insurmountable Obstacle?, *CML Rev*, 46, 2009, s. 773–787.

[48] Zobacz podobnie wyrok z dnia 30 września 2003 r., Köbler, C-224/01, EU:C:2003:513, pkt 53.

5. Wnioski w przedmiocie pytania pierwszego

85. Podsumowując: jestem zatem zdania, że art. 1 ust. 1 i 3 dyrektywy 89/665, interpretowany w świetle art. 47 karty, należy rozumieć w ten sposób, iż nie stoi on na przeszkodzie przepisowi takiemu jak art. 111 akapit ósmy konstytucji Włoch, rozumianemu zgodnie z wykładnią nadaną mu w wyroku nr 6/2018, w myśl której skarga kasacyjna z powodu „braku uprawnień do orzekania" nie przysługuje w celu zaskarżenia wyroków, w których sąd drugiej instancji zastosował praktyki interpretacyjne wypracowane na szczeblu krajowym, lecz obiektywnie sprzeczne z wyrokami Trybunału Sprawiedliwości, w dziedzinach podlegających prawu Unii.

86. Rozwiązania pozwalającego wyeliminować problem błędnego zastosowania prawa Unii przez sąd ostatniej instancji należy upatrywać w innych środkach proceduralnych, takich jak skarga o uchybienie zobowiązaniom państwa członkowskiego w trybie art. 258 TFUE lub skarga o pociągnięcie państwa do odpowiedzialności w celu uzyskania sądowej ochrony praw uznanych przez prawo Unii.

B. W przedmiocie pytania drugiego

87. Poprzez pytanie drugie Corte suprema di cassazione (sąd kasacyjny) zmierza zasadniczo do ustalenia, czy art. 4 ust. 3 TUE, art. 19 ust. 1 TUE i art. 267 TFUE, interpretowane w świetle art. 47 karty, stoją na przeszkodzie takiej wykładni i takiemu stosowaniu przepisów dotyczących skarg kasacyjnych „ze względów związanych z właściwością sądu", zgodnie z którymi skarga kasacyjna do izb połączonych Corte suprema di cassazione (sądu kasacyjnego) nie jest dopuszczalna w celu zaskarżenia wyroku, w którym Consiglio di Stato (rada stanu) bezpodstawnie pomija skierowanie pytania prejudycjalnego do Trybunału Sprawiedliwości, w przypadku braku zaistnienia przesłanek, określonych przez Trybunał w wyroku z dnia 6 października 1982 r., Cilfit i in. (283/81, EU:C:1982:335), które zwalniają sąd krajowy z tego obowiązku.

88. U podstaw tego pytania leży założenie, że sądu krajowego nie można, nawet czasowo, pozbawić swobody wystąpienia z odesłaniem prejudycjalnym, gdyż powodowałoby to wkroczenie w obszar wyłącznej właściwości Trybunału w zakresie prawidłowej i wiążącej wykładni prawa Unii, co z kolei zakłóciłoby jednolite stosowanie prawa Unii i podważyłoby skuteczność sądowej ochrony praw przysługujących jednostkom na mocy prawa Unii.

89. Na początku można zauważyć, że Corte suprema di cassazione (sąd kasacyjny) porusza, w części wstępnej wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, dodatkową kwestię dotyczącą pytania drugiego, która jednak nie została uwzględniona w treści ostatecznie zadanego pytania. Z pkt 50 odesłania prejudycjalnego wynika bowiem, że Corte suprema di cassazione (sąd kasacyjny) nie tylko zastanawia się nad zagadnieniami poruszonymi w formalnie zadanym pytaniu, lecz także rozważa, czy nie mógłby samodzielnie i bezpośrednio wystąpić z odesłaniem prejudycjalnym.

90. Mając na uwadze, że ta kwestia nie została uwzględniona w ostatecznie zadanym pytaniu, odniosę się do niej w sposób zwięzły. Wydaje mi się ponadto, że jej rozstrzygnięcie nie budzi wątpliwości. W rzeczy samej z utrwalonego orzecznictwa wynika, że art. 267 TFUE przyznaje sądom krajowym w tym względzie 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 udzielenia odpowiedzi w celu rozstrzygnięcia

rozpatrywanego sporu [49]. Jeżeli więc przed Corte suprema di cassazione (sądem kasacyjnym) skutecznie wszczęto postępowanie, to krajowe przepisy proceduralne nie mogą naruszać uprawnień przysługujących mu na mocy art. 267 TFUE oraz spoczywających na nim na tej podstawie obowiązków [50].

91. Tym niemniej – i w tym miejscu dochodzimy do pytania drugiego w takiej formie, w jakiej zostało ono faktycznie zadane – nie uważam, że krajowe przepisy proceduralne, takie jak rozpatrywany przepis, zgodnie z którym skargi kasacyjne są ograniczone do względów związanych z właściwością sądu, należy koniecznie, o ile mają być one zgodne z prawem Unii, interpretować w ten sposób, iż umożliwiają złożenie skargi kasacyjnej, gdy sąd pierwszej instancji lub sąd, którego orzeczenia nie podlegają zaskarżeniu według prawa wewnętrznego, nie kieruje do Trybunału pytania prejudycjalnego.

92. Skoro bowiem stosowanie prawa Unii należy do sądów krajowych, to w pierwszej kolejności właśnie na nich spoczywa zadanie jego wykładni. Trybunał wskazał już, że sądy krajowe wypełniają we współpracy z Trybunałem powierzoną im wspólnie funkcję w celu zapewnienia przestrzegania prawa przy wykładni i stosowaniu traktatów [51]. Z konstrukcji systemu sądowniczego ustanowionego w traktatach, zwłaszcza zaś z art. 4 ust. 3 i art. 19 ust. 1 TUE oraz art. 267 TFUE, które przywołuje sąd odsyłający, wynika, że Trybunał nie ma monopolu na dokonywanie wykładni prawa Unii, lecz że jest on wyłącznie właściwy do dokonywania *ostatecznej* wykładni tego prawa [52].

93. Obowiązek przedłożenia Trybunałowi pytania prejudycjalnego, który przewiduje art. 267 akapit trzeci TFUE w stosunku do sądów krajowych, których orzeczenia nie podlegają zaskarżeniu, wpisuje się w ramy współpracy, ustanowionej w celu zapewnienia prawidłowego stosowania i jednolitej wykładni prawa Unii we wszystkich państwach członkowskich, między sądami krajowymi, w ramach ich odpowiedzialności za stosowanie prawa Unii, a Trybunałem [53].

94. Artykuł 267 TFUE umożliwia zatem nawiązanie dialogu między Trybunałem a sądami państw członkowskich [54]. Jak zostało to już przypomniane w niniejszej opinii, z utrwalonego orzecznictwa wynika, że to postanowienie przyznaje 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 udzielenia odpowiedzi w celu rozstrzygnięcia rozpatrywanego przez nie sporu [55]. Ponadto należy

[49] Zobacz podobnie między innymi wyroki: z dnia 16 grudnia 2008 r., Cartesio, C-210/06, EU:C:2008:723, pkt 88; z dnia 15 stycznia 2013 r., Križan i in., C-416/10, EU:C:2013:8, pkt 64; z dnia 2 marca 2021 r., A.B. i in. (Powołanie sędziów Sądu Najwyższego – Odwołanie), C-824/18, EU:C:2021:153, pkt 91 i przytoczone tam orzecznictwo.

[50] Zobacz podobnie wyrok z dnia 18 lipca 2013 r., Consiglio Nazionale dei Geologi, C-136/12, EU:C:2013:489, pkt 32. Nie stanowi problemu okoliczność, że zarówno Consiglio di Stato (radę stanu), jak i Corte suprema di cassazione (sąd kasacyjny) można uważać za zobowiązane do skierowania do Trybunału, w ramach tego samego sporu, odesłania prejudycjalnego zgodnie z art. 267 akapit trzeci TFUE. Wprost przeciwnie: w tego rodzaju sytuacji, jeżeli sąd taki jak Consiglio di Stato (rada stanu) nie występuje do Trybunału z odesłaniem prejudycjalnym, to sąd taki jak izby połączone Corte suprema di cassazione (sądu kasacyjnego) musi sam zadać pytanie Trybunałowi (zob. podobnie, w kontekście sytuacji, w której dwa sądy mogą być zobowiązane do skierowania do Trybunału odesłania prejudycjalnego, wyrok z dnia 4 listopada 1997 r., Parfums Christian Dior, C-337/95, EU:C:1997:517, pkt 30).

[51] Zobacz podobnie: opinia 1/09 (Porozumienie ustanawiające jednolity system sądowego rozstrzygania sporów patentowych) z dnia 8 marca 2011 r., EU:C:2011:123, pkt 69; wyrok z dnia 27 lutego 2018 r., Associação Sindical dos Juízes Portugueses, C-64/16, EU:C:2018:117, pkt 33.

[52] Zobacz podobnie opinia 1/17 z dnia 30 kwietnia 2019 r., EU:C:2019:341, pkt 111.

[53] Zobacz podobnie wyroki: z dnia 6 października 1982 r., Cilfit i in., 283/81, EU:C:1982:335, pkt 7; z dnia 9 września 2015 r., X i van Dijk, C-72/14 i C-197/14, EU:C:2015:564, pkt 54.

[54] Zobacz podobnie wyrok z dnia 2 marca 2021 r., A.B. i in. (Powołanie sędziów Sądu Najwyższego – Odwołanie), C-824/18, EU:C:2021:153, pkt 90.

[55] Zobacz orzecznictwo przytoczone w przypisie 49.

przypomnieć, że zgodnie z art. 267 akapit trzeci TFUE sąd krajowy, którego orzeczenia nie podlegają zaskarżeniu według prawa wewnętrznego, jest *co do zasady* zobowiązany wnieść sprawę do Trybunału, jeśli podniesiona została przed nim kwestia dotycząca wykładni prawa Unii [56].

95. W tym szczególnym kontekście współpracy ustanowionej na mocy art. 267 TFUE niedopuszczalne jest więc, aby przepis prawa krajowego *stał na przeszkodzie* skorzystaniu przez sąd krajowy z tego uprawnienia lub dochowaniu przezeń tego obowiązku [57]. Innymi słowy – *minimalny* wymóg jest tego rodzaju, że sądy, którym krajowe przepisy proceduralne powierzają zadanie rozstrzygania kwestii związanych z prawem Unii, takie jak, w niniejszej sprawie, tribunali amministrativi regionali (regionalne sądy administracyjne) i Consiglio di Stato (rada stanu) w dziedzinie zamówień publicznych, powinny mieć możliwość –jeśli nie obowiązek – wystąpienia z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym. W takim przypadku wyłącznie do sądu krajowego, przed którym zawisł spór i na którym spoczywa odpowiedzialność za wydanie orzeczenia, należy – przy uwzględnieniu okoliczności konkretnej sprawy – zarówno ocena, czy do wydania wyroku jest mu niezbędne uzyskanie orzeczenia prejudycjalnego, jak i ocena znaczenia pytań, jakie zadaje on Trybunałowi [58]. Podsumowując: jak niedawno wyjaśnił rzecznik generalny M. Bobek, u podstaw orzecznictwa Trybunału w tej dziedzinie leży logika, która sprowadza się jedynie do zapewnienia, aby krajowe przepisy proceduralne nie uniemożliwiały podnoszenia kwestii dotyczących prawa Unii oraz aby wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym można było złożyć na każdym etapie postępowania [59].

96. Niemniej jednak, jak zostanie to wykazane w ramach analizy pytania trzeciego przedstawionego przez Corte suprema di cassazione (sąd kasacyjny), o ile nie ulega wątpliwości, że Consiglio di Stato (rada stanu) powinna była zadać Trybunałowi pytanie prejudycjalne, jeżeli miała jakiekolwiek wątpliwości co do zakresu stosowania art. 1 ust. 1 i 3 dyrektywy 89/665 zgodnie z wykładnią nadawaną dotychczas tym przepisom przez Trybunał, o tyle należy zauważyć, iż żadna krajowa norma proceduralna nie uniemożliwiała jej nawiązania takiego dialogu z Trybunałem.

97. Moim zdaniem zaniechanie wystąpienia do Trybunału z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym może zatem skutkować materialną niezgodnością z prawem (z uwagi na błędne zastosowanie prawa Unii, które zostało nieprawidłowo zinterpretowane przez sąd krajowy) lub formalną niezgodnością z prawem (z uwagi na niezwrócenie się do Trybunału z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym w sytuacji, w której dany sąd był do tego zobowiązany), natomiast nie można go traktować jako kwestii związanej z właściwością sądu w rozumieniu art. 111 akapit ósmy konstytucji Włoch. Jak wskazałem w końcowej części analizy pierwszego pytania prejudycjalnego, rozwiązania problemu błędnego zastosowania prawa Unii przez sąd ostatniej instancji – przy czym pragnę dodać, że chodzi tu także o niedopełnienie obowiązków wynikających z art. 267 TFUE – należy upatrywać, nawet jeżeli nie są to narzędzia optymalne, w innych środkach proceduralnych, takich jak skarga o uchybienie zobowiązaniom państwa członkowskiego lub skarga zmierzająca do pociągnięcia państwa do odpowiedzialności odszkodowawczej w celu uzyskania sądowej ochrony uznanych przez prawo Unii praw jednostek.

[56] Zobacz podobnie wyrok z dnia 24 października 2018 r., XC i in., C-234/17, EU:C:2018:853, pkt 43. Zobacz także, aby zapoznać się z przykładem innego sformułowania, wyroki: z dnia 5 kwietnia 2016 r., PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, pkt 32; z dnia 2 marca 2021 r., A.B. i in. (Powołanie sędziów Sądu Najwyższego – Odwołanie), C-824/18, EU:C:2021:153, pkt 92.

[57] Zobacz podobnie wyroki: z dnia 5 kwietnia 2016 r., PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, pkt 32, 33; z dnia 2 marca 2021 r., A.B. i in. (Powołanie sędziów Sądu Najwyższego – Odwołanie), C-824/18, EU:C:2021:153, pkt 93.

[58] Zobacz podobnie wyrok z dnia 9 września 2015 r., X i van Dijk, C-72/14 i C-197/14, EU:C:2015:564, pkt 57.

[59] Zobacz podobnie opinia rzecznika generalnego M. Bobeka w sprawie Consorzio Italian Management i Catania Multiservizi, C-561/19, EU:C:2021:291, pkt 27.

98. W obliczu zasadniczej roli, jaką pełni władza sądownicza w ochronie praw, jakie jednostki czerpią z norm prawa Unii, pełna skuteczność tych norm zostałaby – na co zwróciłem już uwagę – zakwestionowana, a ochrona praw, jakie ustanawiają, uległaby osłabieniu, gdyby wykluczona była możliwość uzyskania przez jednostki, pod pewnymi warunkami, odszkodowania za szkodę wyrządzoną im w związku z naruszeniem prawa Unii przez orzeczenie sądu państwa członkowskiego orzekającego w ostatniej instancji [60].

99. W związku z tym, zgodnie z powyższymi rozważaniami, dochodzę do wniosku, że art. 4 ust. 3 i art. 19 ust. 1 TUE oraz art. 267 TFUE, interpretowane w świetle art. 47 karty, nie stoją na przeszkodzie takiej wykładni i takiemu stosowaniu przepisów dotyczących skarg kasacyjnych ze względów związanych z właściwością sądu, zgodnie z którymi niemożliwe jest wniesienie skargi kasacyjnej do izb połączonych Corte suprema di cassazione (sądu kasacyjnego) w celu zaskarżenia wyroku, w którym Consiglio di Stato (rada stanu) bezpodstawnie podejmuje decyzję o niewystąpieniu z pytaniem prejudycjalnym do Trybunału Sprawiedliwości.

C. W przedmiocie pytania trzeciego

100. Poprzez pytanie trzecie Corte suprema di cassazione (sąd kasacyjny) zmierza zasadniczo do ustalenia, czy wykładnia art. 1 ust. 1 i 3 oraz art. 2 ust. 1 dyrektywy 89/665, zmienionej dyrektywą 2007/66, która została przyjęta przez Trybunał w wyrokach z dnia 4 lipca 2013 r., Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), z dnia 5 kwietnia 2016 r., PFE (C-689/13, EU:C:2016:199) i z dnia 5 września 2019 r., Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675), znajduje zastosowanie w sprawie w postępowaniu głównym.

101. W tym względzie, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, uzasadnieniem zwrócenia się do Trybunału z pytaniem prejudycjalnym nie może być zamiar uzyskania opinii doradczych w odniesieniu do pytań o charakterze ogólnym czy hipotetycznym; winna nim być potrzeba związana nierozerwalnie z rzeczywistym rozstrzygnięciem sporu dotyczącego prawa Unii [61].

102. Ponieważ jednak doszedłem do wniosku, co się tyczy pytania pierwszego, że ograniczenie właściwości Corte di cassazione (sądu kasacyjnego), które przewidziano w art. 111 akapit ósmy konstytucji Włoch, rozumiane zgodnie z wykładnią nadaną mu w wyroku nr 6/2018, nie jest sprzeczne z art. 1 ust. 1 i 3 dyrektywy 89/665 i art. 47 karty, sąd odsyłający nie powinien mieć uprawnień do badania, w toku postępowania głównego, zakresu dyrektywy 89/665. Mimo to proponuję przeanalizować to pytanie na wypadek, gdyby Trybunał uznał inaczej.

103. Tytułem przypomnienia – w postępowaniu głównym Randstad wniosła skargę przeciwko odrzuceniu jej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia i przeciwko udzieleniu zamówienia innemu przedsiębiorstwu. Consiglio di Stato (rada stanu) rozpatrzyła jednak co do istoty wyłącznie ten zarzut odwołania, w którym Randstad kwestionowała przyznanie jej ofercie technicznej punktacji niższej niż „próg dopuszczający", i w pierwszej kolejności rozpatrzyła odwołania wzajemne instytucji zamawiającej i wybranego oferenta. Consiglio di Stato (rada stanu) uwzględniła te odwołania wzajemne i nie rozpatrzyła co do istoty innych zarzutów odwołania głównego, kwestionujących wynik przetargu z powodów innych niż te dotyczące punktacji przyznanej ofercie technicznej Randstad.

[60] Zobacz podobnie wyroki: z dnia 30 września 2003 r., Köbler, C-224/01, EU:C:2003:513, pkt 33; z dnia 9 września 2015 r., Ferreira da Silva e Brito i in., C-160/14, EU:C:2015:565, pkt 47.

[61] Zobacz podobnie wyrok z dnia 3 października 2019 r., A i in., C-70/18, EU:C:2019:823, pkt 73.

104. W uwagach wstępnych do niniejszej opinii przedstawiłem już orzecznictwo Trybunału w przedmiocie zakresu ustanowionego w art. 1 ust. 1 i 3 dyrektywy 89/665 obowiązku zapewnienia procedury odwoławczej w szczególnej sytuacji, w której wybrany oferent wnosi skargę wzajemną. Na tym etapie można zatem stwierdzić, że kryterium decydującym o istnieniu spoczywającego na sądzie obowiązku zbadania odwołania skarżącej jest to, iż każda ze stron postępowania ma uzasadniony interes polegający na wykluczeniu ofert złożonych przez pozostałych konkurentów. Oznacza to, że nie można wykluczyć, iż jedna z nieprawidłowości leżących u podstaw odrzucenia ofert tak wybranego oferenta, jak i oferenta kwestionującego decyzję o udzieleniu zamówienia publicznego, powoduje również wadliwość wszystkich ofert złożonych w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co mogłoby doprowadzić do konieczności wszczęcia przez instytucję zamawiającą nowego postępowania [62].

105. W tej kwestii Trybunał wypowiada się wyjątkowo jasno: „dopuszczalność skargi głównej, pod rygorem naruszenia skuteczności (effet utile) dyrektywy 89/665, nie może być uzależniona od uprzedniego ustalenia, że wszystkie oferty sklasyfikowane niżej niż oferta oferenta, który wniósł skargę, również są nieprawidłowe, [jak również od tego] czy oferent ten przedstawił dowód na to, że instytucja zamawiająca będzie skłonna powtórzyć postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. *Istnienie takiej możliwości należy uznać za wystarczające w tym względzie*” [63]. Oferentowi, którego oferta została wykluczona przez instytucję zamawiającą z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, można odmówić możliwości wniesienia skargi na decyzję o udzieleniu zamówienia publicznego, jedynie jeżeli decyzja o wykluczeniu tego oferenta została potwierdzona w drodze orzeczenia, które nabyło powagi rzeczy osądzonej, zanim sąd rozpoznający skargę na decyzję o udzieleniu zamówienia wydał orzeczenie, w związku z czym trzeba było uznać, że oferent ten został ostatecznie wykluczony z danego postępowania [64].

106. W postępowaniu głównym, po pierwsze, bezsporne jest, że Randstad nie była jeszcze ostatecznie wykluczona z przetargu w chwili, w której wniosła odwołanie do Consiglio di Stato (rady stanu). Po drugie, z odesłania prejudycjalnego wynika, że Randstad podniosła, jako jeden z zarzutów zmierzających do ponownego dopuszczenia jej do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, bezprawność powołania i składu komisji oceniającej odpowiedzialnej za dokonanie oceny ekonomicznej. Jeżeli jednak stwierdzono by zaistnienie takich nieprawidłowości, to uzasadniałyby one wykluczenie zarówno oferty wybranego oferenta, jak i oferenta kwestionującego decyzję instytucji zamawiającej o udzieleniu zamówienia publicznego, a ponadto spowodowałyby wadliwość pozostałych ofert złożonych w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co mogłoby doprowadzić do konieczności wszczęcia przez instytucję zamawiającą nowego postępowania.

107. W tych okolicznościach wydaje mi się pewne, że zasada ustanowiona i potwierdzona w orzecznictwie przytoczonym przez sąd odsyłający znajdowała zastosowanie w postępowaniu głównym. Tym samym Consiglio di Stato (rada stanu) była zobowiązana do uznania, że Randstad ma interes w zakwestionowaniu, zarówno w pierwszej instancji, jak i w postępowaniu odwoławczym, prawidłowości postępowania w sprawie udzielenia zamówienia, a zatem również decyzji o udzieleniu zamówienia, bądź – alternatywnie – do wystąpienia w tej sprawie do Trybunału w razie zaistnienia wątpliwości.

[62] Zobacz podobnie wyroki: z dnia 5 kwietnia 2016 r., PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, pkt 28; z dnia 5 września 2019 r., Lombardi, C-333/18, EU:C:2019:675, pkt 27.

[63] Wyrok z dnia 5 września 2019 r., Lombardi, C-333/18, EU:C:2019:675, pkt 29. Podkreślenie moje.

[64] Zobacz podobnie wyrok z dnia 5 września 2019 r., Lombardi, C-333/18, EU:C:2019:675, pkt 33 i przytoczone tam orzecznictwo.

VII. Wnioski

108. W świetle powyższych rozważań proponuję zatem Trybunałowi, by na pytania przedstawione przez Corte suprema di cassazione (sąd kasacyjny) odpowiedział następująco:

1) Artykuł 1 ust. 1 i 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 w szczególności dyrektywą 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r., interpretowany w świetle art. 47 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej, należy rozumieć w ten sposób, że nie stoi on na przeszkodzie przepisowi takiemu jak art. 111 akapit ósmy konstytucji Włoch, rozumianemu zgodnie z wykładnią nadaną mu w wyroku nr 6/2018, w myśl której skarga kasacyjna ze względów związanych z właściwością sądu nie przysługuje w celu zaskarżenia wyroków, w których sąd drugiej instancji zastosował praktyki interpretacyjne wypracowane na szczeblu krajowym, lecz sprzeczne z wyrokami Trybunału Sprawiedliwości, w dziedzinach podlegających prawu Unii.

   Rozwiązania pozwalającego wyeliminować problem błędnego zastosowania prawa Unii przez sąd ostatniej instancji należy upatrywać w innych środkach proceduralnych, takich jak skarga o uchybienie zobowiązaniom państwa członkowskiego w trybie art. 258 TFUE lub skarga o pociągnięcie państwa do odpowiedzialności w celu uzyskania sądowej ochrony uznanych przez prawo Unii praw jednostek.

2) Artykuł 4 ust. 3 i art. 19 ust. 1 TUE oraz art. 267 TFUE, interpretowane w świetle art. 47 karty, nie stoją na przeszkodzie takiej wykładni i takiemu stosowaniu przepisów dotyczących skarg kasacyjnych ze względów związanych z właściwością sądu, zgodnie z którymi niemożliwe jest wniesienie skargi kasacyjnej do izb połączonych Corte suprema di cassazione (sądu kasacyjnego) w celu zaskarżenia wyroku, w którym Consiglio di Stato (rada stanu) bezpodstawnie podejmuje decyzję o niewystąpieniu z pytaniem prejudycjalnym do Trybunału Sprawiedliwości.

   Alternatywnie:

3) Wykładnia art. 1 ust. 1 i 3 oraz art. 2 ust. 1 dyrektywy 89/665, zmienionej dyrektywą 2007/66, która została przyjęta przez Trybunał w wyrokach z dnia 4 lipca 2013 r., Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), z dnia 5 kwietnia 2016 r., PFE (C-689/13, EU:C:2016:199) i z dnia 5 września 2019 r., Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675), znajduje zastosowanie w sprawie w postępowaniu głównym, jeżeli decyzja o wykluczeniu oferenta, którego oferta nie została wybrana, nie została potwierdzona w drodze orzeczenia, które nabyło już powagi rzeczy osądzonej, gdy sąd rozpoznający skargę na decyzję o udzieleniu zamówienia wydał orzeczenie, oraz jeżeli oferent ten podniósł zarzut, który mógł doprowadzić do konieczności wszczęcia przez instytucję zamawiającą nowego postępowania.