Zbirka odločb sodne prakse

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA
G. HOGANA,
predstavljeni 9. septembra 2021 [1]

Zadeva C-497/20

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

(Predlog za sprejetje predhodne odločbe, ki ga je vložilo Corte suprema di cassazione (vrhovno kasacijsko sodišče, Italija))

„Predlog za sprejetje predhodne odločbe – Javna naročila – Direktiva 89/665/EGS – Člen 1 – Pravica do učinkovitega pravnega sredstva – Člen 47 Listine Evropske unije o temeljnih pravicah – Obveznost držav članic, da zagotovijo revizijski postopek – Dostop do revizijskih postopkov – Tožba za razveljavitev odločbe, s katero je bilo oddano javno naročilo – Nasprotna tožba, ki jo je vložil izbrani ponudnik – Sodna praksa ustavnega sodišča, ki omejuje primere, v katerih je mogoča kasacijska pritožba – Člen 267 PDEU“

I. Uvod

1. Ta predlog za sprejetje predhodne odločbe postavlja pomembna in v nekaterih pogledih nova vprašanja v zvezi s tem, ali je država članica dolžna zagotoviti nadaljnjo pravico do pritožbe, če je samo pritožbeno sodišče napačno razlagalo ali uporabilo pravo Unije. Prav tako postavlja vprašanje, katera pravna sredstva so na voljo oškodovancu (če sploh so), če take pravice do pritožbe ni.

2. Ta predlog za sprejetje predhodne odločbe se konkretneje nanaša na razlago členov 4(3) in 19(1) PEU ter členov 2(1) in (2) in 267 PDEU v povezavi s členom 47 Listine Evropske unije o temeljnih pravicah (v nadaljevanju: Listina). Prav tako postavlja vprašanja v zvezi s pravilno razlago člena 1(1) in (3) ter člena 2(1) Direktive Sveta z dne 21. decembra 1989 o usklajevanju zakonov in drugih predpisov o uporabi revizijskih postopkov oddaje javnih naročil za preskrbo in javnih naročil za gradnje (89/665/EGS), [2] kakor je bila med drugim spremenjena z Direktivo 2007/66/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 11. decembra 2007. [3]

[1] Jezik izvirnika: angleščina.

[2] UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 6, zvezek 1, str. 246.

[3] UL 2007, L 335, str. 31.

3. Ta predlog je bil vložen v okviru postopka glede spora med družbo Randstad Italia SpA (v nadaljevanju: Randstad) in družbo Umana SpA, agencijo Azienda USL [Unità Sanitaria Locale] Valle d'Aosta (lokalna zdravstvena agencija v deželi Dolina Aoste, Italija; v nadaljevanju: USL) ter družbama IN.VA SpA in Synergie Italia agenzia per il lavoro SpA (v nadaljevanju: Synergie). Ta postopek se po eni strani nanaša na izključitev družbe Randstad iz postopka za oddajo javnega naročila, po drugi strani pa na pravilnost tega postopka.

4. Sodišče mora na predlog italijanskega sodišča tako znova odločiti o obsegu obveznosti držav članic, določene v členu 1 Direktive 89/665, da zagotovijo učinkovito revizijo javnih naročil, kadar izbrani ponudnik v okviru tožbe za razveljavitev odločbe, s katero se dodeli javno naročilo, vloži nasprotno tožbo proti neizbranemu ponudniku.

5. Ta predlog je umeščen v posebne in občutljive okoliščine, v katerih se po eni strani zdi, da ima Consiglio di Stato (državni svet, Italija) – vsaj takrat, ko je bil pozvan naj odloči o zadevnem sporu – težave pri uporabi sodne prakse Sodišča v tej zadevi, po drugi strani pa ima Corte suprema di cassazione (vrhovno kasacijsko sodišče, Italija) dvome o obsegu svoje pristojnosti glede pritožb zoper sodbe Consiglio di Stato (državni svet), kot je pred kratkim določilo Corte constituzionale (ustavno sodišče, Italija). S tem predlogom za sprejetje predhodne odločbe je Sodišče torej implicitno pozvano, naj posreduje v sporu med tremi italijanskimi vrhovnimi sodišči.

II. Pravni okvir

A. Pravo Unije

6. V uvodnih izjavah 17, 34 in 36 Direktive 2007/66 je navedeno:

„(17) Revizijski postopek bi moral biti na voljo vsaj vsaki osebi, ki ima ali je imela interes, da bi dobila določeno naročilo, in ki je bila oškodovana ali pa ji grozi oškodovanje zaradi domnevne kršitve.

[…]

(34) Skladno z načelom sorazmernosti iz [člena 5 PEU] ta direktiva ne prekoračuje okvirov, ki so potrebni za doseganje navedenega cilja, zlasti ob upoštevanju načela postopkovne avtonomnosti države članice.

[…]

(36) Ta direktiva spoštuje temeljne pravice in upošteva načela, priznana zlasti v Listini o temeljnih pravicah Evropske unije. Ta direktiva želi zlasti zagotoviti polno upoštevanje pravice do učinkovitega pravnega sredstva in poštene obravnave pred sodiščem v skladu s prvim in drugim pododstavkom člena 47 Listine."

7. Trenutna različica člena 1 Direktive 89/665, naslovljenega „Področje uporabe in zagotovitev revizijskih postopkov", določa:

„1. Ta direktiva se uporablja za javna naročila iz Direktive 2014/24/EU Evropskega parlamenta in Sveta [z dne 26. februarja 2014 o javnem naročanju in razveljavitvi Direktive 2004/18/ES (UL 2014,

L 94, str. 65)], razen če so takšna naročila izključena v skladu s členi 7, 8, 9, 10, 11, 12, 15, 16, 17 in 37 navedene direktive.

[…]

Države članice sprejmejo potrebne ukrepe, da se v zvezi z naročili s področja uporabe Direktive [2014/24] ali Direktive 2014/23/EU [Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o podeljevanju koncesijskih pogodb (UL 2014, L 94, str. 1)] zagotovi učinkovita in zlasti čim hitrejša revizija odločitev, ki so jih sprejeli naročniki, v skladu s pogoji, ki so določeni v členih od 2 do 2f te direktive, ker [so bili] s takšnimi odločitvami kršen[i] pravo Unije na področju javnih naročil ali nacionalni predpisi o izvajanju tega prava.

[…]

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

8. Člen 2 Direktive 89/665 je naslovljen „Zahteve za revizijske postopke“. V prvih dveh odstavkih tega člena je določeno:

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

(a) se kar najbolj zgodaj in z začasnimi postopki sprejmejo začasni ukrepi, s katerimi naj bi se odpravile domnevne kršitve ali preprečilo nadaljnje škodovanje zadevnim interesom, vključno z ukrepi, s katerimi se začasno prekine ali zagotovi začasna prekinitev postopka oddaje javnih naročil ali izvajanje katere koli odločitve, ki jo sprejme naročnik;

(b) se razveljavi ali zagotovi razveljavitev protizakonito sprejetih odločitev, vključno z odpravo diskriminatornih tehničnih, ekonomskih ali finančnih specifikacij v razpisu, razpisni dokumentaciji ali v katerih koli drugih dokumentih, ki se nanašajo na postopek oddaje javnega naročila;

(c) se dodeli nadomestilo za škodo osebam, ki so bile oškodovane zaradi kršitve.

2. Pooblastila, navedena v odstavku 1 ter členih 2d in 2e, se lahko prenesejo na ločene organe, ki so pristojni za različne vidike revizijskega postopka.“

B. Italijansko pravo

9. Osmi odstavek člena 111 italijanske ustave določa:

„Kasacijska pritožba zoper odločbe Consiglio di Stato (državni svet) in Corte dei conti [računsko sodišče, Italija] je dovoljena samo iz razlogov, ki se nanašajo na sodno pristojnost.“

10. Člen 360, prvi odstavek, točka 1, Codice di procedura civile (zakonik o civilnem postopku) določa:

„Zoper sodbe, ki jih izreče višje ali edino sodišče, se lahko vloži kasacijska pritožba:

(1) iz razlogov, ki se nanašajo na sodno pristojnost […]“.

11. Člen 362, prvi odstavek, točka 2, tega zakonika določa:

„(1) Kasacijska pritožba se lahko vloži […] zoper odločbe, ki jih izreče višje ali edino specializirano sodišče iz razlogov, ki se nanašajo na sodno pristojnost tega sodišča […].

(2) Kasacijska pritožba se lahko vloži glede:

1) pozitivnih ali negativnih sporov o pristojnosti med specializiranimi sodišči ali med specializiranimi in splošnimi sodišči;

2) negativnih sporov o dodelitvi med javno upravo in splošnim sodiščem.“

12. Člen 91 Codice del processo amministrativo (zakonik o upravnem postopku) določa:

„Pravna sredstva za izpodbijanje sodb [upravnih sodišč] so pritožba, predlog za obnovo postopka, ugovor tretjega in kasacijska pritožba samo iz razlogov, ki se nanašajo na sodno pristojnost.“

13. Člen 110 tega zakonika določa:

„Kasacijska pritožba zoper sodbe Consiglio di Stato [državni svet] je dopustna samo iz razlogov, ki se nanašajo na sodno pristojnost.“

III. Dejansko stanje v postopku v glavni stvari

14. Agencija USL je začela postopek oddaje javnega naročila v vrednosti več kot 12.000.000 EUR za oddajo naročila ekonomsko najugodnejšemu ponudniku, s katerim je iskala agencijo za delo, ki bi opravljala dejavnost začasnega posredovanja delavcev. Javni naročnik je v razpisni dokumentaciji določil, da morajo tehnične ponudbe preseči „prag za sodelovanje“ – in sicer 48 točk – ponudniki, ki dosežejo nižje število točk, pa se izključijo.

15. V postopku oddaje javnega naročila je sodelovalo osem konkurenčnih družb, med drugim družba Randstad, začasno združenje podjetij, ki sta ga tvorili družbi Synergie in Umana (v nadaljevanju: začasno združenje), ter družba Gi Group Spa. Po oceni tehničnih ponudb je odbor za javna naročila opravil ekonomsko oceno ponudb samo za začasno združenje in družbo Gi Group, družbo Randstad pa je izključil, ker ni presegla praga. Naročilo je bilo 6. novembra 2018 nazadnje oddano začasnemu združenju.

16. Družba Randstad je svojo izključitev zaradi nepreseganja praga in dodelitev naročila začasnemu združenju izpodbijala pri Tribunale Amministrativo della Valle d’Aosta (deželno upravno sodišče, Dolina Aoste, Italija). Z namenom, da bi bila ponovno vključena v postopek oddaje javnega naročila, je družba Randstad trdila, da so bile točke, ki so ji bile dodeljene,

nerazumne, da so bila merila za ocenjevanje nenatančna in da ocene niso bile obrazložene, da sta bila imenovanje in sestava odbora za javna naročila nezakonita ter da naročilo ni bilo razdeljeno na sklope.

17. Družba USL in začasno združenje sta tožbi nasprotovali in trdili, da so tožbeni razlogi podjetja Randstad nedopustni: trdili sta, da ta družba nima aktivne procesne legitimacije, ker je bila v vsakem primeru izključena iz postopka oddaje javnega naročila.

18. Tribunale Amministrativo Regionale della Valle d'Aosta (deželno upravno sodišče, Dolina Aoste) je s sodbo, objavljeno 15. marca 2019, ugovor nedopustnosti zavrnilo, ker je menilo, da je družba Randstad zakonito sodelovala v postopku oddaje javnega naročila, ker je izpolnjevala pogoje, in je bila iz postopka izključena zaradi negativne ocene ponudbe, zato je imela aktivno legitimacijo za izpodbijanje rezultata postopka oddaje javnega naročila. To sodišče je nato preučilo vse tožbene razloge in jih zavrnilo kot neutemeljene.

19. Družba Randstad je zoper to sodbo Tribunale Amministrativo Regionale della Valle d'Aosta (deželno upravno sodišče, Dolina Aoste) vložila pritožbo pri Consiglio di Stato (državni svet), v kateri je ponovila argumente s prve stopnje. Družbi Synergie in Umana sta vložili nasprotno pritožbo, s katero sta izpodbijali sodbo deželnega upravnega sodišča, ker je to sodišče štelo tožbene razloge družbe Randstad za dopustne in jih je vsebinsko obravnavalo, medtem ko sta navedeni družbi menili, da jih je navajal subjekt, ki ni imel aktivne procesne legitimacije, ker je bil iz postopka izključen.

20. S sodbo, objavljeno 7. avgusta 2019, je Consiglio di Stato (državni svet) zavrnil glavni pritožbeni razlog, s katerim je družba Randstad izpodbijala dodelitev premajhnega števila točk, in ugodil nasprotni pritožbi. Zlasti je Consiglio di Stato (državni svet) deloma spremenil izpodbijano sodbo in razsodil, da družba Randstad ni imela aktivne procesne legitimacije, saj je bila izključena iz postopka oddaje javnega naročila. Iz tega je sledilo, da deželno upravno sodišče torej ne bi smelo vsebinsko obravnavati ostalih tožbenih razlogov v glavni tožbi.

21. Po mnenju Consiglio di Stato (državni svet) družba Randstad, ki je bila izključena, ni imela aktivne procesne legitimacije, ker je imela zgolj interes brez trdne podlage, kot ga ima vsak drugi gospodarski subjekt v sektorju, ki ni sodeloval v postopku oddaje javnega naročila. Consiglio di Stato (državni svet) je izhajal iz svoje predhodne sodne prakse, v skladu s katero konkurent, ki je izključen iz postopka oddaje javnega naročila, nima aktivne procesne legitimacije za izpodbijanje aktov postopka javnega naročanja, razen če se ugotovi nezakonitost izključitve.

22. Družba Randstad je pri predložitvenem sodišču vložila kasacijsko pritožbo zoper sodbo Consiglio di Stato (državni svet). Družbi Synergie in Umana ter javni naročnik tej pritožbi nasprotujejo.

23. Družba Randstad trdi, da se s sodbo Consiglio di Stato (državni svet) krši člen 362, prvi odstavek, italijanskega zakonika o civilnem postopku in člen 110 italijanskega zakonika o upravnem postopku, ker subjektu, izključenemu iz postopka oddaje javnega naročila – z ukrepom, katerega zakonitost ni bila dokončno ugotovljena, ker se izpodbija pred sodiščem – ni priznala aktivne procesne legitimacije in interesa za vložitev pritožbe zoper sam postopek oddaje javnega naročila. Trdila je, da to pomeni kršitev načela učinkovitosti sodnega varstva, določenega v Direktivi 89/665, in zavrnitev dostopa do tega varstva, kar se lahko izpodbija s kasacijsko pritožbo iz razlogov, ki se nanašajo na sodno pristojnost, v skladu z osmim odstavkom člena 111 italijanske ustave.

24. Družba Randstad se sklicuje na sodno prakso Sodišča Evropske unije, v skladu s katero sta lahko interes in pravica do sodnega varstva utemeljena tudi samo z verjetnostjo, da bi z vložitvijo pritožbe dosegla korist, in sicer kakršen koli rezultat, na primer ponovitev postopka oddaje javnega naročila. Pritožnica v ta namen navaja sodbe z dne 4. julija 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), z dne 5. aprila 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199), in z dne 5. septembra 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675).

25. Nasprotne stranke trdijo, da je pritožba nedopustna. Menijo, da se zadevni pritožbeni razlog nanaša na domnevno kršitev zakona. Ni razlog, „ki se nanaša na sodno pristojnost“, in se nanj torej ni mogoče sklicevati pred Corte suprema di cassazione (vrhovno kasacijsko sodišče), da bi se izpodbijala sodba Consiglio di Stato (državni svet).

26. Po mnenju predložitvenega sodišča bi morala biti kasacijska pritožba iz osmega odstavka člena 111 italijanske ustave v takem primeru na voljo. Učinek člena 267 PDEU bi bil ogrožen, če nacionalno sodišče ne bi moglo takoj uporabiti prava Unije v skladu s sodno prakso Sodišča. V zadevi, kakršna je ta, bi bila kasacijska pritožba zadnje sredstvo, s katerim naj bi se preprečilo, da bi sodba Consiglio di Stato (državni svet), ki je (naj bi bila) v nasprotju s pravom Unije, postala *res iudicata*.

27. Iz sodbe Corte costituzionale (ustavno sodišče) št. 6 z dne 18. januarja 2018 [4] v zvezi z osmim odstavkom člena 111 italijanske ustave (v nadaljevanju: sodba št. 6/2018) pa izhaja, da trenutno italijansko ustavno pravo, kot se razlaga v tej sodbi, ne dopušča enačenja kršitve prava Unije z razlogom, ki se nanaša na sodno pristojnost. V skladu s to sodbo se „‚Prekoračitev sodne pristojnosti‘, ki se jo lahko izpodbija s pritožbo pri vrhovnem kasacijskem sodišču iz razlogov, ki se nanašajo na sodno pristojnost [v smislu osmega odstavka člena 111 italijanske ustave], kakor se je vedno razlagala, […] nanaša izključno na dve vrsti scenarijev: na tiste, za katere je značilna popolna nepristojnost, to je, kadar državni svet ali računsko sodišče uveljavlja svojo lastno pristojnost na področju, pridržanem zakonodajalcu ali upravi (tako imenovano poseganje), ali kadar se, nasprotno, na napačni domnevi, da zadeva – absolutno gledano – ne more biti predmet sodnega nadzora državnega sveta ali računskega sodišča (tako imenovan vzdržan glas) izreče za nepristojno, ter tudi na tiste scenarije [za katere je značilno relativno pomanjkanje] pristojnosti, kadar upravno sodišče ali računsko sodišče uveljavlja pristojnost za zadevo, ki je dodeljena drugemu sodišču, ali pa se izreče za nepristojno na napačni domnevi, da so pristojna druga sodišča.“ [5]

28. Predložitveno sodišče sklene, da bi moralo kasacijsko pritožbo družbe Randstad razglasiti za nedopustno, če bi spoštovalo to sodbo Corte costituzionale (ustavno sodišče). Glede na to se sprašuje, ali bi sodba št. 6/2018, ki v upravnih zadevah omejuje pristojnost Corte suprema di cassazione (vrhovno kasacijsko sodišče) iz osmega odstavka člena 111 italijanske ustave na zadeve, v katerih se zatrjuje, da Consiglio di Stato (državni svet) ni upošteval „zunanjih mej“ svoje pristojnosti, kršila pravo Unije.

29. V zvezi s tem predložitveno sodišče meni, da kadar Consiglio di Stato (državni svet) napačno uporabi ali razlaga nacionalne pravne določbe v neskladju z določbami prava Unije, kot jih razlaga Sodišče, izvaja sodno pristojnost, ki je nima. Dejansko izvaja pristojnost ustvarjanja zakona, ki mu sploh ni podeljena na podlagi nacionalne zakonodaje. To pomeni nepristojnost, ki bi morala biti

[4] Sodba z dne 18. januarja 2018, št. 6/2018 (ECLI:IT:COST:2018:6).

[5] Sodba št. 6/2018, točka 15 (v angleškem prevodu dostopna na spletni strani Corte costituzionale (ustavno sodišče). (https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/Sentenza%20n.%206 %20del%202018 %20red.% 20Coraggio%20EN.pdf).

predmet pritožbe pri Corte suprema di cassazione (vrhovno kasacijsko sodišče). V zvezi s tem ni pomembno, ali je bila sodba Sodišča, iz katere izhaja nezdružljivost med uporabo ali razlago nacionalnega sodišča ter pravom Unije, izdana pred to uporabo ali razlago ali po njej.

30. Predložitveno sodišče opozarja, da je ustaljena sodna praksa njegovih združenih senatov pred sodbo št. 6/2018 določala, da v primeru pritožbe zoper sodbo Consiglio di Stato (državni svet) nadzor nad zunanjimi mejami „pristojnosti“ v smislu osmega odstavka člena 111 italijanske ustave ni zajemal nadzora nad odločitvami upravnega sodišča, kako bo nekaj razlagalo, in ki lahko vsebujejo preproste „*in iudicando*“ (vsebinske) ali „*in procedendo*“ (postopkovne) napake, razen če je obstajalo temeljno izkrivljanje pravil, ki se uporabijo, kar bi lahko pomenilo odklonitev sodnega varstva, kot na primer postopkovna napaka, ki zajema uporabo nacionalnega postopkovnega pravila, s katerim se zadevni stranki ni priznaval dostop do sodnega varstva, ki ga zagotavljajo neposredno uporabljive določbe prava Unije.

31. Takšen pristop bi bil združljiv z načeloma enakovrednosti in učinkovitosti, ki v skladu s sodno prakso Sodišča pogojujeta izvajanje procesne avtonomije držav članic. Sodba št. 6/2018 in iz nje izhajajoča sodna praksa, nasprotno, nista združljivi s tema načeloma.

32. Potem je tudi pomembno, da Corte suprema di cassazione (vrhovno kasacijsko sodišče) glede na ta predlog za sprejetje predhodne odločbe ve, ali je pristop Consiglio di Stato (državni svet) v izpodbijani sodbi združljiv s sodbami z dne 4. julija 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), z dne 5. aprila 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199), in z dne 5. septembra 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675). Ta vidik spora postavlja dve ločeni vprašanji.

33. Prvič, predložitveno sodišče se sprašuje, ali je že ustaljeno sodno prakso Sodišča v zvezi s pravico ponudnikov, ki so izključeni iz postopkov javnega naročanja, do revizije mogoče uporabiti za zadevo, kakršna je ta v postopku v glavni stvari. Drugič, ker Consiglio di Stato (državni svet), ne da bi navedel razloge, ni vprašal Sodišča, ali je mogoče ugotovitve iz sodb, navedenih v prejšnji točki teh sklepnih predlogov, prenesti na zadevo, kakršna je ta v postopku v glavni stvari, je po mnenju predložitvenega sodišča pomembno, da bi moralo biti zdaj zmožno samo predložiti to vprašanje Sodišču.

IV. Predlog za sprejetje predhodne odločbe in postopek pred Sodiščem

34. V teh okoliščinah je Corte suprema di cassazione (vrhovno kasacijsko sodišče) z odločbo z dne 7. julija 2020, ki je na Sodišče prispela 30. septembra 2020, prekinilo odločanje in Sodišču v predhodno odločanje predložilo ta vprašanja:

„1. Ali člen 4(3) in člen 19(1) PEU ter člen 2(1) in (2) in člen 267 PDEU, tudi glede na člen 47 Listine, nasprotujejo praksi razlaganja, kakršna je ta v zvezi z osmim odstavkom člena 111 italijanske ustave, člen 360, prvi odstavek, točka 1, in člen 362, prvi odstavek, italijanskega zakonika o civilnem postopku ter člen 110 italijanskega zakonika o upravnem postopku – v delu, v katerem te določbe dopuščajo kasacijsko pritožbo zoper sodbe Consiglio di Stato (državni svet) ‚iz razlogov, ki se nanašajo na sodno pristojnost‘ – kot izhaja iz sodbe Corte costituzionale (ustavno sodišče) št. 6 iz leta 2018 in iz poznejše nacionalne sodne prakse, ki je spremenila predhodno usmeritev in štela, da se kasacijska pritožba kot pravno sredstvo z vidika tako imenovane ‚nepristojnosti‘ ne more uporabljati za izpodbijanje sodb državnega sveta, v katerih se uporabljajo nacionalne prakse razlaganja, ki so v navzkrižju s sodbami Sodišča Evropske unije, v sektorjih, ki jih ureja pravo Evropske unije (v obravnavani zadevi na

področju oddaje javnih naročil), v katerih so se države članice odrekle izvajanju suverenih pristojnosti neskladno s tem pravom, posledica tega pa je, da so se konsolidirale kršitve prava Unije, ki bi jih bilo mogoče odpraviti z zgoraj navedenim pravnim sredstvom, in da se je ogrozila enotna uporaba prava Unije in učinkovitost sodnega varstva v subjektivnih pravnih položajih, ki so pomembni na ravni Skupnosti, kar je v nasprotju z zahtevo, da mora to pravo v celoti izvajati vsako sodišče na način, ki je zavezujoče skladen s pravilno razlago s strani Sodišča Evropske unije, ob upoštevanju omejitev ‚procesne avtonomije' držav članic pri uskladitvi procesnih sredstev?

2. Ali člen 4(3) in člen 19(1) PEU ter člen 267 PDEU, tudi glede na člen 47 Listine, nasprotujejo razlagi in uporabi osmega odstavka člena 111 italijanske ustave, člena 360, prvi odstavek, točka 1, in člena 362, prvi odstavek, italijanskega zakonika o civilnem postopku, ter člena 110 italijanskega zakonika o upravnem postopku, kot izhaja iz nacionalne sodne prakse, po kateri kasacijske pritožbe pred združenim senatom [kasacijskega sodišča] ‚iz razlogov, ki se nanašajo na sodno pristojnost, ' z vidika tako imenovane ‚nepristojnosti' ni mogoče vložiti za izpodbijanje sodb Consiglio di Stato (državni svet), ki pri odločanju o sporih, ki zadevajo uporabo prava Unije, neutemeljeno opustijo naslovitev vprašanja za predhodno odločanje na Sodišče, če niso izpolnjeni pogoji, ki se razlagajo ozko in ki jih Sodišče izčrpno našteva v svoji sodbi z dne 6. oktobra 1982, Cilfit in drugi, 283/81 [EU:C:1982:335], na podlagi katerih je nacionalno sodišče oproščeno te obveznosti, v nasprotju z načelom, v skladu s katerim so s pravom Unije neskladni nacionalni procesni predpisi in prakse, tudi zakonodajne ali ustavne, ki določajo (tudi začasni) odvzem svobode nacionalnega sodišča (zadnje stopnje ali drugega), da predloži vprašanje za predhodno odločanje, zaradi česar si prilasti izključno pristojnost Sodišča za pravilno in zavezujoče razlaganje prava Unije, morebitna nasprotujoča si razlaga med pravom, ki ga uporablja nacionalno sodišče, in pravom Unije pa postane nepopravljiva (ker se takšno nasprotje razlag omogoča) in ogroža enotno uporabo in učinkovitost pravnega varstva v subjektivnih pravnih položajih, ki izhajajo iz prava Unije?

3. Ali se načela, ki jih je oblikovalo Sodišče Evropske unije v sodbah z dne 5. septembra 2019, Lombardi, C-333/18[, EU:C:2019:675], z dne 5. aprila 2016, PFE, C-689/13[, EU:C:2016:199], in z dne 4. julija 2013, Fastweb, C-100/12[, EU:C:2013:448], v zvezi s členom 1(1) in (3) in členom 2(1) [Direktive 89/665], kot je bila spremenjena z [Direktivo 2007/66], uporabljajo v zadevi, ki je predmet postopka v glavni stvari, v kateri sodelujoče podjetje izpodbija izključitev iz postopka javnega naročanja in oddajo javnega naročila drugemu podjetju, državni svet pa je vsebinsko preučil samo tožbeni razlog, s katerim izključeno podjetje ugovarja točkovanju tehnične ponudbe, ki ni dosegla ‚praga za sodelovanje', in je potem, ko je prednostno preučil nasprotni tožbi javnega naročnika in izbranega ponudnika, nasprotnima tožbama ugodil in razglasil za nedopustne (in jih ni vsebinsko preučil) druge glavne tožbene razloge v zvezi z rezultatom postopka oddaje javnega naročila iz drugih razlogov (zaradi nedorečenosti meril za ocenjevanje ponudb pri urejanju postopka javnega naročanja, neobrazložitve dodeljenih ocen, nezakonitega imenovanja in sestave odbora za javna naročila), z uporabo nacionalne sodne prakse, v skladu s katero podjetje, ki je bilo izključeno iz postopka javnega naročanja, nima procesnega upravičenja za vložitev pritožbe zoper dodelitev naročila konkurenčnemu podjetju, niti z razveljavitvijo postopka javnega naročanja, ker je treba preučiti, ali je s pravom Unije skladen učinek odvzema pravice podjetju, da predlaga sodišču, da preuči razloge za izpodbijanje rezultata postopka oddaje javnega naročila, v okoliščinah, ko njegova izključitev ni bila dokončno ugotovljena in ko lahko vsak sodelujoči uveljavlja enak legitimen interes za izključitev ponudbe drugega sodelujočega, zaradi česar se lahko ugotovi, da javni naročnik ne more izbrati pravilne ponudbe in mora začeti nov postopek za oddajo javnega naročila, v katerem bi lahko sodelovali vsi ponudniki?"

35. Corte suprema di cassazione (vrhovno kasacijsko sodišče) je v predložitveni odločbi predlagalo, naj se ta predlog za sprejetje predhodne odločbe na podlagi člena 105 Poslovnika Sodišča obravnava po hitrem postopku.

36. V podporo svojemu predlogu je predložitveno sodišče v bistvu navedlo, da obstajajo utemeljeni razlogi za željo po hitri pojasnitvi temeljnih vprašanj ustavnega pomena. Število pritožb zoper sodbe Consiglio di Stato (državni svet) v zadevah v zvezi s pravom Unije, ki jih obravnava Corte di cassazione (vrhovno kasacijsko sodišče), kaže na resno negotovost v zvezi z obsegom sodnega varstva pravic, ki jih priznava pravo Unije. To zahteva hitro pojasnitev, zlasti na ključnem področju, kakršno je področje javnih naročil, med drugim zato, da se prepreči utrditev nacionalne sodne prakse sodišč na zadnji stopnji, ki bi ji lahko sledile številne druge sodbe.

37. Predsednik Sodišča je 21. oktobra 2020 po opredelitvi sodnice poročevalke in generalnega pravobranilca odločil, da zavrne predlog predložitvenega sodišča v zvezi s hitrim postopkom. Istega dne je predsednik Sodišča odločil še, da se obravnavana zadeva v skladu s členom 53(3) Poslovnika obravnava prednostno.

38. Pisna stališča so predložile družbi Randstad in Umana, agencija USL, družba Synergie, italijanska vlada in Komisija. Poleg tega so družbi Randstad in Umana, italijanska vlada in Komisija na obravnavi 6. julija 2021 ustno podale stališča.

V. Uvodna pojasnila glede okvira

39. Kot je bilo omenjeno v uvodu teh sklepnih predlogov, se obravnavana zadeva najprej nanaša na obseg obveznosti držav članic, določene v členu 1 Direktive 89/665, da zagotovijo učinkovito revizijo javnih naročil v posebnem položaju, kjer izbrani ponudnik vloži nasprotno tožbo. Vprašanja za predhodno odločanje so poleg tega del širše razprave med tremi italijanskimi vrhovnimi sodišči. V teh okoliščinah se zdi koristno, da pred podrobnejšo preučitvijo vprašanj, ki jih je postavilo Corte suprema di cassazione (vrhovno kasacijsko sodišče), analizo začnem s pregledom ne le sodne prakse Sodišča v zvezi s to tematiko, ampak tudi italijanskega postopkovnega okvira.

A. Povzetek sodne prakse Sodišča v zvezi z Direktivo 89/665, kadar izbrani ponudnik vloži nasprotno tožbo

40. Vprašanje, kako v skladu z Direktivo 89/665 obravnavati položaj, v katerem je proti ponudniku z namenom njegove izključitve vložena tožba, nato pa je vložena še nasprotna tožba, ni novo. Po mojem mnenju lahko upravičeno rečem, da je učinek niza predlogov za sprejetje predhodne odločbe to, da je Sodišče jasno rešilo vprašanje aktivne procesne legitimacije v postopkih javnega naročanja.

41. Prvič, iz določb tretjega pododstavka člena 1(1) in (3) Direktive 89/665 izhaja, da morajo biti revizijski postopki zoper odločitve, ki jih sprejme naročnik, za to, da se štejejo za učinkovite, na voljo vsaj osebam, ki imajo ali so imele interes za dodelitev določenega javnega naročila in ki jim je z domnevno kršitvijo nastala škoda ali bi jim lahko nastala škoda.[6]

[6] Glej v tem smislu sodbe z dne 4. julija 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448, točka 25); z dne 5. aprila 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199, točka 23), in z dne 5. septembra 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675, točka 22).

42. Torej, kadar po zaključku postopka oddaje javnega naročila dva ponudnika vložita tožbi za medsebojno izključitev, ima vsak od obeh ponudnikov interes za dodelitev določenega naročila v smislu določb iz prejšnje točke. Izključitev enega ponudnika namreč lahko vodi do tega, da drugi ponudnik pridobi javno naročilo neposredno v okviru istega postopka. V primeru izključitve obeh ponudnikov in začetka novega postopka za oddajo javnega naročila pa lahko v novem postopku sodeluje vsak od ponudnikov in tako posredno pridobi javno naročilo. [7]

43. Iz tega sledi, da nasprotna tožba izbranega ponudnika ne more pripeljati do zavrnitve tožbe neizbranega ponudnika, če se pravilnost ponudbe vsakega od gospodarskih subjektov izpodbija v istem postopku, saj lahko v takem položaju namreč vsak od konkurentov uveljavlja pravni interes za izključitev ponudbe drugih, kar lahko pripelje do ugotovitve, da naročnik ne more izbrati pravilne ponudbe. [8]

44. Drugič, Sodišče je poudarilo, da število udeleženih v zadevnem postopku oddaje javnega naročila in število tistih udeleženih, ki so vložili tožbo, ter razhajanje v njihovih tožbenih razlogih za uporabo načela, v skladu s katerim se interesi, ki se uresničujejo v okviru vzajemnih tožb na izključitev, načeloma štejejo za enakovredne, nista upoštevni. [9]

45. To pomeni, da se to načelo uporablja tudi, kadar so drugi ponudniki predložili ponudbe v okviru postopka za oddajo naročila in kadar se vzajemne tožbe na izključitev ne nanašajo na te ponudbe, ki so slabše uvrščene kot ponudbe, ki so predmet teh tožb na izključitev. [10] Če bi bilo ugotovljeno, da je tožba neizbranega ponudnika utemeljena, bi lahko naročnik sprejel odločitev o preklicu postopka in o začetku novega postopka oddaje naročila z utemeljitvijo, da preostale pravilne ponudbe ne izpolnjujejo v zadostni meri pričakovanj naročnika. [11]

46. Tretjič, v zvezi s tem je Sodišče navedlo, da v teh okoliščinah dopustnost glavne tožbe ne more biti odvisna od predhodne ugotovitve, da so vse ponudbe, ki so slabše uvrščene od ponudbe ponudnika, ki je vložil navedeno tožbo, prav tako nepravilne, saj bi to ogrozilo polni učinek Direktive 89/665. [12]

47. Pomen tega je, da ima vsaka stranka v sporu legitimen interes za izključitev ponudbe drugih konkurentov. Sklepanje, ki stoji za tem, je, da lahko katera od nepravilnosti, ki upravičujejo izključitev ponudbe izbranega ponudnika in ponudnika, ki izpodbija odločitev naročnika o oddaji naročila, izpodbija tudi druge ponudbe v postopku oddaje javnega naročila, kar lahko vodi do tega, da mora naročnik začeti nov postopek. [13]

48. Iz sodne prakse Sodišča izhaja, da dopustnost glavne tožbe ne more biti pogojena s tem, da mora navedeni ponudnik predložiti dokaz o tem, da bo naročnik ponovil postopek oddaje javnega naročila. Že obstoj take možnosti je treba v zvezi s tem šteti za zadosten. [14]

7 Glej v tem smislu sodbi z dne 5. aprila 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199, točka 27), in z dne 5. septembra 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675, točka 23).

8 Glej v tem smislu sodbe z dne 4. julija 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448, točka 33); z dne 5. aprila 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199, točka 24), in z dne 5. septembra 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675, točka 24).

9 Glej v tem smislu sodbi z dne 5. aprila 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199, točka 29), in z dne 5. septembra 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675, točka 30).

10 Glej v tem smislu sodbo z dne 5. septembra 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675, točka 26).

11 Glej v tem smislu sodbo z dne 5. septembra 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675, točka 28).

12 Glej v tem smislu sodbo z dne 5. septembra 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675, točka 29).

13 Glej v tem smislu sodbi z dne 5. aprila 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199, točka 28), in z dne 5. septembra 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675, točka 27).

14 Glej v tem smislu sodbo z dne 5. septembra 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675, točka 29).

49. Z drugimi besedami, ponudnik, ki je izključen iz postopka oddaje javnega naročila, mora imeti pravico zahtevati revizijo odločbe, ki ga izključuje iz postopka oddaje javnega naročila, kot tudi pravico dostopa do revizije drugih odločb naročnika, če lahko takšna revizija vsaj *teoretično* pripelje do oddaje naročila tožeči stranki ali do novega postopka oddaje naročila. [15]

50. Če smem zdaj predvideti zadeve, ki jih pokriva tretje vprašanje, menim, da je, ker je Consiglio di Stato (državni svet) v tej zadevi odločil drugače, to objektivno [16] pomenilo nepravilno uporabo obstoječe sodne prakse Sodišča v zvezi z aktivno procesno legitimacijo v zadevah, ki se nanašajo na javna naročila. Ta pravila o aktivni procesni legitimaciji – ki so nujno široka in liberalna – služijo pomembnemu cilju javne politike, in sicer zagotoviti, da lahko podjetja, ki trdijo, da so bila nepravilno ali nepravično izključena iz postopka oddaje naročila, izpodbijajo to odločbo. Pravila o javnih naročilih zagotavljajo, da je državni denar razdeljen pravično in da se javna naročila oddajajo na podlagi objektivno utemeljenih meril. Napačna uporaba teh pravil o aktivni procesni legitimaciji torej ni zgolj tehnična opustitev ali napaka nacionalnega sodišča, ampak je taka, da lahko – včasih daljnosežno – vpliva na učinkovitost in celo integriteto celotnega postopka oddaje javnega naročila.

51. Drži, da je bila sodba v zadevi Lombardi (prav tako predlog za sprejetje predhodne odločbe Consiglio di Stato (državni svet)) izdana septembra 2019, približno en mesec po sodbi Consiglio di Stato (državni svet), ki je predmet obravnavane zadeve. Vendar je obstoječa sodna praksa tega Sodišča v zadevah, kakršni sta FastWeb in PPE, že podala jasne smernice glede tega splošnega vprašanja aktivne procesne legitimacije v zadevah, ki se nanašajo na naročila. Tudi če bi znotraj različnih senatov Consiglio di Stato (državni svet) obstajal resen dvom v zvezi s pravilno uporabo sodne prakse – kot je primerno navedeno v sodbi v zadevi Lombardi [17] – bi moralo to sodišče kot sodišče najvišje stopnje vsekakor samo postaviti vprašanje v skladu s tretjim odstavkom člena 267 PDEU.

B. Javna naročila in revizijski postopki v Italiji

52. Revizijski postopki v Italiji na področju javnih naročil zelo shematično spadajo v pristojnost upravnih sodišč. Obstajata dve stopnji pristojnosti: Tribunali Amministrativi Regionali (deželna upravna sodišča) obravnavajo spore na prvi stopnji, pritožba pa je lahko nato vložena pri Consiglio di Stato (državni svet).

53. Poleg te „klasične“ ureditve osmi odstavek člena 111 italijanske ustave določa, da so kasacijske pritožbe zoper odločbe Consiglio di Stato (državni svet) dovoljene, a zgolj iz razlogov, ki se nanašajo na sodno pristojnost.

54. Corte costituzionale (ustavno sodišče) je pred kratkim s sodbo št. 6/2018 opredelilo obseg te posebne pritožbe pri Corte suprema di cassazione (vrhovno kasacijsko sodišče). Kot je bilo že pojasnjeno, se „prekoračitev sodne pristojnosti“ v skladu s to sodbo nanaša izključno na dve vrsti scenarijev: na tiste, za katere je značilna popolna nepristojnost, to je, kadar Consiglio di Stato (državni svet) uveljavlja svojo lastno pristojnost na področju, pridržanem zakonodajalcu ali upravi (tako imenovano poseganje), ali kadar se, nasprotno, na napačni domnevi, da zadeva ne more biti predmet sodnega nadzora državnega sveta ali računskega sodišča (tako imenovan vzdržan glas),

[15] Glej v tem smislu Ginter, C., Väljaots, T., „Excluded Tenderer's Access to a Review in a Public Procurement Procedure“, *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 2018/4, od str. 301 do 306, zlasti str. 303.

[16] Glej v zvezi s tem opozorilo iz točke 78 teh sklepnih predlogov.

[17] Glej v zvezi s tem sodbo z dne 5. septembra 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675, točke od 13 do 19).

izreče za nepristojno, ter na tiste scenarije, za katere je značilno relativno pomanjkanje pristojnosti, kadar upravno sodišče uveljavlja pristojnost za zadevo, ki je dodeljena drugemu sodišču, ali se, nasprotno, izreče za nepristojno na napačni domnevi, da so pristojna druga sodišča. [18]

55. V isti sodbi je Corte costituzionale (ustavno sodišče) podalo še dve pojasnili. Po eni strani posredovanje Corte suprema di cassazione (vrhovno kasacijsko sodišče) v okviru preverjanja pristojnosti „ne more biti upravičeno niti na podlagi kršitve [prava] Unije“. [19] Po drugi strani je prav tako „nedopustno izpodbijati sodbe [po tem postopku], kadar upravno sodišče […] sprejme razlago postopkovnega ali materialnopravnega pravila tako, da celotna utemeljenost zadeve ni predmet obravnave“. [20]

VI. Analiza

A. Prvo vprašanje

56. S prvim vprašanjem Corte suprema di cassazione (vrhovno kasacijsko sodišče) v bistvu sprašuje, ali člen 4(3) PEU, člen 19(1) PEU, člen 2(1) in (2) PDEU ter člen 267 PDEU v povezavi s členom 47 Listine nasprotujejo pravilu, kakršno je osmi odstavek člena 111 italijanske ustave, kot se razlaga v sodbi št. 6/2018, v skladu s katerim kasacijska pritožba iz razlogov, ki se nanašajo na sodno pristojnost, ni na voljo za izpodbijanje sodb, v katerih je sodišče druge stopnje uporabilo nacionalne prakse razlaganja, ki pa so v navzkrižju s sodbami Sodišča, v sektorjih, ki jih ureja pravo Unije.

1. Določbe, pomembne za odgovor na prvo vprašanje

57. V skladu z ustaljeno sodno prakso Sodišča v postopku sodelovanja med nacionalnimi sodišči in Sodiščem, uvedenem s členom 267 PDEU, je naloga Sodišča dati nacionalnemu sodišču koristen odgovor, ki mu omogoča rešitev spora, o katerem odloča. V ta namen sme Sodišče po potrebi preoblikovati vprašanja, ki so mu bila predložena. Naloga Sodišča je namreč razložiti vse določbe prava Unije, ki jih nacionalna sodišča potrebujejo za odločanje o sporih, ki so jim predloženi, tudi če te določbe niso izrecno navedene v vprašanjih, ki mu jih ta sodišča postavijo. [21]

58. Čeprav je predložitveno sodišče svoje prvo vprašanje formalno omejilo samo na razlago člena 4(3) PEU, člena 19(1) PEU, člena 2(1) in (2) PDEU ter člena 267 PDEU v povezavi s členom 47 Listine, ta okoliščina Sodišča ne ovira, da predložitvenemu sodišču poda vse vidike razlage prava Unije, ki bi mu lahko koristili pri presoji predložene zadeve, in sicer ne glede na to, ali se je nanje sklicevalo v svojem vprašanju ali ne. Glede tega mora Sodišče iz vsega, kar je predložilo predložitveno sodišče, zlasti iz obrazložitve predložitvene odločbe, zbrati elemente navedenega prava, ki jih je treba razložiti ob upoštevanju predmeta spora v glavni stvari. [22]

[18] Glej v tem smislu sodbo št. 6/2018, točka 15 (angleška različica). Glej naslov spletne strani v opombi 5 teh sklepnih predlogov.

[19] Sodba št. 6/2018, točka 14.1 (angleška različica). Glej naslov spletne strani v opombi 5 teh sklepnih predlogov.

[20] Sodba št. 6/2018, točka 17 (angleška različica). Glej naslov spletne strani v opombi 5 teh sklepnih predlogov.

[21] Glej v tem smislu sodbo z dne 2. aprila 2020, Ruska Federacija (C-897/19 PPU, EU:C:2020:262, točka 43)

[22] Glej v tem smislu sodbi z dne 19. novembra 2020, 5th AVENUE Products Trading (C-775/19, EU:C:2020:948, točka 34), in z dne 22. aprila 2021, PROFI CREDIT Slovakia (C-485/19, EU:C:2021:313, točka 50).

59. V zvezi s tem se zdi, da razlaga člena 2(1) in (2) PDEU ter člena 267 PDEU glede na informacije v predlogu za sprejetje predhodne odločbe ni nujna za koristen odgovor na prvo vprašanje, predloženo v predhodno odločanje, saj se ta člena nanašata na pravila o izključni in preneseni pristojnosti Unije oziroma na mehanizem predhodnega odločanja. Nasprotno, spomniti je treba na to, da iz uvodne izjave 36 Direktive 2007/66 izhaja, da je njen namen in torej tudi namen Direktive 89/665, ki jo je prvonavedena spremenila in dopolnila, zagotoviti polno upoštevanje pravice do učinkovitega pravnega sredstva in poštene obravnave pred nepristranskim sodiščem v skladu s prvim in drugim odstavkom člena 47 Listine. [23]

60. Podobno člen 47 Listine, kolikor se uporablja za države članice, povzema drugi pododstavek člena 19(1) PEU in konkretizira načelo lojalnega sodelovanja, določeno v členu 4(3) PEU. [24] V skladu z dobro ustaljeno sodno prakso je torej jasno, da „morajo sodišča držav članic na podlagi načela lojalnega sodelovanja, določenega v členu 4(3) PEU, zagotoviti sodno varstvo pravic, ki jih imajo posamezniki na podlagi prava Unije, [poleg tega pa] člen 19(1) PEU državam članicam nalaga, naj določijo pravna sredstva, ki so potrebna za zagotovitev učinkovitega sodnega varstva *v smislu zlasti člena 47 Listine*, na področjih, zajetih s pravom Unije“. [25] Poleg tega je Sodišče že poudarilo, da zahteva glede držav članic, določena v členu 19(1) PEU, „*ustreza* pravici, določeni v členu 47 Listine“. [26]

61. Ker ni sporno, da obstaja revizijski postopek pred neodvisnimi sodišči v Italiji ter da se razprava ne nanaša na določanje pravnega sredstva, ampak na način, na katerega pristojna sodišča izvršujejo pravno sredstvo, se člena 4(3) in 19(1) PEU v teh okoliščinah prav tako ne zdita koristna.

62. Temu ustrezno, kot je predlagala Komisija, [27] menim, da je treba prvo vprašanje predložitvenega sodišča razumeti tako, da z njim sprašuje, ali je treba člen 1(1) in (3) Direktive 89/665 v povezavi s členom 47 Listine razlagati tako, da nasprotuje pravilu, kakršno je osmi odstavek člena 111 italijanske ustave, kot se razlaga v sodbi št. 6/2018, v skladu s katerim kasacijska pritožba iz razlogov, ki se nanašajo na sodno pristojnost, ni na voljo za izpodbijanje sodb, v katerih je sodišče druge stopnje uporabilo nacionalne prakse razlaganja, ki pa so v navzkrižju s sodbami Sodišča, v sektorjih, ki jih ureja pravo Unije.

2. Okvir analize: procesna avtonomija v skladu s členom 47 Listine

63. Obveznost držav članic, da zagotovijo revizijski postopek na področju javnih naročil, je določena v členu 1(1) Direktive 89/665. V skladu s tretjim pododstavkom te določbe države članice sprejmejo potrebne ukrepe, da se v zvezi z javnimi naročili s področja uporabe Direktive 2014/24 ali Direktive 2014/23 zagotovi učinkovita in zlasti čim hitrejša revizija odločitev, ki so jih sprejeli naročniki, na podlagi obrazložitve, da so take odločitve kršile zakonodajo Unije na področju javnih naročil ali nacionalne predpise o izvajanju te zakonodaje.

[23] Glej v tem smislu sodbo z dne 15. septembra 2016, Star Storage in drugi (C-439/14 in C-488/14, EU:C:2016:688, točka 45).

[24] Sklepni predlogi generalne pravobranilke E. Sharpston v združenih zadevah Star Storage in drugi (C-439/14 in C-488/14, EU:C:2016:307, opomba 32).

[25] Sodba z dne 14. junija 2017, Online Games in drugi (C-685/15, EU:C:2017:452, točka 54, moj poudarek). Glej tudi sodbo z dne 2. marca 2021, A. B. in drugi (Imenovanje sodnikov vrhovnega sodišča – Pravno sredstvo) (C-824/18, EU:C:2021:153, točka 143).

[26] Sodba z dne 27. septembra 2017, Puškár (C-73/16, EU:C:2017:725, točka 58). Moj poudarek. Glej v tem smislu sodbo z dne 16. maja 2017, Berlioz Investment Fund (C-682/15, EU:C:2017:373, točka 44).

[27] Pisna stališča Komisije, točki 35 in 39.

64. V zvezi s tem člen 1(3) Direktive 89/665 določa zgolj, da morajo države članice zagotoviti, da so revizijski postopki v skladu z natančnimi pravili, ki jih lahko določijo, na voljo vsaj osebam, ki imajo ali so imele interes za dodelitev določenega javnega naročila in ki jim je z domnevno kršitvijo nastala škoda ali bi jim lahko nastala škoda.

65. Z drugimi besedami, Direktiva 89/665 ne vsebuje določb, ki bi posebej urejale pogoje, pod katerimi je mogoče uporabiti te revizijske postopke. Ta direktiva določa le minimalne pogoje, ki morajo biti izpolnjeni v revizijskih postopkih v nacionalnih pravnih redih, da se zagotovi varstvo določb prava Unije na področju javnih naročil.[28] Vsekakor je treba priznati, da Direktiva 89/665 ne vsebuje posebnih določb v zvezi s pritožbami, ki so lahko urejene ali jih je treba urediti.

66. Kadar pa neko področje ni urejeno na ravni Unije, mora vsaka država članica v skladu z ustaljeno sodno prakso Sodišča določiti natančna pravila upravnih in sodnih postopkov za pravna sredstva, ki zagotavljajo varovanje pravic, ki jih posameznikom daje pravo Unije.[29] To spoštovanje procesne avtonomije držav članic je izrecno navedeno v uvodni izjavi 34 Direktive 2007/66 in povzeto v členu 1(3) Direktive 89/665.

67. Zato morajo države članice, kot je že navedlo Sodišče, kadar določajo podrobnosti postopka s pravnimi sredstvi, ki so namenjena zagotavljanju varstva pravic na podlagi Direktive 89/665, kandidatom in ponudnikom, ki so oškodovani z odločbami naročnikov, zagotoviti spoštovanje pravice do učinkovitega pravnega sredstva in nepristranskega sodišča iz člena 47 Listine.[30]

68. Z drugimi besedami, države članice pri izvajanju Direktive 89/665 v skladu s svojo postopkovno avtonomijo ohranijo možnost sprejetja pravil, ki se lahko razlikujejo od ene države članice do druge. Vendar morajo skrbeti za to, da ta pravila ne ovirajo zahtev, ki izhajajo iz te direktive, zlasti glede sodnega varstva, ki ga zagotavlja člen 47 Listine, na katerem to varstvo temelji.[31] To pomeni, da morajo biti značilnosti pravnega sredstva, kot je pravno sredstvo iz člena 1(1) Direktive 89/665, določene v skladu s členom 47 Listine, ne pa s sklicevanjem na načeli enakovrednosti in učinkovitosti, saj te zahteve zgolj „zajemajo splošno obveznost držav članic, da zagotovijo sodno varstvo pravic, ki jih posameznikom daje pravo [Unije]“,[32] zdaj določeno v členu 19(1) PEU in členu 47 Listine.[33]

69. Omejitev pravice do učinkovitega pravnega sredstva pred sodiščem v smislu člena 47 Listine je torej lahko v skladu s členom 52(1) Listine upravičena le, če je predpisana z zakonom, če spoštuje bistveno vsebino navedene pravice ter, ob upoštevanju načela sorazmernosti, če je potrebna in dejansko ustreza ciljem splošnega interesa, ki jih priznava Evropska unija, oziroma je potrebna zaradi zaščite pravic in svoboščin drugih.[34]

[28] Glej v tem smislu sodbo z dne 29. julija 2019, Hochtief Solutions Magyarországi Fióktelepe (C-620/17, EU:C:2019:630, točka 52).

[29] V zvezi z Direktivo 89/665 glej na primer sodbo z dne 12. marca 2015, eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166, točka 39).

[30] Glej v tem smislu sodbo z dne 15. septembra 2016, Star Storage in drugi (C-439/14 in C-488/14, EU:C:2016:688, točka 46).

[31] Glej v zvezi z Okvirnim sklepom Sveta z dne 13. junija 2002 o evropskem nalogu za prijetje in postopkih predaje med državami članicami (2002/584/PNZ) (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 19, zvezek 6, str. 34), kakor je bil spremenjen z Okvirnim sklepom Sveta 2009/299/PNZ z dne 26. februarja 2009 (UL 2009, L 81, str. 24), v tem smislu sodbo z dne 10. marca 2021, PI (C-648/20 PPU, EU:C:2021:187, točka 58).

[32] Sodba z dne 15. aprila 2008, Impact (C-268/06, EU:C:2008:223, točka 47). Glej tudi sodbi z dne 18. marca 2010, Alassini in drugi (od C-317/08 do C-320/08, EU:C:2010:146, točka 49), in z dne 14. septembra 2016, Martínez Andrés in Castrejana López (C-184/15 in C-197/15, EU:C:2016:680, točka 59).

[33] Glej v tem smislu sklepne predloge generalnega pravobranilca M. Watheleta v zadevi Hochtief (C-300/17, EU:C:2018:405, točke od 32 do 35).

[34] Glej v tem smislu sodbo z dne 15. septembra 2016, Star Storage in drugi (C-439/14 in C-488/14, EU:C:2016:688, točka 49).

3. Uporaba načel v obravnavani zadevi

70. V obravnavani zadevi se sporno pravilo nanaša na omejevanje pravice do kasacijske pritožbe iz razlogov, ki se nanašajo na sodno pristojnost. Vendar iz ustaljene sodne prakse Sodišča izhaja, da člen 47 Listine ne potrebuje dvostopenjskega sodnega varstva.[35] V skladu s to določbo načelo učinkovitega sodnega varstva posamezniku ne zagotavlja pravice do dvostopenjskega sodnega varstva, ampak le pravico do dostopa do sodišča.[36]

71. V teh okoliščinah samega dejstva, da je kasacijska pritožba, ki je na voljo neizbranemu ponudniku, kot tretja stopnja pristojnosti, omejena na zadeve, ki se nanašajo na sodno pristojnost, zagotovo ne moremo šteti za nasprotujoče pravu Unije, tudi če prepreči izpodbijanje sodbe, v kateri je sodišče druge stopnje uporabilo razlago nacionalnega prava, ki je objektivno v nasprotju s pravom Unije.

72. Pravo Unije načeloma ne nasprotuje temu, da države članice v skladu z načelom procesne avtonomije omejujejo ali pogojujejo razloge, ki jih je mogoče uveljavljati v postopkih s kasacijsko pritožbo, če se spoštujejo jamstva, določena v členu 47 Listine.[37] Če pa nacionalna postopkovna pravila zagotavljajo, da je pravica do vsebinske presoje ponudnikovega zahtevka s strani sodišča prve stopnje in po potrebi na pritožbeni stopnji spoštovana,[38] sporno postopkovno pravilo verjetno ne more ogroziti učinka Direktive 89/665 ali zahtev člena 47 Listine.

73. Zaradi celovitosti bi dodal še, da bi bilo treba, če bi postopkovno pravilo, kakršno je omejitev pravice do kasacijske pritožbe iz postopka v glavni stvari, šteli za omejitev pravice do učinkovitega pravnega sredstva pred sodiščem v smislu člena 47 Listine, vsekakor sprejeti, da gre za ukrep, ki je po eni strani predpisan „z zakonom“, po drugi strani pa lahko odvrne od zlorabnih ugovorov in vsem zadevnim osebam v interesu dobrega delovanja sodnega sistema zagotavlja, da se njihova pravna sredstva obravnavajo v kar najbolj razumnih rokih v skladu s prvim in drugim odstavkom člena 47 Listine.[39] Končno, zadevno pravilo ne presega tistega, kar je potrebno za dosego tega cilja.

74. Člen 47 Listine seveda zahteva določitev pravnega sredstva, ki je učinkovito tako v pravu kot v praksi.[40] Vendar, če se po eni strani zdi, da je dostop do „sodišča“ v smislu člena 47 Listine zagotovljen brez težav, po drugi strani pa, da nacionalno pravo temu „sodišču“ daje pristojnost, da preuči vsebino spora – kakor je pokazala sodba Tribunale Amministrativo Regionale della

[35] Glej v tem smislu sodbi z dne 19. junija 2018, Gnandi (C-181/16, EU:C:2018:465, točka 57), in z dne 26. septembra 2018, Belastingdienst/Toeslagen (Odložilni učinek pritožbe) (C-175/17, EU:C:2018:776, točka 34). Dalje je mogoče dodati, da Evropska konvencija o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin, podpisana 4. novembra 1950 v Rimu (v nadaljevanju: EKČP), zaenkrat prav tako ne ustvarja ali zahteva obstoja pravice do dvostopenjskega sodnega varstva, vsaj ne v civilnih zadevah.

[36] Glej v tem smislu sodbe z dne 17. julija 2014, Sánchez Morcillo in Abril García (C-169/14, EU:C:2014:2099, točka 36); z dne 11. marca 2015, Oberto in O'Leary (C-464/13 in C-465/13, EU:C:2015:163, točka 73); z dne 19. junija 2018, Gnandi (C-181/16, EU:C:2018:465, točka 57); z dne 26. septembra 2018, Belastingdienst/Toeslagen (Odložilni učinek pritožbe) (C-175/17, EU:C:2018:776, točka 34), in z dne 29. julija 2019, Bayerische Motoren Werke and Freistaat Sachsen proti Komisiji (C-654/17 P, EU:C:2019:634, točka 51).

[37] Glej v tem smislu (s sklicevanjem na načeli učinkovitosti in enakovrednosti, ne pa na člen 47 Listine) sodbo z dne 17. marca 2016, Bensada Benallal (C-161/15, EU:C:2016:175, točka 27).

[38] Glej v tem smislu sodbo z dne 5. septembra 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675, točka 33).

[39] Glej v tem smislu (v zvezi z garancijo za dobro izvedbo) sodbo z dne 15. septembra 2016, Star Storage in drugi (C-439/14 in C-488/14, EU:C:2016:688, točka 54). V zvezi s tem je treba spomniti, da Sodišče člen 1(1) in (3) Direktive 89/665 razlaga tako, da državam članicam nalaga obveznost, da sprejmejo ukrepe, potrebne za zagotovitev, da so lahko odločitve, ki so jih sprejeli naročniki v okviru postopkov oddaje javnih naročil, predmet učinkovitih, zlasti pa čim hitrejših revizij, ker je bilo z njimi kršeno pravo Unije na področju javnih naročil oziroma nacionalni predpisi, s katerimi se to pravo izvaja (glej v tem smislu sodbe z dne 12. marca 2015, eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, točka 50; z dne 15. septembra 2016, Star Storage in drugi, C-439/14 in C-488/14, EU:C:2016:688, točka 39, in z dne 29. julija 2019, Hochtief Solutions Magyarországi Fióktelepe, C-620/17, EU:C:2019:630, točka 50).

[40] Glej v tem smislu (glede členov 6 in 13 EKČP) Varga, Z., „National Remedies in the Case of Violation of EU Law by Member State Courts“, CML Rev., 2017, zv. 54, str. od 52 do 80, zlasti str. 75.

Valle d'Aosta (deželno upravno sodišče, Dolina Aoste) v obravnavani zadevi – se niti Direktiva 89/665 niti člen 47 Listine ne smeta razlagati tako, da zahtevata višjo pritožbeno stopnjo, da bi odpravila napačno uporabo teh pravil s strani pritožbenega sodišča.

75. Kot je poudarilo več strank, se je treba vprašati, kaj bi se zgodilo, če bi sodišče tretje stopnje potem potrdilo razlago sodišča druge stopnje. Bi člen 1(1) in (3) Direktive 89/665 v povezavi s členom 47 Listine zahteval organizacijo sodišča četrte stopnje? Odgovor na to vprašanje je v bistvu samoumeven. Po mojem mnenju je treba rešitev za napačno uporabo prava Unije s strani sodišča zadnje stopnje najti v drugih postopkovnih oblikah, kakršna je tožba zaradi neizpolnitve obveznosti v skladu s členom 258 PDEU[41] ali, na primer, tožba, kakršna je tista v zadevi Francovich[42], na podlagi katere je mogoče uveljavljati odgovornost države članice, da bi si tako zagotovili sodno varstvo pravic, ki jih priznava pravo Unije.[43]

4. Dodatne pripombe v zvezi s sodno prakso Francovich ter potrebo po njenem razvoju

76. V zvezi s tem je treba priznati, da je bilo na obravnavi precej govora o tem, katera pravna sredstva so na voljo družbi Randstad v teh okoliščinah, saj se zdi upravičeno reči, da je imela sama dejanska odločba Consiglio di Stato (državni svet) – ki je pritožbo zavrnil iz razlogov, ki se nanašajo na procesno legitimacijo – očitno malo zagovornikov.

77. Na obravnavi je bilo dalje predlagano, da bi se družba Randstad morda lahko sklicevala na člen 2(1)(c) Direktive 89/665, ki določa dodelitev nadomestila škode, ki je nastala zaradi kršitve postopka oddaje naročila. Čeprav o tem strogo gledano ni treba odločiti, se mi zdi, da se ta določba enostavno nanaša na pristojnost nacionalnih sodišč za dodelitev odškodnine iz naslova objektivne odgovornosti za kršitve pravil o javnem naročanju s strani *naročnika*, ne pa za napačno uporabo prava Unije o javnem naročanju s strani sodišča. Prav tako se je pripomnilo, da je za zahtevek – v smislu sodbe Francovich – za povrnitev škode, ki je nastala, ker italijanski sodni sistem ni pravilno uporabil prava Unije, morda odgovorna ta država članica.

78. V zvezi s tem lahko pripomnim, da natančne okoliščine, zakaj je Consiglio di Stato (državni svet) glede tega vprašanja odločil proti družbi Randstad, niso povsem jasne. Če bi družba Randstad nato vložila druge tožbe, bi moralo pristojno nacionalno sodišče ugotoviti in presoditi razloge, zakaj se *zdi*, da Consiglio di Stato (državni svet) ni uporabil ustaljene sodne prakse Sodišča v zvezi z aktivno procesno legitimacijo v zadevah, ki se nanašajo na javna naročila, oziroma, če je imelo navedeno sodišče dvome, zakaj (kot sodišče najvišje stopnje) ni predložilo ustreznega predloga za sprejetje predhodne odločbe v skladu s členom 267 PDEU. Morda obstaja pojasnilo za odločbo Consiglio di Stato (državni svet) v tej zadevi.

79. Kljub temu bi izkoristil to priložnost in pripomnil, da menim, da bi bilo treba na sodno prakso Franovich zdaj pogledati v novi luči glede na zahteve člena 47 Listine in jo po potrebi dalje razvijati v tem smislu. Iz sodbe z dne 5. marca 1996, Brasserie du pêcheur in Factortame (C-46/93 in C-48/93, EU:C:1996:79; sodba Brasserie du pêcheur in Factortame), je razvidno, da so države članice odgovorne za plačilo odškodnine za dovolj resno kršitev prava Unije, kadar so „očitno in resno prekoračile meje svojih pooblastil".[44]

41 Glej v tem smislu sodbo z dne 4. oktobra 2018, Komisija/Francija (Davčni odtegljaj) (C-416/17, EU:C:2018:811).

42 Sodba z dne 19. novembra 1991, Francovich in drugi (C-6/90 in C-9/90, EU:C:1991:428).

43 Glej v tem smislu sodbo z dne 4. marca 2020, Telecom Italia (C-34/19, EU:C:2020:148, točke od 67 do 69), in sodbo z dne 29. julija 2019, Hochtief Solutions Magyarországi Fióktelepe (C-620/17, EU:C:2019:630, točka 64).

44 Sodba Brasserie du pêcheur in Factortame (točka 55).

80. Težava s praktično uporabo tega preizkusa pa je, da se lahko jasne napake držav članic (vključno s sodnimi napakami) prepogosto in morda preveč zlahka opravičujejo, češ da so bile storjene v dobri veri ali da so bile glede na okoliščine drugače opravičljive ali da v vsakem primeru niso bile „očitne in resne“. Zaradi upoštevanja sodniške vljudnosti ali spoštovanja častivrednih nacionalnih pravosodnih institucij pa ne bi smeli oklevati in bi, kadar je to upravičeno, morali take napake opisati kot „očitne in resne“, kakor je ta pojem uporabljen v zadevi Brasserie du pêcheur. Pripravljenost ali nagnjenost k opravičevanju očitnih in resnih napak države članice pri uporabi prava Unije z zmanjševanjem resnosti takih napak bi sama po sebi pomenila kršitev pravice strank v postopku do učinkovitega pravnega sredstva v skladu s členom 47 Listine, zlasti kadar objektivno gledano neuporaba jasno določenega prava Unije realno ne more biti utemeljena ali drugače opravičena. Čeprav je domet zadeve Francovich v obravnavani zadevi neizbežno vedno prisoten, se bo to vprašanje moralo reševati pozneje, saj v tem postopku ni neposredno postavljeno.

81. Hkrati je vsaka pripravljenost upravičiti napake držav članic zgolj slaba tolažba stranki v postopku, če bi bila sama dostopnost do „tožbe, kakršna je tista v zadevi Francovich,“ v praksi pretirano otežena. To je mogoče povzeti tako, da če že to, da pritožbeno sodišče, zoper odločitev katerega ni nadaljnje pravice do pritožbe, ne uporabi ustaljene sodne prakse Sodišča pravilno, ni signal za odškodninsko tožbo na podlagi meril „očitnega in resnega neupoštevanja“, potem je nujno, da je ta merila – ki so bila nenazadnje določena pred začetkom veljavnosti Listine – treba dodatno izpopolniti. Če ne želimo, da je obljuba člena 47 Listine prazna, se mi zdi, da bi morala neuporaba, v tem primeru s strani sodišča zadnje stopnje, ustaljene sodne prakse Sodišča povzročiti odgovornost zadevne države članice, kakršna je odgovornost iz sodbe Francovich. Sodišče je vsekakor odločilo, da je že sama kršitev, kadar je nacionalno sodišče kršilo pravo Unije „z očitnim neupoštevanjem sodne prakse Sodišča“, dovolj resna.[45]

82. Vse to spomni na zgodbo Sherlocka Holmesa o psu, ki ni lajal.[46] V tem smislu je pomenljiv splošni neobstoj sodne prakse na to temo.[47] To se lahko samo po sebi obravnava kot pokazatelj, da se te napake in opustitve v praksi preveč zlahka opravičuje in da za mnoge, ki jim pravice Unije še niso bile zagotovljene, pravno sredstvo, kakršno je tisto v zadevi Francovich, ostaja bolj iluzija kot realnost. To je še en razlog, zakaj bi morala biti merila „resnosti in očitnosti“ v sodbi Brasserie du pêcheur in Factortame, morda ponovno ocenjena, da bi sodstvo držav članic izvrševalo pravo Unije s pravšnjo mero zagnanosti, čeprav bi bilo treba dopustiti tudi določene dejavnike, ki jih je to Sodišče opredelilo v sodbi z dne 30. septembra 2003, Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513), v zvezi z odgovornostjo za sodno napako, in sicer „poseben značaj sodne funkcije“, skupaj z zahtevami po pravni varnosti.[48] Vendar je sodba Francovich tako rekoč pes, ki mu mora biti dovoljeno lajati, saj bi nas moralo prav to lajanje opozarjati, da pravice, ki naj bi jih pravo Unije zagotavljalo in varovalo, ogroža – včasih potihoma – nacionalna sodna napaka.

83. K temu je mogoče dodati, da bi bilo v posebnih okoliščinah kršitve na področju javnih naročil nekoliko protislovno, da bi Direktiva 89/665 določala obliko objektivne odgovornosti za napako naročnika, hkrati pa bi odgovornost za nacionalno sodno napako v zvezi z vsako revizijo postopka oddaje javnega naročila ostala na zastrašujoče visoki stopnji.

[45] Glej v tem smislu sodbi z dne 30. septembra 2003, Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513, točka 56), in z dne 25. novembra 2010, Fuß (C-429/09, EU:C:2010:717, točka 52).

[46] „Srebrni blisk“ v Conan Doyle, A., Spomini Sherlocka Holmesa (Ljubljana, 1981).

[47] Glej, splošno, Beutler, B., „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, str. od 773 do 787.

[48] Glej v tem smislu sodbo z dne 30. septembra 2003, Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513, točka 53).

84. Menim pa, da je pravo v času po sodbi z dne 30. septembra 2003, Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513), do neke stopnje napredovalo. Glede na to, da je nato začel veljati člen 47 Listine, menim, da moramo iz že navedenih razlogov preveriti, ali je bila sporna sodna napaka *objektivno* opravičljiva. Brez takega preverjanja obstaja dejanska nevarnost, da bi uporaba meril, določenih v sodbi Brasserie du pêcheur in Factortame, v praksi pretirano otežila povrnitev škode v smislu sodbe Francovich v zvezi s sodno napako, tako da bi bili ti pogoji odgovornosti verjetno lahko izpolnjeni le v zelo posebnih okoliščinah.

5. Predlog glede prvega vprašanja

85. Menim torej, da je treba člen 1(1) in (3) Direktive 89/665 v povezavi s členom 47 Listine razlagati tako, da ne nasprotuje pravilu, kakršno je osmi odstavek člena 111 italijanske ustave, kot se razlaga v sodbi št. 6/2018, v skladu s katerim kasacijska pritožba zaradi „nepristojnosti“ ni na voljo za izpodbijanje sodb, v katerih je sodišče druge stopnje uporabilo nacionalne prakse razlaganja, ki pa so objektivno v navzkrižju s sodbami Sodišča, v sektorjih, ki jih ureja pravo Unije.

86. Rešitev v zvezi z napačno uporabo prava Unije s strani sodišča zadnje stopnje je treba najti v drugih postopkovnih oblikah, kakršna je tožba zaradi neizpolnitve obveznosti v skladu s členom 258 PDEU ali možnost uveljavljanja odgovornosti države članice, da bi zagotovili sodno varstvo pravic, ki jih priznava pravo Unije.

B. Drugo vprašanje

87. Z drugim vprašanjem Corte suprema di cassazione (vrhovno kasacijsko sodišče) v bistvu sprašuje, ali člena 4(3) in 19(1) PEU ter člen 267 PDEU v povezavi s členom 47 Listine nasprotujejo temu, da se pravila v zvezi s kasacijskimi pritožbami „iz razlogov, ki se nanašajo na sodno pristojnost“, razlagajo in uporabljajo tako, da ni mogoče vložiti kasacijske pritožbe pred združenimi senati vrhovnega kasacijskega sodišča za izpodbijanje sodbe, v kateri Consiglio di Stato (državni svet) neutemeljeno ne predloži Sodišču predloga za sprejetje predhodne odločbe, pogoji, ki jih Sodišče našteva v svoji sodbi z dne 6. oktobra 1982, Cilfit in drugi (C-283/81 EU:C:1982:335), in pod katerimi je nacionalno sodišče oproščeno te obveznosti, pa niso izpolnjeni.

88. Smisel tega vprašanja je, da se nacionalnemu sodišču ne sme (niti začasno) preprečiti, da vloži predlog za sprejetje predhodne odločbe, saj bi to povzročilo poseganje v izključno pristojnost Sodišča Evropske unije, da pravilno in zavezujoče razlaga pravo Unije, s čimer bi se spodkopala enotna uporaba in učinkovito pravno varstvo pravic, ki jih imajo posamezniki v skladu s pravom Unije.

89. Na začetku je mogoče pripomniti, da Corte di Cassazione (kasacijsko sodišče) v uvodnem delu predloga za sprejetje predhodne odločbe postavi dodatno vprašanje v zvezi z drugim vprašanjem, ki se ne pojavi v besedilu na koncu postavljenega vprašanja. Pravzaprav je iz točke 50 predloga za sprejetje predhodne odločbe jasno, da Corte suprema di cassazione (vrhovno kasacijsko sodišče) poleg uradno postavljenega vprašanja dvomi tudi o pristopu, po katerem ni moglo neposredno predložiti predloga za sprejetje predhodne odločbe.

90. Glede na to, da to vprašanje ni vključeno v na koncu predloženo vprašanje, bom kratek. Poleg tega se mi zdi, da je odgovor na to vprašanje jasen. V skladu z ustaljeno sodno prakso člen 267 PDEU nacionalnim sodiščem daje najširšo diskrecijsko pravico glede predložitve vprašanja

Sodišču, če ugotovijo, da se v zadevi, o kateri odločajo, pokažejo vprašanja, ki terjajo razlago določb prava Unije in ki so nujna za rešitev spora, o katerem odločajo.[49] Posledično, če je bila zadeva veljavno predložena Corte suprema di cassazione (vrhovno kasacijsko sodišče), nacionalna postopkovna pravila ne smejo posegati v pristojnost in obveznosti, ki jih ima nacionalno sodišče na podlagi člena 267 PDEU.[50]

91. Glede na to v zvezi z drugim izrecno predloženim vprašanjem ne menim, da je treba nacionalna postopkovna pravila, kakršno je sporno pravilo, ki kasacijsko pritožbo omejuje na zadeve, ki se nanašajo na sodno pristojnost, da bi bila združljiva s pravom Unije, nujno razlagati tako, da dopuščajo kasacijsko pritožbo, kadar sodišče prve stopnje ali sodišče, zoper odločitev katerega po nacionalnem pravu ni pravnega sredstva, ne postavi vprašanja Sodišču.

92. Ker pravo Unije uporabljajo nacionalna sodišča, je prva naloga razlage nujno njihova. Nacionalna sodišča, kot je že navedlo Sodišče, v sodelovanju s Sodiščem izpolnjujejo nalogo, ki jim je skupno dodeljena za zagotavljanje spoštovanja prava pri razlagi in uporabi Pogodb.[51] Iz pravosodnega sistema, uvedenega s Pogodbama –zlasti iz člena 4(3) PEU, člena 19(1) PEU ter člena 267 PDEU, na katerega se sklicuje predložitveno sodišče – izhaja, da Sodišče nima monopola nad razlago prava Unije, ima pa izključno pristojnost, da poda *dokončno* razlago tega prava.[52]

93. Obveznost nacionalnih sodišč, zoper odločitve katerih po nacionalnem pravu ni pravnega sredstva, Sodišču predložiti vprašanje, ki jo določa tretji odstavek člena 267 PDEU, spada v okvir sodelovanja, ki je bilo uvedeno zaradi zagotovitve pravilne uporabe in enotne razlage prava Unije v vseh državah članicah, med nacionalnimi sodišči kot sodišči, ki so zadolžena za uporabo prava Unije, in Sodiščem.[53]

94. Člen 267 PDEU torej omogoča vzpostavitev dialoga med Sodiščem in sodišči držav članic.[54] Kot je bilo v teh sklepnih predlogih že opozorjeno, daje v skladu z ustaljeno sodno prakso ta določba nacionalnim sodiščem najširšo diskrecijsko pravico glede predložitve vprašanja Sodišču, če ugotovijo, da se v zadevi, o kateri odločajo, pojavijo vprašanja glede razlage ali presoje veljavnosti določb prava Unije, ki so nujna za rešitev spora, o katerem odločajo.[55] Poleg tega je

[49] Glej v tem smislu med drugimi sodbe z dne 16. decembra 2008, Cartesio (C-210/06, EU:C:2008:723, točka 88); z dne 15. januarja 2013, Križan in drugi (C-416/10, EU:C:2013:8, točka 64), in z dne 2. marca 2021, A. B. in drugi (Imenovanje sodnikov vrhovnega sodišča – Pravno sredstvo) (C-824/18, EU:C:2021:153, točka 91 in navedena sodna praksa).

[50] Glej v tem smislu sodbo z dne 18. julija 2013, Consiglio Nazionale dei Geologi (C-136/12, EU:C:2013:489, točka 32). Dejstvo, da lahko štejemo, da sta tako Consiglio di Stato (državni svet) kot tudi Corte di Cassazione (kasacijsko sodišče) dolžna Sodišču v skladu s tretjim odstavkom člena 267 PDEU postaviti vprašanje v istem sporu, ni sporno. Nasprotno, če sodišče, kakršno je Consiglio di Stato (državni svet), ne postavi vprašanja Sodišču, mora v tem položaju sodišče, kot so združeni senati Corte di Cassazione (kasacijsko sodišče), samo postaviti vprašanje Sodišču (glej v tem smislu, v okoliščinah, v katerih je verjetno, da sta dve sodišči dolžni postaviti vprašanje Sodišču, sodbo z dne 4. novembra 1997, Parfums Christian Dior, C-337/95, EU:C:1997:517, točka 30).

[51] Glej v tem smislu Mnenje 1/09 (Sporazum o vzpostavitvi enotnega sistema za reševanje patentnih sporov) z dne 8. marca 2011 (EU:C:2011:123, točka 69), in sodbo z dne 27. februarja 2018, Associação Sindical dos Juízes Portugueses (C-64/16, EU:C:2018:117, točka 33).

[52] Glej v tem smislu Mnenje 1/17 z dne 30. aprila 2019 (EU:C:2019:341, točka 111).

[53] Glej v tem smislu sodbi z dne 6. oktobra 1982, Cilfit in drugi (283/81, EU:C:1982:335, točka 7), in z dne 9. septembra 2015, X in van Dijk (C-72/14 in C-197/14, EU:C:2015:564, točka 54).

[54] Glej v tem smislu sodbo z dne 2. marca 2021, A. B. in drugi (Imenovanje sodnikov vrhovnega sodišča – Pravno sredstvo) (C-824/18, EU:C:2021:153, točka 90).

[55] Glej sodno prakso, navedeno v opombi 49.

treba opozoriti, da je v skladu s tretjim odstavkom člena 267 PDEU nacionalno sodišče, zoper odločitev katerega po nacionalnem pravu ni pravnega sredstva, *načeloma* dolžno predložiti zadevo Sodišču, če se pred njim pojavi vprašanje glede razlage prava Unije.[56]

95. V tem posebnem okviru sodelovanja, uvedenem s členom 267 PDEU, pravilo nacionalnega prava nacionalnemu sodišču torej ne sme *preprečiti* uresničevanja te diskrecijske pravice ali izpolnitve te obveznosti.[57] Z drugimi besedami, *minimalna* zahteva je, da ima sodišče, ki mu nacionalni postopkovni sistem podeljuje pristojnost, da odloča o vprašanjih, ki se nanašajo na pravo Unije – kakršni so v tej zadevi na področju javnih naročil Tribunali Amministrativi Regionali (deželna upravna sodišča) in Consiglio di Stato (državni svet) – možnost, če ne obveznost, da vloži predlog za sprejetje predhodne odločbe. Če je to tako, je le nacionalno sodišče, ki odloča o sporu in ki mora prevzeti odgovornost za sodno odločitev, pristojno, da glede na posebnosti zadeve presodi tako potrebo po izdaji predhodne odločbe, da bi lahko izdalo sodbo, kot tudi ustreznost vprašanj, ki jih predloži Sodišču.[58] Kot je pred kratkim pojasnil generalni pravobranilec M. Bobek, logika sodne prakse Sodišča na tem področju torej zgolj zagotavlja, da nacionalna procesna pravila ne preprečujejo postavljanja vprašanj glede prava Unije, kar pomeni, da je mogoče predloge za sprejetje predhodne odločbe vložiti ne glede na fazo postopka.[59]

96. Vendar, kot bo razvidno iz moje analize tretjega vprašanja, ki ga je postavilo Corte suprema di cassazione (vrhovno kasacijsko sodišče), če je jasno, da bi moral Consiglio di Stato (državni svet) postaviti vprašanje Sodišču, če je dvomil o področju uporabe člena 1(1) in (3) Direktive 89/665, kakor ga je že razlagalo Sodišče, je treba poudariti, da kljub temu ni bilo nacionalnega postopkovnega pravila, ki bi mu preprečilo vzpostavitev tega dialoga s Sodiščem.

97. Po mojem mnenju lahko to, da se Sodišču ne predloži vprašanja v predhodno odločanje, pripelje do vsebinske nezakonitosti (zaradi napačne uporabe prava Unije, ki ga je nacionalno sodišče napačno razlagalo) in/ali do postopkovne nezakonitosti (ker sodišče, ki je bilo dolžno predložiti vprašanje Sodišču, tega ni storilo), a se tega ne bi smelo šteti za vprašanje sodne pristojnosti v smislu osmega odstavka člena 111 italijanske ustave. Kot sem navedel na koncu svoje analize prvega vprašanja, predloženega v predhodno odločanje, četudi te rešitve niso optimalne, je treba odgovor na napačno uporabo prava Unije s strani sodišča zadnje stopnje – in naj dodam tu, vključno z obveznostmi v skladu s členom 267 PDEU – najti v drugih postopkovnih oblikah, kakršna je tožba zaradi neizpolnitve obveznosti ali možnost uveljavljanja odgovornosti države članice, da bi se zagotovilo sodno varstvo pravic posameznikov.

98. Glede na odločilno vlogo, ki jo ima sodna veja oblasti pri varstvu pravic, ki jih imajo posamezniki na podlagi pravil prava Unije, bi bil, kot sem že navedel, polni učinek teh pravil ogrožen in bi bilo varstvo pravic, ki jih določajo, oslabljeno, če bi bilo izključeno, da lahko posamezniki pod določenimi pogoji dobijo odškodnino, kadar so kršene njihove pravice zaradi kršitve prava Unije z odločbo sodišča države članice, ki odloča na zadnji stopnji.[60]

[56] Glej v tem smislu sodbo z dne 24. oktobra 2018, XC in drugi (C-234/17, EU:C:2018:853, točka 43). Glej tudi, sicer drugače ubesedeni, sodbi z dne 5. aprila 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199, točka 32), in z dne 2. marca 2021, A. B. in drugi (Imenovanje sodnikov vrhovnega sodišča – Pravno sredstvo) (C-824/18, EU:C:2021:153, točka 92).

[57] Glej v tem smislu sodbi z dne 5. aprila 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199, točki 32 in 33), in z dne 2. marca 2021, A. B. in drugi (Imenovanje sodnikov vrhovnega sodišča – Pravno sredstvo) (C-824/18, EU:C:2021:153, točka 93).

[58] Glej v tem smislu sodbo z dne 9. septembra 2015, X in van Dijk (C-72/14 in C-197/14, EU:C:2015:564, točka 57).

[59] Glej v tem smislu sklepne predloge generalnega pravobranilca M. Bobka v zadevi Consorzio Italian Management in Catania Multiservizi (C-561/19, EU:C:2021:291, točka 27).

[60] Glej v tem smislu sodbi z dne 30. septembra 2003, Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513, točka 33), in z dne 9. septembra 2015, Ferreira da Silva e Brito in drugi (C-160/14, EU:C:2015:565, točka 47).

99. V skladu z vsem navedenim tako menim, da člen 4(3) PEU, člen 19(1) PEU in člen 267 PDEU v povezavi s členom 47 Listine ne nasprotujejo temu, da se pravila v zvezi s kasacijskimi pritožbami iz razlogov, ki se nanašajo na sodno pristojnost, razlagajo in uporabljajo tako, da ni mogoče vložiti kasacijske pritožbe pred združenimi senati Corte suprema di cassazione (vrhovno kasacijsko sodišče) za izpodbijanje sodbe, v kateri Consiglio di Stato (državni svet) neutemeljeno ne predloži Sodišču predloga za sprejetje predhodne odločbe.

C. Tretje vprašanje

100. S tretjim vprašanjem Corte suprema di cassazione (vrhovno kasacijsko sodišče) v bistvu sprašuje, ali je razlago člena 1(1) in (3) in člena 2(1) Direktive 89/665, kakor je bila spremenjena z Direktivo 2007/66, ki izhaja iz sodb Sodišča z dne 4. julija 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), z dne 5. aprila 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199), in z dne 5. septembra 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675), mogoče uporabiti za postopek v glavni stvari.

101. V zvezi s tem je treba opozoriti, da v skladu z ustaljeno sodno prakso Sodišča namen predloga za sprejetje predhodne odločbe ni oblikovanje posvetovalnih mnenj o splošnih ali hipotetičnih vprašanjih, ampak dejanska potreba po učinkoviti rešitvi spora, ki se nanaša na pravo Unije. [61]

102. Vendar, ker sem v zvezi s prvim vprašanjem, predloženim v predhodno odločanje, ugotovil, da omejevanje pristojnosti Corte di cassazione (vrhovno kasacijsko sodišče), kot je določeno v osmem odstavku člena 111 italijanske ustave, kot se razlaga v sodbi št. 6/2018, ni v nasprotju s členom 1(1) in (3) Direktive 89/665 in členom 47 Listine, predložitveno sodišče ne bi smelo biti pristojno, da v postopku v glavni stvari preuči področje uporabe Direktive 89/665. Kljub temu predlagam, da se to vprašanje pretehta, če bi Sodišče odločilo drugače.

103. Naj spomnim, da je družba Randstad v postopku v glavni stvari izpodbijala svojo izključitev iz postopka oddaje javnega naročila ter oddajo naročila drugemu podjetju. Vendar je Consiglio di Stato (državni svet) vsebinsko preučil samo tožbeni razlog, s katerim je družba Randstad oporekala točkovanju tehnične ponudbe – ki ni dosegla „praga za sodelovanje“ – in prednostno preučil nasprotni tožbi javnega naročnika in izbranega ponudnika. Tema nasprotnima tožbama je ugodil, ni pa vsebinsko preučil drugih glavnih tožbenih razlogov, s katerimi se je rezultat postopka oddaje javnega naročila izpodbijal iz drugih razlogov, ki se ne nanašajo na točkovanje tehnične ponudbe.

104. V uvodnih pojasnilih teh sklepnih predlogov sem že navedel sodno prakso Sodišča glede obsega obveznosti zagotoviti revizijski postopek, določene v členu 1(1) in (3) Direktive 89/665, v konkretnih okoliščinah, kjer izbrani ponudnik vloži nasprotno tožbo. Na tej točki je torej mogoče navesti, da je merilo, ki določa obveznost sodišča, da preuči pritožbo pritožnice, to, da ima vsaka stranka v sporu legitimen interes za izključitev ponudbe drugih konkurentov. Ne moremo torej izključiti možnosti, da imajo tudi druge ponudbe, predložene v okviru postopka oddaje javnega naročila, katero od nepravilnosti, ki upravičujejo izključitev ponudbe izbranega ponudnika in ponudnika, ki izpodbija odločitev naročnika o oddaji naročila, kar lahko vodi do tega, da mora naročnik začeti nov postopek. [62]

[61] Glej v tem smislu sodbo z dne 3. oktobra 2019, A in drugi (C-70/18, EU:C:2019:823, točka 73).

[62] Glej v tem smislu sodbi z dne 5. aprila 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199, točka 28), in z dne 5. septembra 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675, točka 27).

105. Sodišče je bilo glede tega še posebej jasno: „dopustnost glavne tožbe ne more biti odvisna od predhodne ugotovitve, da so vse ponudbe, ki so slabše uvrščene kot ponudba ponudnika, ki je vložil navedeno tožbo, prav tako nepravilne, [ali] pogojena s tem, da navedeni ponudnik predloži dokaz o tem, da bo naročnik ponovil postopek oddaje javnega naročila. *Obstoj take možnosti je treba v zvezi s tem šteti za zadosten*“.[63] Ponudniku, čigar ponudbo je javni naročnik v postopku oddaje javnega naročila izločil, se lahko zavrne dostop do revizije, vendar je treba poudariti, da je bila odločitev o izločitvi ponudnika v navedeni zadevi potrjena z odločbo, ki je postala pravnomočna, preden je sodišče, pri katerem je bil vložen zahtevek za revizijo zoper odločitev o oddaji naročila, odločilo, tako da je bilo treba za navedenega ponudnika šteti, da je dokončno izločen iz zadevnega postopka oddaje javnega naročila.[64]

106. Prvič, v postopku v glavni stvari ni sporno, da družba Randstad še ni bila dokončno izključena iz postopka oddaje javnega naročila, ko je vložila pritožbo pri Consiglio di Stato (državni svet). Drugič, iz predloga za sprejetje predhodne odločbe izhaja, da je družba Randstad kot enega od ugovorov za ponovno vključitev v postopek oddaje javnega naročila izpostavila nezakonitost imenovanja in sestave odbora za javna naročila, ki je opravil ekonomsko oceno. Vendar bi te nepravilnosti, če bi se ugotovil njihov obstoj, upravičile izključitev ponudbe izbranega ponudnika in ponudnika, ki izpodbija odločitev naročnika o oddaji naročila, te nepravilnosti pa bi imele tudi druge ponudbe v postopku oddaje javnega naročila, kar bi lahko vodilo do tega, da mora naročnik začeti nov postopek.

107. V teh okoliščinah se mi zdi, da je bilo načelo, uvedeno in potrjeno s sodno prakso, ki jo je navedlo predložitveno sodišče, zagotovo mogoče uporabiti v postopku v glavni stvari. Consiglio di Stato (državni svet) je bil torej dolžan priznati interes družbe Randstad, da na prvi in pritožbeni stopnji izpodbija pravilnost postopka in s tem odločitve za oddajo javnega naročila, oziroma da v primeru dvoma glede tega pri Sodišču vloži predlog za sprejetje predhodne odločbe.

VII. Predlog

108. Glede na navedeno Sodišču predlagam, naj na vprašanja, ki jih je predložilo Corte suprema di cassazione (vrhovno kasacijsko sodišče, Italija), odgovori:

1. Člen 1(1) in (3) Direktive Sveta z dne 21. decembra 1989 o usklajevanju zakonov in drugih predpisov o uporabi revizijskih postopkov oddaje javnih naročil za preskrbo in javnih naročil za gradnje (89/665/EGS), kakor je bila med drugim spremenjena z Direktivo 2007/66/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 11. decembra 2007, v povezavi s členom 47 Listine je treba razlagati tako, da ne nasprotuje pravilu, kakršno je osmi odstavek člena 111 italijanske ustave, kot se razlaga v sodbi št. 6/2018, v skladu s katerim kasacijska pritožba zaradi nepristojnosti ni na voljo za izpodbijanje sodb, v katerih je sodišče druge stopnje uporabilo nacionalne prakse razlaganja, ki pa so v navzkrižju s sodbami Sodišča, v sektorjih, ki jih ureja pravo Unije.

   Rešitev v zvezi z napačno uporabo prava Unije s strani sodišča zadnje stopnje je treba najti v drugih postopkovnih oblikah, kakršna je tožba zaradi neizpolnitve obveznosti v skladu s členom 258 PDEU ali možnost uveljavljanja odgovornosti države članice, da bi zagotovili sodno varstvo pravic, ki jih priznava pravo Unije.

[63] Glej v tem smislu sodbo z dne 5. septembra 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675, točka 29). Moj poudarek.

[64] Glej v tem smislu sodbo z dne 5. septembra 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675, točka 31 in navedena sodna praksa).

2. Člen 4(3) PEU, člen 19(1) PEU in člen 267 PDEU v povezavi s členom 47 Listine ne nasprotujejo temu, da se pravila v zvezi s kasacijskimi pritožbami iz razlogov, ki se nanašajo na sodno pristojnost, razlagajo in uporabljajo tako, da ni mogoče vložiti kasacijske pritožbe pred združenimi senati Corte suprema di cassazione (vrhovno kasacijsko sodišče) za izpodbijanje sodbe, v kateri Consiglio di Stato (državni svet) neutemeljeno ne predloži Sodišču predloga za sprejetje predhodne odločbe.

   Podredno:

3. Razlaga člena 1(1) in (3) in člena 2(1) Direktive 89/665, kakor je bila spremenjena z Direktivo 2007/66, ki izhaja iz sodb Sodišča z dne 4. julija 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), z dne 5. aprila 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199), in z dne 5. septembra 2019, Lombardi (C-333/18, EU:C:2019:675), se uporabi v postopku v glavni stvari, če odločitev o izključitvi neizbranega ponudnika ni bila potrjena z odločbo, ki je postala pravnomočna, ko je sodišče, pri katerem je bil vložen zahtevek za revizijo zoper odločitev o oddaji javnega naročila, odločilo, in če je ta ponudnik navedel tožbeni razlog, ki bi lahko pripeljal do tega, da mora naročnik začeti nov postopek.