

# **orzeczenie z dnia 28 listopada 2018 r. w sprawie C-328/17**

## ***Amt Azienda Trasporti e Mobilità***

WYROK TRYBUNAŁU (trzecia izba)

z dnia 28 listopada 2018 r. (\*)

Odesłanie prejudycjalne – Zamówienia publiczne – Procedury odwoławcze –  
Dyrektywa 89/665/EWG – Artykuł 1 ust. 3 – Dyrektywa 92/13/EWG – Artykuł 1 ust. 3 –  
Uzależnienie prawa do wniesienia środka odwoławczego od uprzedniego złożenia  
oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia

W sprawie C-328/17

mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Tribunale Amministrativo regionale della Liguria (regionalny sąd administracyjny dla Ligurii, Włochy) postanowieniem z dnia 8 lutego 2017 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 31 maja 2017 r., w postępowaniu:

**Amt Azienda Trasporti e Mobilità SpA,**

**Atc Esercizio SpA,**

**Atp Esercizio Srl,**

**Riviera Trasporti SpA,**

**Tpl Linea Srl**

przeciwko

**Atpl Liguria – Agenzia regionale per il trasporto pubblico locale SpA,**

**Regione Liguria,**

TRYBUNAŁ (trzecia izba),

w składzie: M. Vilaras, prezes czwartej izby, pełniący obowiązki prezesa trzeciej izby,  
J. Malenovský, L. Bay Larsen, M. Safjan i D. Šváby (sprawozdawca), sędziowie,

rzecznik generalny: M. Campos Sánchez-Bordona,

sekretarz: R. Schiano, administrator,

uwzględniając procedurę pisemną i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 26 kwietnia 2018 r.,

rozważywszy uwagi przedstawione:

- w imieniu rządu włoskiego przez G. Palmieri, działającą w charakterze pełnomocnika, wspieraną przez C. Colelli, avvocato dello Stato,

- w imieniu rządu czeskiego przez M. Smolka, J. Vláčila i T. Müllera, działających w charakterze pełnomocników,
- w imieniu rządu hiszpańskiego przez M.J. Garcíę-Valdecasas Dorrego, działającą w charakterze pełnomocnika,
- w imieniu Komisji Europejskiej przez G. Gattinarę i P. Ondrůška, działających w charakterze pełnomocników,

po zapoznaniu się z opinią rzecznika generalnego na posiedzeniu w dniu 5 lipca 2018 r.,  
wydaje następujący

## **Wyrok**

- 1 Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni art. 1 ust. 1–3 i art. 2 ust. 1 lit. b) 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 dostawę i roboty budowlane (Dz.U. 1989, L 395, s. 33), zmienionej dyrektywą 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. (Dz.U. 2007, L 335, s. 31) (zwanej dalej „dyrektywą 89/665”).
- 2 Wniosek ten został złożony w sporze Amt Azienda Trasporti e Mobilità SpA, Atc Esercizio SpA, Atp Esercizio Srl, Riviera Trasporti SpA i Tpl Linea Srl (zwanym dalej „Amt i in.”) z Agenzia regionale per il trasporto pubblico locale SpA (regionalną agencją lokalnego transportu publicznego, Włochy, zwaną dalej „agencją”) w przedmiocie decyzji agencji o ogłoszeniu nieformalnego przetargu na usługi transportu publicznego na terytorium Regione per la Liguria (regionu Liguria, Włochy, zwanego dalej „regionem”).

### **Ramy prawne**

#### ***Prawo Unii***

##### *Dyrektywa 89/665*

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

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

[...]

Państwa członkowskie przedsięwzięją niezbędne środki, aby zapewnić – w odniesieniu do zamówień objętych zakresem zastosowania dyrektywy [2004/18] – możliwość skutecznego, a w szczególności możliwie szybkiego odwołania od decyzji podjętych przez instytucje zamawiające, zgodnie z warunkami określonymi w art. 2–2f niniejszej

dyrektywy, z powodu naruszenia przez te decyzje prawa [Unii] w dziedzinie zamówień publicznych lub naruszenia krajowych przepisów transponujących to prawo.

2. 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 [Unii] a pozostałymi przepisami krajowymi.

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

[...]”.

- 4 Artykuł 2 tej dyrektywy, regulujący „[w]ymogi dotyczące procedur odwoławczych”, stanowi w ust. 1:

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

[...]

- b) uchylenia lub doprowadzenia do uchylenia bezprawnych decyzji, 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;

[...]”.

#### *Dyrektywa 92/13*

- 5 Artykuł 1 ust. 3 dyrektywy Rady 92/13/EWG z dnia 25 lutego 1992 r. koordynującej przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz.U. 1992, L 76, s. 14), zmienionej dyrektywą 2007/66 (zwanej dalej „dyrektywą 92/13”), zatytułowany „Zakres zastosowania i dostępność procedur odwoławczych”, stanowi:

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

#### *Dyrektywa 2004/17*

- 6 Artykuł 1 dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz.U. 2004, L 134, s. 1), poświęcony „podstawowym terminom”, stanowił w ust. 3 lit. b):

„»Koncesja na usługi« oznacza umowę tego samego rodzaju jak zamówienie na usługi, z wyjątkiem faktu, że wynagrodzenie za świadczenie usług obejmuje wyłącznie prawo do korzystania z usług, albo takie prawo wraz z płatnością”.

- 7 Artykuł 5 tej dyrektywy, zatytułowany „Usługi transportowe”, stanowił w szczególności w ust. 1:

„Niniejsza dyrektywa dotyczy działalności obejmującej dostawę lub obsługę sieci świadczących usługi dla odbiorców publicznych w obszarze transportu kolejowego, systemów automatycznych, tramwajów, trolejbusów, autobusów lub kolei linowych”.

- 8 Artykuł 18 tej dyrektywy, zatytułowany „Koncesje na roboty budowlane i usługi”, brzmiał następująco:

„Niniejsza dyrektywa nie ma zastosowania do koncesji na roboty budowlane i usługi, które są udzielane przez podmioty zamawiające prowadzące jedną lub kilka działalności wymienionych w art. 3–7, jeżeli wspomniane koncesje przyznawane są w celu prowadzenia tych działalności”.

#### *Rozporządzenie nr 1370/2007*

- 9 Artykuł 5 rozporządzenia (WE) nr 1370/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 października 2007 r. dotyczącego usług publicznych w zakresie kolejowego i drogowego transportu pasażerskiego oraz uchylającego rozporządzenia Rady (EWG) nr 1191/69 i (EWG) nr 1107/70 (Dz.U. 2007, L 315, s. 1), zatytułowany „Udzielanie zamówień prowadzących do zawarcia umów o świadczenie usług publicznych”, brzmi następująco:

„1. Zamówienia prowadzące do zawarcia umów o świadczenie usług publicznych są udzielane zgodnie z zasadami określonymi w niniejszym rozporządzeniu. Jednakże zamówienia prowadzące do zawarcia umów o świadczenie usług publicznych określone w dyrektywach [2004/17] lub [2004/18] w zakresie autobusowego lub tramwajowego transportu pasażerskiego są udzielane zgodnie z procedurami przewidzianymi w tych dyrektywach, o ile zamówienia takie nie są udzielane w formie koncesji na usługi zgodnie z definicją zawartą w tych dyrektywach. W przypadku gdy zamówienia mają zostać udzielone zgodnie z dyrektywami [2004/17] lub [2004/18], przepisy ust. 2–6 niniejszego artykułu nie mają zastosowania.

[...]

7. Państwa członkowskie podejmują niezbędne środki w celu zapewnienia, by decyzje podjęte zgodnie z ust. 2–6 mogły być szybko i skutecznie skontrolowane na żądanie każdej osoby, która jest lub była zainteresowana uzyskaniem danego zamówienia i która doznała szkody lub której grozi szkoda w wyniku zarzucanego naruszenia, ze względu na naruszenie przez takie decyzje prawa wspólnotowego lub przepisów krajowych, które wprowadzają je w życie.

[...]”.

#### ***Prawo włoskie***

- 10 Artykuł 100 codice di procedura civile (kodeksu postępowania cywilnego), w brzmieniu mającym zastosowanie do sporu w postępowaniu głównym, stanowi, że „[a]by wstąpić z powództwem lub je zakwestionować, niezbędne jest posiadanie interesu prawnego”.

- 11 Zgodnie z art. 39 ust. 1 załącznika 1 do decreto legislativo n. 104 – Codice del processo amministrativo (dekretu ustawodawczego nr 104 – kodeks postępowania administracyjnego) z dnia 2 lipca 2010 r. (dodatek zwyczajny do GURI nr 156 z dnia 7 lipca 2010 r.) „[w] sprawach nieuregulowanych w kodeksie mają zastosowanie przepisy kodeksu postępowania cywilnego w zakresie, w jakim są one zgodne z postanowieniami kodeksu lub stanowią zasady ogólne”.
- 12 Artykuł 3 bis decreto-legge n. 138 (dekretu ustawodawczego nr 138) z dnia 13 sierpnia 2011 r. (GURI nr 188 z dnia 13 sierpnia 2011 r.), zmienionego i przekształconego w ustawę nr 148 z dnia 14 września 2011 r. (zwanego dalej „dekretom ustawodawczym nr 138/2011”), stanowi, że co do zasady świadczenie usług publicznych powinno być prowadzone na szczeblu prowincji.
- 13 Na mocy art. 9 ust. 1 i art. 14 ust. 1 Legge regionale n. 33 (Riforma del sistema del trasporto pubblico regionale e locale) [ustawy regionalnej nr 33 (reforma systemu regionalnego i lokalnego transportu publicznego)] z dnia 7 listopada 2013 r. (zwanej dalej „ustawą regionalną nr 33/2013”) zamówienia na usługi transportu publicznego na terytorium regionu należało udzielać w jednej części, dotyczącej całości terytorium regionu, możliwej do rozszerzenia w celu objęcia transportu kolejowego.
- 14 Legge regionale n. 19 Modifiche alla [legge regionale n. 33] (ustawa regionalna nr 19 o zmianie ustawy regionalnej nr 33) z dnia 9 sierpnia 2016 r. (zwana dalej „ustawą regionalną nr 19/2016”), która weszła w życie w dniu 12 sierpnia 2016 r., zmieniła art. 9 i 14 ustawy regionalnej nr 33/2013. Ustawa ta stanowi, że zamówienia na usługi transportu lądowego i morskiego nie powinny być odtąd zlecane w jednej części obejmującej całość terytorium regionu, tylko w czterech częściach dotyczących czterech jednorodnych obszarów terytorialnych.

### **Postępowanie główne i pytanie prejudycjalne**

- 15 Amt i in. wystąpiły do Tribunale amministrativo regionale per la Liguria (regionalnego sądu administracyjnego Ligurii, Włochy) ze skargą o stwierdzenie nieważności szeregu aktów, przy pomocy których agencja przeprowadziła nieformalny przetarg na usługi transportu publicznego na terytorium regionu.
- 16 Spółki te, które wykonywały wówczas usługi lokalnego transportu publicznego na szczeblu prowincji lub niższym, kwestionują same zasady ogłoszenia i prowadzenia przetargu. Ich skarga dotyczy zwłaszcza ogłoszenia, na podstawie którego miano wybrać wykonawców. Agencja określiła w nim, że zamówienie na usługi regionalnego transportu publicznego będzie od tej chwili udzielane w jednej części obejmującej całość terytorium regionu.
- 17 Amt i in. uznały, że żadna z nich nie jest w stanie realizować samodzielnie usług transportu publicznego na szczeblu regionu, więc nie złożyły one ofert. Wystąpiły jednak do sądu odsyłającego, kwestionując decyzję agencji o udzieleniu przez nią, jako instytucję zamawiającą, rozpatrywanego w postępowaniu głównym zamówienia w jednej części obejmującej całość terytorium regionu. Uważają one bowiem, że decyzja ta stanowi naruszenie art. 3 bis dekretu ustawodawczego nr 138/2011, zgodnie z którym co do zasady lokalne usługi publiczne powinny być wykonywane na szczeblu prowincji, a także naruszenie szeregu artykułów włoskiej konstytucji oraz art. 49 i 56 TFUE.
- 18 Na poparcie skargi Amt i in. podnoszą, że wykonawcy kwestionującemu same zasady, na jakich prowadzony jest przetarg, w którym nie wziął on udziału, przysługuje prawo do

wniesienia skargi na podstawie art. 1 ust. 3 i art. 2 ust. 1 lit. b) dyrektywy 89/665, jeżeli w świetle uregulowań dotyczących przetargu jest pewne lub wysoce prawdopodobne, że nie będzie on w stanie uzyskać zamówienia.

- 19 Zdaniem sądu odsyłającego na terytorium, którego zakres jest ustalony na szczeblu prowincji, Amt i in. miałyby duże szanse uzyskania rozpatrywanego zamówienia, gdyż świadczyły one usługi regionalnego transportu publicznego, gdy przed ogłoszeniem przetargu rozpatrywanego w postępowaniu głównym transport ten był zorganizowany na szczeblu prowincji. Natomiast w ogłoszeniu o zamówieniu określono, że przetarg będzie się składał tylko z jednej części, obejmującej całość terytorium regionu, co zredukowało praktycznie do zera prawdopodobieństwo wygrania go przez którąś ze skarżących w postępowaniu głównym.
- 20 Sąd odsyłający uznał w związku z tym, że należy uznać ich prawo do wniesienia skargi, i w postanowieniu nr 95 z dnia 21 stycznia 2016 r. zwrócił się do Corte costituzionale (trybunału konstytucyjnego, Włochy) z pytaniem o konstytucyjność art. 9 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy regionalnej nr 33/2013.
- 21 Jednakże zanim Corte costituzionale (trybunał konstytucyjny) zdążył się wypowiedzieć, region przyjął ustawę regionalną nr 19/2016. Ustawa ta zmieniła przepisy, których konstytucyjność zakwestionowano, i stanowi, że zamówienia na usługi transportu lądowego i morskiego nie będą już musiały być udzielane w jednej części obejmującej całość terytorium regionu, tylko w czterech częściach dotyczących czterech jednorodnych obrębów terytorialnych. Ponadto części, w których będzie się udzielać zamówienia, powinny być tak określone, żeby zagwarantować jak najszerszy udział w przetargu. Zdaniem sądu odsyłającego poprzez przyjęcie ustawy nr 19/2016 regionalny ustawodawca zareagował na zarzuty Amt i in.
- 22 Mimo zmiany art. 9 i 14 ustawy regionalnej nr 33/2013 Corte costituzionale (trybunał konstytucyjny) zbadał konstytucyjność tych przepisów, zgodnie z zasadą tempus regit actum.
- 23 W swoim wyroku nr 245 z dnia 22 listopada 2016 r. orzekł on, że pytania dotyczące konstytucjonalności są niedopuszczalne, stwierdziwszy w szczególności, że „[w] utrwalonym orzecznictwie administracyjnym przyjmuje się, że przedsiębiorca niebiorący udziału w przetargu nie może kwestionować postępowania przetargowego i udzielenia zamówienia innym przedsiębiorcom, gdyż jego sytuacja prawna nie odróżnia się wystarczająco, tylko sprowadza się jedynie do interesu czysto faktycznego [...]”.
- 24 Można jednak odstąpić od tej zasady, gdy wnoszący skargę przedsiębiorca podważa w szczególności zawarte w ogłoszeniu o przetargu warunki powodujące bezpośrednie wykluczenie lub warunki, które nakładają obciążenia wyraźnie niezrozumiałe lub całkowicie nieproporcjonalne, lub uniemożliwiający samo sporządzenie oferty.
- 25 W swoim wyroku nr 245 Corte costituzionale (trybunał konstytucyjny) uznał, że „[a]nalizowany w niniejszej sprawie przypadek nie mieści się wśród tych wyjątków, co wynika z samego uzasadnienia postanowienia odsyłającego, w którym stwierdzono, iż zaskarżone warunki miały wpływ na prawdopodobieństwo uzyskania przez skarżących zamówienia, które to prawdopodobieństwo »zmniejszyło się praktycznie do zera«, podczas gdy w przypadku przetargu na szczeblu prowincji i podzielonym na części skarżący »mieliby bardzo duże prawdopodobieństwo uzyskania zamówienia na usługi, choćby tylko z racji przewagi, jaką dawało wcześniejsze zarządzanie takimi usługami«. Z uzasadnienia tego nie wynika, aby miało miejsce rzeczywiste i skuteczne uniemożliwienie im wzięcia udziału w przetargu, lecz wskazuje ono jedynie na możliwość

wystąpienia potencjalnej szkody, co może podlegać zaskarżeniu wyłącznie przez podmioty, które wzięły udział w przetargu, i dopiero po jego zakończeniu, w razie gdy nie zostanie im udzielone zamówienie”.

- 26 Sąd odsyłający wskazuje, że zgodnie z przyjętą w tym wyroku przez Corte costituzionale (trybunał konstytucyjny) wykładnią proceduralnej przesłanki interesu prawnego skarga wniesiona przez przedsiębiorcę, który nie wziął udziału w przetargu, będzie niedopuszczalna, jeżeli jest bardzo prawdopodobne, lecz nie ma absolutnej pewności, że ze względu na sposób ogłoszenia i organizacji przetargu przez instytucję zamawiającą, a w szczególności podział na części lub mające zastosowanie uregulowania, przedsiębiorca ten nie może uzyskać rozpatrywanego zamówienia. Sąd odsyłający wnioskuje na tej podstawie, że możliwość dostępu do ochrony sądowej jest w ten sposób prawie automatycznie uzależniona od udziału w przetargu, który sam w sobie pociąga za sobą znaczne obciążenia finansowe, nawet w przypadku, gdy przedsiębiorca zamierza podważyć zgodność z prawem samego przetargu ze względu na nadmierne ograniczenie konkurencji.
- 27 Mimo podjęcia przez agencję decyzji o umorzeniu przetargu po wydaniu ustawy nr 19/2016 sąd odsyłający zmierza do uzyskania od Trybunału odpowiedzi na pytanie, czy art. 1 ust. 3 i art. 2 ust. 1 lit. b) dyrektywy 89/665 należy interpretować w ten sposób, że przyznają one w okolicznościach postępowania głównego prawo do wniesienia skargi wykonawcy, który nie złożył oferty, ponieważ było pewne lub bardzo prawdopodobne, że sporne zamówienie nie może mu zostać udzielone.
- 28 Odpowiedź Trybunału będzie miała decydujące znaczenie dla ustalenia dopuszczalności skargi wszczynającej postępowanie główne, a zatem i dla rozstrzygnięcia o kosztach w tym postępowaniu.
- 29 W tych okolicznościach Tribunale amministrativo regionale per la Liguria (regionalny sąd administracyjny Ligurii) postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującym pytaniem prejudycjalnym:
- „Czy art. 1 ust. 1–3 oraz art. 2 ust. 1 lit. b) dyrektywy [89/665] sprzeciwiają się obowiązywaniu przepisów krajowych przyznających możliwość zaskarżenia czynności przetargowych wyłącznie wykonawcom, którzy złożyli wniosek o dopuszczenie do udziału w przetargu, także wówczas, gdy w skardze zakwestionowano same podstawy postępowania przetargowego, w zakresie, w jakim przepisy przetargowe powodują, że nieuzyskanie zamówienia jest wysoce prawdopodobne?”.

### **W przedmiocie pytania prejudycjalnego**

#### ***W przedmiocie dopuszczalności***

- 30 W uwagach na piśmie rządu włoski i hiszpański, jak również Komisja Europejska utrzymywały, że wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym jest niedopuszczalny, ponieważ przedstawione pytanie jest hipotetyczne, gdyż spór w postępowaniu głównym stał się bezprzedmiotowy po tym, jak instytucja zamawiająca wskazała, że przetarg zostanie umorzony. Rząd włoski podnosił także niedopuszczalność wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym na tej podstawie, że wciąż istnieją wątpliwości co do charakteru zamówienia, którego agencja zamierzała udzielić kontrahentowi po przeprowadzeniu przetargu, który ostatecznie nie został rozstrzygnięty.

#### ***W przedmiocie hipotetycznego charakteru pytania prejudycjalnego***

- 31 Należy przypomnieć, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału w ramach przewidzianego art. 267 TFUE podziału funkcji sędziowskich pomiędzy sądami krajowymi a Trybunałem to sąd krajowy, któremu jako jednemu są bezpośrednio znane okoliczności faktyczne zawisłej przed nim sprawy oraz argumenty wysuwane przez strony i który musi przyjąć odpowiedzialność za mające zapaść orzeczenie sądowe, najlepiej może – przy uwzględnieniu szczególnych okoliczności każdej sprawy i z pełną znajomością rzeczy – ocenić zarówno, czy do wydania wyroku jest mu niezbędne uzyskanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, jak i znaczenie dla sprawy przedstawionych Trybunałowi pytań (zob. w szczególności podobnie wyroki: z dnia 22 czerwca 2000 r., *Marca Mode*, C-425/98, EU:C:2000:339, pkt 21; a także z dnia 1 kwietnia 2008 r., *Gouvernement de la Communauté française et gouvernement wallon*, C-212/06, EU:C:2008:178, pkt 28).
- 32 W związku z tym, jeśli postawione pytania dotyczą wykładni prawa Unii, Trybunał jest w zasadzie zobowiązany do wydania orzeczenia (wyrok z dnia 17 kwietnia 2007 r., *AGM-COS.MET*, C-470/03, EU:C:2007:213, pkt 44).
- 33 Z tego wynika, że domniemanie istotnego znaczenia przysługujące pytaniom przedkładanym w trybie prejudycjalnym przez sądy krajowe może zostać obalone jedynie w wyjątkowych przypadkach, w szczególności gdy jest oczywiste, że wykładnia prawa Unii, o którą wnioskowano, nie ma żadnego związku ze stanem faktycznym lub z przedmiotem sporu rozpoznawanego w postępowaniu głównym (zob. w szczególności wyroki: z dnia 15 grudnia 1995 r., *Bosman*, C-415/93, EU:C:1995:463, pkt 61; z dnia 7 września 1999 r., *Beck i Bergdorf*, C-355/97, EU:C:1999:391, pkt 22; z dnia 1 kwietnia 2008 r., *Gouvernement de la Communauté française et gouvernement wallon*, C-212/06, EU:C:2008:178, pkt 29).
- 34 Oddalenie przedłożonego przez sąd krajowy wniosku możliwe jest bowiem wyłącznie wówczas, gdy okaże się, że postępowanie z art. 267 TFUE, wbrew swojemu przedmiotowi, zmierza do uzyskania orzeczenia Trybunału za pomocą sztucznego sporu, lub jeżeli jest oczywiste, że prawo Unii nie może mieć zastosowania, bezpośrednio ani pośrednio, do okoliczności danej sprawy (zob. podobnie wyroki: z dnia 18 października 1990 r., *Dzodzi*, C-297/88 i C-197/89, EU:C:1990:360, pkt 40; z dnia 17 lipca 1997 r., *Leur-Bloem*, C-28/95, EU:C:1997:369, pkt 26).
- 35 W niniejszym przypadku niezaprzeczalnie to, czy skarżące w postępowaniu głównym miały na podstawie prawa Unii prawo do zaskarżenia ogłoszonego przez agencję przetargu, musiało stanowić przesłankę dopuszczalności wniesienia skargi do sądu odsyłającego. Główny przedmiot sporu rzeczywiście zniknął z powodu decyzji agencji o umorzeniu przetargu po tym, jak przyjęto ustawę nr 19/2016.
- 36 Jednakże w odróżnieniu od okoliczności sprawy, w której wydano postanowienie Trybunału z dnia 14 października 2010 r., *Reinke* (C-336/08, niepublikowane, EU:C:2010:604), rozpatrywany w postępowaniu głównym spór nie został rozstrzygnięty co do istoty.
- 37 Choć wreszcie rozpoznanie, czy w okolicznościach postępowania głównego wykonawcom, którzy świadomie zdecydowali się nie startować w przetargu, przysługiwało prawo do wniesienia środka odwoławczego na mocy art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665 lub art. 1 ust. 3 dyrektywy 92/13, ma wyłącznie na celu umożliwienie sądowi odsyłającemu rozstrzygnięcie o kosztach w postępowaniu głównym, niezaprzeczalnie mamy tu do czynienia z pytaniem dotyczącym wykładni prawa Unii, na które Trybunał winien odpowiedzieć, aby zachowana była jednolitość stosowania tegoż prawa.



- 38 W tych okolicznościach należy stwierdzić, że wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym jest dopuszczalny.

*W przedmiocie braku wskazania charakteru zamówienia rozpatrywanego w postępowaniu głównym*

- 39 Rzeczywiście, jak utrzymuje rząd włoski w uwagach na piśmie, postanowienie odsyłające nie pozwala ustalić niezbitcie, czy ogłoszony przez agencję przetarg miał na celu udzielenie koncesji na usługi transportowe czy zamówienia publicznego na usługi. W pierwszym przypadku interes prawny skarżących w postępowaniu głównym należałoby oceniać w świetle art. 5 ust. 7 rozporządzenia (WE) nr 1370/2007, natomiast w drugim należałoby go oceniać w świetle art. 1 ust. 3 dyrektywy 92/13.
- 40 Jednak bez potrzeby podejmowania prób ustalenia charakteru tego zamówienia, co należy z urzędu do sądu odsyłającego, wystarczy stwierdzić, jak uczynił to rzecznik generalny w pkt 63 opinii, że art. 1 ust. 3 dyrektywy 92/13 i art. 5 ust. 7 rozporządzenia nr 1370/2007 ustanawiają systemy środków odwoławczych analogiczne do dyrektywy 89/665, której dotyczy pytanie sądu odsyłającego.
- 41 W tych okolicznościach, skoro prawo do ochrony sądowej jest przedmiotem równoważnej ochrony we wszystkich trzech aktach prawa wtórnego, o których mowa w poprzednim punkcie, odpowiedź Trybunału na zadane mu pytanie nie powinna się różnić w zależności od zakwalifikowania zamówienia rozpatrywanego w postępowaniu głównym.
- 42 Należy zatem również w tym zakresie stwierdzić, że wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym jest dopuszczalny.

#### ***Co do istoty***

- 43 Poprzez swe pytanie sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665 oraz art. 1 ust. 3 dyrektywy 92/13 stoją na przeszkodzie obowiązywaniu przepisów krajowych, takich jak te rozpatrywane w postępowaniu głównym, które nie zezwalają na zaskarżenie przez wykonawców decyzji instytucji zamawiającej dotyczących postępowania przetargowego, w którym postanowili oni nie brać udziału, ponieważ przepisy mające zastosowanie do tego postępowania sprawiały, że udzielenie zamówienia publicznego tym wykonawcom było bardzo mało prawdopodobne.
- 44 Na podstawie art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665 państwa członkowskie muszą zapewnić dostępność określonych w tej dyrektywie procedur odwoławczych „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 prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych lub krajowych przepisów transponujących to prawo (zob. podobnie wyroki: z dnia 12 lutego 2004 r., Grossmann Air Service, C-230/02, EU:C:2004:93, pkt 25; z dnia 5 kwietnia 2016 r., PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, pkt 23).
- 45 Państwa członkowskie nie są więc zmuszone do uczynienia tych procedur dostępnymi dla każdego, kto chce uzyskać zamówienie publiczne, tylko mogą wymagać, by dany podmiot poniósł szkodę lub by groziło mu poniesienie szkody z racji podnoszonego naruszenia (zob. podobnie wyroki: z dnia 19 czerwca 2003 r., Hackermüller, C-249/01, EU:C:2003:359, pkt 18; z dnia 12 lutego 2004 r., Grossmann Air Service, C-230/02, EU:C:2004:93, pkt 26).

- 46    Udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia może co do zasady stanowić w ważny sposób, w świetle art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665, przesłankę, której spełnienie jest wymagane do wykazania, że dany podmiot ma interes w uzyskaniu danego zamówienia lub grozi mu poniesienie szkody z racji podnoszonego niezgodnego z prawem charakteru decyzji o udzieleniu tego zamówienia. W braku złożenia oferty taki podmiot raczej nie może wykazać, że ma interes w zakwestionowaniu tej decyzji lub że poniósł szkodę, lub może ją ponieść z racji udzielenia tego zamówienia (wyrok z dnia 12 lutego 2004 r., Grossmann Air Service, C-230/02, EU:C:2004:93, pkt 27).
- 47    Jednak w sytuacji gdy przedsiębiorca nie złożył oferty ze względu na to, że jego zdaniem w dokumentacji przetargowej lub w specyfikacji warunków zamówienia znajdowały się dyskryminujące go specyfikacje, stanowiące przeszkodę dla tego, by był on w stanie zrealizować wszystkie żądane świadczenia, przesadą byłoby żądać od niego, by – zanim będzie mógł użyć określonych w dyrektywie 89/665 procedur odwoławczych przeciwko takim specyfikacjom – złożył w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia ofertę, choć jego szanse uzyskania zamówienia są zerowe z racji istnienia tych specyfikacji (zob. podobnie wyrok z dnia 12 lutego 2004 r., Grossmann Air Service, C-230/02, EU:C:2004:93, pkt 28, 29).
- 48    W wyroku z dnia 12 lutego 2004 r., Grossmann Air Service (C-230/02, EU:C:2004:93), uznanie, że Grossmann Air Service miał zerowe szanse uzyskania zamówienia, wiązało się z faktem, o którym wspomniano w pkt 17 owego wyroku – że nie miał on dużych samolotów, przez co z definicji nie był w stanie zrealizować całości żądanych przez instytucję zamawiającą świadczeń.
- 49    Płynące z wyroku z dnia 12 lutego 2004 r., Grossmann Air Service (C-230/02, EU:C:2004:93), wnioski mają zastosowanie odpowiednio w niniejszej sprawie.
- 50    Z orzecnictwa Consiglio di Stato (rady stanu, Włochy), jak również z wyroku nr 245/2016 Corte costituzionale (trybunału konstytucyjnego) wynika bowiem, że interes prawny może w drodze wyjątku przysługiwać wykonawcy, który nie złożył oferty, „w przypadku gdy zaskarża się brak przeprowadzenia przetargu albo brak ogłoszenia o zamówieniu, albo zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu warunki o charakterze bezpośrednio wykluczającym, czy też wreszcie – warunki nakładające obciążenia w sposób oczywisty niezrozumiałe lub całkowicie nieproporcjonalne, lub uniemożliwiające samo sporządzenie oferty”.
- 51    Należy zatem stwierdzić, że wymogi wynikające zarówno z art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665, jak i z art. 1 ust. 3 dyrektywy 92/13 są spełnione, jeżeli wykonawca, który nie przedstawił oferty, ma w szczególności prawo do wniesienia skargi, jeśli uzna, że specyfikacje zawarte w dokumentacji przetargowej uniemożliwiają samo sporządzenie oferty.
- 52    Należy jednak przypomnieć, że taka skarga, by nie zagrażać realizacji celów szybkości i skuteczności, o których mowa w dyrektywach 89/665 i 92/13, nie może zostać wniesiona po wydaniu przez instytucję zamawiającą decyzji o udzieleniu zamówienia (zob. podobnie wyrok z dnia 12 lutego 2004 r., Grossmann Air Service, C-230/02, EU:C:2004:93, pkt 37).
- 53    Ponadto skoro prawo do wniesienia skargi może przysługiwać wykonawcy, który nie złożył oferty, jedynie w drodze wyjątku, to nie można uznać za przesadne wymagania, by wykazał on, że warunki przetargu sprawiają, że samo sporządzenie oferty jest niemożliwe.

- 54 Jednak choć wymóg tego rodzaju nie jest jako taki sprzeczny z prawem zamówień publicznych Unii, nie można wykluczyć, że w świetle szczególnych okoliczności sprawy rozpatrywanej w postępowaniu głównym jego stosowanie może oznaczać naruszenie prawa do wniesienia środka odwoławczego, które skarżące w postępowaniu głównym wywodzą zarówno z art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665, jak i z art. 1 ust. 3 dyrektywy 92/13.
- 55 W tym względzie to sąd odsyłający powinien szczegółowo ocenić, biorąc pod uwagę wszystkie istotne elementy charakteryzujące kontekst, w jaki wpisuje się zawisła przed nim sprawa, czy zastosowanie w tym konkretnym przypadku włoskich przepisów dotyczących legitymacji procesowej zgodnie z ich wykładnią dokonaną przez Consiglio di Stato (rady stanu) i Corte costituzionale (trybunału konstytucyjnego) może mieć wpływ na prawo do skutecznej ochrony sądowej skarżących w postępowaniu głównym.
- 56 Jednakże Trybunał, opierając się na informacjach zawartych w aktach, którymi dysponuje, może udzielić sądowi odsyłającemu użytecznych wskazówek w zakresie oceny, której sąd odsyłający będzie musiał dokonać.
- 57 W tym względzie należy przede wszystkim wziąć pod uwagę fakt, że Amt i in. wykonywały usługi regionalnego transportu publicznego, zanim instytucja zamawiająca ogłosiła przetarg, a potem postanowiła go umorzyć. Ponadto ustawa regionalna nr 33/2013 wskazywała, że zamówienie na usługi regionalnego transportu publicznego będzie od tej chwili udzielane w jednej części obejmującej całość terytorium regionu, natomiast art. 3 bis dekretu z mocą ustawy nr 138/2011 stanowi, że co do zasady lokalne usługi publiczne powinny być wykonywane na szczeblu prowincji, sąd odsyłający powinien więc zbadać, czy regionalny ustawodawca przedstawił powody, dla których uznał, że lepiej będzie od tej pory organizować usługi transportowe na szczeblu regionu, a nie na szczeblu prowincji. I wreszcie, zważywszy na przysługującą instytucji zamawiającej swobodę oceny swoich potrzeb, nie można z góry wykluczyć, że decyzja regionu, by zorganizować usługi transportowe na szczeblu regionu, była uzasadniona, bo na przykład była ona zgodna z racjami ekonomicznymi, takimi jak chęć uzyskania oszczędności dzięki efektowi skali.
- 58 W związku z powyższym odpowiedź na przedstawione pytanie powinna brzmieć następująco: zarówno art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665, jak i art. 1 ust. 3 dyrektywy 92/13 należy interpretować w ten sposób, że nie stoją one na przeszkodzie obowiązywaniu przepisów krajowych, takich jak te rozpatrywane w postępowaniu głównym, które nie zezwalają na zaskarżenie przez wykonawców decyzji instytucji zamawiającej dotyczących postępowania przetargowego, w którym postanowili oni nie brać udziału, ponieważ przepisy mające zastosowanie do tego postępowania sprawiały, że udzielenie zamówienia tym wykonawcom było bardzo mało prawdopodobne.

Jednak to właściwy sąd krajowy powinien szczegółowo ocenić, biorąc pod uwagę wszystkie istotne elementy charakteryzujące kontekst, w jaki wpisuje się zawisła przed nim sprawa, czy zastosowanie w tym konkretnym przypadku tych przepisów nie może mieć wpływu na prawo do skutecznej ochrony sądowej zainteresowanych wykonawców.

### **W przedmiocie kosztów**

- 59 Dla stron w postępowaniu głównym niniejsze postępowanie ma charakter incydentalny, dotyczy bowiem kwestii podniesionej przed sądem odsyłającym, do niego zatem należy rozstrzygnięcie o kosztach. Koszty poniesione w związku z przedstawieniem uwag Trybunałowi, inne niż koszty stron w postępowaniu głównym, nie podlegają zwrotowi.

Z powyższych względów Trybunał (trzecia izba) orzeka, co następuje:

**Zarówno art. 1 ust. 3 dyrektywy Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane, zmienionej dyrektywą 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r., jak i art. 1 ust. 3 dyrektywy Rady 92/13/EWG z dnia 25 lutego 1992 r. koordynującej przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji, zmienionej dyrektywą 2007/66, należy interpretować w ten sposób, że nie stoją one na przeszkodzie obowiązywaniu przepisów krajowych, takich jak te rozpatrywane w postępowaniu głównym, które nie zezwalają na zaskarżenie przez wykonawców decyzji instytucji zamawiającej dotyczących postępowania przetargowego, w którym postanowili oni nie brać udziału, ponieważ przepisy mające zastosowanie do tego postępowania sprawiały, że udzielenie tym wykonawcom zamówienia było bardzo mało prawdopodobne.**

Jednak to właściwy sąd krajowy powinien szczegółowo ocenić, biorąc pod uwagę wszystkie istotne elementy charakteryzujące kontekst, w jaki wpisuje się zawisła przed nim sprawa, czy zastosowanie w tym konkretnym przypadku tych przepisów nie może mieć wpływu na prawo do skutecznej ochrony sądowej zainteresowanych wykonawców.

Podpisy

---

\*  
- Język postępowania: włoski.