

orzeczenie z dnia 11 września 2014 r. w sprawie C-19/13 *Fastweb*

WYROK TRYBUNAŁU (piąta izba)

z dnia 11 września 2014 r. (*)

Odesłanie prejudycjalne – Zamówienia publiczne – Dyrektywa 89/665/EWG –
Artykuł 2d ust. 4 – Wykładnia i ważność – Procedury odwoławcze w zakresie
udzielania zamówień publicznych – Nieskuteczność umowy – Wykluczenie

W sprawie C-19/13

mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia
w trybie prejudycjalnym, złożony przez Consiglio di Stato (Włochy) postanowieniem
z dnia 14 grudnia 2012 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 15 stycznia 2013 r.,
w postępowaniu:

Ministero dell'Interno

przeciwko

Fastweb SpA,

przy udziale:

Telecom Italia SpA,

TRYBUNAŁ (piąta izba),

w składzie: T. von Danwitz, prezes izby, E. Juhász, A. Rosas, D. Šváby i C. Vajda
(sprawozdawca), sędziowie,

rzecznik generalny: Y. Bot,

sekretarz: L. Hewlett, główny administrator,

uwzględniając pisemny etap postępowania i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu
20 marca 2014 r.,

rozważywszy uwagi przedstawione:

- w imieniu Fastweb SpA przez P. Stellę Richtera oraz G.L. Tosatę, avvocati,
- w imieniu Telecom Italia SpA przez F. Cardarelliego, F. Lattanziego oraz
F.S. Cantellę, avvocati,
- w imieniu rządu włoskiego przez G. Palmieri, działającą w charakterze
pełnomocnika, wspieraną przez G. Fiengo, avvocato dello Stato,

- w imieniu rządu austriackiego przez M. Fruhmanna, działającego w charakterze pełnomocnika,
- w imieniu rządu polskiego przez B. Majczynę, M. Szwarca oraz E. Gromnicką, działających w charakterze pełnomocników,
- w imieniu Parlamentu Europejskiego przez J. Rodriguesa oraz L. Visaggia, działających w charakterze pełnomocników,
- w imieniu Rady Unii Europejskiej przez P. Mahnič Bruni oraz A. Vitra, działających w charakterze pełnomocników,
- w imieniu Komisji Europejskiej przez L. Pignataro-Nolin oraz A. Tokára, działających w charakterze pełnomocników,

po zapoznaniu się z opinią rzecznika generalnego na posiedzeniu w dniu 10 kwietnia 2014 r.,

wydaje następujący

Wyrok

- 1 Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni art. 2d ust. 4 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. L 395, s. 33), zmienionej dyrektywą 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. (Dz.U. L 335, s. 31) (zwanej dalej „dyrektywą 89/665”).
- 2 Wniosek ten został złożony w ramach sporu pomiędzy Ministero dell’Interno, Dipartimento di Pubblica Sicurezza (ministerstwem spraw wewnętrznych, departamentem bezpieczeństwa publicznego, zwanym dalej „Ministero dell’Interno”) a Fastweb SpA (zwaną dalej „Fastweb”) dotyczącego udzielenia Telecom Italia SpA (zwanej dalej „Telecom Italia”) zamówienia publicznego na dostawę usług komunikacji elektronicznej w ramach procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o tym zamówieniu.

Ramy prawne

Prawo Unii

Dyrektywa 2007/66

- 3 Motywy 3, 13, 14, 21, 26 i 36 dyrektywy 2007/66 stanowią:

„(3) [...] Gwarancje przejrzystości i niedyskryminacji, które miały być zapewnione przez [dyrektywy Rady: 89/665 i 92/13/EWG z dnia 25 lutego 1992 r. koordynującą 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. L 76, s. 14)] powinny zatem zostać wzmocnione, aby

zapewnić całej Wspólnocie możliwość korzystania w pełni z pozytywnych efektów modernizacji i uproszczenia przepisów w sprawie zamówień publicznych, które to efekty osiągnięto dzięki dyrektywom 2004/18/WE [Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. L 134, s. 114)] i 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. L 134, s. 1)]. Należy zatem zmienić dyrektywy [89/665] i [92/13], wprowadzając do nich niezbędne uściślenia umożliwiające osiągnięcie rezultatów oczekiwanych przez władze prawodawcze Wspólnoty.

[...]

- (13) Aby zwalczać bezprawne bezpośrednie udzielanie zamówień, które zostało uznane przez Trybunał Sprawiedliwości za najpoważniejsze naruszenie prawa wspólnotowego w dziedzinie zamówień publicznych ze strony instytucji zamawiającej lub podmiotu zamawiającego, należy przewidzieć skuteczne, proporcjonalne i odstrasżające sankcje. Dlatego umowa zawarta na podstawie bezprawnego bezpośredniego udzielenia zamówienia powinna być z zasady uważana za nieskuteczną. Nieskuteczność nie powinna być automatyczna, lecz powinna być stwierdzona przez niezależny organ odwoławczy lub wynikać z podjętej przez ten organ decyzji.
- (14) Nieskuteczność stanowi najlepszy sposób przywrócenia konkurencji i stworzenia nowych perspektyw handlowych podmiotom gospodarczym, które zostały bezprawnie pozbawione możliwości udziału w procedurze udzielania zamówień. Bezpośrednie udzielanie zamówień powinno w rozumieniu niniejszej dyrektywy obejmować wszystkie przypadki udzielania zamówień bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej* w rozumieniu dyrektywy [2004/18], co odpowiada procedurze bez uprzedniego ogłoszenia w rozumieniu dyrektywy [2004/17].

[...]

- (21) Jeżeli państwa członkowskie ustanawiają przepisy gwarantujące, że umowa zostanie uznana za nieskuteczną, celem tego jest, by prawa i obowiązki stron tej umowy przestały być egzekwowane i wykonywane. Konsekwencje uznania umowy za nieskuteczną powinny być określone w prawie krajowym. Prawo krajowe może zatem na przykład przewidywać wsteczne anulowanie [unieważnienie] wszystkich zobowiązań umownych (ex tunc) lub przeciwnie, ograniczyć zakres anulowania [unieważnienia] do tych zobowiązań, które należałoby jeszcze wykonać (ex nunc). Nie powinno to doprowadzić do braku skutecznych sankcji, jeżeli zobowiązania wynikające z umowy zostały już wykonane w całości lub prawie w całości. W takich przypadkach państwa członkowskie powinny przewidzieć również inne kary uwzględniające zakres, w jakim umowa nadal obowiązuje, zgodnie z prawem krajowym. Analogicznie konsekwencje dotyczące ewentualnego odzyskania wszelkich kwot, które zostały zapłacone, jak również wszelkich innych form możliwej restytucji – w tym restytucji w pieniądzu, w przypadku gdy niemożliwa jest restytucja w naturze – należy określić w prawie krajowym.

[...]

(26) Aby uniknąć braku pewności prawnej, który może wynikać z nieskuteczności, państwa członkowskie powinny przewidzieć wyłączenie możliwości [jakiegokolwiek] stwierdzenia nieskuteczności [także] w przypadkach, gdy instytucja zamawiająca lub podmiot zamawiający uważa, że bezpośrednio udzielenie [jakiegokolwiek] zamówienia bez uprzedniego opublikowania ogłoszenia o zamówieniu w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej* jest dopuszczalne zgodnie z dyrektywami [2004/18] i [2004/17], oraz zastosował minimalny okres zawieszenia typu „standstill” umożliwiający skuteczne odwołanie. Dobrowolna publikacja, która uruchamia [od której liczony jest] okres zawieszenia typu standstill, nie powoduje jakiegokolwiek [żadnego] rozszerzenia zakresu obowiązków wynikających z dyrektywy [2004/18] lub z dyrektywy [2004/17].

[...]

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

Dyrektywa 89/665

4 Motyw trzeci dyrektywy 89/665 ma następujące brzmienie:

„[...] otwarcie rynku zamówień publicznych na konkurencję wspólnotową wymaga zasadniczego wzrostu gwarancji przejrzystości i braku dyskryminacji; dla uzyskania wymiernych efektów należy udostępnić skuteczne i szybkie środki odwoławcze w przypadkach naruszenia prawa Wspólnoty w dziedzinie zamówień publicznych lub też krajowych przepisów wykonujących to prawo”.

5 Zgodnie z art. 1 ust. 1 akapit trzeci dyrektywy 89/665:

„Państwa członkowskie przedsięwzięją [przedsięwzją] 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 wspólnotowego w dziedzinie zamówień publicznych lub naruszenia krajowych przepisów transponujących to prawo”.

6 Artykuł 2 dyrektywy 89/665, zatytułowany „Wymogi dotyczące procedur odwoławczych”, w ust. 1 przewiduje:

„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;

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

7 Artykuł 2 ust. 7 akapit pierwszy dyrektywy 89/665 stanowi:

„Z wyjątkiem przypadków, o których mowa w art. 2d–2f, skutki korzystania z uprawnień, o których mowa w ust. 1 niniejszego artykułu, w odniesieniu do umowy zawartej po udzieleniu zamówienia określane są w prawie krajowym”.

8 Artykuł 2d dyrektywy 89/665, zatytułowany „Nieskuteczność”, stanowi:

„1. Państwa członkowskie zapewniają, aby umowa została uznana za nieskuteczną przez organ odwoławczy niezależny od instytucji zamawiającej lub by jej nieskuteczność wynikała z decyzji takiego organu odwoławczego w następujących przypadkach:

- a) jeżeli instytucja zamawiająca udzieliła zamówienia bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej*, co nie było dopuszczone zgodnie z dyrektywą [2004/18];

[...]

2. Następstwa nieskuteczności umowy zależą od prawa krajowego.

Prawo krajowe może przewidywać wsteczne anulowanie [unieważnienie] wszystkich zobowiązań umownych lub ograniczyć zakres anulowania [unieważnienia] do tych zobowiązań, które należy jeszcze wykonać. W tym drugim przypadku państwa członkowskie przewidują zastosowanie innych sankcji w rozumieniu art. 2e ust. 2.

[...]

4. Państwa członkowskie postanawiają, że ust. 1 lit. a) niniejszego artykułu nie ma zastosowania, jeżeli:

- instytucja zamawiająca uważa, że udzielenie zamówienia bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej* jest dopuszczalne zgodnie z dyrektywą [2004/18],
- instytucja zamawiająca opublikowała w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej* ogłoszenie opisane w art. 3a niniejszej dyrektywy, w którym wyraża zamiar zawarcia umowy, oraz
- umowa nie została zawarta przed upływem co najmniej dziesięciu dni kalendarzowych liczonych od dnia następującego po opublikowaniu ogłoszenia.

[...]”.

9 Zgodnie z art. 3a dyrektywy 89/665, zatytułowanym „Treść ogłoszenia o dobrowolnej przejrzystości ex ante”, ogłoszenie, o którym mowa w art. 2d ust. 4 tiret drugie tej dyrektywy, zawiera nazwę i dane kontaktowe instytucji zamawiającej, opis przedmiotu zamówienia, uzasadnienie decyzji instytucji zamawiającej o udzieleniu zamówienia bez uprzedniego ogłoszenia o zamówieniu, nazwę i dane kontaktowe wykonawcy, na rzecz którego została wydana decyzja o udzieleniu zamówienia i, w stosownych przypadkach, wszelkie inne informacje uznane za przydatne przez instytucję zamawiającą.

Dyrektywa 2004/18

- 10 Artykuł 2 dyrektywy 2004/18, zatytułowany „Zasady udzielania zamówień”, stanowi:
„Instytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty”.
- 11 Zgodnie z art. 31 dyrektywy 2004/18, zatytułowanym „Przypadki uzasadniające zastosowanie procedury negocjacyjnej bez publikacji ogłoszenia o zamówieniu”:
„Instytucje zamawiające mogą udzielać zamówień publicznych w drodze procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu w następujących przypadkach:
- 1) w przypadku zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi:
[...]
 - b) [jeżeli] z przyczyn technicznych bądź artystycznych lub związanych z ochroną praw wyłącznych, zamówienie może zostać udzielone jedynie określoneму wykonawcy;
- [...]”.

Dyrektywa 2009/81

- 12 Artykuł 28 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniającej dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE (Dz.U. L 2016, s. 76), zatytułowany „Przypadki uzasadniające zastosowanie procedury negocjacyjnej bez publikacji ogłoszenia o zamówieniu”, brzmi:
- „W następujących przypadkach instytucje/podmioty zamawiające mogą udzielać zamówień w drodze procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji ogłoszenia, uzasadniając wykorzystanie tej procedury w ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia zgodnie z wymogami art. 30 ust. 3:
1. w przypadku zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi:
[...]
 - e) kiedy, z przyczyn technicznych lub związanych z ochroną praw wyłącznych, zamówienie może zostać udzielone jedynie określoneму wykonawcy;
- [...]”.

- 13 Artykuł 60 tej dyrektywy, zatytułowany „Nieskuteczność umowy”, stanowi:
- „1. Państwa członkowskie zapewniają, aby umowa została uznana za nieskuteczną przez organ odwoławczy niezależny od instytucji/podmiotu zamawiającego lub by jej nieskuteczność wynikała z decyzji takiego organu odwoławczego w następujących przypadkach:

- a) gdy instytucja/podmiot zamawiający udzielił zamówienia bez wcześniejszego opublikowania ogłoszenia w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej*, mimo że zgodnie z niniejszą dyrektywą jest to niedopuszczalne;

[...]

4. Państwa członkowskie postanawiają, że ust. 1 lit. a) nie ma zastosowania, jeżeli:
- instytucja/podmiot zamawiający jest zdania, że zgodnie z niniejszą dyrektywą dopuszczalne jest udzielenie zamówienia bez uprzedniego opublikowania ogłoszenia w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej*,
 - instytucja/podmiot zamawiający opublikował ogłoszenie w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej* zgodnie z art. 64, w którym ogłosił zamiar zawarcia umowy, oraz
 - umowa nie została zawarta przed upływem co najmniej dziesięciu dni kalendarzowych liczonych od dnia następującego po opublikowaniu ogłoszenia.

[...]”.

Prawo włoskie

- 14 Dyrektywa 2007/66 została transponowana do włoskiego porządku prawnego przez decreto legislativo n. 53 z dnia 20 marca 2010 r. (dekret ustawodawczy nr 53/2010), którego treść została następnie włączona do art. 120–125 decreto legislativo n. 104, Codice di procedura amministrativa (dekrety ustawodawczego nr 104 zawierającego kodeks postępowania administracyjnego) z dnia 2 lipca 2010 r. (dodatek zwykły do GURI nr 158, z dnia 7 lipca 2010 r., zwanego dalej „Codice di procedura amministrativa”).
- 15 Z art. 121 Codice di procedura amministrativa wynika, że w przypadku poważnych naruszeń, takich jak niedopuszczalne udzielenie zamówienia w ramach procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o tym zamówieniu, konieczne jest, z zastrzeżeniem odstępstw i swobody oceny przysługującej sądowi administracyjnemu, uznanie za nieskuteczną umowy zawartej w wyniku przeprowadzenia takiej procedury.
- 16 Wśród odstępstw od tej zasady art. 121 ust. 5 Codice di procedura amministrativa, który transponuje art. 2d ust. 4 dyrektywy 89/665, przewiduje, że umowa zachowuje jednak swą skuteczność, w przypadku gdy instytucja zamawiająca w uzasadnionym akcie poprzedzającym wszczęcie procedury udzielenia zamówienia stwierdziła, że procedura negocjacyjna bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu jest dopuszczalna na mocy Codice di procedura amministrativa, opublikowała ogłoszenie o dobrowolnej przejrzystości ex ante i zawarła daną umowę nie wcześniej niż przed upływem dziesięciu dni kalendarzowych liczonych od dnia następującego po opublikowaniu ogłoszenia o dobrowolnej przejrzystości ex ante.
- 17 Zgodnie z art. 122 Codice di procedura amministrativa, dotyczącym innych przypadków naruszeń, sąd krajowy ustala w granicach określonych w tym artykule, czy należy uznać umowę za nieskuteczną.

Postępowanie główne i pytania prejudycjalne

- 18 Z postanowienia odsyłającego wynika, że Ministero dell'Interno zawarło w 2003 r. z Telecom Italia umowę w sprawie zarządzania usługami telekomunikacyjnymi i ich rozbudowy.
- 19 Wobec perspektywy wygaśnięcia tej umowy w dniu 31 grudnia 2011 r. Ministero dell'Interno wyznaczyło w decyzji z dnia 15 grudnia 2011 r. Telecom Italia na swojego dostawcę i partnera technologicznego do celów zarządzania tymi usługami i ich rozbudowy.
- 20 Ministero dell'Interno uznało, że do udzielenia zamówienia dotyczącego usług komunikacji elektronicznej można zastosować procedurę negocjacyjną bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu, przewidzianą w art. 28 ust. 1 lit. e) dyrektywy 2009/81 i art. 57 ust. 2 lit. b) decreto legislativo n. 163 – Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (dekretu ustawodawczego nr 163 zawierającego kodeks zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi, transponującego do prawa krajowego dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE) z dnia 12 kwietnia 2006 r. (dodatek zwykły do GURI nr 100, z dnia 2 maja 2006 r.), zmienionego przez decreto legislativo n. 152 (dekret ustawodawczy nr 152) z dnia 11 września 2008 r. (dodatek zwykły do GURI nr 231, z dnia 2 października 2008 r.) (zwanego dalej „decreto legislativo n. 163/2006”).
- 21 Zgodnie z tym ostatnim przepisem instytucja zamawiająca może udzielić zamówienia, stosując procedurę negocjacyjną bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu, „kiedy, z przyczyn technicznych lub związanych z ochroną praw wyłącznych, zamówienie może zostać udzielone jedynie określonemu wykonawcy”.
- 22 W niniejszej sprawie Ministero dell'Interno uznało, że Telecom Italia jest jedynym wykonawcą, który jest w stanie wykonać rozpatrywane zamówienie z uwagi na występujące przyczyny techniczne oraz ochronę pewnych praw wyłącznych.
- 23 Po uzyskaniu w dniu 20 grudnia 2011 r. od Avvocatura Generale pozytywnej opinii w odniesieniu do zamierzonej procedury, w tym samym dniu Ministero dell'Interno opublikowało w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej* ogłoszenie o zamiarze udzielenia Telecom Italia tego zamówienia.
- 24 W dniu 22 grudnia 2011 r. Ministero dell'Interno wezwało Telecom Italia do udziału w negocjacjach.
- 25 W wyniku negocjacji w dniu 31 grudnia 2011 r. strony podpisały umowę ramową mającą za przedmiot „świadczenie na rzecz departamentu bezpieczeństwa publicznego i korpusu karabinierów usług komunikacji elektronicznej, takich jak usługi telefonii stacjonarnej, komórkowej i przesyłania danych”.
- 26 W dniu 16 lutego 2012 r. w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej* zostało opublikowane ogłoszenie o udzieleniu zamówienia.
- 27 Fastweb wniosła skargę do Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (regionalnego sądu administracyjnego dla Lacjum), żądając uchylecia decyzji o udzieleniu zamówienia i stwierdzenia nieskuteczności zawartej umowy z tego względu, że nie zostały spełnione przesłanki zastosowania procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu przewidziane w art. 28 dyrektywy 2009/81 i art. 57 decreto legislativo n. 163/2006.

- 28 Tribunale amministrativo regionale per il Lazio uwzględnił skargę wniesioną przez Fastweb. Orzekł, że wskazane przez Ministero dell'Interno przyczyny uzasadniające zastosowanie tej procedury nie stanowiły „przyczyn technicznych” w rozumieniu art. 57 ust. 2 lit. b) decreto legislativo n. 163/2006, z uwagi na które zamówienie może zostać udzielone jedynie określonej wykonawcy, lecz raczej względy związane z dogodnością. Uchylając decyzję o udzieleniu zamówienia, Tribunale amministrativo regionale per il Lazio uznał, że na podstawie art. 121 ust. 5 Codice di procedura amministrativa nie było możliwe orzeczenie nieskuteczności umowy zawartej w dniu 31 grudnia 2011 r., ponieważ zostały spełnione przewidziane w tym przepisie przesłanki wykluczające zastosowanie tej zasady. Jednakże na mocy art. 122 tego kodeksu sąd ten stwierdził nieskuteczność umowy ze skutkiem od dnia 31 grudnia 2013 r.
- 29 Ministero dell'Interno oraz Telecom Italia wniosły apelację od tego wyroku do Consiglio di Stato.
- 30 Postanowieniem z dnia 8 stycznia 2013 r. Consiglio di Stato utrzymał w mocy orzeczenie uchylające decyzję o udzieleniu zamówienia, na tej podstawie, że Ministero dell'Interno nie wykazało spełnienia przesłanek zastosowania procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu. Consiglio di Stato uznał bowiem, że z akt sprawy wynika nie tyle obiektywna niemożność udzielenia zamówienia innym wykonawcom, co raczej niedogodność takiego rozwiązania zasadniczo ze względu na to, iż w opinii Ministero dell'Interno wiązało się ono ze zmianami i kosztami oraz wymagało okresu dostosowawczego.
- 31 W tym zakresie Consiglio di Stato zauważa, że dyrektywa 2009/81 zawiera w odniesieniu do procedur odwoławczych system niemalże równoważny systemowi zawartemu w dyrektywie 89/665, niemniej jednak jego uwagi koncentrują się na dyrektywie 89/665.
- 32 Żywiąc jednak wątpliwości co do konsekwencji, jakie należy wyciągnąć z takiego uchylecia w odniesieniu do skuteczności rozpatrywanej umowy w świetle art. 2d ust. 4 dyrektywy 89/665, Consiglio di Stato postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:
- „1) Czy wykładni art. 2d ust. 4 dyrektywy [89/665] należy dokonywać w ten sposób, iż w wypadku gdy instytucja zamawiająca przed udzieleniem zamówienia bezpośrednio określonej wykonawcy wybranemu bez uprzedniego opublikowania ogłoszenia o zamówieniu opublikowała w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej* ogłoszenie o dobrowolnej przejrzystości ex ante i odczekała co najmniej dziesięć dni z zawarciem umowy, sąd krajowy automatycznie – zawsze i w każdym wypadku – nie ma możliwości orzec nieskuteczności umowy, chociażby stwierdził naruszenie przepisów, które w określonych warunkach pozwalają na udzielenie zamówienia bez przeprowadzania przetargu?
- 2) Czy art. 2d ust. 4 dyrektywy [89/665] – rozumiany w ten sposób, że wyklucza możliwość orzeczenia na mocy prawa krajowego (art. 122 [Codice di procedura amministrativa]) nieskuteczności umowy, pomimo stwierdzenia przez sąd naruszenia przepisów pozwalających pod pewnymi warunkami na udzielenie zamówienia bez przeprowadzania przetargu – jest zgodny z zasadami równości stron, niedyskryminacji i ochrony konkurencji oraz zapewnia prawo do skutecznego środka prawnego ustanowione w art. 47 karty [...]?”.

W przedmiocie pytań prejudycjalnych

W przedmiocie pytania pierwszego

- 33 Poprzez pierwsze pytanie sąd odsyłający zmierza w istocie do ustalenia, czy art. 2d ust. 4 dyrektywy 89/665 należy interpretować w ten sposób, że w przypadku gdy zamówienie publiczne zostało udzielone bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu, a przewidziane w dyrektywie 2004/18 przesłanki zastosowania tej procedury nie zostały spełnione, przepis ten wyklucza uznanie tej umowy za nieskuteczną, jeśli instytucja zamawiająca opublikowała w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej* ogłoszenie o przejrzystości ex ante i zachowała przed zawarciem umowy minimalny okres zawieszenia wynoszący dziesięć dni, liczonych od dnia następującego po opublikowaniu tego ogłoszenia.
- 34 Na wstępie należy przypomnieć, że przepisy dyrektywy 89/665, których celem jest ochrona oferentów przed arbitralnością instytucji zamawiającej, służą wzmocnieniu istniejących mechanizmów w celu zapewnienia skutecznego stosowania uregulowań unijnych w zakresie udzielania zamówień publicznych, w szczególności na etapie, na którym naruszenia mogą być jeszcze skorygowane (wyrok Komisja/Austria, C-212/02, EU:C:2004:386, pkt 20 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 35 Poza tym, jak wynika z motywów 3 i 4 dyrektywy 2007/66, jej celem jest wzmocnienie gwarancji przejrzystości i niedyskryminacji, które miały być zapewnione przez dyrektywę 89/665, aby zwiększyć skuteczność procedur odwoławczych wszczynanych w państwach członkowskich przez osoby, które mają interes prawny w uzyskaniu zamówienia publicznego.
- 36 Artykuł 1 ust. 1 akapit trzeci dyrektywy 89/665 nakłada na państwa członkowskie obowiązek podjęcia środków zapewniających możliwość skutecznego, a w szczególności możliwie szybkiego odwołania od decyzji podjętych przez instytucje zamawiające, zgodnie z warunkami określonymi w art. 2–2f wspomnianej dyrektywy.
- 37 W tym celu art. 2 dyrektywy 89/665, zatytułowany „Wymogi dotyczące procedur odwoławczych”, w ust. 1 lit. b) stanowi, że państwa członkowskie są zobowiązane do zapewnienia w ramach procedur odwoławczych prawa do uchylenia lub doprowadzenia do uchylenia bezprawnych decyzji.
- 38 Artykuł 2d ust. 1 lit. a) dyrektywy 89/665 wymaga w tym zakresie, aby organ odwoławczy uznał umowę za nieskuteczną, jeśli instytucja zamawiająca udzieliła zamówienia bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej*, co nie było dopuszczalne zgodnie z dyrektywą 2004/18.
- 39 Jednakże prawodawca Unii przewidział w art. 2d ust. 4 dyrektywy 89/665 wyjątek od tej zasady nieskuteczności umowy. Zgodnie z tym przepisem zasada ta nie znajduje zastosowania, jeśli, po pierwsze, instytucja zamawiająca uważa, że udzielenie zamówienia bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej* jest dopuszczalne zgodnie z dyrektywą 2004/18, po drugie, instytucja zamawiająca opublikowała w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej* ogłoszenie opisane w art. 3a niniejszej dyrektywy, w którym wyraża zamiar zawarcia umowy, oraz po trzecie, umowa nie została zawarta przed upływem co najmniej dziesięciu dni kalendarzowych liczonych od dnia następującego po opublikowaniu tego ogłoszenia.
- 40 Ponieważ art. 2d ust. 4 dyrektywy 89/665 stanowi wyjątek od zasady nieskuteczności umowy w rozumieniu art. 2d ust. 1 wspomnianej dyrektywy, powinien podlegać ścisłej wykładni (zob. analogicznie wyrok Komisja/Niemcy, C-275/08, EU:C:2009:632, pkt 55

i przytoczone tam orzecznictwo). Jednakże wykładnia tego wyjątku powinna być zgodna z celami, jakim on służy. Tym samym owa zasada wykładni ścisłej nie oznacza, że pojęcia użyte w celu opisanie wyjątku, o którym mowa w art. 2d ust. 4 dyrektywy 89/665, powinny być interpretowane w sposób, który czyniłby je bezskutecznymi (zob. analogicznie wyrok *Future Health Technologies*, C-86/09, EU:C:2010:334, pkt 30 i przytoczone tam orzecznictwo).

- 41 Fastweb podnosi, że zgodnie z celami dyrektywy 89/665, a także zasadami dotyczącymi swobody przedsiębiorczości i konkurencji, które prawo Unii w zakresie udzielania zamówień publicznych ma realizować, wyjątek ten ma charakter wyłącznie fakultatywny. W tym względzie Fastweb utrzymuje, że z motywów 20–22 dyrektywy 2007/66 wynika, że art. 2d ust. 4 dyrektywy 89/665 nie wyklucza stosowania surowszych sankcji zgodnie z prawem krajowym, a zatem możliwości zadecydowania przez sąd krajowy, po wyważeniu istniejących interesów ogólnych i indywidualnych, czy należy stwierdzić nieskuteczność umowy.
- 42 W tym zakresie należy podnieść, że na mocy art. 2 ust. 7 dyrektywy 89/665, z wyjątkiem przypadków, o których mowa w art. 2d–2f tej dyrektywy, skutki korzystania z uprawnień, o których mowa w art. 2 ust. 1, w odniesieniu do umowy zawartej po udzieleniu zamówienia określone są w prawie krajowym. Z powyższego wynika, że w przypadku sytuacji, o których mowa w art. 2d wspomnianej dyrektywy, środki, jakie mogą być podjęte w odniesieniu do odwołań od decyzji instytucji zamawiających, są określone wyłącznie zgodnie z zasadami przewidzianymi w tej dyrektywie. W tym zakresie należy podnieść, że zgodnie z art. 2 ust. 7 dyrektywy 89/665 przypadki przewidziane w art. 2d–2f tej dyrektywy nie są objęte zasadą ogólną, na mocy której skutki naruszenia prawa Unii w zakresie udzielenia zamówień publicznych określone są w prawie krajowym. W konsekwencji państwa członkowskie nie są uprawnione do ustanawiania w swym prawie krajowym przepisów dotyczących skutków naruszeń prawa Unii w zakresie udzielenia zamówień publicznych w okolicznościach takich jak przewidziane w art. 2d ust. 4 tej dyrektywy.
- 43 Nawet jeśli z motywów 13 i 14 dyrektywy 2007/66 wynika, że bezprawne bezpośrednie udzielanie zamówień stanowi najpoważniejsze naruszenie prawa Unii w zakresie zamówień publicznych, w przypadku którego należy przewidzieć co do zasady jako sankcję nieskuteczność umowy, motyw 26 tej dyrektywy podkreśla konieczność uniknięcia braku pewności prawa, który może wyniknąć z tej nieskuteczności w przypadku art. 2d ust. 4 dyrektywy 89/665.
- 44 Jak podniósł rzecznik generalny w pkt 57 opinii, poprzez wprowadzenie w art. 2d ust. 4 dyrektywy 89/665 tego wyjątku od zasady nieskuteczności umowy prawodawca Unii zmierza do pogodzenia różnych interesów, mianowicie interesów przedsiębiorstwa, które doznało uszczerbku i które musi mieć możliwość wprowadzenia środka tymczasowego przed podpisaniem umowy i unieważnienia bezprawnie zawartej umowy, a także interesów instytucji zamawiającej i wybranego przedsiębiorstwa, których ochrona wymaga uniknięcia niepewności prawnej mogącej wyniknąć z nieskuteczności umowy.
- 45 W świetle powyższych rozważań należy stwierdzić, że byłoby sprzeczne zarówno z treścią, jak i celem art. 2d ust. 4 dyrektywy 89/665 umożliwienie sądom krajowym orzeczenia, że umowa jest nieskuteczna w przypadku, gdy spełnione są trzy przesłanki określone w tym przepisie.
- 46 Jednakże aby osiągnąć cele określone w art. 1 ust. 1 akapit trzeci dyrektywy 89/665, a w szczególności ustanowienie skutecznych środków odwoławczych od decyzji

wydanych przez instytucje zamawiające z naruszeniem prawa zamówień publicznych, organ odwoławczy musi przeprowadzać rzeczywistą kontrolę, kiedy bada, czy spełnione są przesłanki, o których mowa w art. 2d ust. 4 dyrektywy 89/665.

- 47 W szczególności przesłanka przewidziana we wspomnianym art. 2d ust. 4 tiret pierwsze dotyczy faktu, że instytucja zamawiająca uważa, iż udzielenie zamówienia bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej* jest dopuszczalne zgodnie z dyrektywą 2004/18. Poza tym przesłanka znajdująca się w art. 2d ust. 4 tiret drugie dyrektywy 89/665 przewiduje, że instytucja zamawiająca opublikowała w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej* ogłoszenie opisane w art. 3a wspomnianej dyrektywy, w którym wyraża zamiar zawarcia umowy. Zgodnie ze wspomnianym art. 3a lit. c) ogłoszenie powinno zawierać uzasadnienie decyzji instytucji zamawiającej o udzieleniu zamówienia bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu.
- 48 W tym zakresie ze wspomnianego uzasadnienia powinny wynikać w sposób wyraźny i jednoznaczny przyczyny, w oparciu o które instytucja zamawiająca uznała, że może udzielić zamówienia bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu, aby umożliwić zainteresowanym podmiotom podjęcie z pełną znajomością rzeczy decyzji, czy użyteczne będzie wniesienie odwołania do organu odwoławczego, a organowi odwoławczemu przeprowadzenie rzeczywistej kontroli.
- 49 Jak wynika z postanowienia odsyłającego, w sprawie w postępowaniu głównym instytucja zamawiająca zastosowała procedurę negocjacyjną bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu, opierając się na art. 31 ust. 1 lit. b) dyrektywy 2004/18. W tym zakresie należy przypomnieć, że procedurę negocjacyjną można zastosować tylko w okolicznościach wymienionych w sposób wyczerpujący w art. 30 i 31 dyrektywy 2004/18 oraz że w stosunku do procedur otwartej i ograniczonej procedura negocjacyjna posiada charakter wyjątkowy (wyrok Komisji/Belgia, C-292/07, EU:C:2009:246, pkt 106 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 50 W ramach przeprowadzanej kontroli organ odwoławczy jest zobowiązany ocenić, czy instytucja zamawiająca, podejmując decyzję o zastosowaniu procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu, działała z należytą starannością i czy mogła uznać, że rzeczywiście spełnione są przesłanki ustanowione w art. 31 ust. 1 lit. b) dyrektywy 2004/18.
- 51 W tym zakresie organ odwoławczy musi uwzględnić między innymi okoliczności i przyczyny wymienione w art. 2d ust. 4 tiret drugie dyrektywy 89/665, w oparciu o które instytucja zamawiająca zastosowała procedurę negocjacyjną przewidzianą w art. 31 dyrektywy 2004/18.
- 52 Jeśli w wyniku kontroli organ odwoławczy stwierdzi, że przesłanki przewidziane w art. 2d ust. 4 dyrektywy 89/665 nie są spełnione, ma on obowiązek uznania umowy za nieskuteczną zgodnie z zasadą przewidzianą w art. 2d ust. 1 lit. a) tej dyrektywy. Określa on konsekwencje uznania umowy za nieskuteczną na mocy art. 2d ust. 2 dyrektywy 89/665 zgodnie z prawem krajowym.
- 53 Natomiast jeśli wspomniany organ stwierdzi, że przesłanki te są spełnione, jest on wówczas zobowiązany do utrzymania w mocy skutków umowy zgodnie z art. 2d ust. 4 dyrektywy 89/665.
- 54 Na pierwsze pytanie należy zatem odpowiedzieć, że art. 2d ust. 4 dyrektywy 89/665 należy interpretować z ten sposób, że w przypadku gdy zamówienie publiczne zostało

udzielone bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej*, co nie było dopuszczalne zgodnie z dyrektywą 2004/18, przepis ten wyklucza uznanie tego zamówienia za nieskuteczne, jeśli zostały spełnione przesłanki przewidziane w tym przepisie, czego ocena należy do sądu odsyłającego.

W przedmiocie pytania drugiego

- 55 Poprzez drugie pytanie sąd odsyłający zmierza w istocie do ustalenia, na wypadek udzielenia odpowiedzi twierdzącej na pytanie pierwsze, czy art. 2d ust. 4 dyrektywy 89/665 jest ważny w świetle zasady niedyskryminacji i prawa do skutecznego środka prawnego w rozumieniu art. 47 karty.
- 56 W tym względzie Fastweb utrzymuje, że opublikowanie ogłoszenia o dobrowolnej przejrzystości *ex ante* w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej* oraz zachowanie wynoszącego co najmniej dziesięć dni minimalnego okresu zawieszenia pomiędzy tą publikacją a zawarciem umowy nie zapewnia przestrzegania zasady skutecznej ochrony sądowej. Taka publikacja nie gwarantuje bowiem, że potencjalni konkurenci zostaną poinformowani o udzieleniu zamówienia określonemu wykonawcy, w szczególności jeśli publikacja następuje w okresie ograniczenia lub przerwania działalności.
- 57 W odniesieniu do podstawowego prawa do skutecznej ochrony sądowej art. 47 akapit pierwszy karty przewiduje, że każdy, czyje prawa i wolności zagwarantowane przez prawo Unii zostały naruszone, ma prawo do skutecznego środka prawnego przed sądem, zgodnie z warunkami przewidzianymi w tym artykule.
- 58 Z utrwalonego orzecznictwa wynika, że zgodne z podstawowym prawem do skutecznej ochrony sądowej jest ustalenie rozsądnych terminów wniesienia skargi pod rygorem prekluzji, w interesie pewności prawa, które chroni jednocześnie jednostkę, jak i dany organ. Terminy takie nie powinny czynić praktycznie niemożliwym lub nadmiernie utrudnionym wykonywania praw nadanych w porządku prawnym Unii (zob. podobnie wyrok Pelati, C-603/10, EU:C:2012:639, pkt 30 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 59 Poza tym przepisy dyrektywy 89/665, których celem jest ochrona oferentów przed arbitralnością instytucji zamawiającej, służą wzmocnieniu istniejących mechanizmów w celu zapewnienia skutecznego stosowania uregulowań unijnych w zakresie udzielania zamówień publicznych, w szczególności na etapie, na którym naruszenia mogą być jeszcze skorygowane. Ochrona taka jest nieskuteczna, jeżeli zainteresowany nie może powołać się na te uregulowania wobec instytucji zamawiającej (zob. podobnie wyrok Komisja/Niemcy, EU:C:2004:386, pkt 20).
- 60 A zatem skuteczna ochrona sądowa wymaga, aby zainteresowani byli poinformowani o decyzji o udzieleniu zamówienia na pewien czas przed zawarciem umowy, by mieli rzeczywistą możliwość wniesienia odwołania, w tym między innymi wniosku o zastosowanie środków tymczasowych do momentu zawarcia wspomnianej umowy (zob. podobnie wyroki: Komisja/Hiszpania, C-444/06, EU:C:2008:190, pkt 38, 39; a także Komisja/Irlandia, C-456/08, EU:C:2010:46, pkt 33).
- 61 Artykuł 2d ust. 4 tiret drugie dyrektywy 89/665, przewidując opublikowanie w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej* ogłoszenia opisanego w art. 3a dyrektywy 89/665, wyrażającego zamiar zawarcia umowy, gwarantuje przejrzystość udzielenia zamówienia. Celem tego przepisu jest zapewnienie, aby wszyscy potencjalnie zainteresowani kandydaci mieli możliwość zapoznania się z decyzją instytucji

zamawiającej o udzieleniu zamówienia bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu. Poza tym zgodnie z tiret trzecim tego przepisu instytucja zamawiająca jest zobowiązana do przestrzegania dziesięciodniowego terminu zawieszenia. Tak więc zainteresowani są w stanie podważyć przed sądem udzielenie zamówienia przed zawarciem umowy.

- 62 Poza tym należy także podkreślić, że nawet jeśli upłynie przewidziany w art. 2d ust. 4 dyrektywy 89/665 wynoszący co najmniej dziesięć dni termin zawieszenia, podmioty, które doznały uszczerbku, mogą wnieść skargę odszkodowawczą na mocy art. 2 ust. 1 lit. c) dyrektywy 89/665.
- 63 W tym względzie, jak wynika z pkt 44 niniejszego wyroku, należy uwzględnić fakt, że poprzez wyjątek przewidziany w art. 2d ust. 4 dyrektywy 89/665 prawodawca Unii zmierza do pogodzenia różnych interesów, a mianowicie interesów przedsiębiorstwa, które doznało uszczerbku, umożliwiając mu wprowadzenie środka tymczasowego przed podpisaniem umowy i uzyskanie unieważnienia bezprawnie zawartej umowy, a także interesów instytucji zamawiającej i wybranego przedsiębiorstwa poprzez ograniczenie niepewności prawnej mogącej wyniknąć z nieskuteczności umowy.
- 64 W świetle powyższych rozważań należy stwierdzić, że art. 2d ust. 4 dyrektywy 89/665, w zakresie, w jakim przewiduje utrzymanie skutków umowy, nie jest sprzeczny z wymogami wynikającymi z art. 47 karty.
- 65 Podobnie jest w przypadku zasady niedyskryminacji, która w dziedzinie zamówień publicznych dąży do zapewnienia osiągnięcia tych samych celów, polegających na zapewnieniu między innymi swobody świadczenia usług i otwarcia na niezakłóconą konkurencję we wszystkich państwach członkowskich (zob. w szczególności wyroki: Wall, C-91/08, EU:C:2010:182, pkt 48; Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, pkt 28). Jak już bowiem stwierdzono w pkt 61 niniejszego wyroku, celem art. 2d ust. 4 tiret drugie dyrektywy 89/665 jest zapewnienie, aby wszyscy potencjalnie zainteresowani kandydaci mieli możliwość zapoznania się z decyzją instytucji zamawiającej o udzieleniu zamówienia bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu, a co za tym idzie, wniesienia odwołania od takiej decyzji mającego na celu przeprowadzenie kontroli jej zgodności z prawem.
- 66 Mając na względzie powyższe uwagi, na pytanie drugie należy odpowiedzieć, że jego analiza nie ujawniła żadnej okoliczności, która mogłaby mieć wpływ na ważność art. 2d ust. 4 dyrektywy 89/665.

W przedmiocie kosztów

- 67 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 (piąta izba) orzeka, co następuje:

- 1) Artykuł 2d ust. 4 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., należy interpretować z ten sposób, że w przypadku gdy zamówienie publiczne zostało udzielone bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej*, co nie było dopuszczalne zgodnie z dyrektywą 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, przepis ten wyklucza uznanie tego zamówienia za nieskuteczne, jeśli w rzeczywistości zostały spełnione przesłanki przewidziane w tym przepisie, czego ocena należy do sądu odsyłającego.

- 2) Analiza drugiego pytania nie ujawniła żadnej okoliczności, która mogłaby mieć wpływ na ważność art. 2d ust. 4 dyrektywy 89/665, zmienionej dyrektywą 2007/66.

Podpisy

* Język postępowania: włoski.