



Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
YVES'A BOTA
przedstawiona w dniu 10 kwietnia 2014 r.¹

Sprawa C-19/13

Ministero dell'Interno
przeciwko
Fastweb SpA
[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym

złożony przez Consiglio di Stato (Włochy)]

Zamówienia publiczne — Dyrektywa 89/665/EWG — Procedura odwoławcza w zakresie udzielania zamówień publicznych — Brak przesłanek wymaganych dla zastosowania procedury negocjacyjnej bez opublikowania ogłoszenia o zamówieniu — Uprawnienia organu odwoławczego do uznania umowy za nieskuteczną — Zakres wyjątku przewidzianego w art. 2d ust. 4 dyrektywy 89/665, zgodnie z którym organ ten winien utrzymać w mocy skutki umowy — Zasada równego traktowania — Prawo do skutecznego środka prawnego

1. W niniejszym wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym sąd odsyłający zwraca się do Trybunału o wyjaśnienie zakresu kompetencji sądu krajowego w odniesieniu do uznania umowy za nieskuteczną lub nałożenia innych kar zgodnie z art. 2d dyrektywy 89/665/EWG² w sytuacji, gdy stwierdzi on, że zamówienie publiczne zostało udzielone z naruszeniem zawartych w dyrektywie 2004/18/WE³ zasad dotyczących ogłaszania i otwarcia zamówień publicznych na konkurencję.

2. Dyrektywa 89/665 ma na celu zapewnienie skutecznego stosowania zasad dotyczących udzielania zamówień publicznych, gwarantując istnienie we wszystkich państwach członkowskich skutecznych i możliwie szybkich procedur odwoławczych⁴. Poprzez zmianę wprowadzoną w dyrektywie 2007/66 prawodawca Unii zmierzał do poprawy skuteczności tych procedur w drodze wzmocnienia gwarancji przejrzystości i niedyskryminacji. W tym celu wprowadził on w art. 2d dyrektywy 89/665 kary, które mają być tak skuteczne i odstrasżające⁵, aby zagwarantować skuteczną ochronę sądową potencjalnych oferentów i podmiotów gospodarczych, które doznały uszczerbku, oraz zwalczać najcięższe naruszenia prawa zamówień publicznych, mianowicie bezpośrednie udzielanie zamówień bez uprzedniej publikacji ogłoszenia.

1 — Język oryginału: francuski.

2 — Dyrektywa Rady 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 (Dz.U. L 395, s. 33 – wyd. spec. w jęz. polskim, rozdz. 6, t. 1, s. 246), zmieniona dyrektywą 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. (Dz.U. L 335, s. 31, zwana dalej „dyrektywą 89/665”).

3 — Dyrektywa 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 – wyd. spec. w jęz. polskim, rozdz. 6, t. 7, s. 132).

4 — Zobacz motyw trzeci oraz art. 1 ust. 1 akapit trzeci dyrektywy 89/665. Zobacz także wyrok Komisja/Niemcy, C-503/04, EU:C:2007:432, pkt 35 i przytoczone tam orzecznictwo.

5 — Zobacz motywy 27 i 28 dyrektywy 2007/66.

3. Zgodnie z art. 2d ust. 1 lit. a) dyrektywy 89/665 państwa członkowskie zapewniają, aby umowa została uznana za nieskuteczną przez organ odwoławczy niezależny od instytucji zamawiającej, 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.

4. Od zasady tej istnieje jednak wyjątek przewidziany w art. 2d ust. 4 dyrektywy 89/665, którego zakres stanowi przedmiot badania w niniejszej sprawie.

5. Przepis ten ma następujące brzmienie:

„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 okresu co najmniej 10 dni kalendarzowych ze skutkiem od dnia następującego po dniu publikacji takiego ogłoszenia”.

6. Zgodnie z art. 3a dyrektywy 89/665 instytucja zamawiająca w swoim ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy wskazuje swoją nazwę i dane kontaktowe. Zobowiązana jest także opisać przedmiot zamówienia oraz uzasadnić swoją decyzję o udzieleniu zamówienia bez uprzedniego ogłoszenia o zamówieniu w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej*. Zobowiązana jest także podać nazwę i dane kontaktowe wykonawcy, na rzecz którego została wydana decyzja o udzieleniu zamówienia, oraz w stosownych przypadkach wszelkie inne informacje uznane przez nią za przydatne w tym celu.

7. Artykuł 2d ust. 4 dyrektywy 89/665 zmierza do ułatwienia stosowania środków odwoławczych przed zawarciem umowy, ponieważ ze względu na publikację ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy⁶ oraz na zawieszenie zawarcia umowy na okres minimum 10 dni, sąd może we właściwym czasie naprawić naruszenie zasad udzielania zamówień publicznych⁷.

8. W swoim odesłaniu prejudycjalnym Consiglio di Stato (naczelny sąd administracyjny) (Włochy) zwraca się do Trybunału z pytaniem o interpretację oraz o ważność tego przepisu w odniesieniu do zasady równego traktowania uznanej w orzecznictwie za podstawową zasadę prawa Unii oraz w odniesieniu do prawa do skutecznego środka prawnego, zawartego w art. 47 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej (zwanej dalej „kartą”).

9. Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym został złożony w ramach sporu pomiędzy Ministero dell’Interno (ministerstwem spraw wewnętrznych) a Fastweb SpA (zwaną dalej „Fastweb”). Przedmiotem tego sporu jest udzielenie Telecom Italia SpA (zwanej dalej „Telecom Italia”) zamówienia publicznego na dostawę usług komunikacji elektronicznej na okres siedmiu lat o wartości 521 500 000 EUR.

10. W niniejszej sprawie bezsporne jest, że Ministero dell’Interno nie przestrzegało zasad dotyczących udzielania zamówień publicznych, udzielając tego zamówienia w procedurze negocjacyjnej bez wcześniejszego opublikowania ogłoszenia o tym zamówieniu w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej*.

6 — Ogłoszenie to jest także nazywane „ogłoszeniem o dobrowolnej przejrzystości ex ante”.

7 — Zobacz motyw 28 dyrektywy 2007/66.

11. Decyzją z dnia 8 stycznia 2013 r. Consiglio di Stato orzekł, że udzielenie tego zamówienia było bezprawne i uchylił je.

12. Consiglio di Stato stwierdził jednak, że Ministero dell'Interno opublikowało w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej* ogłoszenie o swoim zamiarze zawarcia umowy z Telecom Italia, zgodnie z wymogami zawartymi w art. 3a dyrektywy 89/665. Sąd ten uznał również, że organ ów zachował termin minimalnego zawieszenia, wynoszący 10 dni pomiędzy udzieleniem zamówienia a zawarciem umowy. Zgodnie z art. 2d ust. 4 tej dyrektywy sąd krajowy był więc zobowiązany do utrzymania w mocy skutków tej umowy, pomimo jej bezprawności.

13. Sąd odsyłający zastanawiał się w tym kontekście nad zakresem przyznanych sądowi krajowemu kompetencji do stwierdzenia nieskuteczności i do stosowania kar.

14. W konsekwencji 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 określonemu wykonawcy wybranemu bez uprzedniego opublikowania ogłoszenia o zamówieniu, opublikowała w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej* ogłoszenie o 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 nr [89/665] – rozumiany w ten sposób, że wyklucza możliwość orzeczenia na mocy prawa krajowego (art. 122 codice del processo amministrativo [kodeksu postępowania administracyjnego]) 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 [k]arty [...]?”.

15. Swoje uwagi przedstawiły strony w postępowaniu głównym, rządy włoski, austriacki i polski, a także Parlament Europejski, Rada Unii Europejskiej i Komisja Europejska.

16. W niniejszej opinii stoję na stanowisku, że ani cel dyrektywy 89/665, ani treść jej art. 2d nie sprzeciwiają się temu, aby państwo członkowskie przyznało organowi odwoławczemu margines swobody w odniesieniu do oceny zakresu, w jakim umowa zawarta bez wcześniejszej publikacji ogłoszenia o zamówieniu w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej* winna zostać uznana za nieskuteczną, jeżeli organ ten stwierdzi, że pomimo opublikowania ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej* i zachowania terminu zawieszenia wynoszącego minimum 10 dni pomiędzy udzieleniem zamówienia a podpisaniem umowy, instytucja zamawiająca naruszyła w sposób rozmyślny i zamierzony zasady dotyczące ogłaszania i otwarcia zamówień publicznych na konkurencję zawarte w dyrektywie 2004/18.

I – Okoliczności faktyczne sporu w postępowaniu głównym

17. Ministero dell'Interno, departament bezpieczeństwa publicznego, zawarło w 2003 r. z Telecom Italia umowę w sprawie zarządzania usługami telekomunikacyjnymi i ich rozbudowy, której wygaśnięcie przewidziano na dzień 31 grudnia 2011 r.

18. Wobec perspektywy wygaśnięcia tej umowy Ministero dell'Interno wyznaczyło ponownie w decyzji z dnia 15 grudnia 2011 r. Telecom Italia jako swojego dostawcę i partnera technologicznego do celów zarządzania tymi usługami i ich rozbudowy.

19. Ministero dell'Interno uznało, że do udzielenia tego zamówienia można zastosować procedurę negocjacyjną bez wcześniejszej publikacji ogłoszenia o zamówieniu, opierając się na 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/CE⁸ (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., który wprowadza do prawa włoskiego art. 28 ust. 1 lit. e) dyrektywy 2009/81/WE⁹.

20. Zgodnie z tym ostatnim przepisem instytucja zamawiająca może udzielić zamówienia, stosując procedurę negocjacyjną bez wcześniejszej publikacji ogłoszenia o zamówieniu, „kiedy, z przyczyn technicznych lub związanych z ochroną praw wyłącznych zamówienie może zostać udzielone jedynie określonemu wykonawcy”.

21. W niniejszej sprawie Ministero dell'Interno uznało, że Telecom Italia jest jedynym wykonawcą, który jest w stanie wykonać zamówienie na usługi z uwagi na występujące przyczyny techniczne oraz ochronę (pewnych) praw wyłącznych.

22. Decyzja ta została przekazana do Avvocatura Generale dello Stato, która w dniu 20 grudnia 2011 r. wydała przychylną opinię w odniesieniu do legalności zamierzonej procedury.

23. W tym samym dniu Ministero dell'Interno dokonało publikacji w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej* ogłoszenia o zamiarze udzielenia Telecom Italia zamówienia na „świadczenie na rzecz departamentu bezpieczeństwa publicznego i korpusu karabinierów usług komunikacji elektronicznej, takich jak usługi telefonii stacjonarnej, komórkowej i przesyłu danych z zachowaniem wszystkich wymogów tajności i bezpieczeństwa informacji w interesie bezpieczeństwa narodowego”.

24. W dniu 22 grudnia 2011 r. Ministero dell'Interno wydało decyzję administracyjną, w której Telecom Italia zaproszono do uczestnictwa w negocjacjach wyznaczonych na dzień 23 grudnia 2011 r.

25. Strony podpisały umowę ramową na okres siedmiu lat o wartości 521 500 000 EUR w dniu 31 grudnia 2011 r., a więc po upływie dziesięciodniowego terminu liczonego od dnia opublikowania ogłoszenia w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej*.

26. W dniu 16 lutego 2012 r. w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej* zostało opublikowane ogłoszenie o udzieleniu zamówienia.

27. Fastweb wniosła skargę o uchylenie do Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (regionalnego sądu administracyjnego dla Lacjum) będącego organem odwoławczym od decyzji o udzieleniu zamówienia publicznego we Włoszech. Fastweb zażądała uchylenia i stwierdzenia bezskuteczności udzielenia zamówienia, powołując się na niespełnienie przesłanek wszczęcia postępowania negocjacyjnego bez ogłoszenia o zamówieniu, przewidzianych w art. 28 ust. 1 lit. e) dyrektywy 2009/81.

8 — Dodatek zwyczajny do GURI nr 100 z dnia 2 maja 2006 r. Dekret zmieniony dekretem ustawodawczym nr 152 z dnia 11 września 2008 r. (dodatek zwyczajny do GURI nr 231 z dnia 2 października 2008 r., zwany dalej „dekretami ustawodawczymi nr 163/2006”).

9 — Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 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 zmieniająca dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE (Dz.U. L 216, s. 76), zmieniona rozporządzeniem Komisji (UE) nr 1251/2011 z dnia 30 listopada 2011 r. (Dz.U. L 319, s. 43, zwana dalej „dyrektywą 2009/81”). Artykuł 28 ust. 1 lit. e) dyrektywy 2009/81 powtarza w istocie w tych samych słowach treść art. 31 ust. 1 lit. b) dyrektywy 2004/18.

28. Tribunale amministrativo regionale per il Lazio uwzględnił skargę. Orzekł on, że dane i okoliczności wskazane przez Ministero dell'Interno nie stanowiły „przyczyn technicznych” w rozumieniu art. 57 ust. 2 lit. b) dekretu ustawodawczego nr 163/2006, lecz raczej względy związane z dogodnością i trudnościami, które mogłyby wynikać z udzielenia zamówienia na usługi innemu wykonawcy. Tribunale amministrativo regionale per il Lazio po uchyleniu decyzji o udzieleniu zamówienia uznał jednak, że nie było możliwe orzeczenie nieskuteczności umowy ze względu na to, że Ministero dell'Interno dopełniło obowiązku przejrzystości i dochowało minimalnego terminu zawieszenia przewidzianego w art. 121 ust. 5 kodeksu postępowania administracyjnego, transponującego do włoskiego porządku prawnego art. 2d ust. 4 dyrektywy 89/665.

29. Tribunale amministrativo regionale per il Lazio orzekł natomiast, że przepisy te nie sprzeciwiają się stwierdzeniu nieskuteczności tej umowy ze skutkiem od dnia 31 grudnia 2013 r. na podstawie art. 122 kodeksu postępowania administracyjnego.

30. Ministero dell'Interno oraz Telecom Italia wniosły apelację od tego wyroku do Consiglio di Stato.

31. Consiglio di Stato utrzymał w mocy rzucone orzeczenie uchylające udzielenie zamówienia. Sąd ten orzekł także, że instytucja zamawiająca nie wykazała w wystarczającym stopniu spełnienia przesłanek skorzystania z procedury negocjacyjnej bez wcześniejszej publikacji ogłoszenia o zamówieniu. Uznał bowiem w tym względzie, że z ogółu przedstawionych uwag i dokumentów (w tym ze sprawozdania technicznego) wynika nie tyle obiektywna niemożliwość udzielenia zamówienia na te usługi innym wykonawcom, co raczej niedogodność takiego rozwiązania zasadniczo ze względu na to, iż w opinii Ministero dell'Interno wiązałyby się ono ze zmianami, kosztami i wymagałoby czasu na dostosowanie.

32. Consiglio di Stato rozważał natomiast konsekwencje, jakie należy wyciągnąć z takiego uchylecia w odniesieniu do skuteczności rzuconej umowy, biorąc pod uwagę zasady ustanowione przez prawodawcę Unii w art. 2d ust. 4 dyrektywy 89/665.

II – Prawo włoskie

33. Dyrektywa 89/665 została transponowana do włoskiego porządku prawnego dekretem ustawodawczym nr 53 z dnia 20 marca 2010 r., którego treść została następnie włączona do art. 120 i nast. kodeksu postępowania administracyjnego.

34. W drodze art. 121 ust. 1 kodeksu postępowania administracyjnego dokonano transpozycji do włoskiego porządku prawnego art. 2d ust. 1 dyrektywy 89/665. Przewidziano w nim, że sąd uchylający decyzję o ostatecznym udzieleniu zamówienia stwierdza bezskuteczność zamówienia, precyzując w zależności od żądań stron i oceny powagi naruszenia popełnionego przez instytucję zamawiającą oraz okoliczności faktycznych, czy stwierdzenie nieskuteczności ogranicza się do świadczeń pozostających do wykonania w dniu ogłoszenia decyzji, czy ma ono charakter retroaktywny, w następujących przypadkach:

- jeżeli ostateczne udzielenie zamówienia ma miejsce bez wcześniejszego opublikowania ogłoszenia o zamówieniu w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej* i w *Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana*, w wypadku gdy takie ogłoszenie przewidziane zostało w dekrete ustawodawczym nr 163/2006;
- jeżeli ostateczne udzielenie zamówienia następuje w procedurze negocjacyjnej bez opublikowania ogłoszenia albo poprzez oddanie w zarząd bez uzyskania zgody, co skutkuje zaniechaniem opublikowania ogłoszenia w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej* albo w *Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana*, w wypadku gdy to ogłoszenie przewidziane jest w dekrete ustawodawczym nr 163/2006.

35. Transpozycji art. 2d ust. 4 dyrektywy 89/665 dokonano w art. 121 ust. 5 kodeksu postępowania administracyjnego, zgodnie z którym nieskuteczność zamówienia przewidziana w ust. 1 lit. a) i b) tego artykułu 121 nie znajduje zastosowania, w przypadku gdy instytucja zamawiająca:

- w uzasadnionym akcie poprzedzającym wszczęcie procedury udzielenia zamówienia stwierdziła, że procedura bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej* albo w *Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana* jest dozwolona na mocy dekretu ustawodawczego nr 163/2006;
- opublikowała, w odniesieniu do zamówień o zasięgu wspólnotowym oraz nieprzekraczających progu, odpowiednio w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej* i w *Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana* ogłoszenie o dobrowolnej przejrzystości ex ante w rozumieniu art. 79 bis dekretu ustawodawczego nr 163/2006, w którym deklaruje swój zamiar udzielenia zamówienia i;
- zawarła umowę nie wcześniej niż przed upływem 10 dni kalendarzowych od opublikowania ogłoszenia, o którym mowa we wspomnianej lit. b).

36. W art. 122 kodeksu postępowania administracyjnego dodano, że z wyjątkiem przypadków przewidzianych w art. 121 ust. 1 tego kodeksu, sąd uchylający decyzję o ostatecznym udzieleniu zamówienia ustala, czy należy uznać to zamówienie za bezskuteczne ze wskazaniem daty, biorąc pod uwagę w szczególności interesy stron, rzeczywistą możliwość udzielenia skarżącemu zamówienia w obliczu stwierdzonych naruszeń, stanu wykonania umowy i możliwości jej ponownego podjęcia w sytuacji, gdy naruszenie obciążające udzielenie zamówienia nie pociąga za sobą obowiązku ponownego rozpoczęcia procedury i gdy wystąpiono z żądaniem ponownego podjęcia danej umowy.

37. Transpozycji art. 3a dyrektywy 89/665 dotyczącego treści i formy ogłoszenia o dobrowolnej przejrzystości ex ante dokonano w drodze art. 79 bis dekretu ustawodawczego nr 163/2006.

III – Ocena

38. Zdecydowałem się zbadać łącznie dwa pytania zadane przez Consiglio di Stato.

39. W swoich pytaniach sąd ten zwraca się do Trybunału w istocie o wyjaśnienie, czy w myśl art. 2d ust. 4 dyrektywy 89/665 rozpatrywanego w świetle zasady równego traktowania oraz prawa do skutecznego środka prawnego, sąd krajowy jest zobowiązany utrzymać w mocy bez względu na okoliczności skutki umowy zawartej bez wcześniejszego opublikowania ogłoszenia o udzieleniu zamówienia, jeśli instytucja zamawiająca opublikowała ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej* oraz dochowała minimalnego terminu zawieszenia wynoszącego 10 dni pomiędzy udzieleniem zamówienia a podpisaniem umowy, przewidzianego w tym przepisie.

40. Nie sądzę, aby tak było. Jestem bowiem zdania, że art. 2d ust. 4 dyrektywy 89/665 nie może wprowadzać takiego automatyzmu ze względu na ryzyko zaprzepaszczenia skuteczności przepisów przewidzianych przez prawodawcę Unii w ramach dyrektywy 2007/66 oraz naruszenia pewnych zasad podstawowych, które prawodawca ten uznaje na rzecz poszkodowanego podmiotu gospodarczego.

41. Artykuł 2 dyrektywy 2004/18, zatytułowany „Zasady udzielania zamówień” zobowiązuje instytucje zamawiające do równego i niedyskryminacyjnego traktowania oraz do działania w sposób przejrzysty.

42. Trybunał orzekł w tym względzie, że zasada równego traktowania oferentów i kandydatów stanowi zasadę podstawową prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych¹⁰. Poszanowanie tej zasady ma pozwolić na zapewnienie swobody świadczenia usług w Unii Europejskiej oraz ma na celu wspieranie rozwoju niezakłóconej i skutecznej konkurencji pomiędzy podmiotami gospodarczymi we wszystkich państwach członkowskich¹¹. Jak przypomniał Trybunał, sprzeciwia się ona w konsekwencji negocjacji pomiędzy instytucją zamawiającą a oferentem w ramach procedur udzielania zamówienia. Poszanowanie zasady równego traktowania wymaga nie tylko niewystąpienia dyskryminacji ze względu na przynależność państwową, ale jednocześnie zachowania przejrzystości procedury udzielania zamówień publicznych¹². Wspomniana przejrzystość służy zagwarantowaniu wszystkim potencjalnym oferentom odpowiedniego stopnia jawności procedury udzielania zamówienia, umożliwiającego otwarcie na konkurencję i kontrolę bezstronności tej procedury¹³. Zmierza on więc do uniknięcia ryzyka faworyzowania i arbitralności po stronie instytucji zamawiającej w taki sposób, aby oferenci mieli te same szanse przy formułowaniu swoich ofert¹⁴.

43. Obowiązki te ustanawiają na rzecz podmiotów gospodarczych uprawnienia, które powinny podlegać skutecznej ochronie sądowej ze strony sądu krajowego. Sąd krajowy powinien zatem być w stanie zapewnić całkowitą wykonalność swojego orzeczenia oraz mieć możliwość przyjęcia skutecznych, proporcjonalnych i odstrasających sankcji w celu zapewnienia pełnej skuteczności zasad dotyczących udzielania zamówień publicznych.

44. W celu zagwarantowania skutecznego stosowania tych zasad oraz skutecznej ochrony prawnej zainteresowanych oferentów przed ryzykiem faworyzowania i arbitralności instytucji zamawiającej prawodawca Unii zdecydował o wzmocnieniu w dyrektywie 2007/66 skuteczności procedur odwoławczych wszczętych w państwach członkowskich przez osoby zainteresowane uzyskaniem danego zamówienia i poszkodowane przez zarzucane naruszenie¹⁵.

45. Dyrektywa 89/665 ustanawia co do zasady jedynie minimalne warunki, która ma spełniać procedura odwoławcza przewidziana w porządkach prawnych państw członkowskich¹⁶ oraz nie wyklucza, zgodnie z motywem 20 dyrektywy 2007/66, stosowania surowszych sankcji zgodnie z prawem krajowym, z poszanowaniem jednak, w myśl jej motywu 34, zasady niezależności proceduralnej państw członkowskich.

46. Artykuł 1 ust. 1 dyrektywy 89/665 wymaga zatem, aby państwa członkowskie zapewniły każdemu poszkodowanemu podmiotowi gospodarczemu możliwość skutecznego, a w szczególności możliwie szybkiego odwołania od bezprawnych decyzji podjętych przez instytucje zamawiające, zgodnie z warunkami określonymi w art. 2–2f tej dyrektywy¹⁷.

10 — Zobacz moje wywody poświęcone tej zasadzie w pkt 34 i nast. mojej opinii przedstawionej w sprawie Wall (C-91/08, EU:C:2009:659).

11 — Zobacz mianowicie wyrok Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, pkt 28. Zobacz także wyrok Wall (C-91/08, EU:C:2010:182), w którym Trybunał wyjaśnił, że „[art. 43 WE i 49 WE] oraz zasady równego traktowania i niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową, jak również wynikający z nich obowiązek przejrzystości mają bowiem te same cele, co [...] dyrektywa [Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnosząca się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi (Dz.U. L 209, s. 1), zmieniona dyrektywą Komisji 2001/78/WE z dnia 13 września 2001 r. (Dz.U. L 285, s. 1)]; ich celem mianowicie jest swobodny przepływ usług oraz otwarcie państw członkowskich na niezakłóconą konkurencję” (pkt 48).

12 — Zobacz wyroki: Komisja/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, pkt 109 i przytoczone tam orzecznictwo; a także Parking Brixen, C-458/03, EU:C:2005:605, pkt 49 i przytoczone tam orzecznictwo.

13 — Zobacz wyrok Wall, EU:C:2010:182, pkt 36 i przytoczone tam orzecznictwo.

14 — Zobacz wyrok Komisja/Belgia, C-87/94, EU:C:1996:161, pkt 54–56.

15 — Zobacz mianowicie motywy 3 i 4 tej dyrektywy. Zobacz także wyrok Komisja/Austria, C-212/02, EU:C:2004:386, pkt 20–22.

16 — Zobacz wyrok Strabag i in., C-314/09, EU:C:2010:567, pkt 33 i przytoczone tam orzecznictwo.

17 — Zobacz także wyrok GAT, C-315/01, EU:C:2003:360, pkt 44 i przytoczone tam orzecznictwo.

47. W tym celu zgodnie z art. 2 ust. 1 tej dyrektywy te ostatnie zobowiązane są do przyznania organom odwoławczym następujących uprawnień:

- prawo przedsięwzięcia środków tymczasowych w celu naprawy domniemanego naruszenia lub zapobieżenia dalszym szkodom wobec podmiotów, których to dotyczy;
- prawo uchylenia bezprawnych decyzji, oraz
- prawo przyznania odszkodowania podmiotom, które doznały uszczerbku.

48. W art. 2 ust. 7 dyrektywy 89/665 prawodawca Unii uznaje swobodę państw członkowskich do określania w ich prawie krajowym skutków, jakie należy przypisać korzystaniu z tych uprawnień w odniesieniu do danej umowy.

49. Prawodawca Unii wyklucza jednak z zakresu tej swobody przypadki przewidziane w art. 2d–2f tej dyrektywy, a w szczególności przypadki, w których sąd krajowy stwierdził nieskuteczność umowy z powodu naruszenia zasad dotyczących ogłaszania i otwarcia na konkurencję przewidzianych w dyrektywie 2004/18. W tej sytuacji zdecydował się on ograniczyć uprawnienia organu odwoławczego, ustalając wyraźnie skutki, jakie należy przypisać stwierdzeniu nieskuteczności takiej umowy.

50. Artykuł 2d dyrektywy 89/665, zatytułowany „Nieskuteczność”, wymaga zatem w ust. 1 lit. a), aby organ odwoławczy uznał umowę za nieskuteczną, jeżeli instytucja zamawiająca udzieliła zamówienia bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej*, wbrew przepisom dyrektywy 2004/18. Przepis ten jest jasny, a zakres swobody państwom członkowskim właściwie nie przysługuje.

51. Prawodawca Unii uzasadnia to ograniczenie w motywie 13 dyrektywy 2007/66 tym, że bezprawne bezpośrednie udzielanie zamówień zostało uznane przez Trybunał Sprawiedliwości za najpoważniejsze naruszenie prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych¹⁸. Uważa on w konsekwencji, iż należy przewidzieć skuteczne, proporcjonalne i odstraszające kary, co wymaga uznania takiej umowy za nieskuteczną.

52. W tych okolicznościach, jeśli organ odwoławczy stwierdzi, że udzielanie zamówienia w drodze procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu jest bezprawne, winien on uchylić decyzję o udzieleniu zamówienia oraz uznać zamówienie za nieskuteczne w celu przywrócenia konkurencji i stworzenia nowych perspektyw handlowych podmiotom gospodarczym, które doznały uszczerbku¹⁹.

53. Zasada ta została jednak złagodzona w art. 2d ust. 2 dyrektywy 89/665, ponieważ prawodawca Unii przyznał państwom członkowskim margines swobody w odniesieniu do określenia konsekwencji, jakie należy wyciągnąć ze stwierdzenia nieskuteczności zamówienia.

54. Istnieje ponadto wyjątek od tej zasady przewidziany w art. 2d ust. 4 tej dyrektywy, którego treść i zakres podlega interpretacji w niniejszej sprawie.

18 — Zobacz wyrok Stadt Halle i RPL Lochau, C-26/03, EU:C:2005:5, pkt 37.

19 — Motyw 14 dyrektywy 2007/66.

55. Przypominam, że zgodnie z tym przepisem „państwa członkowskie postanawiają, że ust. 1 lit. a) niniejszego artykułu nie ma zastosowania, jeżeli”:

- instytucja zamawiająca uznała, że udzielenie zamówienia bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu jest dopuszczalne zgodnie z dyrektywą 2004/18;
- dochowała ona obowiązku przejrzystości przed zawarciem umowy poprzez opublikowanie w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej* ogłoszenia o dobrowolnej przejrzystości ex ante, oraz
- dochowała minimalnego terminu zawieszenia wynoszącego 10 dni kalendarzowych pomiędzy publikacją w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej* ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy a zawarciem umowy.

56. Kumulatywny charakter tychże przesłanek został potwierdzony na rozprawie przez Parlament i Komisję.

57. Z motywów 13, 14 i 26 dyrektywy 2007/66 jasno wynika, że wprowadzając ten wyjątek od zasady, prawodawca Unii zmierza do pogodzenia różnych interesów, mianowicie interesów przedsiębiorstwa, które doznało uszczerbku, wymagających dla ich realizacji możliwości wprowadzenia środka tymczasowego przed podpisaniem umowy i stwierdzenia nieskuteczności bezprawnie zawartej umowy, a także interesów instytucji zamawiającej i wyłonionego przedsiębiorstwa, których realizacja wymaga uniknięcia niepewności prawnej mogącej wyniknąć z nieskuteczności umowy.

58. W art. 2d ust. 4 dyrektywy 89/665 prawodawca Unii posługuje się zwrotem stanowczym, a w braku jakiegokolwiek innej wskazówki w tekście przepis ten wymaga, aby organ odwoławczy utrzymał w mocy skutki umowy, której nieskuteczność stwierdzono, w celu utrzymania równowagi pomiędzy interesami różnych uczestniczących stron, jeśli spełniona jest każda z trzech przesłanek.

59. Uważam, że wprowadzając do dyrektywy 89/665, w jej pierwotnym brzmieniu, przepis tak specyficzny i szczegółowy, jak art. 2d ust. 4 prawodawca Unii zamierzał ustanowić wspólną i bezwzględnie wiążącą zasadę dla wszystkich państw członkowskich. Przeciwnie do innych przepisów, w których wyraźnie przyznaje państwom członkowskim zadanie określenia w ramach ich autonomii proceduralnej konsekwencji, jakie należy wyciągnąć z unieważnienia umowy i stwierdzenia jej nieskuteczności²⁰, art. 2d ust. 4 dyrektywy 89/665 nie wydaje się zezwalać tym państwom na przyjęcie surowszych sankcji w rozumieniu motywu 20 dyrektywy 2007/66, a w szczególności na stwierdzenie nieskuteczności umowy.

60. Czy jednak oznacza to, co wyraźnie stara się ustalić sąd odsyłający, że „automatycznie – zawsze i w każdym wypadku – nie ma możliwości” orzeczenia przez organ odwoławczy nieskuteczności umowy?

61. Jestem zdania, że margines oceny, którym dysponuje ten organ, zawiera się w kontroli sądowej, którą ma on sprawować w odniesieniu do spełnienia przesłanek przewidzianych w art. 2d ust. 4 dyrektywy 89/665, a w szczególności pierwszej przesłanki.

20 — Zobacz między innymi art. 2d ust. 3 dyrektywy 89/665, który wprowadza ograniczenia zasady ustanowionej w ust. 1 tego artykułu, przewidując, iż „państwa członkowskie mogą postanowić, że organ odwoławczy [...] może nie uznać umowy za nieskuteczną, chociaż zamówienie zostało udzielone bezprawnie [...], jeżeli organ odwoławczy stwierdzi, [...] że nadrzędne przyczyny związane z interesem ogólnym wymagają zachowania skutków umowy w mocy”. Brzmienie tego przepisu jest jasne, prawodawca Unii wyraźnie uznaje uprawnienie dyskrecjonalne sądu krajowego w odniesieniu do określenia najbardziej odpowiedniej sankcji w przypadku wystąpienia nadrzędnych przyczyn związanych z interesem ogólnym.

62. Jeśli bowiem organ ten stwierdzi, że przesłanki przewidziane w tym przepisie są spełnione, jest on wówczas zobowiązany do utrzymania w mocy skutków umowy zgodnie z brzmieniem i celem tego przepisu. Jeśli natomiast w wyniku sądowej kontroli organ odwoławczy stwierdzi, że przesłanki te nie są spełnione, ma on obowiązek stwierdzenia nieskuteczności umowy zgodnie z zasadą przewidzianą w art. 2d ust. 1 lit. a) dyrektywy 89/665, oraz dysponuje w tym względzie swobodą oceny, którą dyrektywa ta przyznaje mu w art. 2d ust. 2.

63. Margines swobody, którym dysponuje organ odwoławczy, zależy więc od wyniku jego kontroli sądowej.

64. Nalegam na znaczenie tej kontroli z dwóch powodów.

65. Pierwszy z nich związany jest z osiągnięciem celów, które prawodawca Unii pragnie realizować poprzez art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665, a w szczególności ustanowienia skutecznych środków zaskarżenia decyzji podjętych przez instytucję zamawiającą z naruszeniem prawa zamówień publicznych.

66. Kontrola sądowa jest niezbędna dla realizacji zasady równego traktowania, jak również wynikającego z niej obowiązku przejrzystości oraz dla nałożenia w razie potrzeby skutecznej i odstraszałającej kary.

67. Kontrola ta jest również niezbędna dla zagwarantowania skuteczności środka prawnego wniesionego przez przedsiębiorstwo, które doznało uszczerbku, zgodnie z art. 47 karty. Przypominam, że zgodnie z motywem 36 dyrektywy 2007/66 prawodawca Unii deklaruje, iż ta „dyrektywa uwzględnia prawa podstawowe i przestrzega zasad uznanych w szczególności w karcie” oraz, że w szczególności zapewnia pełne poszanowanie prawa do skutecznego środka prawnego ustanowionego w art. 47 karty. Tymczasem poszanowanie prawa do skutecznego środka prawnego wymaga, aby sąd krajowy dysponował swobodą oceny w odniesieniu do przestrzegania znajdującego zastosowanie prawa oraz w konkretnym przypadku w odniesieniu do spełnienia warunków przewidzianych w art. 2d ust. 4 dyrektywy 89/665.

68. Drugi powód związany jest ze sformułowaniem, którego prawodawca Unii używa do zredagowania pierwszej przesłanki przewidzianej w art. 2d ust. 4 tiret pierwsze tej dyrektywy.

69. Przypominam, że zgodnie z tym przepisem sąd krajowy jest zobowiązany w istocie do utrzymania w mocy skutków bezprawnie zawartej umowy, jeśli „instytucja zamawiająca *uważa*, że udzielenie zamówienia bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej* jest dopuszczalne zgodnie z dyrektywą 2004/18”²¹.

70. W konsekwencji realizacja powyższych celów wydaje się niezwykle trudna, w wypadku uznania marginesu uprawnień dyskrecyjnych instytucji zamawiającej tak szerokiego, jak ów, którym dysponuje ona w ramach tego przepisu, bez poddania jej jakiegokolwiek kontroli sądowej.

71. W istocie w takiej sytuacji warunek ten jest czysto potestatywny, a ochrona prawna podmiotów gospodarczych, które doznały uszczerbku, jest wadliwa²².

21 — Kursywa moja. Ten sam zwrot znajduje się również w art. 2e ust. 2 wniosku dotyczącego dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady zmieniającej dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych COM(2006) 195 wersja ostateczna, a zwrot podobny zawarty został w pkt 3 uzasadnienia do tego wniosku, który przewiduje, że „jeżeli instytucja zamawiająca *uważa*, że ma prawo udzielić z wolnej ręki zamówienia, [...] powinna ona [...] zawiesić zawarcie umowy na minimalny okres wynoszący 10 dni kalendarzowych, po odpowiednim upublicznieniu uproszczonego ogłoszenia o udzieleniu zamówienia” (kursywa moja).

22 — Warunek jest „potestatywny”, jeśli powstanie lub wykonanie zobowiązania zależy wyłącznie od woli jednego z kontrahentów.

72. Po pierwsze, przyznaje on instytucji zamawiającej, wbrew brzmieniu, kontekstowi i celowi przepisów dyrektywy 89/665, swobodę decyzji o przeprowadzeniu procedury przetargowej, a w konsekwencji o poszanowaniu zasady przejrzystości i niedyskryminacji zawartej w art. 2 dyrektywy 2004/18, gwarantując jej jednocześnie, że umowa zawarta z naruszeniem zasad dotyczących ogłaszania nie zostanie pozbawiona skutku, jeśli opublikowała ona jednak w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej* ogłoszenie wyrażające jej zamiar zawarcia umowy i dochowała minimalnego terminu 10 dni. Wykluczony podmiot gospodarczy będzie w istocie dysponował jedynie możliwością wniesienia powództwa o odszkodowanie, które nie pozwoli na ponowne przeprowadzenie postępowania przetargowego w odniesieniu do bezprawnie udzielonego zamówienia.

73. Stanowi to zatem wyraźny paradoks.

74. Przypominam, że dyrektywa 89/665 zmierza w istocie wyraźnie do wzmocnienia gwarancji przejrzystości i niedyskryminacji w ramach procedury udzielania zamówień publicznych, tak aby zapewnić pełną ochronę prawną podmiotowi gospodarczemu, który doznał uszczerbku²³. Przypominam także, że prawodawca Unii dokonał wzmocnienia w dyrektywie 2007/66 skuteczności procedur odwoławczych właśnie w celu zwalczania bezprawnego bezpośredniego udzielania zamówień publicznych oraz w celu ochrony potencjalnych oferentów przed arbitralnością instytucji zamawiającej²⁴.

75. Po drugie, warunek ten pozwala w tych okolicznościach instytucji zamawiającej na bezpośrednie udzielenie zamówienia niezgodnie z wymogami przewidzianymi w dyrektywie 2004/18, przy zachowaniu minimalnych formalności i narażeniu się na minimalną sankcję w sposób, który umożliwia jej nadużycie przyznaných jej uprawnień.

76. Jak wskazuje Fastweb w swoich uwagach, łatwiej jest udzielić zamówienia publicznego wybranemu przez siebie przedsiębiorstwu niż przeprowadzać zwykły przetarg z poszanowaniem zasad dotyczących ogłaszania i otwarcia na konkurencję wymaganych w dyrektywie 2004/18.

77. Przede wszystkim unika się kalendarza przetargowego i zamówienie publiczne może zostać udzielone szybciej. Niniejsza sprawa doskonale to ilustruje, ponieważ procedura związana z udzieleniem przedmiotowego zamówienia na okres siedem lat o kwocie 521 500 000 EUR, została rozpoczęta w dniu 15 grudnia 2011 r. i zakończona w dniu 31 grudnia 2011 r., a więc piętnaście dni później.

78. Następnie inne są zasady dotyczące ogłaszania. W ramach zwykłej procedury przetargowej instytucja zamawiająca jest w istocie zobowiązana do opublikowania ogłoszenia o zamówieniu oraz do poinformowania każdego oferenta o podjętych decyzjach. Upřednie ogłoszenie i otwarcie na konkurencję są więc sformalizowane. W ramach procedury negocjacyjnej bez publikowania ogłoszenia o zamówieniu na instytucji zamawiającej ciąży jedynie zwykły obowiązek ogłoszenia w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej*, zainteresowane przedsiębiorstwo dysponuje przy tym terminem 10 dni na wniesienie środka odwoławczego przed zawarciem umowy. Oczywiście jest, że takie ogłoszenie nie zapewnia poinformowania zainteresowanego, jakie może zapewnić publikacja ogłoszenia o przetargu w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej* albo indywidualne powiadomienie o przyjętych decyzjach przez instytucję zamawiającą, a w konsekwencji ogranicza procedurę odwoławczą.

79. Jeśli wreszcie udzielenie zamówienia jest bezprawne zwłaszcza z powodu wadliwości procedury przetargowej, umowa może zostać pozbawiona skutku. Natomiast w ramach procedury przewidzianej w art. 2d ust. 4 dyrektywy 89/665 organ odwoławczy zobowiązany jest do utrzymania w mocy skutków umowy zawartej z naruszeniem zasad dotyczących ogłaszania i otwarcia na konkurencję, jeśli

23 — Zobacz motyw trzeci tej dyrektywy.

24 — Zobacz wyrok Komisja/Austria, EU:C:2004:386, pkt 20–22.

instytucja zamawiająca opublikowała ogłoszenie o dobrowolnej przejrzystości ex ante oraz dochowała minimalnego terminu zawieszenia wynoszącego 10 dni pomiędzy tą publikacją a zawarciem umowy. Organ odwoławczy może oczywiście zasądzić od niej odszkodowanie. Jednak otrzymanie odszkodowania nie umożliwi ponownego przeprowadzenia postępowania przetargowego w odniesieniu do bezprawnie udzielonego zamówienia.

80. W konsekwencji wydaje mi się niezbędne, aby w ramach sądowej kontroli przesłanek przewidzianych w art. 2d ust. 4 dyrektywy 89/665 organ odwoławczy ocenił zachowanie instytucji zamawiającej. W moim przekonaniu powinien on w szczególności zbadać, czy przy zawieraniu umowy działała ona w dobrej wierze i z wymaganą starannością oraz czy powody udzielenia przez nią zamówienia w drodze procedury negocjacyjnej bez publikacji ogłoszenia o zamówieniu w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej* są lub były uzasadnione.

81. Podobną opinię wyraziły rządy włoski i polski oraz Rada i Komisja w swoich uwagach²⁵.

82. Nie należy w istocie tracić z oczu okoliczności, że utrzymanie w mocy skutków umowy przewidziane w art. 2d ust. 4 dyrektywy 89/665 opiera się na dobrej wierze instytucji zamawiającej i zmierza do zapewnienia kontrahentom pewności prawa. Prawodawca Unii uznał to wyraźnie w motywie 26 dyrektywy 2007/66, kładąc nacisk na konieczność „unik[nięc]ia braku pewności praw[a], który może wynikać z nieskuteczności” umowy. Trybunał przyznał to ponadto wyraźnie w wyroku w sprawie Komisja przeciwko Niemcom²⁶.

83. Nie może być więc mowy o pewności prawa czy uzasadnionych oczekiwaniach, jeśli instytucja zamawiająca działała w złej wierze przy stosowaniu prawa oraz rozmyślnie i w zamierzony sposób naruszyła zasady udzielania zamówień publicznych.

84. Podczas rozprawy Telecom Italia przedstawiła stanowisko, wedle którego art. 2d ust. 4 tირet pierwszej dyrektywy 89/665 nie wymaga od instytucji zamawiającej działania w dobrej wierze i ze starannością, albowiem jedynym ciężącym na niej obowiązkiem jest obowiązek uzasadnienia. Stanowczo odrzucam tę interpretację, ponieważ dobra wiara organu administracji jest nierozłącznie związana z jego funkcją i stanowi podstawę uzasadnionych oczekiwań, jakie administrowane podmioty muszą mieć możliwość pokładać w jego działaniach. Jest to więc jedna z podstawowych zasad rządzących na co dzień działaniami organu administracji. W konsekwencji wydaje mi się oczywiste, że art. 2d ust. 4 tირet pierwszej rzeczony dyrektywy zakłada dla celów jego stosowania, że instytucja zamawiająca działała w dobrej wierze.

85. Konieczne jest zatem, aby sąd krajowy badał powody, które logicznie i uczciwie mogą skłonić instytucję zamawiającą do uznania, że miała prawo udzielić zamówienia w drodze procedury negocjacyjnej bez opublikowania ogłoszenia o zamówieniu, oraz odróżnił błędy popełnione w dobrej wierze od rozmyślnego naruszenia zasad udzielania zamówień publicznych. Dopiero po przeprowadzeniu tego badania sąd krajowy będzie w stanie określić najbardziej odpowiednią sankcję.

86. Istnieją więc dwie sytuacje.

87. Pierwszą z nich jest sytuacja, w której sąd krajowy uznaje, że naruszenie prawa popełnione przez instytucję zamawiającą jest usprawiedliwione, ponieważ dowiodła ona dobrej wiary. Wówczas to sąd krajowy zobowiązany jest utrzymać w mocy skutki umowy zgodnie z brzmieniem art. 2d ust. 4 dyrektywy 89/665 w celu ochrony zamierzonej równowagi pomiędzy interesami różnych stron.

25 — Zobacz pkt 22 i 27 uwag przedstawionych przez rząd włoski, pkt 12 uwag przedstawionych przez rząd polski oraz pkt 33 uwag przedstawionych przez Radę i pkt 48 uwag przedstawionych przez Komisję.

26 — EU:C:2007:432, pkt 33 i przytoczone tam orzecznictwo. Zobacz także analogicznie wyrok Strabag i in. (EU:C:2010:567), w którym Trybunał wyjaśnił, że terminy te zostały ustanowione, „aby uniknąć w ten sposób sytuacji, w której kandydaci i oferenci mogą w każdej chwili powołać się na naruszenie tych przepisów [dotyczących zamówień publicznych], zmuszając w ten sposób instytucję zamawiającą do powtórzenia całego postępowania w celu naprawienia tych naruszeń” (pkt 37 i przytoczone tam orzecznictwo).

88. W tym zakresie brak jest względów wskazujących, że organ odwoławczy może nałożyć sankcje zastępcze takie jak te, o których mowa w art. 2e ust. 2 omawianej dyrektywy.

89. Po pierwsze, organ odwoławczy może dokonać zastąpienia sankcji jedynie wtedy, gdy istnieje sankcja zastępcza. Innymi słowy, aby organ ten mógł nałożyć sankcję, musi istnieć podstawa prawna dla niej. Tymczasem, jak już wskazano, w sytuacji gdy spełnione są wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 2d ust. 4 dyrektywy 89/665, prawodawca Unii wymaga od wspomnianego organu, aby utrzymał skutki umowy, przez co pozbawia go możliwości nałożenia na instytucję zamawiającą sankcji polegającej na pozbawieniu umowy skuteczności. Brakuje więc „sankcji” w rozumieniu wspomnianej dyrektywy.

90. Po drugie, jeżeli chodzi o sankcje zastępcze, o których mowa w art. 2e dyrektywy 89/665, prawodawca Unii przewiduje wyraźnie sytuacje, w których organ odwoławczy może zastąpić brak skuteczności umowy karą finansową lub skróceniem czasu obowiązywania umowy, a sytuacja, o której mowa w art. 2d ust. 4 rzeczonyj dyrektywy, nie jest wymieniona²⁷.

91. W tych okolicznościach rzeczywiście można zastanawiać się, czy należy rozszerzyć zakres materialny art. 2e dyrektywy 89/665. Nie jestem tego zdania, ponieważ interpretacja taka byłaby niezgodna z samym brzmieniem art. 2 ust. 7 wspomnianej dyrektywy, jak też z zamiarem prawodawcy Unii. W tym drugim przepisie wyłączył on bowiem wyraźnie sytuacje wskazane w rzeczonym art. 2e z zakresu swobody przyznanej państwom członkowskim w celu określenia skutków, jakie powinny wiązać się z wykonywaniem przysługującego im prawa do nakładania sankcji.

92. Drugą z sytuacji jest wypadek, w którym sąd krajowy uzna, że błąd co do prawa jest nieusprawiedliwiony oraz że instytucja zamawiająca rozmyślnie i celowo naruszyła zasady dotyczące uprzedniego ogłaszania i otwarcia na konkurencję. Wówczas takie naruszenie powinno oczywiście zostać ukarane. Nie ma bowiem żadnego wystarczającego uzasadnienia dla utrzymania w mocy skutków umowy, której zawarcie stanowi zgodnie z orzecznictwem Trybunału najcięższe naruszenie prawa zamówień publicznych.

93. W tych warunkach organ odwoławczy jest więc zobowiązany do stwierdzenia nieskuteczności umowy zgodnie z zasadą przewidzianą w art. 2d ust. 1 lit. a) dyrektywy 89/665 oraz do przywrócenia uprawnień podmiotu gospodarczego, który doznał uszczerbku w wyniku bezprawnego działania.

94. W takiej sytuacji nie można pozbawić państw członkowskich możliwości uznania umowy za nieskuteczną, ponieważ w takim wypadku instytucja zamawiająca mogłaby swobodnie naruszać zasady dotyczące ogłaszania i otwarcia na konkurencję przewidziane w prawie, z zastrzeżeniem konieczności wypłaty w razie potrzeby odszkodowania na rzecz podmiotu gospodarczego, który doznał uszczerbku. Taka wykładnia prowadziłaby z pewnością do zaprzepaszczenia celów, do których prawodawca Unii zmierzał, przyjmując dyrektywę 2007/66²⁸.

27 — Chodzi o sytuacje przedstawione poniżej. Pierwszą z nich jest wskazana w art. 1 ust. 5 dyrektywy 89/665 sytuacja, gdy umowa została zawarta, podczas gdy podmiot gospodarczy, który doznał uszczerbku, wniósł odwołanie do instytucji zamawiającej. Drugą jest opisana w art. 2 ust. 3 tej dyrektywy sytuacja, w której instytucja zamawiająca zawarła umowę przed podjęciem przez sąd krajowy decyzji w sprawie wniosku o zastosowanie środków tymczasowych lub o odwołanie. Trzecia sytuacja, której dotyczy art. 2a ust. 2 rzeczonyj dyrektywy, występuje, gdy zawarcie umowy w następstwie decyzji o udzieleniu zamówienia nastąpiło przed upływem okresu co najmniej dziesięciu dni od wysłania zainteresowanym oferentom i kandydatom decyzji o udzieleniu zamówienia. Wreszcie czwartą jest sytuacja, w której umowa została uznana za nieskuteczną ze względów wyraźnie wskazanych w art. 2d ust. 1 tej dyrektywy.

28 — Z utrwalonego orzecznictwa wynika, że dla zapewnienia jednolitej wykładni i stosowania przepisu, którego wersje w różnych językach urzędowych Unii różnią się, przepis ten należy interpretować nie tylko z uwzględnieniem ogólnej systematyki uregulowania, którego jest częścią, ale również z uwzględnieniem celu, do którego zmierza prawodawca Unii (zob. w szczególności wyrok **Endendijk**, C-187/07, EU:C:2008:197, pkt 22 i nast.).

95. Pragnę przypomnieć, że celem jest zapewnienie skutecznej sankcji. Tymczasem w sytuacji, w której instytucja zamawiająca w wyraźny sposób działała z zamiarem obejścia znajdujących zastosowanie przepisów, jedynie nieskuteczność umowy pozwala na zagwarantowanie skutecznej i odstraszej kary.

96. Pragnę przypomnieć także, że celem dyrektywy 89/665 jest zagwarantowanie poszanowania zasady równego traktowania. Jedynie zatem unieważnienie bezprawnie zawartej umowy i pozbawienie jej skuteczności pozwalają na przywrócenie konkurencji na rynku oraz na stworzenie nowych perspektyw handlowych dla podmiotu gospodarczego, który został bezprawnie pozbawiony możliwości uczestniczenia w procedurze udzielania zamówienia.

97. Wobec powyższego należy w tym miejscu uściślić, że organ odwoławczy ma zgodnie z art. 2d ust. 2 dyrektywy 89/665 możliwość oceny zakresu, w jakim umowa powinna zostać pozbawiona skuteczności.

98. Jak już zauważono, przepis ten przyznaje bowiem państwom członkowskim możliwość swobodnego określenia w ich prawie krajowym konsekwencji, jakie należy wyciągnąć ze stwierdzenia nieskuteczności zamówienia. Według prawodawcy Unii państwa członkowskie mogą zatem przyznać organowi odwoławczemu kompetencje do retroaktywnego unieważnienia wszystkich obowiązków umownych albo do ograniczenia zakresu unieważnienia umowy do obowiązków, które pozostają jeszcze do wykonania. Prawodawca Unii uznał jednak za słuszne przyznanie w tym ostatnim przypadku szerokiej swobody oceny organowi odwoławczemu. Odsyła on w istocie wyraźnie do art. 2e ust. 2 dyrektywy 89/665. Zgodnie z tym przepisem państwa członkowskie mogą przyznać temu organowi znaczną swobodę oceny w odniesieniu do badania wszystkich istotnych czynników, włącznie z powagą naruszenia, zachowaniem instytucji zamawiającej i w przypadkach przewidzianych w art. 2d ust. 2 tej dyrektywy zakresem, w jakim umowa powinna nadal wywierać skutki, dla ustalenia w razie potrzeby, czy należy skrócić okres obowiązywania umowy, czy nałożyć kary finansowe.

99. To właśnie z analizy art. 2d ust. 2 dyrektywy 89/665 w związku z jej art. 2e ust. 2 wynika zakres uznania, jakim może dysponować organ odwoławczy, jeśli jest zobowiązany do stwierdzenia nieskuteczności bezprawnie zawartej umowy.

100. Po rozważeniu tych wszystkich elementów, odnoszę wrażenie, że ani cel dyrektywy 89/665, ani brzmienie jej art. 2d nie sprzeciwiają się temu, aby państwo członkowskie przyznało temu organowi swobodę oceny zakresu, w jakim umowa zawarta bez wcześniejszego opublikowania ogłoszenia w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej* winna zostać pozbawiona skuteczności, jeśli stwierdzi on, że pomimo opublikowania w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej* ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy i dochowania minimalnego terminu zawieszenia wynoszącego 10 dni pomiędzy udzieleniem zamówienia a zawarciem umowy instytucja zamawiająca rozmyślnie i w zamierzony sposób naruszyła zasady dotyczące ogłaszania i otwarcia na konkurencję wprowadzone w dyrektywie 2004/18.

101. Wręcz przeciwnie, wydaje mi się, że taka wykładnia jest konieczna w celu zagwarantowania skuteczności dyrektywy 89/665 i zapewnienia ochrony praw podstawowych przyznanych podmiotowi gospodarczemu bezprawnie pozbawionemu możliwości uczestniczenia w procedurze udzielania zamówienia.

102. Uważam więc, że w ramach postępowania głównego do właściwego sądu krajowego należeć będzie dokonanie oceny zasadności powodów, na których Ministero dell'Interno oparło się przy udzielaniu rozpatrywanego zamówienia w drodze procedury negocjacyjnej bez uprzedniego opublikowania ogłoszenia o zamówieniu w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej*.

103. W tym względzie chciałbym poczynić następujące uwagi.

104. Należy przypomnieć, że w niniejszej sprawie Ministero dell'Interno uznało, iż może posłużyć się tą procedurą na podstawie brzmienia art. 57 ust. 2 lit. b) dekretu ustawodawczego nr 163/2006, który dokonuje transpozycji do włoskiego porządku prawnego art. 28 ust. 1 lit. e) dyrektywy 2009/81.

105. Pragnę przypomnieć, że na mocy tego przepisu procedura ta jest dozwolona, „kiedy, z przyczyn technicznych lub związanych z ochroną praw wyłącznych, zamówienie może zostać udzielone jedynie określönemu wykonawcy”.

106. W niniejszej sprawie Ministero dell'Interno uznało, że Telecom Italia była jedynym podmiotem gospodarczym mogącym wykonać zamówienie na usługi z powodów technicznych oraz związanych z ochroną (pewnych) praw wyłącznych.

107. Tribunale amministrativo regionale per il Lazio uznał jednak, że dane i okoliczności podniesione przez Ministero dell'Interno nie stanowiły „przyczyn technicznych” w rozumieniu art. 57 ust. 2 lit. b) dekretu ustawodawczego nr 163/2006, ale oparte były na względach związanych z dogodnością i trudnościami wynikającymi z udzielenia zamówienia innemu podmiotowi gospodarczemu.

108. Consiglio di Stato również orzekł, że instytucja zamawiająca nie wykazała w wymagany przez prawo sposób, iż warunki wymagane dla posłużenia się procedurą negocjacyjną bez opublikowania ogłoszenia o zamówieniu były spełnione. Sąd ten uznał także w tym względzie, że z ogółu przedstawionych uwag i dokumentów, w tym ze sprawozdania technicznego, wynika nie tyle obiektywna niemożliwość udzielenia zamówienia na te usługi innym podmiotom gospodarczym, co raczej niedogodność takiego rozwiązania zasadniczo ze względu na to, iż w opinii Ministero dell'Interno wiązałyby się ono ze zmianami, kosztami i wymagałoby czasu na dostosowanie.

109. Prawdą jest, że w obliczu informacji, jakimi dysponuję, nie wydaje się, aby Ministero dell'Interno powoływało się na szczególne przyczyny techniczne, ani nawet na wymagania odnoszące się do szczególnych cech rozpatrywanych urządzeń wyposażenia, czy wrażliwości zamówienia.

110. Rozumiem, że w dziedzinie bezpieczeństwa i obronności może być uzasadnione, aby określone przepisy prawa zamówień publicznych nie były stosowane, pewne zamówienia są bowiem do tego stopnia wrażliwe, że niewłaściwe byłoby uprzednie ogłaszanie czy otwieranie na konkurencję podmiotów gospodarczych. Jest tak w przypadku zamówień udzielanych przez służby wywiadowcze czy na przykład zamówień przeznaczonych dla działalności kontrwywiadu. Jest tak również w przypadku szczególnie wrażliwych zakupów, wymagających najwyższej tajności, na przykład związanych z walką z terroryzmem czy przeznaczonych specjalnie dla wrażliwej działalności prowadzonej przez służby porządkowe i bezpieczeństwa.

111. W niniejszej sprawie Ministero dell'Interno nie podnosi jednak, jak się wydaje, takich okoliczności. Wyjaśnia ono, że zamówienie dotyczy „świadczenia na rzecz departamentu bezpieczeństwa publicznego i korpusu karabinierów usług komunikacji elektronicznej, takich jak usługi telefonii stacjonarnej, komórkowej i przesyłu danych z zachowaniem wszystkich wymogów tajności i bezpieczeństwa informacji w interesie bezpieczeństwa narodowego”²⁹. W świetle ustaleń poczynionych przez Tribunale amministrativo regionale per il Lazio i Consiglio di Stato, wydaje się jednak, że Ministero dell'Interno nie uzasadniło wrażliwego charakteru tego zamówienia i rozpatrywanych urządzeń, ani nawet nie przywołało szczególnych wymogów związanych przykładowo z bezpieczeństwem informacji albo ochroną informacji poufnych czy tajnych, które mogłyby w istocie wymagać szczególnej ochrony i specjalnej selekcji oferenta w interesie bezpieczeństwa narodowego.

112. Jestem ponadto zdumiony chronologią wydarzeń, a mianowicie szybkością, z jaką zamówienie zostało udzielone. Podzielim w tym względzie zastrzeżenia wyrażone przez Komisję na rozprawie Z akt sprawy wynika bowiem, że Ministero dell'Interno postanowiło odnowić umowę dotyczącą telefonii zawartą w 2003 r. z Telecom Italia jedynie piętnaście dni przed wygaśnięciem wcześniejszej umowy, czyli w dniu 15 grudnia 2011 r. Z akt sprawy wynika przy tym także, że umowa została podpisana w dniu 31 grudnia 2011 r., a więc 15 dni później. Takie zachowanie zdumiewa, biorąc pod uwagę znaczenie tej umowy dla funkcjonowania administracji, okres obowiązywania umowy (siedem lat) i jej kwotę (521 500 000 EUR), chyba, że przyjąć, iż Ministero dell'Interno i Telecom Italia uzgodniły przedłużenie tej umowy.

113. Uważam wreszcie, że należy oczywiście wziąć pod uwagę fakt, iż Ministero dell'Interno jest instytucją publiczną dysponującą służbami prawnymi wystarczająco kompetentnymi, aby nie popełnić błędu w ocenie co do warunków, w których zamówienie publiczne może zostać udzielone bez wcześniejszego ogłoszenia i otwarcia na konkurencję.

114. Wobec powyższego to do sądu krajowego będzie należało dokonanie oceny w świetle wszystkich informacji, którymi dysponuje, czy taki błąd jest usprawiedliwiony albo czy stanowi rozmyślne i zamierzone naruszenie zasad udzielania zamówień publicznych.

115. Wobec ogółu tych okoliczności jestem w konsekwencji zdania, że art. 2d ust. 4 dyrektywy 89/665, rozpatrywany w świetle zasady równego traktowania i prawa do skutecznego środka prawnego, należy interpretować w ten sposób, iż nie sprzeciwia się on temu, aby państwo członkowskie przyznało organowi odwoławczemu swobodę oceny zakresu, w jakim umowa zawarta bez wcześniejszego opublikowania ogłoszenia o zamówieniu w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej* winna zostać uznana za nieskuteczną, jeśli organ ten stwierdzi, że pomimo opublikowania w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej* ogłoszenia wyrażającego zamiar zawarcia umowy i dochowania terminu minimalnego zawieszenia wynoszącego 10 dni pomiędzy udzieleniem zamówienia a podpisaniem umowy, instytucja zamawiająca rozmyślnie i w zamierzony sposób naruszyła zasady dotyczące ogłaszania i otwarcia na konkurencję przewidziane w dyrektywie 2004/18.

IV – Wnioski

116. W świetle powyższych rozważań proponuję, aby Trybunał udzielił następujących odpowiedzi na pytania prejudycjalne przedstawione przez Consiglio di Stato:

Artykuł 2d ust. 4 dyrektywy Rady 89/665 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., rozpatrywany w świetle zasady równego traktowania i prawa do skutecznego środka prawnego, należy interpretować w ten sposób, że nie sprzeciwia się on temu, aby państwo członkowskie przyznało organowi odwoławczemu swobodę oceny zakresu, w jakim umowa zawarta bez wcześniejszego opublikowania ogłoszenia o zamówieniu w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej* winna zostać uznana za nieskuteczną, jeśli organ ten stwierdzi, że pomimo opublikowania ogłoszenia wyrażającego zamiar zawarcia umowy w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej* i dochowania terminu minimalnego zawieszenia wynoszącego 10 dni pomiędzy udzieleniem zamówienia a podpisaniem umowy, instytucja zamawiająca rozmyślnie i w zamierzony sposób naruszyła zasady dotyczące ogłaszania i otwarcia na konkurencję przewidziane 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.