Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
MANUELA CAMPOSA SÁNCHEZA-BORDONY
przedstawiona w dniu 7 września 2023 r.[1]

Sprawa C-303/22

CROSS Zlín a.s.
przeciwko
Úřad pro ochranu hospodářské soutěže,
przy udziale:
Statutární město Brno

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Krajský soud v Brně (sąd okręgowy w Brnie, Republika Czeska)]

Postępowanie prejudycjalne – Środki odwoławcze dotyczące zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane – Dyrektywa 89/665/EWG – Obowiązek zapewnienia przez państwa członkowskie mechanizmów odwoławczych – Dostęp do środków odwoławczych – Zawarcie umowy przed wniesieniem środka odwoławczego do sądu – Skuteczność wyroku – Środek tymczasowy zawieszający skutki umowy

1. Sąd Republiki Czeskiej zwraca się do Trybunału Sprawiedliwości z pytaniem o zgodność krajowego systemu środków odwoławczych w zakresie zamówień publicznych z dyrektywą 89/665/EWG[2] i z art. 47 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej (zwanej dalej „kartą").

2. Sąd ten w szczególności ma wątpliwości, czy przepisy krajowe, które umożliwiają zawarcie umów w sprawie zamówienia publicznego przed rozpatrzeniem przez sąd środka odwoławczego wniesionego przez oferenta, w którym zaskarża on swoje wykluczenie z postępowania i udzielenie zamówienia jednemu z konkurentów, są zgodne z dyrektywą 89/665 i z art. 47 karty.

[1] Język oryginału: hiszpański.

[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. 1989, L 395, s. 33).

I. Ramy prawne

A. Prawo Unii. Dyrektywa 89/665[3]

3. Artykuł 1 („Zakres zastosowania i dostępność procedur odwoławczych") stanowi:

„1. Niniejsza dyrektywa ma zastosowanie do zamówień, o których mowa w dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE [z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U. 2014, L 94, s. 65)], chyba że zamówienia te wyłączono zgodnie z art. 7, 8, 9, 10, 11, 12, 15, 16, 17 oraz 37 tej dyrektywy.

[…]

Państwa członkowskie przyjmują niezbędne środki, aby zapewnić – w odniesieniu do zamówień objętych zakresem stosowania dyrektywy [2014/24] […] – możliwość skutecznego, a zwłaszcza 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 unijnego w dziedzinie zamówień publicznych lub naruszenia krajowych przepisów transponujących to prawo.

[…]

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

4. Artykuł 2 („Wymogi dotyczące procedur odwoławczych") określa:

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

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

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

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

[3] Przytoczono tekst w brzmieniu nadanym mu dyrektywą 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego oraz Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającą dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych (Dz.U. 2007, L 335, s. 31) oraz dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji (Dz.U. 2014, L 94, s. 1).

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

3. W sytuacji gdy organ pierwszej instancji, który jest niezależny od instytucji zamawiającej, rozpatruje odwołanie od decyzji o udzieleniu zamówienia, państwa członkowskie zapewniają, aby instytucja zamawiająca nie mogła zawrzeć umowy przed podjęciem przez organ odwoławczy decyzji [rozstrzygnięcia] w sprawie wniosku o zastosowanie środków tymczasowych lub o odwołanie [w przedmiocie odwołania]. Zawieszenie wygasa nie wcześniej niż okres zawieszenia typu standstill, o którym mowa w art. 2a ust. 2 i art. 2d ust. 4 i 5.

4. Z wyjątkiem przypadków przewidzianych w ust. 3 i art. 1 ust. 5 procedury odwoławcze nie muszą koniecznie skutkować automatycznym zawieszeniem procedur udzielenia zamówienia, do których się odnoszą.

5. Państwa członkowskie mogą przewidzieć, że organ odpowiedzialny za procedury odwoławcze może wziąć pod uwagę prawdopodobne konsekwencje zastosowania środków tymczasowych dla wszystkich interesów, co do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku, a także dla interesu publicznego, i może podjąć decyzję o niestosowaniu takich środków, jeżeli ich negatywne konsekwencje mogłyby przewyższyć płynące z nich korzyści.

[…]

6. Państwa członkowskie mogą przewidzieć, że w przypadku gdy wystąpiono z roszczeniem o odszkodowanie w związku z bezprawnie podjętą decyzją, przedmiotowa decyzja musi być uprzednio uchylona przez organ mający niezbędne uprawnienia.

7. 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.

Ponadto z wyjątkiem sytuacji, gdy decyzja musi zostać uchylona przed przyznaniem odszkodowania, państwo członkowskie może przewidzieć, że po zawarciu umowy zgodnie z art. 1 ust. 5, ust. 3 niniejszego artykułu lub art. 2a–2f uprawnienia organu odpowiedzialnego za procedury odwoławcze są ograniczone do przyznawania odszkodowań wszelkim podmiotom, które poniosły szkodę w wyniku naruszenia.

[…]

9. W przypadku gdy organy odwoławcze nie mają charakteru sądowego, ich decyzje są zawsze uzasadnione na piśmie. Ponadto w takim przypadku należy wprowadzić przepisy gwarantujące postępowanie, dzięki któremu wszelkie ewentualnie bezprawne środki podjęte przez organ odwoławczy lub wszelkie uchybienia w wykonywaniu nadanych mu uprawnień będą mogły być przedmiotem odwołania w sądzie lub odwołania rozpatrywanego przez inny organ będący sądem w rozumieniu art. 234 traktatu i niezależny zarówno od instytucji zamawiającej, jak i organu odwoławczego.

[…]”.

5. Artykuł 2a („Okres zawieszenia typu standstill”) ma brzmienie:

„1. Przez przyjęcie koniecznych przepisów uwzględniających minimalne warunki określone w ust. 2 niniejszego artykułu i w art. 2c państwa członkowskie zapewniają, aby podmioty, o których mowa w art. 1 ust. 3, dysponowały czasem wystarczającym na skuteczne odwołania od decyzji o udzieleniu zamówienia podjętych przez instytucje zamawiające.

2. Zawarcie umowy w następstwie decyzji o udzieleniu zamówienia objętego zakresem zastosowania dyrektywy [2014/24] […] nie może nastąpić przed upływem okresu co najmniej 10 dni kalendarzowych, ze skutkiem od dnia następującego po dniu, w którym decyzja o udzieleniu zamówienia została wysłana zainteresowanym oferentom i kandydatom, jeśli korzystano z faksu lub środków elektronicznych, lub – jeśli korzystano z innych środków komunikacji – przed upływem okresu albo co najmniej 15 dni kalendarzowych, ze skutkiem od dnia następującego po dniu, w którym decyzja o udzieleniu zamówienia została wysłana zainteresowanym oferentom i kandydatom, albo co najmniej 10 dni kalendarzowych, ze skutkiem od dnia następującego po dniu otrzymania decyzji o udzieleniu zamówienia.

Oferentów uważa się za zainteresowanych, jeśli nie zostali jeszcze ostatecznie wykluczeni. Wykluczenie ma charakter ostateczny, jeśli zainteresowani oferenci zostali o nim powiadomieni i jeżeli zostało ono uznane za zgodne z prawem przez niezależny organ odwoławczy lub nie może już podlegać procedurze odwołania.

Kandydatów uważa się za zainteresowanych, jeżeli instytucja zamawiająca nie udostępniła informacji o odrzuceniu ich wniosku przed powiadomieniem zainteresowanych oferentów o decyzji o udzieleniu zamówienia.

[…]”.

B. Prawo Republiki Czeskiej

1. Zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (ustawa nr 134/2016 o udzielaniu zamówień publicznych)

6. Zgodnie z § 246 ust. 1:

„Instytucja zamawiająca nie może zawrzeć umowy z wykonawcą: […]

d) w terminie 60 dni od dnia wszczęcia postępowania odwoławczego od czynności instytucji zamawiającej, pod warunkiem, że pismo w sprawie odwołania zostanie złożone w terminie; instytucja zamawiająca może jednak zawrzeć umowę przed upływem tego terminu, jeżeli [Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (urząd ochrony konkurencji, zwany dalej „ÚOHS”)] oddalił odwołanie albo postępowanie administracyjne w przedmiocie odwołania zostało umorzone, a decyzja w tej sprawie stała się ostateczna”.

7. Zgodnie z brzmieniem § 257 lit. j):

„ÚOHS umarza wszczęte postępowanie w drodze decyzji, jeżeli

[…]

j) w trakcie postępowania administracyjnego instytucja zamawiająca zawarła umowę na wykonanie przedmiotu rozpatrywanego zamówienia publicznego

[…]”.

2. Zákon č. 500/2004 Sb., správní řád (ustawa nr 500/2004, kodeks postępowania administracyjnego)

8. Paragraf 61 stanowi:

„1. W toku postępowania organ administracyjny może, przed zakończeniem postępowania, z urzędu lub na wniosek uczestnika zastosować w drodze decyzji środek tymczasowy, jeżeli jest to konieczne do tymczasowego unormowania sytuacji uczestników postępowania […]. Środek tymczasowy może mieć za przedmiot nakazanie uczestnikowi lub innej osobie działania, zaniechania lub tolerowania czynności lub sytuacji, a także zajęcie rzeczy, która może służyć jako dowód, lub rzeczy, która może być przedmiotem egzekucji.

[…]

3. Organ administracyjny uchyla środek tymczasowy w drodze decyzji niezwłocznie po ustaniu przyczyny, dla której został on zastosowany. Jeżeli tego nie uczyni, środek tymczasowy upada w dniu, w którym decyzja w danej sprawie staje się wykonalna lub zaczyna wywoływać inne skutki prawne.

[…]”.

3. Zákon č. 150/2002 Sb., soudní řád správní (ustawa nr 150/2002, kodeks postępowania sądowoadministracyjnego)

9. Paragraf 38 stanowi:

„1. Jeżeli został wniesiony środek odwoławczy i konieczne jest tymczasowe unormowanie sytuacji uczestników z powodu grożącej poważnej szkody, sąd może na wniosek zastosować w drodze postanowienia środek tymczasowy, którym nakaże uczestnikom działanie, zaniechanie lub tolerowanie czynności lub sytuacji. Z tych samych powodów sąd może nałożyć taki obowiązek również na osobę trzecią, jeżeli można tego od niej zasadnie wymagać.

[…]”.

10. Zgodnie z § 72 ust. 1:

„Skarga może zostać wniesiona w ciągu dwóch miesięcy od dnia, w którym decyzja została podana do wiadomości strony skarżącej poprzez doręczenie jej odpisu lub w inny sposób przewidziany przez ustawę, chyba że ustawa szczególna przewiduje inny termin”.

11. Paragraf 78 ma brzmienie:

„(1) Jeżeli skarga jest zasadna, sąd uchyla zaskarżoną decyzję z powodu jej niezgodności z prawem lub naruszeń proceduralnych. Sąd uchyla zaskarżoną decyzję z powodu jej niezgodności

z prawem również wtedy, gdy stwierdzi, że organ administracyjny przekroczył wynikające z ustawy granice uznania administracyjnego lub nadużył go.

[…]

(4) Uchylając decyzję, sąd jednocześnie stwierdza, że sprawa zostaje przekazana stronie przeciwnej do dalszego prowadzenia".

II. Okoliczności faktyczne, postępowanie główne i pytanie prejudycjalne

12. W dniu 27 września 2019 r. Statutární město Brno (miasto Brno, Republika Czeska) wszczęło postępowanie w trybie przetargu o udzielenie zamówienia publicznego dotyczącego rozbudowy funkcji centrali kontroli ruchu systemu sygnalizacji świetlnej [4].

13. Spółki CROSS Zlín, a.s. (zwana dalej „CROSS") i Siemens Mobility, s.r.o., wzięły udział w postępowaniu, a każda z nich przedstawiła swoją ofertę.

14. W dniu 6 kwietnia 2020 r. instytucja zamawiająca wykluczyła CROSS z postępowania z powodu niespełnienia warunków przetargu.

15. W dniu 7 kwietnia 2020 r. instytucja zamawiająca jako wykonawcę wybrała Siemens Mobility.

16. CROSS odwołała się od decyzji z dnia 6 kwietnia 2020 r. do samej instytucji zamawiającej, która oddaliła odwołanie w dniu 4 maja 2020 r.

17. Od decyzji z dnia 4 maja 2020 r. CROSS wniosła odwołanie do ÚOHS, żądając uchylenia jej wykluczenia i wyboru Siemens Mobility jako wykonawcy.

18. W dniu 3 lipca 2020 r. ÚOHS z urzędu zastosował środek tymczasowy polegający na zakazaniu instytucji zamawiającej zawarcia umowy do czasu zakończenia postępowania odwoławczego.

19. W dniu 5 sierpnia 2020 r. ÚOHS oddalił odwołanie wniesione przez CROSS.

20. Od decyzji z dnia 5 sierpnia 2020 r. CROSS wniosła administracyjny środek odwoławczy do prezesa ÚOHS.

21. W dniu 9 listopada 2020 r. prezes ÚOHS oddalił to odwołanie. Jego decyzja stała się ostateczna (na drodze administracyjnej) [5] w dniu 13 listopada 2020 r.

22. W dniu 18 listopada 2020 r. instytucja zamawiająca zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego z Siemens Mobility.

23. W dniu 13 stycznia 2021 r. CROSS wniosła skargę na decyzję prezesa ÚOHS z dnia 9 listopada 2020 r. do Krajský soud v Brně (sądu okręgowego w Brnie, Republika Czeska).

[4] Ogłoszenie zostało opublikowane w *Věstník veřejných zakázek* (dzienniku zamówień publicznych) pod numerem Z2019 034002 i w DOUE pod numerem 2019/S 190 461538. Szacunkowa wartość zamówienia publicznego wynosiła 13 805 000 koron czeskich (CZK) (około 566 000 EUR) bez podatku od wartości dodanej.

[5] Przez ostateczność „na drodze administracyjnej" rozumiem wyczerpanie tej drogi, czyli moment, gdy nie przysługuje już dalsze odwołanie do organu administracji.

24. CROSS wniosła do sądu o nadanie skardze skutku zawieszającego oraz o zapobiegawcze zakazanie instytucji zamawiającej zawarcia umowy.

25. W dniu 11 lutego 2021 r. Krajský soud v Brně (sąd okręgowy w Brnie) oddalił wnioski CROSS, uznając, że:

– skoro umowa została już zawarta, to bezprzedmiotowe jest zakazywanie instytucji zamawiającej zawarcia umowy;

– nawet jeżeli zaskarżona decyzja zostałaby uchylona, to w konsekwencji sprawa zostałaby przekazana do ÚOHS, który umorzyłby postępowanie;

– nie można było również zakazać instytucji zamawiającej wykonywania tej umowy, ponieważ nie było żadnej przeszkody prawnej, która uniemożliwiałaby zawarcie umowy w tamtym czasie, po uprawomocnieniu się decyzji prezesa ÚOHS.

26. W dniu 28 marca 2022 r. Krajský soud v Brně (sąd okręgowy w Brnie) wysłuchał stron postępowania w przedmiocie zasadności złożenia wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym w związku z wątpliwościami co do zgodności przepisów krajowych z dyrektywą 89/665 i z art. 47 karty.

27. Zdaniem sądu przepisy krajowe, które umożliwiają zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego, gdy tylko decyzja prezesa ÚOHS staje się ostateczna (na drodze administracyjnej), mogą być sprzeczne z art. 2 ust. 3 i art. 2a ust. 2 dyrektywy 89/665, gdyż nie zapewniają skutecznych środków odwoławczych oferentom wykluczonym z postępowania przetargowego.

28. Po wysłuchaniu stron Krajský soud v Brně (sąd okręowy w Brnie) postanowił zwrócić się do Trybunału z następującym pytaniem prejudycjalnym:

„Czy czeska regulacja prawna, która umożliwia instytucji zamawiającej zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego przed wniesieniem skargi do sądu właściwego do badania zgodności z prawem decyzji w przedmiocie wykluczenia oferenta wydanej w drugiej instancji przez [ÚOHS] pozostaje w zgodzie z art. 2 ust. 3 i art. 2a ust. 2 dyrektywy 89/665/EWG, interpretowanych w świetle art. 47 karty […]?”.

III. Postępowanie przed Trybunałem

29. Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym został złożony do Trybunału w dniu 9 maja 2022 r.

30. Uwagi na piśmie zostały złożone przez ÚOHS, rząd Republiki Czeskiej i rząd cypryjski oraz Komisję Europejską. Wszystkie te podmioty, a także CROSS, stawiły się na rozprawie, która odbyła się w dniu 25 maja 2023 r.

IV. Ocena

A. Uwagi wstępne

1. Niesądowy charakter ÚOHS

31. Zgodnie z postanowieniem odsyłającym chociaż czeskie przepisy prawne uznają ÚOHS za „organ odwoławczy" w rozumieniu dyrektywy 89/665, nie może on być uznany za niezawisły i bezstronny sąd w rozumieniu art. 47 karty i pkt 73 wyroku z dnia 21 grudnia 2021 r., Randstad Italia [6].

32. Trybunał musi przestrzegać krajowych ram prawnych w kształcie określonym przez sąd odsyłający, który jest uprawnionym interpretatorem własnego prawa krajowego [7]. Należy zatem przyjąć to, co na temat charakteru prawnego ÚOHS twierdzi sąd odsyłający.

33. W istocie ÚOHS w swoich uwagach na piśmie nie powoływał się przed Trybunałem na swój charakter sądowy [8], lecz po prostu na swój status „organu odpowiedzialnego za procedury odwoławcze" w rozumieniu art. 2 dyrektywy 89/665.

2. Przedmiot zaskarżenia CROSS

34. Niezależnie od wątpliwości wyrażonych przez Komisję [9] CROSS kwestionuje także udzielenie zamówienia Siemens Mobility. Wynika to z postanowienia odsyłającego [10].

35. Okoliczność ta jest spójna z treścią pytania prejudycjalnego, w którym zwrócono się do Trybunału o wykładnię art. 2 ust. 3 dyrektywy 89/665, czyli przepisu, który określa skutki zawieszające „odwołań od decyzji o udzieleniu zamówienia".

B. Wykładnia art. 2 ust. 3 dyrektywy 89/665

36. W stosunku do decyzji instytucji zamawiających (oczywiście gdy chodzi o zamówienia objęte zakresem dyrektywy 2014/24) państwa członkowskie muszą zagwarantować, by zainteresowani dysponowali mechanizmem odwoławczym odpowiednim do osądzenia szybko i skutecznie, czy instytucje te nie naruszyły prawa Unii w zakresie zamówień publicznych lub przepisów prawa krajowego inkorporujących je do odpowiednich porządków prawnych. Taki jest ostatecznie cel dyrektywy 89/665.

6 Sprawa C-497/20, EU:C:2021:1037. Wyrok zwany dalej „wyrokiem Randstad Italia".

7 W ramach postępowań, o których mowa w art. 267 TFUE, opartych na wyraźnym rozdziale zadań sądów krajowych i Trybunału, ocena stanu faktycznego sprawy oraz wykładnia i zastosowanie prawa krajowego należą wyłącznie do sądu krajowego (wyrok z dnia 26 kwietnia 2017 r., Farkas, C-564/15, EU:C:2017:302, pkt 37).

8 W punkcie 22 tych uwag uznaje on za niekwestionowany „fakt, że [ÚOHS], który jest częścią władzy wykonawczej, nie jest sądem". W pkt 35 powtarza, że „[…] nie jest sądem, lecz organem centralnym, do czego upoważnia dyrektywa 89/665".

9 Punkt 12 jej uwag na piśmie.

10 Postanowienie odsyłające, pkt 2: „CROSS złożyła odwołanie […] do [ÚOHS] od czynności instytucji zamawiającej i zażądała uchylenia zawiadomienia o jej wykluczeniu i *o wyborze jako wykonawcy spółki Siemens Mobility*". Podkreślenie moje.

37. Zgodnie z art. 1 ust. 5 tej dyrektywy państwa członkowskie mogą wymagać, aby podmiot, który chce złożyć odwołanie od decyzji instytucji zamawiającej, w pierwszej kolejności wniósł je właśnie do tej instytucji zamawiającej.

38. Autonomia proceduralna państw członkowskich rozciąga się zatem na ustanowienie – fakultatywne – wstępnego środka odwoławczego (zażalenia)[11] do instytucji zamawiającej. Jego złożenie pociąga za sobą zawieszenie możliwości zawarcia umowy, jak to miało miejsce w niniejszej sprawie.

39. Poza tym *zażaleniem* do instytucji zamawiającej dyrektywa 89/665 przewiduje rzeczywiste *środki odwoławcze*, które wnosi się do „organów odpowiedzialnych za procedury odwoławcze". Do tych organów odnosi się jej art. 2, przyznający, że mogą one mieć „charakter sądowy" lub też nie, jak stanowi jego ust. 9 (który przewiduje mechanizm mający zastosowanie, w przypadku gdy nie mają one takiego charakteru)[12].

40. W szczególności art. 2 ust. 3 dyrektywy 89/665 stanowi, że odwołanie od decyzji o udzieleniu zamówienia wnosi się do „organu pierwszej instancji, który jest niezależny od instytucji zamawiającej". Jak wyjaśnię poniżej, przepis ten ani nie wymaga, ani nie zabrania tego, aby organ ten miał charakter sądowy.

1. Pojęcie „organu pierwszej instancji, który jest niezależny od instytucji zamawiającej"

41. Pojęcie, którym posługuje się art. 2 ust. 3 dyrektywy 89/665, jest szerokie[13]. Mogą być nim objęte:

– organy niesądowe, którym powierzono kontrolę (ponowne zbadanie) decyzji instytucji zamawiającej[14] na drodze administracyjnej;

– sądy, którym przepisy proceduralne państwa członkowskiego przyznają właściwość, *w pierwszej instancji*, bezpośredniego rozpatrywania środków odwoławczych od decyzji instytucji zamawiającej, w stosunku do których nie przewidziano odwołania do organów administracyjnych. Z definicji sądy te są niezależne od instytucji zamawiającej.

42. Nacisk w wyrażeniu w art. 2 ust. 3 kładzie się na sformułowanie „organ pierwszej instancji" (i ewentualnie na jego niezależność od instytucji zamawiającej), ale, powtarzam, nie na sądowy lub niesądowy charakter tego organu.

43. Sąd zatem może, jeśli tak stanowi prawo krajowe (co, jak się wydaje, nie ma miejsca w Republice Czeskiej), działać jako organ pierwszej instancji na podstawie art. 2 ust. 3 dyrektywy 89/665.

[11] Uważam, że w tym kontekście lepiej jest użyć terminu „zażalenie". W istocie chodzi o prośbę do organu wydającego decyzję o jej ponowne rozważenie.

[12] Decyzje organów odwoławczych, które nie mają charakteru sądowego, muszą zawsze być uzasadnione na piśmie i mogą być przedmiotem „odwołania w sądzie lub […] odwołania rozpatrywanego przez inny organ będący sądem w rozumieniu art. [267 TFUE]".

[13] Co do tego zakresu różne wersje językowe pokrywają się: „Stelle in erster Instanz" w niemieckiej; „body of first instance" w angielskiej; „instances de premier ressort" we francuskiej; „organo di prima istanza" we włoskiej.

[14] Oczywiście muszą to być organy niezwiązane z instytucją zamawiającą. Mogą to być organy niezależne, jak te, które zajmują się ochroną konkurencji.

2. Skutki zawieszające odwołań do organów pierwszej instancji

44. Prawo państwa członkowskiego musi zapewniać, zgodnie z brzmieniem art. 2 ust. 3 dyrektywy 89/665, by instytucja zamawiająca nie zawarła umowy przed wydaniem przez organ odwoławczy pierwszej instancji rozstrzygnięcia w sprawie wniosku o zastosowanie środków tymczasowych lub w przedmiocie odwołania. Zawieszenie to wygasa nie wcześniej niż przed upływem okresu przewidzianego w innych przepisach dyrektywy 89/665 [15].

45. Zgodnie z art. 2 ust. 3 dyrektywy 89/665 okres zawieszenia ma zastosowanie jedynie w czasie rozpatrywania przez organ pierwszej instancji (w tym przypadku ÚOHS) wniosku o zastosowanie środków tymczasowych lub samego odwołania.

46. Poza przypadkiem określonym w art. 2 ust. 3 (i w art. 1 ust. 5) dyrektywa 89/665 nie wymaga, aby pozostałe procedury odwoławcze koniecznie przewidywały automatyczne skutki zawieszające. Stanowi tak jej art. 2 ust. 4.

47. Automatyczny skutek zawieszający ma zatem zastosowanie do tych środków odwoławczych, które art. 2 ust. 3 określa jako odwołania do organu *pierwszej instancji*. To właśnie ta cecha (i niezależność względem instytucji zamawiającej) decyduje o tym, czy w grę wchodzi tymczasowy zakaz zawarcia umowy.

48. Twierdzę, że dyrektywa 89/665 niekoniecznie rozszerza automatycznie skutek zawieszający na późniejsze sądowe środki odwoławcze wnoszone od decyzji organu pierwszej instancji, jeżeli jest to organ administracyjny. W odniesieniu do tych sądowych środków odwoławczych zastosowanie ma ogólny przepis art. 2 ust. 4 dyrektywy 89/665.

49. W dalszej części przeanalizuję, czy art. 47 karty wymaga, aby te sądowe środki odwoławcze (po wydaniu decyzji przez „organ pierwszej instancji") miały taką samą skuteczność zawieszającą jak ta określona w art. 2 ust. 3 dyrektywy 89/665.

3. Różne organy odwoławcze według prawa czeskiego i skutki zawieszające wniesionych do nich odwołań

50. Z informacji przekazanych Trybunałowi można wywnioskować, że w Republice Czeskiej zainteresowanym przysługują następujące środki odwoławcze („odwołania" w szerokim znaczeniu) od decyzji o udzieleniu zamówienia:

– pierwsze zażalenie do samej instytucji zamawiającej. W tym przypadku CROSS złożyła je do Statutární město Brno (miasta Brno), działającego jako instytucja zamawiająca. Do jej zażalenia ma zatem zastosowanie art. 1 ust. 5 dyrektywy 89/665 i zgodnie z nim instytucja zamawiająca powstrzymała się od zawarcia umowy w trakcie jego rozpatrywania;

– późniejsze odwołanie od decyzji o udzieleniu zamówienia wniesione do ÚOHS działającego jako „organ pierwszej instancji, który jest niezależny od instytucji zamawiającej". Do tego odwołania, które nie ma charakteru sądowego, zastosowanie ma art. 2 ust. 3 dyrektywy 89/665. Z tego powodu ÚOHS tymczasowo zakazał instytucji zamawiającej zawarcia umowy;

[15] Mechanizm okresu zawieszenia został szczegółowo uregulowany w art. 2a.

– ostatni środek odwoławczy, już o charakterze sądowym, do sądu administracyjnego, taki, jaki został złożony w niniejszym przypadku. Nie pociąga on za sobą koniecznie i automatycznie skutków zawieszających przewidzianych w art. 2 ust. 3 dyrektywy 89/665, jeśli wcześniej skorzystano z „drogi administracyjnej" przed ÚOHS.

51. Należy zauważyć, że co do zasady z dyrektywy 89/665 nie wynika przeszkoda, aby umowa została zawarta przed rozpatrzeniem sądowego środka odwoławczego lub w trakcie jego rozpatrywania, jeżeli jest on poprzedzony odwołaniem rozpatrywanym i rozstrzyganym przed ÚOHS.

C. Skuteczne środki odwoławcze. Artykuł 2 ust. 9 dyrektywy 89/665 i art. 47 karty

52. W zakresie dyrektywy 89/665 Trybunał stwierdził, że „[…] prawo do skutecznego środka prawnego i dostępu do bezstronnego sądu ustanowione w art. 47 akapity pierwszy i drugi karty praw podstawowych jest istotne w szczególności wówczas, gdy państwa członkowskie ustalają, zgodnie z tym obowiązkiem, zasady postępowania w sprawach *sądowych*, które zapewniają ochronę praw przyznanych przez prawo Unii *kandydatom i oferentom poszkodowanym wskutek decyzji instytucji zamawiających*" [16].

53. Artykuł 1 dyrektywy 89/665 zobowiązuje państwa członkowskie do przyjęcia niezbędnych środków ustawodawczych w celu zapewnienia możliwości *skutecznego* odwołania się od decyzji instytucji zamawiających na warunkach określonych w art. 2–2f tej dyrektywy.

54. Wymóg *skuteczności* rozciąga się, naturalnie, na środki odwoławcze wnoszone do sądów, które określa art. 47 karty. Z wymogu tego wynikają konsekwencje, które dotyczą etapu zabezpieczenia tych środków.

55. Artykuł 2 ust. 3 dyrektywy 89/665 nadaje, jak już podkreśliłem, skutek zawieszający odwołaniom do organów *pierwszej instancji*. Zawieszenie nie obejmuje jednak automatycznie późniejszych sądowych środków odwoławczych od decyzji organu pierwszej instancji (administracyjnego). Ma do nich zastosowanie przepis art. 2 ust. 4 dyrektywy 89/665.

56. Należy jednakże przypomnieć orzecznictwo Trybunału dotyczące środków zabezpieczających wymaganych w postępowaniach, w których rozstrzygane są prawa wynikające z przepisów Unii:

– Co do zasady „sąd krajowy rozpatrujący spór, który podlega prawu Unii, winien mieć możliwość zarządzenia środków tymczasowych w celu zapewnienia całkowitej skuteczności przyszłemu orzeczeniu w przedmiocie istnienia uprawnień dochodzonych na podstawie prawa Unii" [17].

– „Zasadę skutecznej ochrony sądowej uprawnień podmiotów prawa mających źródło w prawie wspólnotowym należy interpretować w ten sposób, że wymaga ona istnienia w porządku prawnym państwa członkowskiego możliwości skorzystania ze środków tymczasowych polegających na zawieszeniu stosowania przepisów krajowych do czasu wydania przez właściwy sąd rozstrzygnięcia w przedmiocie ich zgodności z prawem wspólnotowym, jeżeli ich

[16] Wyrok Randstad Italia, pkt 49, w którym powołano się na wyrok z dnia 7 września 2021 r., Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras (C-927/19, EU:C:2021:700, pkt 128). Podkreślenie moje.

[17] Wyrok z dnia 14 maja 2020 r., Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság (C-924/19 PPU i C-925/19 PPU, EU:C:2020:367, pkt 297), w którym powołano się na wyroki z dnia 19 czerwca 1990 r., Factortame i in. (C-213/89, EU:C:1990:257, pkt 21) i z dnia 15 stycznia 2013 r., Križan i in. (C-416/10, EU:C:2013:8, pkt 107).

zastosowanie jest konieczne w celu zapewnienia całkowitej skuteczności przyszłemu orzeczeniu w przedmiocie istnienia uprawnień dochodzonych na podstawie prawa wspólnotowego”[18].

57. Zgodnie z celem w postaci „zapewnieni[a] pełnego poszanowania prawa do skutecznego środka odwoławczego […], zgodnie z art. 47 akapit pierwszy i drugi karty”[19], Trybunał wiąże te gwarancje z zapewnieniem ochrony praw przyznanych przez prawo Unii kandydatom i oferentom poszkodowanym wskutek decyzji instytucji zamawiających[20]. Z tego względu stwierdził on, że należy dać zainteresowanym „rzeczywistą możliwość wniesienia odwołania, *w tym między innymi wniosku o zastosowanie środków tymczasowych*” przed zawarciem umowy[21].

58. Jeżeli, jak ma to miejsce w niniejszym przypadku, organy odpowiedzialne za procedury odwoławcze nie mają charakteru sądowego (tzn. nie wchodzą w skład systemu ochrony sądowej sensu stricto), orzecznictwo, które właśnie przytoczyłem, wymaga, aby możliwe było zwrócenie się do sądu w celu rozstrzygnięcia w przedmiocie decyzji tych organów.

59. Potwierdza to art. 2 ust. 9 dyrektywy 89/665 w dziedzinie zamówień publicznych: jeżeli państwa członkowskie opowiadają się za *administracyjnym* modelem organów odwoławczych, wówczas decyzje tych organów muszą móc „być przedmiotem odwołania w sądzie […]”.

60. W takich przypadkach art. 2 ust. 9 dyrektywy 89/665 wymaga pozostawienia otwartej sądowej drogi odwoławczej jako środka zaskarżenia „wszelki[ch] ewentualnie bezprawn[ych] środk[ów] podjęt[ych] przez organ odwoławczy lub wszelki[ch] uchybie[ń] w wykonywaniu nadanych mu uprawnień”.

61. Ta kontrola sądowa musi zatem obejmować *możliwość* podjęcia przez sąd środków tymczasowych (lub przeglądu tych, które zostały już zastosowane w poprzednich instancjach), aby nie dopuścić do tego, by naruszenie, którego dopuścił się organ odwoławczy, stało się nieodwracalne w wyniku braku usunięcia niezgodnego z prawem działania instytucji zamawiającej[22]. Tylko w ten sposób ochrona sądowa gwarantowana przez art. 47 karty będzie skuteczna.

62. W tym kontekście należy rozumieć możliwość (art. 2 ust. 7 akapit drugi dyrektywy 89/665) ograniczenia reakcji sądowej do przyznania odszkodowań, do czego odniosę się później.

63. Oderwane od kontekstu rozumienie art. 2 ust. 7 akapit drugi dyrektywy 89/665 mogłoby prowadzić do obrony stanowiska (jak to podtrzymał jeden z uczestników rozprawy), że państwa członkowskie są uprawnione do ustanowienia, w sposób bezwarunkowy, że jedyna reakcja na niezgodność z prawem ogranicza się do tego odszkodowania.

[18] Wyrok z dnia 13 marca 2007 r., Unibet, C-432/05, EU:C:2007:163, pkt 77 i pkt 2 sentencji.

[19] Motyw 36 dyrektywy 2007/66.

[20] Wyrok Randstad Italia, pkt 49, w którym powołano się na wyrok z dnia 7 września 2021 r., Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras (C-927/19, EU:C:2021:700, pkt 128).

[21] Postanowienie z dnia 23 kwietnia 2015 r., Komisja/Vanbreda Risk & Benefits [C-35/15 P(R), EU:C:2015:275, pkt 29], w którym powołano się na wyrok z dnia 11 września 2014 r., Fastweb (C-19/13, EU:C:2014:2194, pkt 60), wyróżnienie moje.

[22] Jednym z celów dyrektywy 2007/66 jest w szczególności przeciwdziałanie sytuacji, w której „instytucje zamawiające i podmioty zamawiające, które pragną zapewnić nieodwracalność skutków zakwestionowanej decyzji o udzieleniu zamówienia, bardzo szybko przystępują do podpisania umowy” (motyw 4).

64. Uważam jednak, że to stanowisko nie jest słuszne i że jedynie łączny ogląd ust. 7 i 9 art. 2 dyrektywy 89/665 uwzględnia prawo do skutecznej ochrony sądowej. Każde przypuszczalnie niezgodne z prawem naruszenie lub środek przyjęty przez niesądowy organ odwoławczy pierwszej instancji musi podlegać kontroli organu sądowego sensu stricto, który ma możliwość wydania orzeczenia o charakterze zabezpieczającym, przed wydaniem rozstrzygnięcia, czy unieważnienie umowy zasługuje jedynie na odszkodowanie.

65. Co jest logiczne, istnienie takiej możliwości nie oznacza, że środek tymczasowy musi zostać zastosowany w każdym przypadku: do sądu, po wyważeniu sprzecznych interesów, będzie należeć ocena, czy istnieje periculum in mora i czy sytuacja prawna podmiotu wnioskującego o zastosowanie środka uzasadnia jego zastosowanie. Powtarzam, chodzi o to, aby sąd miał pełną zdolność do orzekania w przedmiocie środka tymczasowego.

66. Moim zdaniem nie ma podstaw do wyłączenia z tej ochrony tymczasowej przypadków, w których umowa została zawarta przed wniesieniem sądowego środka zaskarżenia. Z pewnością w takim przypadku sąd nie będzie mógł zawiesić wykonania czynności, która już nastąpiła, ale ma do dyspozycji inne rodzaje środków, na przykład tymczasowe zawieszenie skutków już podpisanej umowy.

67. Na rozprawie rząd Republiki Czeskiej i ÚOHS podniosły, że dopuszczenie tej możliwości mogłoby oznaczać, że ucierpi na tym interes publiczny związany z szybkimi i skutecznymi zamówieniami publicznymi, ponieważ postępowania sądowe są zwykle powolne, a opóźnienie byłoby nie do zaakceptowania.

68. Nie sądzę, aby to zastrzeżenie było nie do pokonania:

– z jednej strony wpływ opóźnienia spowodowanego interwencją sądową nie rozciąga się na cały proces sądowy, ale na krótki okres, w którym sąd musi przyjąć lub odrzucić środek tymczasowy [23]. Zwykły wykonawczy charakter zaskarżonych decyzji będzie oznaczał, że przedłużenie ogranicza się do czasu niezbędnego do podjęcia przez sąd decyzji co do środka tymczasowego [24];

– z drugiej strony wskazane praktyczne trudności opierały się na porównaniu zasobów osobowych pozostających w dyspozycji ÚOHS i zasobów czeskich sądów administracyjnych. W takim przypadku podjęcie odpowiednich środków proceduralnych w celu uniknięcia opóźnień leży w gestii państwa zainteresowanego sprawnym udzielaniem zamówień publicznych. Okoliczności tej nie można powoływać na korzyść takiej wykładni dyrektywy, która osłabia ochronę sądową gwarantowaną przez art. 47 karty.

69. Rozwiązanie, które proponuję, jest możliwe do osiągnięcia w czeskim systemie prawnym, ponieważ, jak stwierdzono na rozprawie, § 38 ustawy nr 150/2002 zezwala na zastosowanie „środka tymczasowego, którym nakaże się uczestnikom działanie, zaniechanie lub tolerowanie czynności lub sytuacji”. Przepis jako taki nie zabrania zawieszenia skutków już zawartej umowy.

[23] W Republice Czeskiej skarga może zostać wniesiona w ciągu dwóch miesięcy od dnia, w którym decyzja administracyjna wydana w drugiej instancji została podana do wiadomości strony skarżącej (§ 72 ust. 1 ustawy nr 150/2002). W skardze tej można zawrzeć wniosek o zastosowanie środka tymczasowego polegającego na zakazaniu instytucji zamawiającej zawarcia umowy w czasie trwania postępowania przed sądem. Niedopuszczalne jest wnioskowanie o zastosowanie środka tymczasowego przed wniesieniem skargi (§ 38 ustawy nr 150/2002).

[24] Zgodnie z postanowieniem odsyłającym (pkt 18) sąd wydaje rozstrzygnięcie w przedmiocie wniosku o zastosowanie środka tymczasowego terminie 30 dni od dnia jego złożenia.

70. Zgadzam się z Komisją [25], że z tej możliwości należy korzystać rozważnie, odrzucając abuzywne lub niepoważne wnioski o środki tymczasowe. Uważam, że sąd musi rygorystycznie domagać się, oprócz stwierdzenia periculum in mora, uzasadnienia prawnego, które samo w sobie wykazuje pewne prawdopodobieństwo powodzenia roszczenia merytorycznego (fumus boni iuris).

71. Ponadto sąd, który ma orzec w przedmiocie wniosku o zastosowanie środka tymczasowego, powinien starannie rozważyć, czy nadrzędne przyczyny względy interesu ogólnego (nie tożsame po prostu z interesem gospodarczym związanym bezpośrednio z zamówieniem) [26] wymagają tymczasowego utrzymania skutków umowy po jej zawarciu.

72. Przedstawione dotychczas rozważania nie oznaczają rozszerzenia na postępowanie sądowe mechanizmu automatycznego zawieszenia przewidzianego w art. 2 ust. 3 dyrektywy 89/665. Nie uważam za konieczne narzucania brzmienia tego przepisu poprzez przedłużenie skutków automatycznego zawieszenia ponad to, co przewidział prawodawca. Po prostu na wypadek gdy niezależny organ odwoławczy nie jest sądem, art. 47 karty stanowi, że sąd musi zachować pełne uprawnienia do podejmowania decyzji w sprawie środka tymczasowego, zgodnie z przepisami swojego prawa krajowego.

73. W tym scenariuszu możliwe są dwie sytuacje:

– umowa między instytucją zamawiającą a zwycięskim oferentem nie została podpisana. Postanowienie zabezpieczające będzie koncentrować się na tymczasowym zawieszeniu możliwości zawarcia umowy;

– jeżeli doszło do podpisania umowy, postanowienie zabezpieczające może wpłynąć na działanie skutków umowy, które sąd może zawiesić.

D. Skuteczność orzeczeń unieważniających umowę

74. To, co zostało powiedziane do tej pory, stanowi odpowiedź na zadane przez sąd odsyłający pytanie dotyczące wykładni art. 2 ust. 3 dyrektywy 89/665.

75. Jednakże ten sam sąd odsyłający przedstawił we wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym pewne wątpliwości, które chociaż są związane ze środkami tymczasowymi, to wykraczają poza ich zakres i dotyczą raczej skuteczności wyroku kończącego postępowanie. Twierdzi w tym zakresie, że:

– jeżeli sąd uchyli decyzję ÚOHS, sprawa zostanie do niego zwrócona w celu dalszego rozpatrzenia. Jednak ponieważ umowa została już uprzednio zawarta, ÚOHS nie będzie ponownie rozpatrywał odwołania od decyzji instytucji zamawiającej, lecz umorzy postępowanie;

[25] Punkt 17 i 18 jej uwag na piśmie.

[26] Nie sądzę, aby istniał problem w przeniesieniu, mutatis mutandis, do etapu zabezpieczenia przed sądem przepisów art. 2d dyrektywy 89/665 w sprawie występowania nadrzędnych przyczyn związanych z interesem ogólnym i interesem gospodarczym związanym bezpośrednio z zamówieniem, jako kryterium modulacji uznania umowy za nieskuteczną.

– w związku z tym może się zdarzyć, że wykluczony oferent, mimo uwzględnienia swoich roszczeń w sądzie, nie będzie miał możliwości uzyskania zamówienia, gdyż w trakcie rozpatrywania i rozstrzygania skargi umowa już została zawarta;

– w takim przypadku odwołujący, który uzyska sądowe stwierdzenie nieważności przetargu, będzie uprawniony jedynie do dochodzenia w postępowaniu cywilnym naprawienia szkody wyrządzonej niezgodnym z prawem działaniem instytucji zamawiającej [27].

76. Odniosę się do tych wątpliwości dla pełności wywodu, chociaż nie jestem przekonany, czy jest to bezwzględnie konieczne, aby udzielić użytecznej odpowiedzi na pytanie, które sam sąd podsumowuje na końcu swojego wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym.

77. Jak już argumentowałem przy innej okazji [28], logika systemu odwołań od decyzji organu (takiego jak ÚOHS) podlegających kontroli sądowej nakazuje, by co do zasady, w przypadku gdy zostają one uchylone przez sąd, uchylenie to rozciągało się także na skutki, które akty te już wywołały, gdyż zostają one pozbawione podstawy prawnej, na której powstały.

78. Innymi słowy wyrok stwierdzający nieważność udzielenia zamówienia publicznego powinien co do zasady skutkować zakazem wywołania skutków przez umowę w sprawie udzielenia zamówienia. Unieważnienie udzielenia sięgałoby wstecz (ex tunc) do momentu udzielenia zamówienia. Jest to zresztą ogólne kryterium zawarte w dyrektywie 89/665 po jej nowelizacji z 2007 r., dotyczące zamówień dotkniętych najbardziej poważnymi naruszeniami tej dyrektywy [29].

79. Jednakże to ogólne kryterium dopuszcza wyjątki – i tak stanowi dyrektywa 89/665 (w szczególności w przypadku już zawartych umów w sprawie zamówień publicznych) – ze względu na niedogodności związane ze stwierdzeniem nieskuteczności [30]. Państwa członkowskie mogą na przykład w przypadku naruszenia wymogów formalnych „uznać zasadę nieskuteczności za niewłaściwą. W takich przypadkach państwa członkowskie powinny mieć możliwość ustanowienia innych sankcji” [31].

[27] Zgodnie z zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád (ustawą nr 99/1963, kodeks postępowania cywilnego). Sąd odsyłający wskazuje, że tego rodzaju powództwo rzadko kończy się sukcesem.

[28] Opinia w sprawie Polkomtel, C-231/15, EU:C:2016:440, pkt 64.

[29] Tak jest w przypadku zamówień wynikających z „bezprawnego bezpośredniego udzielania zamówień” (motyw 13 dyrektywy 2007/66) lub „zawieranych z naruszeniem okresu zawieszenia typu standstill lub automatycznego zawieszenia” (motyw 18 dyrektywy 2007/66). W tych przypadkach „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” (motyw 21 dyrektywy 2007/66).

[30] Wyrok z dnia 26 listopada 2015 r., MedEval, C-166/14, EU:C:2015:779, pkt 40: „Uznanie za nieskuteczną umowy zawartej w następstwie postępowania w sprawie udzielania zamówienia publicznego […] stanowi zasadniczą interwencję organu administracyjnego lub sądowego w stosunki umowne zachodzące między podmiotami prywatnymi a organami państwa. Taka decyzja może więc wywołać poważne perturbacje i straty ekonomiczne nie tylko dla wybranego wykonawcy zamówienia publicznego, lecz również podmiotu zamawiającego i w konsekwencji dla społeczeństwa będącego beneficjentem finalnym dostawy robót budowlanych lub usług stanowiących przedmiot danego zamówienia publicznego. Jak zatem wynika z motywów 25 i 27 dyrektywy 2007/66, prawodawca Unii przyznał większe znaczenie wymogowi pewności prawa w odniesieniu do środków mających na celu pozbawienie skutków umowy aniżeli w odniesieniu do skarg o odszkodowanie”.

[31] Motyw 19 dyrektywy 2007/66.

80. Po znowelizowaniu przez dyrektywę 2007/66 dyrektywa 89/665 dopuszcza (motywy 21 [32] i 22 [33] dyrektywy 2007/66 i art. 2c i 2d dyrektywy 89/665 po nowelizacji), by w przypadku umów, które należy uznać w zasadzie za nieskuteczne z powodu zawarcia ich niezgodnie z prawem, „uznano niektóre lub wszystkie skutki w czasie", to znaczy by skutki umowy zostały zachowane w mocy, z zastrzeżeniem możliwości nałożenia stosownych kar i zasądzenia odszkodowania.

81. Dyrektywa 89/665 dopuszcza zatem możliwość, żeby wyrok stwierdzający nieważność rzutował na już zawartą umowę bez popadania w skrajność jeśli chodzi o konsekwencje związane z jej nieważnością.

82. W tym zakresie dyrektywa 89/665 przewiduje różne rozwiązania w zależności od rozpatrywanych przypadków:

– zasada ogólna (art. 2 ust. 7) jest taka, że „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";

– art. 2d ust. 2 potwierdza, że „konsekwencje wynikające z uznania umowy za nieskuteczną przewidziane są przez prawo krajowe". To z kolei „może przewidywać wsteczne anulowanie wszystkich zobowiązań umownych lub ograniczyć zakres anulowania do tych zobowiązań, które należy jeszcze wykonać" [34];

– art. 2d ust. 3 upoważnia pastwa członkowskie do postanowienia, że „organ odwoławczy niezależny od podmiotu zamawiającego może nie uznać umowy za nieskuteczną, chociaż zamówienie zostało udzielone bezprawnie z przyczyn wymienionych w ust. 1, jeżeli […] stwierdzi, po rozpatrzeniu wszystkich istotnych aspektów, że nadrzędne przyczyny związane z interesem ogólnym wymagają zachowania skutków umowy w mocy […]";

– art. 2e ust. 1 stanowi, że w określonych okolicznościach [35] „państwa członkowskie przewidują nieskuteczność umowy zgodnie z art. 2d ust. 1–3 lub inne kary";

– zgodnie z tym samym przepisem „państwa członkowskie mogą przewidzieć, że organ odwoławczy niezależny od instytucji zamawiającej decyduje, po ocenieniu wszystkich istotnych aspektów, czy umowę należy uznać za nieskuteczną, czy też należy nałożyć inne kary".

83. Z ogółu tych przepisów można wywnioskować, że zgodnie z dyrektywą 89/665 w pewnych okolicznościach przepisy krajowe mogą przewidywać, że unieważnienie udzielenia zamówienia publicznego: a) albo ma skutek wsteczny, wpływający ex tunc na wszystkie zobowiązania kontraktowe; b) albo nie prowadzi nieuchronnie do pozbawienia skutków tej umowy.

84. Te przepisy dyrektywy 89/665 mają na celu znalezienie równowagi między *zwykłymi* skutkami orzeczenia stwierdzającego nieważność a ochroną innych interesów publicznych nierozerwalnie związanych ze świadczeniem usług będących przedmiotem zamówienia. W tym zakresie,

[32] „Prawo krajowe może […] na przykład przewidywać wsteczne anulowanie wszystkich zobowiązań umownych (ex tunc) lub przeciwnie, ograniczyć zakres anulowania do tych zobowiązań, które należałoby jeszcze wykonać (ex nunc)".

[33] „Państwa członkowskie mogą umożliwić organowi odpowiedzialnemu za procedury odwoławcze *niekwestionowanie umowy lub uznanie niektórych lub wszystkich jej skutków w czasie*, jeśli wyjątkowe okoliczności w danej sprawie wymagają uwzględnienia pewnych nadrzędnych przyczyn związanych z interesem ogólnym […]". Podkreślenie moje.

[34] W tym drugim przypadku państwa członkowskie przewidują zastosowanie innych sankcji w rozumieniu art. 2e ust. 2.

[35] W przypadku naruszenia art. 1 ust. 5, art. 2 ust. 3 lub art. 2a ust. 2 i nieobjętego art. 2d ust. 1 lit. b).

podobnie jak w innych, prawo krajowe może zezwalać na pozbawienie stwierdzenia nieważności „naturalnej" skuteczności, zastępując ją obowiązkiem naprawienia szkody lub innymi alternatywnymi środkami.

85. Wspomniane przepisy dyrektywy 89/665 (i przepisy krajowe, które je transponują) nie są sprzeczne z art. 47 karty [36], pod warunkiem że ochrona sądowa, do której ma prawo każdy oferent, umożliwia mu uzyskanie odszkodowania w przypadku unieważnienia a posteriori udzielenia zamówienia, które było niekorzystne dla niego.

86. Prawo chronione przez art. 47 karty nie narzuca jednoznacznego rozwiązania problemów pojawiających się w związku ze skutecznością orzeczeń stwierdzających nieważność aktów (lub umów) administracyjnych. Z owego art. 47 można z pewnością wywnioskować ogólną zasadę, o której wspomniałem, ale ta sama zasada nie wyklucza możliwości znalezienia zastosowania wspomnianych wyjątków [37].

87. Nieskuteczność umów będzie jednak utrzymana, gdy sąd krajowy państwa członkowskiego (które tak ustanowiło w swoim ustawodawstwie) wyda orzeczenie stwierdzające nieważność udzielenia zamówienia, przypisując temu orzeczeniu konsekwencje ex tunc.

88. W niniejszej sprawie powyższe rozważania mogą mieć szczególne znaczenie, gdy po zawarciu umowy sąd właściwy do orzekania w przedmiocie decyzji ÚOHS nie zastosuje żadnego środka tymczasowego. W tej sytuacji, jeśli wyrok zapadły w wyniku rozpatrzenia skargi uchyla decyzję ÚOHS (a także zaakceptowaną przez niego umowę), a przepisy krajowe wymagają zwrotu sprawy do tego organu do ponownego rozpatrzenia, ÚOHS będzie musiał ocenić, na podstawie art. 2d dyrektywy 89/665, jakie konsekwencje wynikają ze stwierdzenia nieskuteczności umowy.

V. Wnioski

89. W świetle powyższego proponuję odpowiedzieć Krajský soud v Brně (sądowi okręgowemu w Brnie, Republika Czeska) w następujący sposób:

Artykuł 2 ust. 3 i 9 dyrektywy 89/665/EWG 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, w świetle art. 47 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej,

należy interpretować w ten sposób, że

nie sprzeciwiają się one przepisom krajowym, na podstawie których, po wyczerpaniu procedury administracyjnej przed niezależnym organem odwoławczym (niesądowym), instytucja zamawiająca może zawrzeć umowę w sprawie zamówienia publicznego przed wniesieniem skargi do sądu właściwego do zbadania zgodności z prawem decyzji w przedmiocie wykluczenia oferenta lub udzielenia tego zamówienia, pod warunkiem że w ramach tej skargi sąd orzekający jest uprawniony do zastosowania środków tymczasowych polegających, w razie potrzeby, na powstrzymaniu skutków już podpisanej umowy.

[36] W wyroku z dnia 11 września 2014 r., Fastweb (C-19/13, EU:C:2014:2194, pkt 64) Trybunał stwierdził, 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".

[37] Odnoszę się do pkt 61–70 mojej opinii w sprawie Polkomtel (C-231/15, EU:C:2016:440).