



Zbiór Orzeczeń

WYROK TRYBUNAŁU (dziesiąta izba)

z dnia 4 lipca 2013 r.*

Zamówienia publiczne — Dyrektywa 89/665/EWG — Odwołanie w dziedzinie zamówień publicznych — Odwołanie od decyzji o udzieleniu zamówienia publicznego wniesione przez oferenta, którego oferta nie została wybrana — Odwołanie oparte na okoliczności, że wybrana oferta nie jest zgodna z wymogami technicznymi zamówienia — Odwołanie wzajemne wybranego oferenta, którego podstawą jest niezachowanie w ofercie przedstawionej przez oferenta wnoszącego odwołanie niektórych wymogów technicznych zamówienia — Obydwie oferty niezgodne z wymogami technicznymi zamówienia — Orzecznictwo krajowe nakazujące wcześniejsze zbadanie odwołania wzajemnego i w przypadku gdy jest ono uzasadnione, uznanie odwołania za niedopuszczalne bez badania istoty sprawy — Zgodność z prawem Unii

W sprawie C-100/12

mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte (Włochy) postanowieniem z dnia 25 stycznia 2012 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 24 lutego 2012 r., w postępowaniu

Fastweb SpA

przeciwko

Azienda Sanitaria Locale di Alessandria,

przy udziale:

Telecom Italia SpA,

Path-Net SpA,

TRYBUNAŁ (dziesiąta izba),

w składzie: A. Rosas, prezes izby, E. Juhász i D. Šváby (sprawozdawca), sędziowie,

rzecznik generalny: J. Kokott,

sekretarz: A. Impellizzeri, administrator,

uwzględniając procedurę pisemną i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 6 grudnia 2012 r.,

* Język postępowania: włoski.

rozważywszy uwagi przedstawione:

- w imieniu Telecom Italia SpA oraz Path-Net SpA przez A. Lirosi, M. Martinelliego oraz L. Mastromatteo, avvocati,
- w imieniu rządu włoskiego przez G. Palmieri, działającą w charakterze pełnomocnika, wspieraną przez S. Varonego, avvocato dello Stato,
- w imieniu Komisji Europejskiej przez A. Tokára oraz D. Recchię, działających w charakterze pełnomocników,

podjąwszy, po wysłuchaniu rzecznika generalnego, decyzję o rozstrzygnięciu sprawy bez opinii,

wydaje następujący

Wyrok

- 1 Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni dyrektywy Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz.U. L 395, s. 33), zmienionej dyrektywą 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. (Dz.U. L 335, s. 31) (zwanej dalej „dyrektywą 89/665”).
- 2 Wniosek ten został złożony w ramach sporu pomiędzy Fastweb SpA (zwaną dalej „Fastweb”) a Azienda Sanitaria Locale di Alessandria (lokalnym organem ds. opieki zdrowotnej w Alessandria) oraz Telecom Italia SpA (zwaną dalej „Telecom Italia”) i jej spółka zależną, Path-Net SpA (zwaną dalej „Path-Net”), dotyczącego udzielenia zamówienia publicznego tej spółce zależnej.

Ramy prawne

- 3 Motyw drugi i trzeci dyrektywy 89/665 brzmią następująco:

„istniejące przepisy, zarówno na poziomie krajowym, jak i wspólnotowym, dla zapewnienia stosowania [zapewniające skuteczne stosowanie] [...] dyrektyw [dotyczących zamówień publicznych] nie zawsze są odpowiednie, by zapewnić zgodność z odpowiednimi przepisami prawa wspólnotowego, w szczególności na etapie, na którym naruszenia tych przepisów mogą być skorygowane;

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

- 4 Motyw 3 dyrektywy 2007/66 stanowi:

„Gwarancje przejrzystości i niedyskryminacji, które miały być zapewnione [w szczególności] przez [dyrektywę 89/665], powinny zatem zostać wzmocnione, aby zapewnić całej Wspólnocie możliwość korzystania w pełni z pozytywnych efektów modernizacji i uproszczenia przepisów w sprawie zamówień publicznych, które to efekty osiągnięto dzięki [w szczególności dyrektywie 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. L 134, s. 114)] [...]”.

- 5 W rozumieniu art. 1 dyrektywy 89/665, zatytułowanego „Zakres zastosowania i dostępność procedur odwoławczych”:

„1. Niniejsza dyrektywa ma zastosowanie do zamówień, o których mowa w [dyrektywie 2004/18], chyba że takie zamówienia wyłączono zgodnie z art. 10–18 tej dyrektywy.

Zamówienia w rozumieniu niniejszej dyrektywy obejmują zamówienia publiczne, umowy ramowe, koncesje na roboty budowlane i dynamiczne systemy zakupów.

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

[...]”.

- 6 Artykuł 2 ust. 1 tej dyrektywy stanowi:

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

[...]

b) uchylecia lub doprowadzenia do uchylecia bezprawnych decyzji [...];

[...]”.

- 7 Motyw 2 dyrektywy 2004/18 brzmi następująco:

„Udzielanie zamówień, na które w państwach członkowskich zawarte zostały umowy w imieniu państwa, jednostek samorządu terytorialnego lub innych podmiotów prawa publicznego, podlega poszanowaniu zasad traktatu [FUE], a w szczególności zasady swobody przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, a także zasad, które się z nich wywodzą, takich jak: zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada wzajemnej uznawalności, zasada proporcjonalności oraz zasada przejrzystości. Niemniej jednak w przypadku zamówień publicznych powyżej pewnej wartości wskazane jest opracowanie wspólnotowych przepisów koordynujących krajowe procedury udzielania takich zamówień, które będą oparte na tych zasadach w sposób umożliwiający ich skuteczne wdrożenie oraz zapewniający otwarcie zamówień publicznych na konkurencję. Wspomniane przepisy służące koordynacji powinny być zatem interpretowane zgodnie z wymienionymi powyżej regułami i zasadami oraz innymi regułami traktatu”.

- 8 Zgodnie z art. 2 tej dyrektywy:

„Instytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty”.

9 Artykuł 32 wskazanej dyrektywy stanowi:

„[...]

2. W celu zawarcia umowy ramowej instytucje zamawiające przestrzegają reguł proceduralnych, o których mowa w niniejszej dyrektywie, na wszystkich etapach, aż do udzielenia zamówienia na podstawie umowy ramowej [...].

Zamówień opartych na umowach ramowych udziela się zgodnie z procedurami określonymi w ust. 3 i 4 [...].

[...]

4. [...]

Zamówienia oparte na umowach ramowych zawartych z kilkoma wykonawcami mogą być udzielane:

[...]

— w przypadku gdy nie wszystkie warunki określone zostały w umowie ramowej – po ponownym poddaniu zamówienia procedurze konkurencyjnej dla stron umowy na tych samych i, jeśli to konieczne, szczegółowej sprecyzowanych warunkach oraz, w stosownych przypadkach, na innych warunkach wskazanych w specyfikacji warunków zamówienia umowy ramowej, zgodnie z następującą procedurą:

a) w odniesieniu do każdego zamówienia, które ma zostać udzielone, instytucje zamawiające konsultują się na piśmie z wykonawcami zdolnymi do realizacji zamówienia;

[...]

d) instytucje zamawiające udzielają zamówienia temu oferentowi, który złożył najlepszą ofertę w świetle kryteriów udzielania zamówień określonych w specyfikacji warunków zamówienia umowy ramowej”.

Postępowanie główne i pytanie prejudycjalne

10 Zgodnie z decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82 – codice dell’amministrazione digitale (dekretom ustawodawczym nr 82 z dnia 7 marca 2005 r. ustanawiającym kodeks administracji cyfrowej, dodatek zwyczajny do GURI nr 112, z dnia 16 maja 2005 r.) Centro Nazionale per l’Informatica nella Pubblica Amministrazione (CNIPA) (krajowy ośrodek informatyki w administracji) jest uprawniony do zawierania umów ramowych z wybranymi przez siebie podmiotami gospodarczymi. Organy administracji niepaństwowej mogą udzielać zamówień na podstawie tych umów ramowych z uwzględnieniem własnych wymogów.

11 CNIPA zawarł taką umowę ramową w szczególności z Fastweb i Telecom Italia. W dniu 18 czerwca 2010 r. Azienda Sanitaria Locale di Alessandria skierował do tych spółek wniosek o przedstawienie oferty dotyczącej „linii przesyłania danych i linii telefonicznych” na podstawie specyfikacji warunków zamówienia. Decyzją z dnia 15 września 2010 r. CNIPA wybrał ofertę przedstawioną przez Telecom Italia, zawierając umowę z jej spółką zależną Path-Net w dniu 27 października tego samego roku.

- 12 Fastweb wniosła od decyzji o udzieleniu tego zamówienia odwołanie do Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte (regionalnego sądu administracyjnego Piemontu), a Telecom Italia et Path-Net przystąpiły do tego postępowania i wniosły odwołanie wzajemne. Prawdopodobność oferty każdego z tych podmiotów została zakwestionowana przez jego jedyne konkurenta z uwagi na niezachowanie niektórych wymogów technicznych zawartych w specyfikacji warunków zamówienia.
- 13 W wyniku nakazanego przez sąd odsyłający badania zgodności ofert przedstawionych przez te dwie spółki ze specyfikacją warunków zamówienia stwierdzone zostało, że żadna z ofert nie była zgodna z ogółem wymogów technicznych określonych w specyfikacji warunków zamówienia. Zdaniem sądu odsyłającego takie ustalenie powinno logicznie prowadzić do uwzględnienia obydwu skarg i w rezultacie do unieważnienia postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego będącego przedmiotem postępowania głównego, gdyż żaden z oferentów nie przedstawił oferty, która mogła prowadzić do udzielenia zamówienia. Takie rozstrzygnięcie było korzystne dla strony wnoszącej odwołanie w postępowaniu głównym, gdyż ponowne wszczęcie postępowania w sprawie udzielenia zamówienia stwarzało jej nową okazję do uzyskania zamówienia.
- 14 Sąd ten zauważa jednak, że w wydanym w pełnym składzie orzeczeniu z dnia 7 kwietnia 2011 r. Consiglio di Stato (rada państwa) wyraziła zasadę prawa dotyczącą odwołań w dziedzinie zamówień publicznych, zgodnie z którą rozpatrzenie odwołania wzajemnego zmierzającego do podważenia legitymacji strony wnoszącej odwołanie z uwagi na okoliczność, że została ona nieprawidłowo dopuszczona do udziału w spornym postępowaniu przetargowym, musi koniecznie poprzedzać rozpatrzenie odwołania, nawet jeżeli strona ta ma instrumentalny interes w powtórzeniu całego postępowania przetargowego oraz niezależnie od liczby oferentów, którzy uczestniczyli w tym postępowaniu, rodzaju zarzutu przywołanego na poparcie odwołania wzajemnego i wymogów zainteresowanego organu administracji.
- 15 Consiglio di Stato uważa bowiem, że wyłącznie osoba, która zgodnie z prawem wzięła udział w postępowaniu przetargowym, posiada legitymację do wniesienia odwołania od decyzji o udzieleniu danego zamówienia publicznego. Zdaniem tego sądu stwierdzenie bezprawności dopuszczenia strony wnoszącej odwołanie od takiej decyzji do rzeczonego postępowania ma zasięg retroaktywny, a ostateczne wykluczenie tej strony z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego oznacza, że wskazana strona znajduje się w sytuacji, która nie pozwala jej na zaskarżanie wyniku tego postępowania.
- 16 Zgodnie z tym orzecznictwem Consiglio di Stato interes praktyczny w powtórzeniu postępowania przetargowego, podnoszony przez stronę wnoszącą odwołanie od decyzji o udzieleniu zamówienia publicznego, nie stawia tej strony w sytuacji prawnej uzasadniającej jej legitymację do wniesienia odwołania. Takiego rodzaju interes nie różni się bowiem od interesu jakiegokolwiek innego podmiotu gospodarczego działającego w tym sektorze, który zamierza wziąć udział w kolejnym przetargu. W rezultacie odwołanie wzajemne kwestionujące legitymację strony wnoszącej odwołanie powinno być zawsze rozpatrywane jako pierwsze, nawet wtedy, gdy jest tylko dwóch oferentów, tzn. oferent, którego oferta nie została wybrana, będący stroną wnoszącą odwołanie w postępowaniu głównym, i wybrany oferent, wnoszący odwołanie wzajemne.
- 17 Sąd odsyłający zastanawia się nad zgodnością wskazanego orzecznictwa w szczególności w zakresie, w jakim potwierdza ono bezwarunkowo pierwszeństwo odwołania wzajemnego względem odwołania z zasadami równości, niedyskryminacji, wolnej konkurencji i skutecznej ochrony sądowej, które zostały uwzględnione w art. 1 ust. 1 i art. 2 lit. b) dyrektywy 89/665. Zgodnie bowiem z tym orzecznictwem uprzednie – i co możliwe wyłączone – badanie odwołania wzajemnego może przyznać wybranemu oferentowi nieuzasadnioną przewagę w stosunku do wszystkich innych podmiotów gospodarczych biorących udział w postępowaniu przetargowym, jeżeli okaże się, że zamówienie zostało mu udzielone w nieprawidłowy sposób.

- 18 W tych okolicznościach Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującym pytaniem prejudycjalnym:

„Czy zasady równości stron, niedyskryminacji i ochrony konkurencji w ramach zamówień publicznych, o których mowa w dyrektywie [89/665], wykluczają »żywe« prawo wynikające z orzeczenia n° 4 z 2011 r. Consiglio di Stato obradującej w pełnym składzie, zgodnie z którym rozpatrzenie odwołania wzajemnego zmierzającego do podważenia legitymacji wnoszącego odwołanie [w postępowaniu głównym] poprzez zakwestionowanie dopuszczenia go do postępowania przetargowego musi koniecznie poprzedzać rozpatrzenie odwołania i ma znaczenia prejudycjalne względem badania odwołania, nawet jeżeli wnoszący odwołanie [w postępowaniu głównym] ma instrumentalny interes w powtórzeniu całego postępowania przetargowego i niezależnie od liczby uczestników przetargu, ze szczególnym odniesieniem do przypadku, w którym pozostało tylko dwóch uczestników przetargu (tzn. wnoszący odwołanie [w postępowaniu głównym] i wnoszący odwołanie wzajemne, któremu udzielono zamówienia publicznego) dążących do wykluczenia [drugiej strony] z uwagi na niespełnienie w złożonych ofertach minimalnych wymogów stanowiących o odpowiednim charakterze ofert [?]”.

W przedmiocie dopuszczalności wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym

- 19 Telecom Italia i Path-Net oraz rząd włoski kwestionują dopuszczalność wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym z różnych względów. Jednakże podniesione w ten sposób cztery zarzuty niedopuszczalności nie mogą zostać uwzględnione.
- 20 Po pierwsze, niniejsze odesłanie prejudycjalne zostało złożone w kontekście, który wpisuje się doskonale w postanowienia art. 267 TFUE. Zgodnie z akapitami pierwszym i drugim tego artykułu sąd państwa członkowskiego może zwrócić się do Trybunału o wydanie orzeczenia w przedmiocie każdej kwestii dotyczącej wykładni traktatów i aktów prawa wtórnego, jeżeli sąd ten uzna, że decyzja w tej kwestii jest niezbędna do wydania wyroku w rozstrzyganej przez niego sprawie. Tymczasem w niniejszym przypadku z postanowienia odsyłającego wynika, że Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte zastanawia się nad znaczeniem dyrektywy 89/665 w kontekście procesowym i faktycznym, który charakteryzuje postępowanie główne, rozważając dwie możliwe odpowiedzi, prowadzące do różnych wyników tego postępowania.
- 21 Po drugie, postanowienie odsyłające przedstawia w dostateczny sposób krajowe ramy prawne, gdyż opisuje i wyjaśnia orzecznictwo Consiglio di Stato, którego podstawą jest wykładnia, jakiej dokonuje ten sąd w odniesieniu do ogółu istotnych przepisów i zasad proceduralnych prawa krajowego w sytuacji takiej jak będąca przedmiotem postępowania głównego oraz skutki, jakie zdaniem tego sądu wynikają z tego w zakresie dopuszczalności odwołania oferenta, którego oferta nie została wybrana.
- 22 Po trzecie, mimo że sąd odsyłający nie wskazuje szczególnego przepisu prawa Unii, o którego wykładnię wnosi, sąd ten odwołuje się wyraźnie w samym pytaniu do dyrektywy 89/665, a postanowienie odsyłające zawiera ogół informacji dostatecznie kompletnych, umożliwiających Trybunałowi wskazanie elementów prawa unijnego, które wymagają wykładni w świetle przedmiotu postępowania głównego (zob. analogicznie wyrok z dnia 9 listopada 2006 r. w sprawie C-346/05 Chateignier, Zb.Orz. s. I-10951, pkt 19 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 23 Wreszcie, po czwarte, nie wydaje się, że postępowanie to dotyczy zamówienia publicznego stanowiącego wyjątek, o którym mowa w art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665. W rezultacie o ile wartość tego zamówienia osiąga próg stosowania dyrektywy 2004/18, tak jak określa go jej art. 7 – czego zbadanie należy do sądu odsyłającego, a co nie wywołuje wątpliwości na tym etapie – to dwie wskazane powyżej dyrektywy znajdują zastosowanie w odniesieniu do zamówienia takiego jak będące przedmiotem postępowania głównego. Należy przypomnieć w tym względzie, że fakt, iż postępowanie

w sprawie udzielenia zamówienia publicznego dotyczy wyłącznie przedsiębiorstw krajowych, nie ma znaczenia, jeśli chodzi o stosowanie dyrektywy 2004/18 (zob. podobnie wyrok z dnia 16 grudnia 2008 r. w sprawie C-213/07 Michaniki, Zb.Orz. s. I-9999, pkt 29 i przytoczone tam orzecznictwo).

W przedmiocie pytania prejudycjalnego

- 24 Poprzez swe pytanie sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy przepisy dyrektywy 89/665, a w szczególności jej art. 1 i 2, należy interpretować w ten sposób, że jeżeli w ramach postępowania odwoławczego wybrany oferent podniesie zarzut niedopuszczalności oparty na braku legitymacji oferenta, który wniósł odwołanie z uwagi na fakt, że oferta, którą przestawił ten ostatni, powinna była zostać odrzucona przez instytucję zamawiającą z uwagi na jej niezgodność z wymogami technicznymi określonymi w specyfikacji warunków zamówienia, to rzeczony artykuł 1 ust. 3 sprzeciwia się temu, aby to odwołanie zostało uznane za niedopuszczalne w wyniku uprzedniego badania wskazanego zarzutu niedopuszczalności, jeżeli sam wnoszący odwołanie kwestionuje prawidłowość oferty wybranego oferenta na tej samej podstawie, a tylko te dwa podmioty gospodarcze złożyły ofertę.
- 25 Należy zauważyć, że z art. 1 dyrektywy 89/665 wynika, iż dyrektywa ta ma umożliwić wnoszenie skutecznego odwołania od niezgodnych z prawem Unii decyzji instytucji zamawiających. Zgodnie z ust. 3 wskazanego artykułu 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.
- 26 W tym względzie decyzja, na mocy której instytucja zamawiająca odrzuca ofertę oferenta jeszcze przed przystąpieniem do selekcji, stanowi decyzję, od której, zgodnie z art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665, powinno być możliwe wniesienie odwołania, gdyż przepis ten znajduje zastosowanie do wszystkich decyzji przyjętych przez instytucje zamawiające, które są objęte zasadami prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych, i nie przewiduje on żadnego ograniczenia co do charakteru i treści rzeczonych decyzji (zob. w szczególności wyrok z dnia 19 czerwca 2003 r. w sprawie C-249/01 Hackermüller, Rec. s. I-6319, pkt 24, i przytoczone tam orzecznictwo).
- 27 W związku z tym w pkt 26 ww. wyroku w sprawie Hackermüller Trybunał orzekł, że fakt odmówienia przez organ odwoławczy dostępu do rzeczonych procedur odwoławczych oferentowi, którego oferta została odrzucona, z uwagi na brak legitymacji jeszcze przed dokonaniem selekcji prowadziłby do pozbawienia tego oferenta nie tylko prawa do odwołania od decyzji, której zarzuca niezgodność z prawem, lecz również prawa do zakwestionowania zasadności powodu wykluczenia podniesionego przez wskazany organ w celu odmówienia uznania go za podmiot, który poniósł szkodę lub może ponieść szkodę w wyniku podnoszonej niezgodności z prawem.
- 28 Bez wątplenia jeżeli w celu uniknięcia takiej sytuacji oferentowi przyznane jest prawo do zakwestionowania zasadności rzeczonych powodów wykluczenia w ramach postępowania odwoławczego wszczętego przez niego w celu podważenia zgodności z prawem decyzji, na mocy której instytucja zamawiająca nie uznała jego oferty za najlepszą, to nie można wykluczyć, iż w wyniku tego postępowania organ, do którego wniesiono odwołanie, uzna, że rzeczona oferta rzeczywiście powinna była zostać uprzednio odrzucona, a odwołanie oferenta powinno być oddalone z uwagi na fakt, iż uwzględniając tę okoliczność, nie poniósł on lub nie może ponieść szkody w wyniku podnoszonej przez niego niezgodności z prawem (zob. ww. wyrok w sprawie Hackermüller, pkt 27).
- 29 W takiej sytuacji oferent, który wszczął postępowanie odwoławcze od decyzji o udzieleniu zamówienia publicznego, powinien posiadać prawo do zakwestionowania przed rzeczonym organem w ramach tego postępowania zasadności powodu, dla którego jego oferta powinna była zostać odrzucona (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Hackermüller, pkt 28, 29).

- 30 Wniosek ten znajduje co do zasady zastosowanie, również jeżeli zarzut niedopuszczalności jest podniesiony nie z urzędu przez organ, do którego wniesiono to odwołanie, lecz w ramach odwołania wzajemnego wniesionego przez stronę postępowania odwoławczego, taką jak wybrany oferent, który w sposób zgodny z prawem przystąpił do tego postępowania.
- 31 W postępowaniu głównym sąd odsyłający, po sprawdzeniu odpowiedniego charakteru ofert złożonych przez dwie zainteresowane spółki, stwierdził, że oferta przedstawiona przez Fastweb nie była zgodna z ogółem wymogów technicznych określonych w specyfikacji warunków zamówienia. Sąd ten doszedł jednak do takiego samego wniosku w odniesieniu do oferty złożonej przez drugiego oferenta, Telecom Italia.
- 32 Taka sytuacja różni się od tej występującej w sprawie zakończonej ww. wyrokiem w sprawie Hackermüller, w szczególności z uwagi na fakt, iż stwierdzone zostało, że wybrana oferta w sposób błędny nie została wykluczona na etapie weryfikacji ofert, mimo jej niezgodności z wymogami technicznymi specyfikacji warunków zamówienia.
- 33 Tymczasem wobec tego odwołanie wzajemne wybranego oferenta nie może prowadzić do odrzucenia odwołania oferenta, w sytuacji gdy prawidłowość oferty każdego z podmiotów jest zakwestionowana w ramach tego samego postępowania i na takich samych podstawach. W takiej sytuacji bowiem każdy z konkurentów może powołać się na uzasadniony interes w postaci wykluczenia ofert innych, co może prowadzić instytucję zamawiającą do stwierdzenia niemożności dokonania wyboru prawidłowej oferty.
- 34 W świetle powyższych rozważań na przedłożone pytanie należy odpowiedzieć, że art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665 należy interpretować w ten sposób, że jeżeli w ramach postępowania odwoławczego wybrany oferent, któremu udzielono zamówienia i który wniósł odwołanie wzajemne, podnosi zarzut niedopuszczalności oparty na braku legitymacji oferenta, który wniósł odwołanie, ze względu na fakt, że oferta, którą ten ostatni przedstawił, powinna była zostać odrzucona przez instytucję zamawiającą z uwagi na jej niezgodność z wymogami technicznymi określonymi w specyfikacji warunków zamówienia, to przepis ten sprzeciwia się temu, aby rzeczone odwołanie zostało uznane za niedopuszczalne w wyniku uprzedniego badania tego zarzutu niedopuszczalności, bez rozstrzygnięcia w przedmiocie zgodności ze wskazanymi wymogami technicznymi zarówno oferty wybranego oferenta, któremu udzielono zamówienia, jak i oferty oferenta, który wniósł odwołanie.

W przedmiocie kosztów

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

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

Artykuł 1 ust. 3 dyrektywy Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane, zmienionej dyrektywą 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r., należy interpretować w ten sposób, że jeżeli w ramach postępowania odwoławczego wybrany oferent, któremu udzielono zamówienia i który wniósł odwołanie wzajemne, podnosi zarzut niedopuszczalności oparty na braku legitymacji oferenta, który wniósł odwołanie, ze względu na fakt, że oferta, którą ten ostatni przedstawił, powinna była zostać odrzucona przez instytucję zamawiającą z uwagi na jej niezgodność z wymogami technicznymi określonymi w specyfikacji warunków zamówienia, to przepis ten sprzeciwia się temu, aby rzeczone odwołanie zostało uznane za niedopuszczalne w wyniku uprzedniego badania tego

zarzutu niedopuszczalności, bez rozstrzygnięcia w przedmiocie zgodności ze wskazanymi wymogami technicznymi zarówno oferty wybranego oferenta, któremu udzielono zamówienia, jak i oferty oferenta, który wniósł odwołanie.

Podpisy