OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO PEDRA CRUZA VILLALÓNA przedstawiona w dniu 1 czerwca 2010 r.[1]

I — Wprowadzenie

1. Cypryjski Anotato Dikastirio (sąd najwyższy), działając jako sąd pierwszej instancji[2], zwraca się do Trybunału Sprawiedliwości z pytaniem, czy z art. 2 ust. 8 dyrektywy 89/665/EWG[3] dla instytucji zamawiającej dokonującej zamówienia publicznego wynika prawo do wniesienia środka odwoławczego do sądu od decyzji administracyjnego organu odwoławczego, uchylającej jej decyzję.

1 — Język oryginału: hiszpański.

2 — Jego wyroki można zaskarżyć w drodze apelacji wnoszonej do jego zgromadzenia plenarnego.

3 — 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).

II — Ramy prawne

A — *Dyrektywa 89/665*

2. Zgodnie z art. 1 ust. 1[4]

„[p]aństwa członkowskie podejmują środki niezbędne do zapewnienia, aby decyzje podejmowane przez instytucje zamawiające odnośnie do procedur udzielania zamówień publicznych objętych zakresem dyrektyw 71/305/EWG, 77/62/WE i 92/50/EWG mogły być skutecznie i przede wszystkim

4 — Przepis w brzmieniu nadanym przez art. 41 dyrektywy Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnoszącej się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi (Dz.U. L 209, s. 1). Zgodnie z art. 33 dyrektywy Rady 93/36/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy (Dz.U. L 199, s. 1), art. 36 dyrektywy Rady 93/37/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (Dz.U. L 199, s. 54) i art. 82 akapit drugi dyrektywy 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) oraz zgodnie z tabelami korelacji załączonymi do wspomnianych dyrektyw, odniesienia do dyrektyw 71/305/EWG, 77/62/EWG i 92/50/EWG zawarte w art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665 należy rozumieć jako dokonane w odniesieniu do dyrektywy 2004/18.

możliwie szybko, zgodnie z warunkami określonymi w poniższych artykułach, w szczególności art. 2 ust. 7, podlegać odwołaniu na podstawie tego, że takie decyzje naruszyły prawo wspólnotowe w dziedzinie zamówień publicznych albo krajowe przepisy, wykonujące to prawo".

3. Artykuł 1 ust. 3 stanowi, iż:

„Państwa członkowskie zapewniają, że procedury odwoławcze, zgodnie ze szczegółowymi przepisami, które państwa członkowskie mogą wprowadzić, dostępne są co najmniej każdemu podmiotowi, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia publicznego na dostawy lub roboty budowlane, w przypadku gdy taki podmiot doznał uszczerbku lub zagraża mu doznanie uszczerbku w wyniku domniemanego naruszenia przepisów. W szczególności, państwa członkowskie mogą wymagać od podmiotu, który zamierza skorzystać ze środków odwoławczych, uprzedniego powiadomienia instytucji zamawiających o domniemanym naruszeniu przepisów oraz o zamiarze skorzystania ze środków odwoławczych".

4. Stosownie do art. 2 ust. 8: [5]

„W przypadku gdy organy odwoławcze nie mają charakteru sądowego, ich decyzje muszą być 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 lub trybunałem w rozumieniu art. 177 Traktatu EWG i niezależny zarówno od instytucji zamawiającej, jak i organu odwoławczego.

[…]".

B — *Prawo cypryjskie*

5. Zgodnie z art. 146 ust. 2 Konstytucji Republiki Cypryjskiej, skarga do sądu na czynności lub zaniechanie organów administracji „może zostać złożona przez każdą osobę, której uzasadniony i rzeczywisty interes przysługujący jej indywidualnie lub jako członkowi wspólnoty został bezpośrednio naruszony przez decyzję, czynność lub zaniechanie".

6. Ustawę nr 101(I)/2003 o udzielaniu zamówień publicznych (dostawy, roboty budowlane i usługi), w wersji zmienionej ustawą nr 181(I)/2004, przyjęto w celu zharmonizowania ustawodawstwa cypryjskiego z prawem

5 — Wskutek przyjęcia dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającej dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych (Dz.U. L 335, s. 31) nie mającej zastosowania *ad casum* ze względów chronologicznych, przepis zawarty w art. 2 ust. 8 przeniesiony został, bez istotnych zmian, do ust. 9 tego artykułu zastępując jednakże w hiszpańskiej wersji językowej dyrektywy zawarte w ust. 8 odniesienie do „organismo de base" odniesieniem do bardziej powszechnego „órgano de recurso" [w polskiej wersji językowej w obydwu przypadkach mowa jest o „organie odwoławczym"].

Unii, w tym z dyrektywą 89/665, w związku z czym na mocy art. 55 powołano Anatheoritiki Archi Prosforon (organ odwoławczy ds. przetargów, zwany dalej „organem odwoławczym"), przyznając mu w art. 56 uprawnienie do rozstrzygania „odwołań w toku instancji", wniesionych od decyzji instytucji zamawiających. Artykuł 60 omawianej ustawy, zmieniony przez ustawę nr 181(I)/2004 stanowi, iż: „[j]eśli zainteresowana osoba uważa, że decyzja podjęta przez [organ odwoławczy] jest dla niej krzywdząca, ma ona na podstawie art. 146 konstytucji prawo do złożenia skargi do Anotato Dikastirio. Zgodnie z art. 146 konstytucji, skarga do Anotato Dikastirio może także zostać złożona przez instytucję zamawiającą, jeżeli w sposób należycie udokumentowany wykaże ona, że decyzja [organu odwoławczego] jest dla niej niesprawiedliwa".

7. Jak okaże się później, przepis ten stał się przedmiotem szczególnie istotnego w niniejszej sprawie oświadczenia Anotato Dikastirio.

III — Okoliczności poprzedzające postępowanie przed sądem krajowym i pytanie prejudycjalne

8. W czerwcu 2003 r. Symvoulio Apochetefseon Lefkosias (zarząd sieci kanalizacyjnej Nikozji, zwany dalej „Symvoulio")[6], działając jako instytucja zamawiająca, opublikował ogłoszenie dotyczące opracowania projektu, budowy, użytkowania i utrzymania przez okres 10 lat oczyszczalni ścieków w Anthoupolis.

9. Wśród kandydatów, którzy przeszli wstępną selekcję, zalazły się konsorcja Degremont SA & Atlas Pantou Co Ltd (zwane dalej „Degremont") oraz WTE BAMAG.

10. Po tym, jak zostały złożone oferty, Symvoulio zawiadomił Degremont o swojej decyzji o udzieleniu zamówienia konsorcjum WTE BAMAG.

11. W dniu 7 października 2005 r. Degremont zaskarżyło tę decyzję do organu odwoławczego, wnosząc o zrządzenie środka tymczasowego, polegającego na wstrzymaniu wykonania decyzji Symvoulio, ze względu na to, że jej wykonanie wiązałoby się z nieodwracalnym udzieleniem zamówienia publicznego. Posiedzenie w przedmiocie środka tymczasowego zostało wyznaczone na dzień 13 października 2005 r., lecz z uwagi na fakt, iż samo wniesienie wniosku o zastosowanie środka tymczasowego nie wiązało się (wówczas) z zawieszeniem wykonania, Symvoulio skutecznie udzielił zamówienia publicznego konsorcjum WTE BAMAG, zanim organ

6 — Jak okazało się na rozprawie, właściwość terytorialna Symvoulio obejmuje obszar metropolitalny Nikozji, a przewodniczy mu burmistrz tego miasta.

odwoławczy orzekł w przedmiocie zawieszenia wykonania.

12. W dniu 14 lutego 2006 r. organ odwoławczy orzekł w przedmiocie odwołania (co do istoty sprawy) i uchylił decyzję Symvoulio [7].

13. Przedsiębiorstwo WTE BAMAG nie zaskarżyło tej decyzji do Anotato Dikastirio. Natomiast w dniu 31 marca 2006 r. uczynił to Symvoulio [8], powołując się w uzasadnieniu na art. 146 ust. 2 Konstytucji i art. 60 ustawy nr 101(I)/2003 o zamówieniach publicznych.

14. W czasie, gdy omawiane postępowanie było w toku, Anotato Dikastirio w pełnym składzie wydał w dniu 10 grudnia 2007 r. wyrok w przedmiocie innej skargi [9] w postępowaniu pomiędzy tymi samymi stronami. W wyroku tym Anotato Dikastirio uznał, iż Symvoulio jako instytucja zamawiająca nie ma interesu prawnego w zaskarżeniu decyzji organu odwoławczego uchylającej jego decyzję, ponieważ, pokrótce rzecz ujmując: 1) decyzja ta stanowi element złożonego postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, 2) organ odwoławczy jest drugą instancją administracyjną (organem wyższego stopnia) w stosunku do Symvoulio, przez co jeden organ administracji nie może mieć interesu prawnego przeciwnego do innego organu administracji, 3) instytucje zamawiające działają w interesie publicznym, lecz nie mają interesów jednostkowych oraz 4) art. 60 ustawy nr 101(I)/2003 nie może przyznać uprawnienia do wniesienia skargi instytucji zamawiającej, jeżeli nie wynika to z art. 146 ust. 2 Konstytucji.

15. Anotato Dikastirio (w sprawie o sygnaturze 629/2006), jako sąd pierwszej instancji, świadomy orzeczenia wydanego przez swój pełny skład oraz zważywszy, iż w orzeczeniu tym nie dokonano analizy uregulowania cypryjskiego w świetle dyrektywy 89/665, zawiesił postępowanie i zwrócił się do Trybunału Sprawiedliwości z następującym pytaniem prejudycjalnym:

„W jakim zakresie art. 2 ust. 8 dyrektywy 89/665/WE przyznaje instytucjom zamawiającym prawo zaskarżenia do sądu decyzji o stwierdzeniu nieważności wydanych przez organy odwoławcze, w sytuacji gdy organy te nie mają charakteru sądowego?”.

7 — Strony niniejszego postępowania prejudycjalnego nie podają konkretnych powodów, które skłoniły organ odwoławczy do uchylenia decyzji Symvoulio.

8 — Wszczynając postępowanie oznaczone sygnaturą 629/2006.

9 — Sprawa o sygnaturze 106/2006.

IV — Postępowanie przed Trybunałem Sprawiedliwości

16. Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym wpłynął do sekretariatu Trybunału w dniu 22 grudnia 2008 r.

17. Symvoulio, rząd Republiki Cypryjskiej i Komisja wnoszą do Trybunału Sprawiedliwości o udzielenie twierdzącej odpowiedzi na pytanie Anotato Dikastirio, w ten sposób, że art. 2 ust. 8 dyrektywy 89/665 przyznaje instytucjom zamawiającym prawo zaskarżenia do sądu decyzji wydanych przez organy odwoławcze.

18. Zdaniem organu odwoławczego, dyrektywa 89/665 chroni przedsiębiorstwa, a nie instytucje zamawiające, zatem należy odmówić im zindywidualizowanego interesu do celów wystąpienia na drodze sądowej przeciwko organom, które kontrolują ich decyzje.

19. Na rozprawie, która miała miejsce w dniu 25 marca 2010 r., stawili się celem ustnego przedstawienia swoich stanowisk przedstawiciele Symvoulio, organu odwoławczego oraz Komisji.

V — Co do istoty sprawy

20. Postanowienie odsyłające wydane przez Anotato Dikastirio przedstawia pytanie prejudycjalne nie rozstrzygane dotychczas w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości, a dotyczące tego, czy na podstawie dyrektywy 89/665 należy uznać istnienie prawa instytucji zamawiającej do zaskarżenia decyzji innego organu publicznego, będącego organem odwoławczym od jej decyzji, kiedy, bez uszczerbku dla publicznego charakteru obu tych organów, posiadają one odrębną osobowość prawną, przynależą ponadto do różnych organów administracji i funkcjonalnie rzecz biorąc wykonują odmienne zadania.

21. Odpowiedź na to pytanie należy poprzedzić kilkoma uwagami na temat struktury środków odwoławczych przewidzianych przez dyrektywę 89/665, przed zbadaniem zakresu przywołanego art. 2 ust. 8 tej dyrektywy.

22. Już w trzecim motywie dyrektywy wskazano, iż „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". Deklaracja ta odpowiada uregulowaniu

„materialnemu” [10], dotyczącemu wspólnotowej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych.

23. Państwom członkowskim przysługuje szeroki zakres uznania przy transponowaniu systemu odwoławczego zawartego w dyrektywie, która „ustanawia jedynie minimalne przesłanki, jakie muszą spełniać procedury odwoławcze ustanowione w krajowych porządkach prawnych w celu zapewnienia poszanowania przepisów prawa wspólnotowego w dziedzinie zamówień publicznych” [11].

24. Stąd też, tytułem przykładu, omawiana dyrektywa nie zawiera żadnego przepisu, który dotyczyłby konkretnych wymagań co do terminu na wnoszenie odwołań, do których ustanowienia zmierza [12].

25. W szczególności, co ma dla nas większe znaczenie, dyrektywa ta zapewnia jedynie, jak już wyjaśniłem, że procedury odwoławcze powinny być dostępne „co najmniej” każdemu podmiotowi, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia publicznego, gdy taki podmiot doznał uszczerbku lub gdy zagraża mu doznanie uszczerbku w wyniku domniemanego naruszenia przepisów prawa wspólnotowego w dziedzinie zamówień publicznych albo krajowych przepisów wykonujących to prawo [13].

26. W każdym razie prawodawca Unii chciał, aby ostatnią instancją kontroli zgodności z prawem w odniesieniu do zamówień publicznych był sąd [14], bądź bezpośrednio, czyli kiedy organem odwoławczym jest od razu sąd, bądź pośrednio, kiedy powierza się sądom właściwość do rozstrzygania środków odwoławczych wnoszonych w razie potrzeby od decyzji utworzonego ewentualnie w tym celu administracyjnego organu odwoławczego. To ostatnie rozwiązanie przyjęto na Cyprze, gdzie właściwy do rozstrzygania skarg na akty wydane przez wspomniany, utworzony tam organ (organ odwoławczy), przyznano Anotato Dikastirio (sądowi najwyższemu).

10 — Zawartemu obecnie, zasadniczo, w dyrektywie 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz.U. L 134, s. 1) oraz w dyrektywie 2004/18.

11 — Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 19 czerwca 2003 r. w sprawie C-315/01 GAT, Rec. s. I-6351, pkt 45 oraz postanowienie Trybunału Sprawiedliwości z dnia 4 października 2007 r. w sprawie C-492/06 Consorzio Elisoccorso San Raffaele, Zb.Orz. s. I-8189, pkt 21.

12 — Zgodnie z wyrokami Trybunału Sprawiedliwości: z dnia 12 grudnia 2002 r. w sprawie C-470/99 Universale-Bau i in., Rec. s. I-11617, pkt 71 i z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie C-406/08 Uniplex (UK) Ltd, Zb.Orz. s. I-817, pkt 26, „krajowy porządek prawny każdego z państw członkowskich powinien zatem definiować te przesłanki odnoszące się do terminu”.

13 — Wyżej wymienione postanowienie Trybunału Sprawiedliwości z dnia 4 października 2007 r., pkt 20.

14 — Jest to pojęcie, które w tym celu obejmuje nie tylko sąd rozumiany jako taki, z punktu widzenia strukturalnego każdego państwa członkowskiego, który sprawuje ochronę w drodze „skargi sądowej”, lecz również „inny organ będący sądem lub trybunałem w rozumieniu art. 177 traktatu [EWG] i niezależny zarówno od instytucji zamawiającej, jak i organu odwoławczego”, ponieważ art. 2 ust. 8 dyrektywy 89/665 zezwala na powierzenie mu badania decyzji instytucji zamawiającej lub administracyjnego organu odwoławczego.

27. Jednakże z chwilą wprowadzenia przez dyrektywę możliwości, aby to instancja pośrednia zajmowała się rozstrzyganiem co do istoty środków odwoławczych wnoszonych na decyzje instytucji zamawiającej, stało się jasne, iż w ten sposób dyrektywa powoduje powstanie możliwości, że racja bytu odwołania na drodze sądowej, które musi nastąpić w sposób nieunikniony w dalszej kolejności, ulegnie do pewnego stopnia zmianie. W ramach odwołania na drodze sądowej kontrolowana jest bowiem prawidłowość decyzji organu administracji, utrzymującej w mocy bądź uchylającej decyzję o udzieleniu zamówienia, na wniosek podmiotów w danym przypadku do tego uprawnionych.

28. Uwaga ta potwierdza, iż problematyka przedstawiona w pytaniu prejudycjalnym z definicji nie pojawia się w tych krajowych porządkach prawnych, w których nie zdecydowano się na wprowadzenie administracyjnych organów odwoławczych, lecz jedynie i bezpośrednio na odwołanie na drodze sądowej. W takiej sytuacji instytucje zamawiające mogą być jedynie stronami pozwanymi. Natomiast gdy zaskarża się przed sądem uchylenie decyzji przez administracyjny organ odwoławczy, stwarza to możliwość, aby oprócz przedsiębiorstw poszkodowanych wskutek uchylenia decyzji, jako skarżące zapragnęły wystąpić także instytucje zamawiające.

29. Z tego właśnie powodu w niniejszej sprawie Symvoulio, próbując być może uniknąć skierowania przeciwko niemu ewentualnego postępowania odszkodowawczego, dochodzi poddania kontroli sądu uchylenia przez organ odwoławczy swojej decyzji o udzieleniu zamówienia określonemu oferentowi.

30. Należy zatem sprawdzić, czy w oparciu o tę ocenę można rościć sobie prawo do zaskarżenia decyzji, czego domaga się Symvoulio.

31. Moim zdaniem, legitymacja czynna instytucji zamawiającej do zaskarżenia do sądu aktu organu odwoławczego uchylającego jej decyzję nie jest przez dyrektywę 89/665 wymagana, ani nie można takiej legitymacji z niej wywieść.

32. Po pierwsze, już motyw siódmy w związku z motywem ósmym nie przemawiają szczególnie za potraktowaniem dostępu instytucji zamawiających do sądowego środka odwoławczego jako wymogu zawartego w dyrektywie. W motywach tych możliwość wniesienia środka odwoławczego przewiduje się wyłącznie dla przedsiębiorstw i zawierają one spostrzeżenie, że jeżeli przedsiębiorstwa nie wniosą takiego środka, „niektóre naruszenia przepisów mogą zostać nienaprawione".

33. Po drugie, art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665, stwierdzając potrzebę istnienia skutecznego środka odwoławczego od decyzji instytucji zamawiających, uznaje tym samym właśnie legitymację bierną instytucji zamawiających,

a z żadnego innego przepisu tej dyrektywy nie można wywnioskować ich ewentualnej legitymacji czynnej.

34. Wreszcie, tę raczej restrykcyjną tezę potwierdza treść art. 1 ust. 3 dyrektywy, ponieważ wszczęcie poszczególnych postępowań odwoławczych przysługuje „co najmniej" każdemu podmiotowi, „który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia publicznego na dostawy lub roboty budowlane, w przypadku gdy taki podmiot doznał uszczerbku lub zagraża mu doznanie uszczerbku w wyniku domniemanego naruszenia przepisów", co, jak się wydaje, pozostawia przynajmniej otwartą możliwość wykluczenia instytucji zamawiających. Ponadto postanowienie to nie wydaje się ich uwzględniać, ponieważ upoważnia państwa członkowskie do wprowadzenia obowiązku po stronie podmiotu, który zamierza skorzystać z tej procedury, uprzedniego poinformowania „instytucji zamawiających o domniemanym naruszeniu przepisów oraz o zamiarze skorzystania ze środków odwoławczych".

35. Rzeczywiście, gdy dojdzie się do art. 2 ust. 8 dyrektywy można zauważyć, że posługuje się tam ona bardziej otwartym językiem, bowiem, w przeciwieństwie do innych fragmentów dyrektywy, nie ma w nim wyraźnego odniesienia do podmiotów ubiegających się o zamówienie (czyli podmiotu, który ma interes w uzyskaniu zamówienia publicznego), na czym najwyraźniej opiera się Symvoulio, domagając się, jako instytucja zamawiająca, prawa do zaskarżenia decyzji.

36. Porównując bowiem treść art. 1 ust. 3 z brzmieniem art. 2 ust. 8 dyrektywy, przedstawiciel Symvoulio podniósł na rozprawie, iż nie są one ze sobą sprzeczne. Jego zdaniem, podczas gdy ten ostatni odnosi się wyłącznie do środka odwoławczego wnoszonego do sądu (lub organu o tym charakterze w rozumieniu art. 267 TFUE), pierwszy z nich dotyczy także możliwości wniesienia środka odwoławczego do organu odwoławczego niesądowego, którego przedmiotem może być wyłącznie decyzja instytucji zamawiającej. Wynika to stąd, iż należy co do zasady, w przeciwieństwie do tego, co ma miejsce w przypadku art. 2 ust. 8, odrzucić możliwość zaskarżenia przez instytucję zamawiającą jej własnej decyzji.

37. Jednak element dwuznaczności zawarty w art. 2 ust. 8 dyrektywy nie jest, moim zdaniem, wystarczający, aby wpłynęło to na wcześniejsze spostrzeżenia. Treść art. 2 ust. 8 otwiera jedynie możliwość, aby administracyjny organ odwoławczy jako pierwszy badał środek odwoławczy, ustanawiając w każdym przypadku obowiązek, na wskazanych już warunkach, aby w takim przypadku od jego decyzji przysługiwał środek odwoławczy, bądź wprost do sądu, bądź do organu, który w rozumieniu art. 267 TFUE jest równoważny z sądem, nie precyzując ponownie podmiotów uprawnionych do wniesienia środka odwoławczego.

38. Wreszcie należy odrzucić argument podniesiony przez Symvoulio, a podzielany przez Komisję, zgodnie z którym nieprzyznanie mu legitymacji czynnej do wniesienia środka odwoławczego prowadziłoby do utraty możliwości zastosowania bezpośrednio i jednolicie uregulowania Unii, ponieważ zamknie ono możliwość przedstawienia pytania prejudycjalnego w takich przypadkach, jak niniejszy, w których żadne przedsiębiorstwo nie zaskarży do sądu decyzji organu odwoławczego.

39. Otóż po pierwsze, ewentualna dodatkowa możliwość wyjaśnienia prawa Unii nie może bezpośrednio warunkować sposobu uregulowania szczególnej kwestii dotyczącej legitymacji, która należy do autonomii proceduralnej państw członkowskich. Poza tym należy oczekiwać, w zwykłych okolicznościach, że wobec decyzji uchylających, które zostaną uznane za prawnie bezzasadne, to oferenci je zaskarżą, co da następnie możliwość wydania postanowienia odsyłającego.

40. W każdym razie, jako klauzulę gwarancyjną, sama dyrektywa w art. 3 oddaje do dyspozycji Komisji „specjalny mechanizm", kiedy uzna ona, że nastąpiło jasne i oczywiste naruszenie postępowania przetargowego. W tym celu przepis ten pozwala na podjęcie odpowiednich środków w celu szybkiej naprawy domniemanego naruszenia.

41. Powyższe uwagi pozwalają dojść do wniosku, iż dyrektywa 89/665 nie reguluje w sposób bezpośredni ani też pośredni środków odwoławczych, które miałyby być dostępne dla instytucji zamawiających. Moim zdaniem, samo to wystarczyłoby, aby odpowiedzieć przecząco na pytanie przedstawione przez Anotato Dikastirio. Jednakże uważam, że wniosek ten należy wzmocnić kilkoma dodatkowymi spostrzeżeniami.

42. Symvoulio podniósł w pkt 18 swoich uwag, iż ograniczenie to pociąga za sobą poważną szkodę, ponieważ, z jednej strony, zamówienie publiczne zostałoby udzielone innej osobie prawnej, niż oferent uznany przez niego za najodpowiedniejszego, a z drugiej strony, nie można wykluczyć dochodzenia naprawienia szkody poniesionej wskutek udzielenia zamówienia publicznego, które zostało następnie uchylone przez organ odwoławczy. I oczywiście nie można zapominać, iż Symvoulio jest publiczną osobą prawną, której przyznano wykonywanie własnych uprawnień administracyjnych, a dokładnie zarządzanie gospodarką wodną [15], w związku z czym pełni on rolę instytucji zamawiającej

15 — Symvoulio uosabia także interes wspólnoty leżący w prawidłowym gospodarowaniu wodą, za wykonywanie których, jak podkreślono na rozprawie, ponosi własną i pełną odpowiedzialność, co obejmuje dystrybucję i oczyszczanie wody na obszarze metropolitalnym Nikozji, przekraczając w ten sposób granice terytorium tego miasta.

o statusie odrębnym w każdym razie od organu odwoławczego [16].

43. W tym zakresie, jakkolwiek Trybunał Sprawiedliwości nie może wypowiadać się co do umiejscowienia Symvoulio jako organu w systemie cypryjskim, ani w przedmiocie jego relacji z organem odwoławczym [17], rozprawa w sposób wystarczający wyjaśniła, iż nie można uznać za przekonującą argumentacji organu odwoławczego, zgodnie z którą działalność obu organów wpisuje się w ramy jednolitego postępowania przetargowego, w związku z czym w rzeczywistości nie są to instancje niezależne.

44. Sprzeciwiałaby się temu, z drugiej strony, logika odwołania opisanego w art. 2 ust. 8 dyrektywy 89/665, ponieważ żądania oferentów dotyczące uchylenia decyzji o udzieleniu zamówienia stałyby faktycznie pod znakiem zapytania, gdyby nie uznawano w pewnym stopniu niezależności pomiędzy organem kontrolnym a instytucją zamawiającą. Ocenę tę potwierdza treść art. 2 ust. 3 dyrektywy 2007/66, który w związku z odwołaniem od decyzji o udzieleniu zamówienia wspomina o „organie pierwszej instancji, który jest niezależny od instytucji zamawiającej".

45. Natomiast niezależnie od powyższego, należy poczynić następującą uwagę. Skoro zostało stwierdzone, iż w dyrektywie 89/665 nie można dopatrzyć się żadnej wzmianki wskazującej na to, iż instytucjom zamawiającym udostępnia się możliwość wniesienia środka odwoławczego, nawet w przypadku uchylenia ich decyzji przez ewentualny administracyjny organ kontrolny, jasnym jest, iż szkody podnoszone przez Symvoulio, w zakresie, w jakim mogą być uzasadnione, mieszczą się co do zasady jedynie w sferze autonomii proceduralnej państw członkowskich i rozpatrywać je należy właśnie w ramach odpowiednich krajowych porządków prawnych.

46. Należałoby jednak poczynić jeszcze ostatnią uwagę, iż autonomia proceduralna państw członkowskich nie jest oczywiście bezwzględna. Jeżeli bowiem korzysta się z omawianej autonomii w zakresie przedmiotowym prawa Unii, jej ostatecznymi granicami są ogólne zasady tego porządku prawnego, a w naszym przypadku w szczególności

16 — Na podstawie stanowisk przedstawionych w niniejszym postępowaniu prejudycjalnym jasno wynika, iż Symvoulio jest „instytucją zamawiającą" a organ odwoławczy „organem odwoławczym nie mającym charakteru sądowego", zatem wystarczy przywołać dyrektywę 89/665, aby dojść do wniosku, iż oba organy administracji, przynajmniej z funkcjonalnego punktu widzenia, realizują różne zadania.

17 — Nie należy do Trybunału Sprawiedliwości analizowanie prawa krajowego, gdyż mechanizm pytań prejudycjalnych opiera się na jasnym rozdzieleniu funkcji sądów krajowych i Trybunału Sprawiedliwości, do którego należy wyłącznie wypowiadanie się w przedmiocie wykładni lub, w danym przypadku, ważności normy prawnej Unii w oparciu o okoliczności faktyczne przedstawione przez sąd krajowy: wyroki Trybunału Sprawiedliwości z dnia 2 czerwca 1994 r. w sprawie C-30/93 AC-ATEL Electronics Vertriebs, Rec. s. I-2305, pkt 16; z dnia 20 marca 1997 r. w sprawie C-352/95 Phytheron International, Rec. s. I-1729, pkt 11 oraz z dnia 16 lipca 1998 r. w sprawie C-235/95 Dumon i Froment, Rec. s. I-4531, pkt 25–27.

zarówno wartość „państwa prawnego” [18], jak i poszanowanie praw podstawowych, szczególnie zaś prawa do wniesienia skargi zgodnie z art. 47 Karty [19].

47. Jednak dla celów niniejszej sprawy wystarczy w tym względzie stwierdzić, iż charakter osoby prawnej prawa publicznego, jaki mają instytucje zamawiające, powoduje, że ewentualne powołanie się przez nie na art. 47 Karty [20] jest bardzo problematyczne, a zresztą nie podniesiono tego bezpośrednio w niniejszym postępowaniu.

48. Wreszcie, próba wywiedzenia z wartości, jaką jest państwo prawne, legitymacji czynnej instytucji zamawiającej w okolicznościach niniejszej sprawy jest jeszcze trudniejsza. Oczywiście nie ma wątpliwości, iż wyważone skonstruowanie procedury wpisuje się w wizerunek państwa prawnego i z tej perspektywy fakt, iż instytucja zamawiająca ma zamknięty dostęp do sądowego środka odwoławczego wobec uchylenia przez organ administracji jej decyzji o udzieleniu zamówienia może wydawać się dziwny.

49. Jednakże w tym względzie nie należy pomijać faktu, że po pierwsze, to przede wszystkim przedsiębiorstwa ubiegające się o zamówienie publiczne, którym udzielono zamówienia, a następnie uchylono decyzję o jego udzieleniu, w naturalny sposób powinny się w danym przypadku poczuwać, jeśli można użyć tego sformułowania, do zaskarżenia do sądu wspomnianej decyzji uchylającej, korzystając z przysługującej im legitymacji czynnej, której oczywiście nikt nigdy nie podważał.

50. Z drugiej strony, można zasadnie przypomnieć, iż zgodnie z art. 2 ust. 7 dyrektywy 89/665 państwa członkowskie „zapewniają efektywne wykonywanie decyzji podjętych przez organy odwoławcze”. Przepis ten nie rozróżnia pomiędzy sądami a organami niesądowymi i dlatego obowiązek zoptymalizowania wykonywania tych decyzji nie powinien napotykać na przeszkody wykraczające poza to, co ściśle niezbędne, poprzez przedłużanie postępowań spornych i brak pewności prawa poza ramy przewidziane w dyrektywie.

18 — Artykuł 2 TUE uznaje „państwo prawne” za „wartość” wspólną państw członkowskich. Natomiast preambuła Karty praw podstawowych Unii Europejskiej z dnia 7 grudnia 2000 r. (Dz.U. C 364, s. 1), w wersji z dnia 12 grudnia 2007 r. przyjętej w Strasburgu (Dz.U. C 303, s. 1 zwanej dalej „Kartą”) odnosi się do „państwa prawnego” jako do „zasady”. Z kolei art. 19 ust. 1 akapit drugi TUE stanowi, iż „[p]aństwa członkowskie ustanawiają środki niezbędne do zapewnienia skutecznej ochrony prawnej w dziedzinach objętych prawem Unii”.

19 — Wyroki: z dnia 13 lipca 1989 r. w sprawie 5/88 Wachauf, Rec. s. 2609, pkt 18 oraz z dnia 10 lipca 2003 r. w sprawach połączonych C-20/00 i C-64/00 Booker Aquaculture i Hydro Seafood, Rec. s. I-7411, pkt 65 i nast.

20 — Artykuł 34 Konwencji Rzymskiej zabrania organizacjom publicznym powoływania się przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka na proklamowane w niej prawa; jednakże Trybunał Strasburski rozszerzył, pod określonymi warunkami, ochronę na podstawie art. 6 ust. 1 EKPC na pewne osoby prawne prawa publicznego: np. w wyroku z dnia 9 grudnia 1994 r. w sprawie Les Saints Monastères przeciwko Grecji, seria A nr 301 A, s. 34–35, pkt 49, postawił wymóg, by osoby te nie wykonywały prerogatyw władzy publicznej, co oczywiście nie ma miejsca w przypadku Symvoulio.

51. Powyższe uwagi powinny być, moim zdaniem, wystarczające dla uznania, iż ograniczenie legitymacji czynnej instytucji zamawiającej, w okolicznościach niniejszej sprawy, jest proporcjonalne z perspektywy tak szerokiej, jaką jest bez wątpienia wartość państwa prawnego. Zatem, kończąc, z ostatniej uwagi również nie można wywieść, iż autonomia proceduralna, z jakiej w ramach dyrektywy 89/665 korzystało państwo członkowskie, została użyta z brakiem poszanowania ogólnych zasad prawa Unii, wartości lub praw podstawowych, które to prawo proklamuje.

VI — Wnioski

52. W świetle powyższych rozważań proponuję, aby Trybunał Sprawiedliwości odpowiedział na pytanie prejudycjalne w następujący sposób:

Artykuł 2 ust. 8 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 nie stoi na przeszkodzie wykładni, w wyniku której instytucji zamawiającej uniemożliwia się skorzystanie z uprawnienia do wniesienia środka odwoławczego do sądu od uchylenia jej decyzji przez administracyjny organ odwoławczy.