ARREST VAN HET HOF (Vierde kamer)

6 mei 2010 *

In de gevoegde zaken C-145/08 en C-149/08,

betreffende twee verzoeken om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 234 EG, ingediend door het Symvoulio tis Epikrateias (Griekenland) bij beslissingen van 15 februari 2008, ingekomen bij het Hof op 9 april 2008, in de procedures

Club Hotel Loutraki AE,

Athinaïki Techniki AE,

Evangelos Marinakis,

tegen

Ethniko Symvoulio Radiotileorasis,

* Procestaal: Grieks.

Ypourgos Epikrateias,

in tegenwoordigheid van:

Athens Resort Casino AE Symmetochon,

Ellaktor AE, voorheen Elliniki Technodomiki TEB AE**,**

Regency Entertainment Psychagogiki kai Touristiki AE, voorheen Hyatt Regency Xenodocheiaki kai Touristiki (Ellas) AE,

Leonidas Bombolas (C-145/08)

en

Aktor Anonymi Techniki Etaireia (Aktor ATE)

tegen

Ethnico Symvoulio Radiotileorasis,

in tegenwoordigheid van:

Michaniki AE (C-149/08),

wijst HET HOF (Vierde kamer),

samengesteld als volgt: K. Lenaerts, president van de Derde kamer, waarnemend voor de president van de Vierde kamer, R. Silva de Lapuerta, E. Juhász (rapporteur), G. Arestis en J. Malenovský, rechters,

advocaat-generaal: E. Sharpston,
griffier: L. Hewlett, hoofdadministrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 11 juni 2009,

gelet op de opmerkingen van:

— Club Hotel Loutraki AE, vertegenwoordigd door I.K. Theodoropoulos en S.A. Pappas, dikigoroi,

— Athens Resort Casino AE Symmetochon en Regency Entertainment Psychagogiki kai Touristiki AE, voorheen Hyatt Regency Xenodocheiaki kai Touristiki (Ellas) AE, vertegenwoordigd door P. Spyropoulos, K. Spyropoulos en I. Dryllerakis, dikigoroi,

— Ellaktor AE, voorheen Elliniki Technodomiki TEB AE, vertegenwoordigd door V. Niatsou, dikigoros,

— Aktor ATE, vertegenwoordigd door K. Giannakopoulos, dikigoros,

— de Griekse regering, vertegenwoordigd door A. Samoni-Rantou, E.-M. Mamouna, N. Marioli en I. Dionysopoulos als gemachtigden,

— de Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door M. Patakia en D. Kukovec als gemachtigden,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 29 oktober 2009,

het navolgende

Arrest

1 De verzoeken om een prejudiciële beslissing betreffen de uitlegging van de voor de feiten van de hoofdgedingen relevante bepalingen van richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening (PB L 209, blz. 1) en richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken (PB L 395, blz. 33), zoals gewijzigd bij richtlijn 92/50 (hierna: „richtlijn 89/665"), alsmede de uitlegging van de algemene beginselen van het recht van de Unie op het gebied van overheidsopdrachten, inzonderheid het beginsel van doeltreffende bescherming in rechte.

2 Deze verzoeken zijn ingediend in het kader van gedingen tussen particuliere ondernemingen en natuurlijke personen enerzijds en de Ethniko Symvoulio Radiotileorasis (Nationale raad voor radio en televisie; hierna: „ESR") anderzijds. Deze instantie heeft volgens de nationale regeling het recht en de plicht om te controleren of met betrekking tot de eigenaars, vennoten, grootaandeelhouders, leden van een bestuursorgaan of leidinggevende personeelsleden van een onderneming die een inschrijving heeft ingediend in een procedure tot plaatsing van een overheidsopdracht, bepaalde in die regeling bedoelde onverenigbaarheden bestaan, in welk geval de betrokken onderneming automatisch van de procedure wordt uitgesloten.

Toepasselijke bepalingen

Regeling van de Unie

3 Volgens artikel 1, sub a, van richtlijn 92/50:

„wordt onder „*overheidsopdrachten voor dienstverlening*" verstaan: schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel, die zijn gesloten tussen een dienstverlener enerzijds en een aanbestedende dienst anderzijds […]

[…]."

4 Artikel 2 van deze richtlijn luidt als volgt:

„Indien een overheidsopdracht betrekking heeft zowel op producten in de zin van richtlijn 77/62/EEG [van de Raad van 21 december 1976 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen (PB 1977, L 13, blz. 1)] als op diensten in de zin van de bijlagen I A en I B van deze richtlijn, valt zij onder de werkingssfeer van deze richtlijn indien de waarde van de betrokken diensten die van de in de opdracht opgenomen producten te boven gaat."

5 Artikel 3 van deze richtlijn bepaalt:

„1. Bij het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening of het houden van prijsvragen voor ontwerpen passen de aanbestedende diensten aan de bepalingen van deze richtlijn aangepaste procedures toe.

2. De aanbestedende diensten zorgen ervoor dat tussen verschillende dienstverleners niet wordt gediscrimineerd.

[…]"

6 Artikel 8 van richtlijn 92/50 luidt als volgt:

„De opdrachten voor het verlenen van in bijlage I A vermelde diensten worden overeenkomstig de bepalingen van de titels III tot en met VI geplaatst."

7 Artikel 9 van deze richtlijn bepaalt:

„De opdrachten voor het verlenen van in bijlage I B vermelde diensten worden overeenkomstig de artikelen 14 en 16 geplaatst."

8 Artikel 14 staat in titel IV, „Gemeenschappelijke regels op technisch gebied", van deze richtlijn en betreft de technische specificaties die in de algemene documenten of in de contractuele documenten die bij elke opdracht behoren, moeten worden opgenomen, en artikel 16 behoort tot titel V, „Gemeenschappelijke regels voor de bekendmaking".

9 Bijlage I B, „Diensten in de zin van artikel 9", bij richtlijn 92/50 vermeldt onder meer:

„[…]

17 Hotel- en restauratiediensten

[…]

26 Diensten voor recreatie, cultuur en sport

27 Andere diensten."

10 Ten slotte wordt in artikel 26, lid 1, van deze richtlijn bepaald:

„Combinaties of consortiums van dienstverleners mogen inschrijven. Van deze consortiums of combinaties mag niet worden verlangd dat zij met het oog op de inschrijving een bepaalde rechtsvorm aannemen, doch dit kan wel van een combinatie of een consortium worden geëist wanneer de opdracht daaraan is gegund."

11 Artikel 1 van richtlijn 89/665 luidt als volgt:

„1. De lidstaten nemen de nodige maatregelen om ervoor te zorgen dat, wat betreft de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten die vallen onder de werkingssfeer van de richtlijnen 71/305/EEG [van de Raad van 26 juli 1971 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken (PB L 185, blz. 5)], 77/62 […] en 92/50 […], tegen de door de aanbestedende diensten genomen besluiten doeltreffend en vooral zo snel mogelijk beroep kan worden ingesteld overeenkomstig het bepaalde in de volgende artikelen, met name artikel 2, lid 7, op grond van het feit dat door die besluiten het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten of de nationale voorschriften waarin dat gemeenschapsrecht is omgezet, geschonden zijn.

2. De lidstaten zien erop toe dat ondernemingen die een eis wegens in het kader van een gunningsprocedure geleden schade willen indienen, niet worden gediscrimineerd op grond van het in deze richtlijn gemaakte onderscheid tussen nationale voorschriften waarin het gemeenschapsrecht is omgezet, en andere nationale voorschriften.

3. De lidstaten dragen er zorg voor dat de beroepsprocedures, volgens modaliteiten die de lidstaten kunnen bepalen, althans toegankelijk zijn voor eenieder die belang heeft of heeft gehad bij de gunning van een bepaalde overheidsopdracht voor

leveringen of voor de uitvoering van werken [of voor dienstverlening] en die door een beweerde schending is of dreigt te worden gelaedeerd. Met name kunnen de lidstaten verlangen dat degene die van deze procedure gebruik wenst te maken, de aanbestedende dienst vooraf in kennis heeft gesteld van de beweerde schending en van zijn voornemen om beroep in te stellen."

12 Artikel 2 van deze richtlijn bepaalt:

„1. De lidstaten zorgen ervoor dat de maatregelen betreffende het in artikel 1 bedoelde beroep de nodige bevoegdheden behelzen om:

a) zo snel mogelijk in kort geding voorlopige maatregelen te nemen om de beweerde schending ongedaan te maken of te voorkomen dat de betrokken belangen verder worden geschaad, met inbegrip van maatregelen om de aanbestedingsprocedure of de tenuitvoerlegging van enig door de aanbestedende diensten genomen besluit, op te schorten c.q. te doen opschorten;

b) onwettige besluiten nietig te verklaren c.q. nietig te doen verklaren, met inbegrip van het verwijderen van discriminerende technische, economische of financiële specificaties in oproepen tot inschrijving, bestekken dan wel in enig ander stuk dat verband houdt met de aanbestedingsprocedure;

c) schadevergoeding toe te kennen aan degenen die door een schending zijn gelaedeerd.

[…]

5. De lidstaten kunnen bepalen dat, wanneer schadevergoeding wordt gevorderd omdat het besluit onwettig is genomen, het aangevochten besluit eerst moet worden vernietigd door een instantie die daartoe bevoegd is.

6. De gevolgen van de uitoefening van de in lid 1 bedoelde bevoegdheden voor een overeenkomst die na de gunning van een opdracht is gesloten, worden door het nationale recht bepaald.

Behalve indien vóór de toekenning van schadevergoeding een besluit vernietigd moet worden, kan een lidstaat bepalen dat na de sluiting van een overeenkomst ingevolge de gunning van een opdracht, de bevoegdheden van de voor beroepsprocedures verantwoordelijke instantie beperkt blijven tot het toekennen van schadevergoeding aan een ieder die door een schending werd gelaedeerd.

[…]"

Nationale regeling

13 Richtlijn 89/665 is in Grieks recht omgezet bij wet 2522/1997 betreffende bescherming in rechte in het stadium voorafgaand aan het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, leveringen en diensten (FEK A' 178).

14 Artikel 2, „Omvang van de bescherming in rechte", van deze wet bepaalt:

„1. Eenieder die belang heeft of heeft gehad bij de gunning van een bepaalde overheidsopdracht voor de uitvoering van werken, leveringen of diensten en benadeeld is of dreigt te worden ten gevolge van een schending van het communautaire of nationale recht, kan overeenkomstig de modaliteiten bepaald in de volgende artikelen verzoeken om een voorlopige voorziening, nietigverklaring of vaststelling van de nietigheid van het onrechtmatige besluit en om toekenning van schadevergoeding.

[…]"

15 In artikel 4, „Nietigverklaring of vaststelling van de nietigheid", van die wet wordt bepaald:

„1. De belanghebbende kan verzoeken om nietigverklaring of vaststelling van de nietigheid van elk besluit van de aanbestedende dienst, of van het verzuim om een besluit te nemen, waarbij een regel van communautair of nationaal recht wordt geschonden die verband houdt met de aanbestedingsprocedure. […]

2. Wanneer het gerecht na de plaatsing van de opdracht een besluit van de aanbestedende dienst of een verzuim om een besluit te nemen nietig verklaart of de nietigheid ervan vaststelt, wordt de opdracht daardoor niet aangetast tenzij de gunningsprocedure vóór de plaatsing van de opdracht bij wege van voorlopige voorziening was opgeschort. In dat geval kan de belanghebbende schadevergoeding vorderen overeenkomstig het volgende artikel."

16 Artikel 5, „Vordering tot schadevergoeding", van wet 2522/1997 bepaalt:

„1. Een belanghebbende die van deelneming aan een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken, leveringen of diensten of van de gunning van die opdracht is uitgesloten ten gevolge van een schending van een regel van communautair of nationaal recht, heeft volgens de artikelen 197 en 198 van het Burgerlijk Wetboek het recht om schadevergoeding te eisen van de aanbestedende dienst. Elke bepaling tot beperking of uitsluiting van dit recht wordt buiten toepassing gelaten.

2. Voor de toekenning van schadevergoeding is vereist dat het bevoegde gerecht het onrechtmatige besluit of het onrechtmatige verzuim om een besluit te nemen vooraf nietig heeft verklaard of de nietigheid ervan heeft vastgesteld. Overeenkomstig de algemeen toepasselijke bepalingen mag een beroep tot schadevergoeding worden gecombineerd met een beroep tot vaststelling van de nietigheid."

17 De artikelen 197 en 198 van het Burgerlijk Wetboek, waarnaar bovengenoemde bepaling verwijst, voorzien in aansprakelijkheid „uit hoofde van onderhandelingen", te weten in de verplichting om schadevergoeding te betalen ingeval de betrokkenen ongerechtvaardigde kosten zijn opgekomen in het kader van een procedure die met het oog op het sluiten van een overeenkomst wordt gevoerd.

18 Artikel 47, „Rechtmatig belang", van presidentieel decreet 18/1989 houdende codificatie van de wetten betreffende het Symvoulio tis Epikrateias (FEK A' 8) bepaalt:

„1. Iedere particulier of rechtspersoon die door een bestuurlijke handeling wordt geraakt of wiens rechtmatige belangen, zelfs niet-financiële belangen, door die handeling worden aangetast, heeft het recht om een beroep tot nietigverklaring in te stellen.

[…]"

19 Wet 2206/1994 betreft de „oprichting, organisatie, exploitatie, controle enz. van casino's" (FEK A' 62). Artikel 1, „Afgifte van casinovergunningen", lid 7, van deze wet bepaalt:

„De vergunningen voor casino-ondernemingen worden na een door een commissie van zeven leden gevoerde internationale openbare aanbestedingsprocedure verleend bij besluit van de minister van Toerisme."

20 In artikel 3, „Werking van de casino's", van deze wet wordt bepaald:

„De werking van de casino's is onderworpen aan het toezicht van de staat.

[…]"

21 Artikel 14, lid 9, van de Griekse grondwet en wet 3021/2002 ter uitvoering daarvan (FEK A' 143) voorzien in een regeling van beperkingen ter zake van het sluiten van

overeenkomsten door de overheid met personen die werkzaam zijn of belangen hebben in de mediasector. Deze regeling voorziet in een vermoeden dat de hoedanigheid van eigenaar, vennoot, grootaandeelhouder of leidinggevend personeelslid van een in de mediasector werkzame onderneming onverenigbaar is met de hoedanigheid van eigenaar, vennoot, grootaandeelhouder of leidinggevend personeelslid van een onderneming waaraan door de staat of een tot de publieke sector in ruime zin behorende rechtspersoon een opdracht voor de uitvoering van werken, leveringen of diensten wordt gegeven. Deze onverenigbaarheid geldt ook voor bepaalde familieleden van bovengenoemde personen.

22 Wet 3021/2002 bepaalt, zakelijk weergegeven, dat de betrokken aanbestedende dienst, vóór de gunning of de plaatsing van de overheidsopdracht en in elk geval vóór de ondertekening van de desbetreffende overeenkomst, op straffe van nietigheid van de overeenkomst of van de overheidsopdracht, de ESR moet verzoeken om afgifte van een verklaring dat niet is voldaan aan de in die wet genoemde voorwaarden voor onverenigbaarheid. Het besluit van de ESR is verbindend voor de aanbestedende dienst, maar personen met een procesbelang, overheidsinstanties daaronder begrepen, kunnen een beroep tot nietigverklaring van dat besluit instellen.

23 In zijn arrest van 16 december 2008, Michaniki (C-213/07, Jurispr. blz. I-9999, punten 1 en 2 van het dictum) heeft het Hof geoordeeld dat, ofschoon het recht van de Unie zich niet verzet tegen een regeling die legitieme doelstellingen van gelijke behandeling van de inschrijvers en van transparantie in het kader van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten nastreeft, het zich uit het oogpunt van het evenredigheidsbeginsel wel verzet tegen de invoering van een onweerlegbaar vermoeden van onverenigbaarheid als dat waarin de betrokken nationale regeling voorziet.

Hoofdgedingen en prejudiciële vragen

Zaak C-145/08

24 Uit de verwijzingsbeslissing blijkt dat de bevoegde interministeriële commissie bij besluit van 10 oktober 2001 is overgegaan tot privatisering van de vennootschap Elliniko Kazino Parnithas AE (hierna: „EKP"), een dochteronderneming van de vennootschap Ellinika Touristika Akinita AE (hierna: „ETA"), waarvan alle aandelen in handen zijn van de Griekse staat. De in oktober 2001 gepubliceerde aankondiging van opdracht voorzag in een eerste fase, waarin zou worden uitgemaakt welke inschrijvers voldoen aan de in die aankondiging gestelde voorwaarden. In een volgende fase zou uit die inschrijvers de beste worden gekozen, die dan zou worden uitgenodigd om de overeenkomst te ondertekenen. In de eerste fase werden de samenwerkingsverbanden Koinopraxia Kazino Attikis en Hyatt Regency Xenodocheiaki kai Touristiki (Ellas) AE — Elliniki Technodomiki AE geselecteerd.

25 Na een in april 2002 gepubliceerde aanvullende aankondiging hadden de bewoordingen van de overeenkomst de volgende vorm aangenomen:

De overeenkomst is van gemengde aard en omvat:

— een overeenkomst betreffende de overdracht door ETA van 49 % van de aandelen van EKP aan een „naamloze vennootschap met een uitsluitend doel" (hierna: „AEAS") die door de uitgekozen inschrijver dient te worden opgericht;

— een overeenkomst waarin de AEAS zich ertoe verbindt, een ontwikkelingsplan op te stellen dat binnen 750 kalenderdagen vanaf de verkrijging van de nodige vergunningen dient te worden verwezenlijkt. Dit ontwikkelingsplan zal de modernisering van de casinopanden en de benutting van de door de exploitatievergunning geboden mogelijkheden, de inrichting en het opknappen van twee tot het gebouwencomplex behorende hotels en de aanleg van de omliggende terreinen van ongeveer 280 hectare omvatten. De uitvoering van deze werken vormt een deel van de voor het verwerven van 49 % van de aandelen van EKP te betalen prijs;

— een overeenkomst tussen ETA en de AEAS waarbij aan deze laatste het recht wordt verleend om de meerderheid van de leden van de raad van bestuur van EKP te benoemen en daarmee het recht om de vennootschap overeenkomstig de voorwaarden van de overeenkomst te besturen;

— een overeenkomst waarbij de AEAS met het beheer van het casino wordt belast tegen een door ETA te betalen vergoeding. Als vergoeding zal de AEAS een bedrag ontvangen dat niet hoger mag zijn dan een degressief percentage van de jaarlijkse bedrijfswinst (aflopend van 20 % van de bedrijfswinst tot 30 miljoen EUR tot 5 % van de bedrijfswinst boven 90 miljoen EUR) en 2 % van het omzetcijfer;

— als bedrijfsleider moet de AEAS het casino aldus beheren dat het voor EKP financieel rendabel is en dat een luxueuze omgeving wordt gehandhaafd waarin diensten van hoog niveau worden aangeboden. In concreto zou de bedrijfwinst vóór belastingen niet minder dan een totaalbedrag van 105 miljoen EUR voor de eerste vijf boekjaren na de inwerkingtreding van de overeenkomst mogen bedragen. De nettowinst zal tussen ETA en de AEAS worden verdeeld naargelang van hun aandeel in het kapitaal van EKP.

— omdat EKP thans de enige in de provincie Attica werkzame casino-onderneming is, wordt in de overeenkomst bepaald dat, indien er binnen een termijn van tien jaar vanaf de inwerkingtreding van de overeenkomst binnen deze geografische grenzen een ander casino rechtmatig wordt gevestigd, ETA de AEAS schadevergoeding verschuldigd is ten belope van 70 % van de prijs van de transactie. Het bedrag van de schadevergoeding zal voor elk jaar vanaf de overeenkomst met 10 % worden verminderd;

— met betrekking tot het beheer van het casino eindigt de overeenkomst tien jaar na de inwerkingtreding ervan.

26 Omdat het samenwerkingsverband Hyatt Regency Xenodocheiaki kai Touristiki (Ellas) AE — Elliniki Technodomiki AE in het kader van de betrokken procedure de beste bleek te zijn, is het als opdrachtnemer aangewezen. Vóór de ondertekening van de overeenkomst heeft ETA de identiteit van de eigenaars, vennoten, grootaandeelhouders en leidinggevende personeelsleden van de opdrachtnemer aan de ESR meegedeeld om een verklaring te krijgen dat met betrekking tot deze personen geen onverenigbaarheid als bedoeld in artikel 3 van wet nr. 3021/2002 bestond. In een op 27 september 2002 afgegeven attest heeft de ESR verklaard dat er in het onderhavige geval met betrekking tot de genoemde personen geen onverenigbaarheid bestond.

27 Slechts drie van de zeven leden van het samenwerkingsverband Koinopraxia Kazino Attikis, dat de opdracht aan zich had zien voorbijgaan, hebben een beroep tot nietigverklaring van dit besluit van de ESR ingesteld. De verzoekers hebben aangevoerd dat met betrekking tot een van de leden van het samenwerkingsverband dat de opdracht in de wacht had gesleept, onverenigbaarheid in de zin van de nationale regeling bestond, en dat de gunning van de opdracht daarom nietig moest worden verklaard.

28 De verwijzende rechter wijst erop dat de betrokken opdracht een gemengde opdracht is, die enerzijds bestaat in de verkoop van aandelen door ETA aan de beste inschrijver, een onderdeel dat als zodanig niet onder de unieregels inzake overheidsopdrachten valt, en anderzijds uit een met de beste inschrijver te sluiten overeenkomst voor

dienstverlening waarbij deze laatste wordt belast met het beheer van het casino. Volgens de verwijzende rechter is het onderdeel betreffende de overdracht van aandelen het belangrijkste onderdeel van deze gemengde overeenkomst. Bovendien omvat deze overeenkomst ook een opdracht voor de uitvoering van werken, voor zover de opdrachtnemer de verplichting aangaat om de in de verwijzingsbeslissing genoemde werken uit te voeren in gedeeltelijke betaling van de overgedragen aandelen. De verwijzende rechter wijst erop dat deze laatste deelopdracht volledig accessoir is aan het onderdeel „diensten".

29 In dit verband vraagt de verwijzende rechter zich af of het onderdeel „diensten" van de betrokken overeenkomst kan worden aangemerkt als een openbaredienstconcessie, die niet aan de regels van de Unie is onderworpen. Daartoe zou moeten worden nagegaan in hoeverre de opdrachtnemer het aan de organisatie en de exploitatie van de betrokken diensten verbonden risico draagt, mede gelet op het feit dat deze diensten betrekking hebben op activiteiten die volgens de daarop van toepassing zijnde nationale bepalingen het voorwerp van uitsluitende of bijzondere rechten kunnen zijn.

30 Voor het geval dat het Hof zou oordelen dat het onderdeel van de omstreden overeenkomst dat betrekking heeft op het beheer van het casino een overheidsopdracht voor dienstverlening vormt, wenst de verwijzende rechter te vernemen of het op nationaal niveau ingestelde beroep tot nietigverklaring onder de in richtlijn 89/665 bedoelde procedurele garanties valt, gelet op het feit dat het hoofdvoorwerp van de overeenkomst, te weten de verkoop van aandelen van EKP, niet onder de gemeenschapsregels inzake overheidsopdrachten valt, en opdrachten voor het verlenen van dergelijke onder bijlage I B bij richtlijn 92/50 vallende diensten moeten worden geplaatst met inachtneming van de artikelen 14 en 16 van die richtlijn, die slechts procedurele verplichtingen bevatten. De verwijzende rechter vraagt zich namelijk af, of het beginsel van gelijke behandeling van de deelnemers aan een aanbestedingsprocedure, dat richtlijn 89/665 beoogt te waarborgen, ook in dergelijke gevallen van toepassing is, al zijn de verplichtingen beperkt.

31 Voor het geval dat het Hof zou oordelen dat een beroep tot nietigverklaring als aan de orde in het hoofdgeding binnen de werkingssfeer van richtlijn 89/665 valt, wenst de verwijzende rechter te vernemen of het recht van de Unie zich verzet tegen een nationale procesregel als die van artikel 47, lid 1, van presidentieel decreet 18/1989 zoals dit door hem wordt uitgelegd, volgens welke degenen die in de vorm van een

samenwerkingsverband deelnemen aan een procedure tot plaatsing van een overheidsopdracht, op straffe van niet-ontvankelijkheid slechts gezamenlijk en hoofdelijk een beroep tot nietigverklaring van in het kader van die procedure genomen besluiten kunnen instellen.

32 De verwijzende rechter refereert in dit verband aan het arrest van het Hof van 8 september 2005, Espace Trianon en Sofibail (C-129/04, Jurispr. blz. I-7805, punt 22), waarin is geoordeeld dat een nationale procesregel op grond waarvan een beroep tot nietigverklaring van het besluit van een aanbestedende dienst om een overheidsopdracht te gunnen, moet worden ingesteld door de gezamenlijke leden die een inschrijvende tijdelijke vereniging vormen, de toegankelijkheid van een dergelijk beroep niet beperkt op een wijze die in strijd is met artikel 1, lid 3, van richtlijn 89/665.

33 De verwijzende rechter vraagt zich echter af, of deze conclusie, die in dat arrest betrekking had op een beroep tot nietigverklaring van een gunningsbesluit van een aanbestedende dienst, ook geldt voor elke door bovengenoemde richtlijn toegekende vorm van bescherming in rechte en met name voor een vordering tot schadevergoeding. Deze probleemstelling houdt verband met de omstandigheid dat de nationale wetgever in het onderhavige geval op grond van een bevoegdheid die artikel 2, lid 5, van richtlijn 89/665 aan de lidstaten heeft toegekend, bij artikel 5, lid 2, van wet 2522/1997 de toekenning van schadevergoeding afhankelijk heeft gesteld van de voorafgaande nietigverklaring van het beweerdelijk onrechtmatige besluit.

34 De combinatie van deze bepaling met de procesregel van artikel 47, lid 1, van presidentieel decreet 18/1989, zoals die door de verwijzende rechter wordt uitgelegd, heeft tot gevolg dat het voor een individueel lid van een samenwerkingsverband dat zonder succes heeft deelgenomen aan een aanbestedingsprocedure, niet alleen onmogelijk is om nietigverklaring te verkrijgen van het besluit dat zijn belangen schaadt, maar ook om zich tot de bevoegde rechter te wenden om vergoeding te krijgen van de schade die het heeft geleden. Opgemerkt zij dat in het onderhavige geval het beroep tot nietigverklaring tot de bevoegdheid van het Symvoulio tis Epikrateias (Raad van State) behoort, terwijl een andere rechterlijke instantie bevoegd is voor de vorderingen tot schadevergoeding.

35 In dit verband wijst de verwijzende rechter erop dat de mogelijkheid voor elk lid van een samenwerkingsverband om de bevoegde rechter om toekenning van schadevergoeding te vragen, dus afhangt van de bereidheid van alle andere leden van het samenwerkingsverband om een beroep tot nietigverklaring in te stellen, terwijl de schade die de leden van het samenwerkingsverband individueel ten gevolge van het mislopen van de opdracht hebben geleden, kan verschillen naargelang van de kosten die hun voor de deelneming aan deze opdracht zijn opgekomen. Ook het belang dat elk lid van het samenwerkingsverband bij een beroep tot nietigverklaring van een besluit heeft, kan dus verschillend zijn. Bijgevolg rijst de vraag of in een dergelijke procedurele context het door richtlijn 89/665 beoogde beginsel van doeltreffende bescherming in rechte is gewaarborgd.

36 Ten slotte vestigt de verwijzende rechter de aandacht op het feit dat volgens de nationale procesregels betreffende het algemene recht op vergoeding van de schade die is veroorzaakt door onrechtmatige handelingen van de staat of van publiekrechtelijke rechtspersonen, de ter zake van de toekenning van schadevergoeding bevoegde rechter naar aanleiding van het beroep tot schadevergoeding zelf incidenteel de rechtmatigheid van het bestuurlijke besluit onderzoekt, en niet een andere rechterlijke instantie, zoals het geval is bij de in het kader van procedures tot plaatsing van overheidsopdrachten ingestelde beroepen tot nietigverklaring. Hij vraagt zich dan ook af, of de procedures ter bescherming van de uit het recht van de Unie voortvloeiende rechten niet minder gunstig zijn dan de procedures ter bescherming van vergelijkbare of overeenkomstige uit nationale bepalingen voortvloeiende rechten.

37 In de laatste plaats wijst de verwijzende rechter erop dat zijn huidige uitlegging van artikel 47, lid 1, van presidentieel decreet 18/1989, namelijk dat alleen een door alle leden van een samenwerkingsverband gezamenlijk ingesteld beroep tot nietigverklaring van een in het kader van een procedure tot plaatsing van een overheidsopdracht genomen besluit ontvankelijk is, een ommekeer is van zijn vaste rechtspraak volgens welke elk lid afzonderlijk beroep kon instellen.

38 Daarnaast vestigt hij de aandacht op de bijzondere context van het hoofdgeding: het betrokken beroep was namelijk aanvankelijk door het samenwerkingsverband zelf en zijn zeven leden ingesteld bij de vierde kamer van het Symvoulio tis Epikrateias. Deze rechtsprekende formatie heeft het beroep met betrekking tot het samenwerkingsverband zelf en vier van diens leden niet-ontvankelijk verklaard op grond dat zij hun

advocaat niet volgens de regels hadden gemachtigd om in rechte op te treden, en met betrekking tot de drie andere leden van het samenwerkingsverband heeft het de zaak wegens het belang ervan verwezen naar het Symvoulio tis Epikrateias in volle samenstelling. Die vierde kamer heeft dus toepassing gemaakt van de tot dan toe vaste rechtspraak volgens welke ook een door een aantal leden van een samenwerkingsverband ingesteld beroep ontvankelijk was.

39 De beslissing van die vierde kamer waarbij het beroep van het samenwerkingsverband zelf en van vier van diens leden niet-ontvankelijk is verklaard, is echter definitief, zodat zij niet kan worden hersteld in het kader van de procedure voor de verwijzende rechterlijke instantie in volle samenstelling. Deze rechterlijke instantie vraagt zich dan ook af, of die ommekeer in haar rechtspraak in overeenstemming is met het beginsel van een eerlijk proces, een algemeen beginsel van het recht van de Unie dat ook is geformuleerd in artikel 6 van het op 4 november 1950 te Rome ondertekende Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheiden (hierna: „EVRM"), en met het vertrouwensbeginsel.

40 Gelet op deze overwegingen heeft het Symvoulio tis Epikrateias in volle samenstelling de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen gesteld:

„1) Moet een overeenkomst waarbij een aanbestedende dienst de opdracht verleent om de bedrijfsvoering van een casino, de uitvoering van een ontwikkelingsplan bestaande uit de modernisering van het casinopand en de optimale bedrijfsmatige exploitatie van de uit de casinovergunning voortvloeiende mogelijkheden te verzorgen, en waarin is bepaald dat wanneer een ander casino legaal zal gaan opereren in de regio waar het betrokken casino opereert, de aanbestedende dienst de aannemer een schadeloosstelling betaalt, worden beschouwd als een concessieovereenkomst die niet valt onder de bepalingen van richtlijn 92/50 […]?

2) Indien vraag 1 ontkennend wordt beantwoord: valt een rechtsmiddel dat wordt ingesteld door deelnemers aan de aanbesteding van een overheidsopdracht met

een gemengd karakter, die onder meer diensten omvat genoemd in bijlage I B bij richtlijn 92/50 […], ter zake van schending van het beginsel van gelijke behandeling van de deelnemers (welk beginsel wordt bevestigd in artikel 3, lid 2, van genoemde richtlijn) binnen de werkingssfeer van richtlijn 89/665 […], of is de toepassing van deze richtlijn uitgesloten omdat volgens artikel 9 van richtlijn 92/50 […] alleen de artikelen 14 en 16 van deze richtlijn toepasselijk zijn op de aanbesteding van bovengenoemde opdracht?

3) Indien vraag 2 bevestigend wordt beantwoord: indien aanvaard wordt dat het gemeenschapsrecht, met name richtlijn 89/665 […], zich in beginsel niet ertegen verzet dat naar nationaal recht enkel de gezamenlijke leden van een samenwerkingsverband zonder rechtspersoonlijkheid dat als zodanig heeft deelgenomen aan de aanbesteding van een overheidsopdracht en waaraan deze opdracht niet is gegund, een rechtsmiddel kunnen instellen tegen het gunningsbesluit, en niet de leden individueel, geldt dit dan ook in het geval dat het rechtsmiddel aanvankelijk weliswaar is ingesteld door de gezamenlijke leden van een samenwerkingsverband, maar het uiteindelijk wat een aantal van hen betreft niet-ontvankelijk is gebleken, en vereist bovengenoemde richtlijn dat voorafgaand aan de niet-ontvankelijkverklaring onderzocht wordt of de individuele leden hierna nog het recht behouden om voor een andere nationale rechter de eventueel door een bepaling van nationaal recht voorziene schadevergoeding te vorderen?

4) Wanneer naar vaste nationale rechtspraak een individueel lid van een samenwerkingsverband een rechtsmiddel kon instellen tegen een in het kader van een openbare aanbesteding genomen besluit, is het dan verenigbaar met richtlijn 89/665 […] uitgelegd in het licht van artikel 6 EVRM als algemeen beginsel van gemeenschapsrecht, indien een rechtsmiddel wegens wijziging van die rechtspraak niet-ontvankelijk wordt verklaard zonder dat de belanghebbende die het rechtsmiddel heeft ingesteld, vooraf de gelegenheid wordt geboden om het betrokken verzuim te herstellen dan wel ten minste, op grond van het beginsel van hoor en wederhoor, om zijn standpunt dienaangaande kenbaar te maken?"

Zaak C-149/08

41 De stad Thessaloniki heeft een procedure voor de plaatsing van een overheidsopdracht voor de uitvoering van het werk „Bouw van het stadhuis van Thessaloniki en van een ondergrondse parkeergarage" uitgeschreven. Bij besluit van 1 juli 2004 heeft de gemeentelijke commissie de opdracht gegund aan het samenwerkingsverband van de vennootschappen Aktor ATE, Themeliodomi AE en Domotechniki AE. Om de overeenkomst te kunnen sluiten heeft de aanbestedende dienst de ESR overeenkomstig de geldende nationale regeling de identiteit van de eigenaars, vennoten, grootaandeelhouders en leidinggevende personeelsleden van de tot bovengenoemd samenwerkingsverband behorende vennootschappen meegedeeld om een verklaring te krijgen dat met betrekking tot deze personen geen onverenigbaarheid als bedoeld in artikel 3 van wet 3021/2002 bestaat.

42 Na hebben vastgesteld dat met betrekking tot een lid van de raad van bestuur van de vennootschap Aktor ATE een onverenigbaarheid als bedoeld in bovengenoemde nationale bepaling bestaat, heeft de ESR bij besluit van 1 november 2004 geweigerd de verklaring af te geven die een noodzakelijke voorwaarde voor de ondertekening van de overeenkomst vormde. Op 9 november 2004 heeft de ESR afwijzend beslist op de klacht die de vennootschap Aktor ATE tegen dat weigeringsbesluit had ingesteld. Als enige van de drie vennootschappen die het samenwerkingsverband vormen waaraan de opdracht is gegund, heeft Aktor ATE bij de verwijzende rechter een beroep tot nietigverklaring van die twee negatieve besluiten van de ESR ingesteld. Zij baseerde zich daarvoor op de bestaande rechtspraak van de verwijzende rechter volgens welke beroepen ingesteld door afzonderlijke leden van een tijdelijke vereniging ontvankelijk zijn.

43 In die omstandigheden heeft het Symvoulio tis Epikrateias in volle samenstelling de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen voorgelegd.

„1) Indien aanvaard wordt dat het gemeenschapsrecht, met name richtlijn 89/665 […], zich in beginsel niet ertegen verzet dat naar nationaal recht enkel de gezamenlijke leden van een samenwerkingsverband zonder rechtspersoonlijkheid, dat

als zodanig heeft deelgenomen aan de aanbesteding van een overheidsopdracht en waaraan deze opdracht niet is gegund, een rechtsmiddel kunnen instellen tegen het gunningsbesluit, en niet de leden individueel, geldt dit dan ook in het geval dat het rechtsmiddel aanvankelijk weliswaar is ingesteld door de gezamenlijke leden van een samenwerkingsverband, maar het uiteindelijk wat een aantal van hen betreft niet-ontvankelijk is gebleken, en vereist bovengenoemde richtlijn dat voorafgaand aan de niet-ontvankelijkverklaring onderzocht wordt of de individuele leden hierna nog het recht behouden om voor een andere nationale rechter de eventueel door een bepaling van nationaal recht voorziene schadevergoeding te vorderen?

2) Wanneer naar vaste nationale rechtspraak een individueel lid van een samenwerkingsverband een rechtsmiddel kon instellen tegen een in het kader van een openbare aanbesteding genomen besluit, is het dan verenigbaar met richtlijn 89/665 […], uitgelegd in het licht van artikel 6 EVRM als algemeen beginsel van gemeenschapsrecht, indien een rechtsmiddel wegens wijziging van die rechtspraak niet-ontvankelijk wordt verklaard zonder dat de belanghebbende die het rechtsmiddel heeft ingesteld, vooraf de gelegenheid wordt geboden om het betrokken verzuim te herstellen dan wel ten minste, op grond van het beginsel van hoor en wederhoor, om zijn standpunt dienaangaande kenbaar te maken?"

44 Bij beschikking van de president van het Hof van 22 mei 2008 zijn de zaken C-145/08 en C-149/08 gevoegd voor de schriftelijke en de mondelinge behandeling en voor het arrest.

Beantwoording van de prejudiciële vragen

De vragen in zaak C-145/08

45 Met zijn vragen betreffende de toepasselijkheid van richtlijn 92/50 op een overeenkomst als die welke aan de orde is in het hoofdgeding, wenst de verwijzende rechter te vernemen of richtlijn 89/665 van toepassing is op een geval als het onderhavige, gelet op het feit dat voor de toepassing van deze richtlijn de toepasselijkheid van een van de in artikel 1 van richtlijn 89/665 bedoelde richtlijnen inzake overheidsopdrachten is vereist. Deze vragen dienen dus gezamenlijk te worden behandeld, en uitgemaakt dient te worden of een dergelijke overeenkomst binnen de werkingssfeer van een van de in dat artikel bedoelde richtlijnen valt.

46 Zowel uit de gedetailleerde en omstandige overwegingen van de verwijzingsbeslissing als uit de kwalificatie van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde transactie door de verwijzende rechter blijkt dat het gaat om een gemengde overeenkomst.

47 Deze overeenkomst bestaat immers, zakelijk weergegeven, uit een overeenkomst betreffende de overdracht door ETA van 49 % van de aandelen van EKP aan de AEAS (hierna: het onderdeel „verkoop van aandelen„), een overeenkomst waarbij de AEAS tegen vergoeding met het beheer van het casino wordt belast (hierna: het onderdeel "diensten"), en een overeenkomst waarin de AEAS zich ertoe verbindt, een plan inzake de modernisering van het casinopand en van de daarnaast gelegen hotels en inzake de aanleg van de omliggende terreinen op te stellen en ten uitvoer te leggen (hierna: het onderdeel „werken").

48 Uit de rechtspraak van het Hof blijkt dat in het geval van een gemengde overeenkomst waarvan de verschillende onderdelen volgens de bewoordingen van de aankondiging

van de opdracht onlosmakelijk met elkaar zijn verbonden en dus een ondeelbaar geheel vormen, de betrokken transactie voor de juridische kwalificatie ervan in haar geheel als een eenheid moet worden onderzocht en moet worden beoordeeld op basis van de regels die van toepassing zijn op het onderdeel dat het hoofdvoorwerp of het overwegende element van de overeenkomst vormt (zie in die zin arresten van 5 december 1989, Commissie/Italië, C-3/88, Jurispr. blz. 4035, punt 19; 19 april 1994, Gestión Hotelera Internacional, C-331/92, Jurispr. blz. I-1329, punten 23-26; 18 januari 2007, Auroux e.a., C-220/05, Jurispr. blz. I-385, punten 36 en 37; 21 februari 2008, Commissie/Italië, C-412/04, Jurispr. blz. I-619, punt 47, alsmede 29 oktober 2009, Commissie/Duitsland, C-536/07, Jurispr. blz. I-10355, punten 28, 29, 57 en 61).

49 Deze conclusie geldt ongeacht of het onderdeel dat het hoofdvoorwerp van een gemengde overeenkomst vormt, binnen de werkingssfeer van de richtlijnen inzake overheidsopdrachten valt.

50 Bijgevolg dient te worden onderzocht of de in het hoofdgeding aan de orde zijnde gemengde overeenkomst een ondeelbaar geheel vormt en in voorkomend geval wegens het hoofdvoorwerp ervan in haar geheel onder een van de in artikel 1 van richtlijn 89/665 bedoelde richtlijnen inzake overheidsopdrachten valt.

51 In de eerste plaats dient erop te worden gewezen dat deze overeenkomst past in het kader van de gedeeltelijke privatisering van een overheidscasino waartoe de op nationaal niveau bevoegde interministeriële commissie had besloten, en het voorwerp van een enkele oproep tot inschrijving is.

52 Uit de stukken, en inzonderheid uit de voorwaarden van de in april 2002 gepubliceerde aanvullende aankondiging, blijkt dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde gemengde overeenkomst de kenmerken vertoont van een enkele overeenkomst die tegelijkertijd betrekking heeft op de overdracht van aandelen van EKP, de verkrijging van het recht om de meerderheid van de leden van de raad van bestuur van EKP te benoemen, de verplichting om het casino te beheren en financieel rendabele diensten van hoog niveau aan te bieden en de verplichting om de betrokken panden te moderniseren en de omliggende terreinen aan te leggen.

53 Deze vaststellingen wijzen op de noodzaak om die gemengde overeenkomst te sluiten met een enkele partner die tegelijkertijd de nodige financiële draagkracht voor de aankoop van de betrokken aandelen en beroepservaring op het gebied van de exploitatie van een casino bezit.

54 Bijgevolg moeten de verschillende onderdelen van deze overeenkomst als een ondeelbaar geheel worden beschouwd.

55 In de tweede plaats blijkt uit de vaststellingen van de verwijzende rechter dat het hoofdvoorwerp van de gemengde overeenkomst de verkoop aan de meestbiedende van 49 % van de aandelen van EKP was en dat het onderdeel „werken" van deze transactie en het onderdeel „diensten", ongeacht of dit laatste een overheidsopdracht voor dienstverlening dan wel een dienstenconcessie is, accessoir waren aan het hoofdvoorwerp van de overeenkomst. De verwijzende rechter heeft er ook op gewezen dat het onderdeel „werken" volstrekt accessoir was aan het onderdeel „diensten".

56 Deze opvatting vindt steun in de aan het Hof overgelegde stukken.

57 Het lijdt namelijk geen twijfel dat in geval van aankoop van 49 % van de aandelen van een overheidsonderneming zoals EKP, deze verrichting het hoofdvoorwerp van de overeenkomst vormt. Opgemerkt zij immers dat de inkomsten die de AEAS als aandeelhouder zal verkrijgen, veel hoger zullen zijn dan de vergoeding die zij als dienstverlener zal krijgen. Bovendien zal de AEAS eerstgenoemde inkomsten genieten zonder beperking in de tijd, terwijl haar beheer eindigt na tien jaar.

58 Uit een en ander volgt dat de verschillende onderdelen van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde gemengde overeenkomst een ondeelbaar geheel vormen en dat het onderdeel betreffende de overdracht van aandelen het hoofdvoorwerp van de overeenkomst is.

59 De overdracht van aandelen aan een inschrijver in het kader van de privatisering van een overheidsonderneming valt echter niet onder de richtlijnen inzake overheidsopdrachten.

60 Dit wordt overigens terecht opgemerkt in punt 66 van het Groenboek over publiek-private samenwerking en het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten [COM(2004) 327 def. van 30 april 2004].

61 In punt 69 van haar bovengenoemd groenboek over publiek-private samenwerking wijst de Commissie erop dat ervoor dient te worden gezorgd dat achter een kapitaalverrichting niet in feite de gunning van een als overheidsopdracht, dan wel als concessieovereenkomst, te kwalificeren contract aan een private partner schuilgaat. In het onderhavige geval bevat het dossier echter niets dat twijfel kan doen rijzen omtrent de aard van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde transactie zoals die door de verwijzende rechter is gekwalificeerd.

62 Gelet op het voorgaande dient te worden geconcludeerd dat een gemengde overeenkomst waarvan het hoofdvoorwerp de verkrijging door een onderneming van 49 % van het kapitaal van een overheidsonderneming is, en waarvan het daarmee onlosmakelijk verbonden accessoire voorwerp de levering van diensten en de uitvoering van werken betreft, in haar geheel niet binnen de werkingssfeer van de richtlijnen inzake overheidsopdrachten valt.

63 Deze conclusie neemt niet weg dat bij een dergelijke overeenkomst de fundamentele regels en de algemene beginselen van het Verdrag, inzonderheid die inzake de vrijheid van vestiging en het vrije verkeer van kapitaal, in acht moeten worden genomen. De vraag of die regels en beginselen in acht zijn genomen, dient in het onderhavige geval echter niet te worden behandeld daar het antwoord erop geenszins tot gevolg kan hebben dat richtlijn 89/665 van toepassing is.

64 Mitsdien behoeft niet te worden geantwoord op de andere in zaak C-145/08 gestelde vragen.

De eerste vraag in zaak C-149/08

65 Met deze vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of richtlijn 89/665 zich verzet tegen een nationale regeling zoals die door hem wordt uitgelegd, volgens welke alleen de gezamenlijke leden van een inschrijvende tijdelijke vereniging een beroep tegen het gunningsbesluit van een aanbestedende dienst kunnen instellen, zodat de leden van die vereniging individueel niet alleen niet de mogelijkheid hebben om een dergelijk besluit van de aanbestedende dienst nietig te doen verklaren, maar evenmin de mogelijkheid hebben om vergoeding te vorderen van de schade die zij individueel hebben geleden ten gevolge van onregelmatigheden die in het kader van de betrokken aanbestedingsprocedure zijn begaan.

66 Voor het antwoord op deze vraag dient te worden vastgesteld dat het besluit waarvan voor de verwijzende rechter de nietigverklaring wordt gevorderd, uitgaat van de ESR, dus van een andere instantie dan de aanbestedende dienst die de in het hoofdgeding aan de orde zijnde openbare aanbestedingsprocedure heeft georganiseerd.

67 Uit de bewoordingen van richtlijn 89/665, doorgaans de „rechtsmiddelenrichtlijn" genoemd, blijkt echter dat de door deze richtlijn nagestreefde bescherming betrekking heeft op het handelen of nalaten van de aanbestedende diensten.

68 Zo is met name in de vijfde overweging van de considerans en in artikel 1, lid 1, van deze richtlijn sprake van de tegen de besluiten van de aanbestedende diensten te

nemen maatregelen. Daarbij komt dat volgens lid 3 van dit artikel de lidstaten kunnen bepalen dat degene die van plan is om gebruik te maken van een beroepsprocedure, de aanbestedende dienst vooraf in kennis dient te stellen van de beweerde schending, zodat die dienst deze schending zou kunnen verhelpen. Bovendien biedt artikel 3, lid 2, van deze richtlijn de Commissie de mogelijkheid om de betrokken aanbestedende dienst in kennis te stellen van de redenen waarom zij meent dat er tijdens de procedure tot plaatsing van een overheidsopdracht een schending heeft plaatsgevonden, en te vragen om deze schending ongedaan te maken.

69 Bijgevolg dient te worden geconcludeerd dat geschillen betreffende besluiten van een instantie als de ESR niet vallen onder het stelsel van rechtsmiddelen waarin richtlijn 89/665 voorziet.

70 Het is echter ontegenzeglijk zo dat de besluiten van het ESR gevolgen kunnen hebben voor het verloop en zelfs voor de uitkomst van een openbare aanbestedingsprocedure, aangezien zij kunnen leiden tot de uitsluiting van een inschrijver, of zelfs van een opdrachtnemer, die zich individueel in een van de in de relevante nationale regeling bepaalde situaties van onverenigbaarheid bevindt. Die besluiten zijn dus niet zonder belang voor de goede toepassing van het desbetreffende recht van de Unie.

71 In de onderhavige zaak blijkt uit de door de verwijzende rechter verstrekte gegevens dat bij de vaststelling van het besluit van de ESR waardoor verzoekster in het hoofdgeding de gunning van de betrokken overheidsopdracht is misgelopen ofschoon zij als opdrachtnemer was aangewezen, volgens die verzoekster de bepalingen van richtlijn 93/37/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken (PB L 199, blz. 54) en de uit het primaire recht van de Unie voortvloeiende beginselen waren geschonden.

72 Verzoekster in het hoofdgeding betoogt namelijk dat zij door de toepassing van de omstreden nationale regeling niet alleen wordt belet de nietigverklaring te vorderen van het beweerdelijk onrechtmatige besluit van de ESR dat ertoe heeft geleid dat zij van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde procedure is uitgesloten, maar ook

wordt belet vergoeding te vorderen van de schade die zij door dat besluit heeft geleden. Daardoor zou haar het recht op een doeltreffende bescherming in rechte zijn ontnomen.

73 In dit verband zij eraan herinnerd dat het beginsel van doeltreffende bescherming in rechte een algemeen beginsel van het recht van de Unie vormt (zie arrest van 13 maart 2007, Unibet, C-432/05, Jurispr. blz. I-2271, punt 37 en de aldaar aangehaalde rechtspraak).

74 Volgens vaste rechtspraak is het bij gebreke van communautaire regelgeving ter zake een aangelegenheid van elke lidstaat om de bevoegde rechterlijke instanties aan te wijzen en de procesregels vast te stellen voor vorderingen die worden ingediend ter bescherming van de rechten die de justitiabelen aan het recht van de Unie ontlenen. Deze procesregels mogen echter niet ongunstiger zijn dan die voor soortgelijke vorderingen ter bescherming van de rechten die de justitiabelen aan het nationale recht ontlenen (gelijkwaardigheidsbeginsel), en mogen de uitoefening van de door de rechtsorde van de Unie verleende rechten niet in de praktijk onmogelijk of uiterst moeilijk maken (doeltreffendheidsbeginsel) (zie in die zin arrest van 15 april 2008, Impact, C-268/06, Jurispr. blz. I-2483, punten 44 en 46 en de aldaar aangehaalde rechtspraak).

75 Wat het gelijkwaardigheidsbeginsel betreft, blijkt uit de door de verwijzende rechter verstrekte nadere gegevens dat volgens de algemene bepalingen van het nationale recht betreffende de vergoeding van schade die door onrechtmatige handelingen van de staat of van publiekrechtelijke rechtspersonen is veroorzaakt, de voor de toekenning van schadevergoeding bevoegde rechter ook bevoegd is om incidenteel de rechtmatigheid van het bezwarende bestuurlijke besluit te onderzoeken, zodat op een door een individuele particulier ingesteld beroep schadevergoeding kan worden toegekend indien de materiële voorwaarden daarvoor zijn vervuld.

76 Ter zake van overheidsopdrachten, een materie die onder het recht van de Unie valt, zijn deze twee bevoegdheden, te weten de bevoegdheid om een bestuurlijk besluit nietig te verklaren of de nietigheid ervan vast te stellen en de bevoegdheid om schadevergoeding toe te kennen, daarentegen in het in het hoofdgeding aan

de orde zijnde nationale rechtskader aan twee verschillende rechterlijke instanties toegewezen.

77 Zo heeft op het gebied van overheidsopdrachten de combinatie van artikel 5, lid 2, van wet 2522/1997, dat de toekenning van schadevergoeding afhankelijk stelt van de voorafgaande nietigverklaring van het bezwarende besluit, en artikel 47, lid 1, van presidentieel decreet 18/1989, volgens hetwelk alleen een door alle leden van een samenwerkingsverband gezamenlijk ingesteld beroep tot nietigverklaring van een in het kader van een procedure tot plaatsing van een overheidsopdracht genomen besluit ontvankelijk is, zoals de verwijzende rechter heeft opgemerkt, tot gevolg dat het voor een individueel handelend lid van een samenwerkingsverband niet alleen onmogelijk is om nietigverklaring van het voor hem bezwarende besluit te verkrijgen, maar ook om zich tot de bevoegde rechter te wenden om vergoeding te krijgen van de schade die het individueel heeft geleden, terwijl volgens de nationale regels betreffende vorderingen tot vergoeding van door een onrechtmatige overheidshandeling veroorzaakte schade een dergelijke onmogelijkheid niet lijkt te bestaan op andere gebieden.

78 Wat het doeltreffendheidsbeginsel betreft, staat vast dat ten gevolge van de toepassing van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde nationale regeling aan een inschrijver als verzoekster in het hoofdgeding elke mogelijkheid wordt ontnomen om voor de bevoegde rechter vergoeding te vorderen van de schade die hij zou hebben geleden als gevolg van de schending van het recht van de Unie door een bestuurlijk besluit dat gevolgen kan hebben gehad voor het verloop en zelfs voor de uitkomst van de openbare aanbestedingsprocedure. Een dergelijke inschrijver blijft daardoor verstoken van een doeltreffende bescherming in rechte van de rechten die hij aan het desbetreffende recht van de Unie ontleent.

79 Zoals de advocaat-generaal in de punten 107 tot en met 116 van haar conclusie heeft opgemerkt, verschilt de onderhavige zaak van die welke aanleiding heeft gegeven tot het reeds aangehaalde arrest Espace Trianon en Sofibail. Terwijl laatstgenoemde zaak betrekking had op een beroep tot nietigverklaring van een gunningsbesluit waardoor het inschrijvende samenwerkingsverband in zijn geheel de betrokken opdracht was misgelopen, betreft de onderhavige zaak immers in feite een vordering tot vergoeding van de schade die zou zijn veroorzaakt door een onrechtmatig besluit van een bestuurlijke instantie die alleen met betrekking tot de in casu als verzoeker optredende inschrijver een onverenigbaarheid in de zin van de relevante nationale regeling heeft vastgesteld.

80 Gelet op een en ander dient op de eerste vraag in zaak C-149/08 te worden geantwoord dat het recht van de Unie, inzonderheid het recht op een doeltreffende bescherming in rechte, zich verzet tegen een nationale regeling als die welke aan die orde is in het hoofdgeding, die aldus wordt uitgelegd dat de leden van een tijdelijke vereniging die heeft ingeschreven op een openbare aanbestedingsprocedure, de mogelijkheid wordt ontnomen om individueel vergoeding te vorderen van de schade die zij individueel zouden hebben geleden als gevolg van een besluit van een instantie — niet zijnde de aanbestedende dienst — die overeenkomstig de toepasselijke nationale bepalingen bij die procedure is betrokken, en dat gevolgen kan hebben voor het verloop van die procedure.

81 Gelet op dit antwoord, behoeft de tweede vraag in zaak C-149/08 niet te worden beantwoord.

Kosten

82 Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de nationale rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof (Vierde kamer) verklaart voor recht:

1) **Een gemengde overeenkomst waarvan het hoofdvoorwerp de verkrijging door een onderneming van 49 % van het kapitaal van een overheidsonderneming is, en waarvan het daarmee onlosmakelijk verbonden accessoire**

voorwerp de levering van diensten en de uitvoering van werken betreft, valt in haar geheel niet binnen de werkingssfeer van de richtlijnen inzake overheidsopdrachten.

2) Het recht van de Unie, inzonderheid het recht op een doeltreffende bescherming in rechte, verzet zich tegen een nationale regeling als die welke aan die orde is in het hoofdgeding, die aldus wordt uitgelegd dat de leden van een tijdelijke vereniging die heeft ingeschreven op een openbare aanbestedingsprocedure, de mogelijkheid wordt ontnomen om individueel vergoeding te vorderen van de schade die zij individueel zouden hebben geleden als gevolg van een besluit van een instantie — niet zijnde de aanbestedende dienst — die overeenkomstig de toepasselijke nationale bepalingen bij die procedure is betrokken, en dat gevolgen kan hebben voor het verloop van die procedure.

ondertekeningen