DOMSTOLENS DOM (fjärde avdelningen)

den 6 maj 2010 *

I de förenade målen C-145/08 och C-149/08,

angående två beslut att begära förhandsavgörande enligt artikel 234 EG, från Symvoulio tis Epikrateias (Grekland), av den 15 februari 2008 som inkom till domstolen den 9 april 2008, i målen

Club Hotel Loutraki AE,

Athinaïki Techniki AE,

Evangelos Marinakis

mot

Ethniko Symvoulio Radiotileorasis,

* Rättegångsspråk: grekiska.

Ypourgos Epikrateias,

ytterligare deltagare i rättegången:

Athens Resort Casino AE Symmetochon,

Ellaktor AE, tidigare Elliniki Technodomiki TEB AE,

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

Leonidas Bombolas (C-145/08)

och

Aktor Anonymi Techniki Etaireia (Aktor ATE)

mot

Ethnico Symvoulio Radiotileorasis,

ytterligare deltagare i rättegången:

Michaniki AE (C-149/08),

meddelar

DOMSTOLEN (fjärde avdelningen)

sammansatt av ordföranden på tredje avdelningen K. Lenaerts, tillförordnad ordförande på fjärde avdelningen samt domarna R. Silva de Lapuerta, E. Juhász (referent), G. Arestis och J. Malenovský,

generaladvokat: E. Sharpston,
justitiesekreterare: förste handläggaren L. Hewlett,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 11 juni 2009,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

— Club Hotel Loutraki AE, genom I.K. Theodoropoulos och S.A. Pappas, dikigoroi,

— Athens Resort Casino AE Symmetochon och Regency Entertainment Psychagogiki kai Touristiki AE, tidigare Hyatt Regency Xenodocheiaki kai Touristiki (Ellas) AE, genom P. Spyropoulos, K. Spyropoulos och I. Dryllerakis, dikigoroi,

— Ellaktor AE, tidigare Elliniki Technodomiki TEB AE, genom V. Niatsou, dikigoros,

— Aktor ATE, genom K. Giannopoulos, dikigoros,

— Greklands regering, genom A. Samoni-Rantou, E.-M. Mamouna, N. Marioli och I. Dionysopoulos, samtliga i egenskap av ombud,

— Europeiska gemenskapernas kommission, genom M. Patakia och D. Kukovec, båda i egenskap av ombud,

och efter att den 29 oktober 2009 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

1 Respektive begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av de mot bakgrund av omständigheterna i de nationella tvisterna relevanta bestämmelserna i rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster (EGT L 209, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 139) och rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 395, s. 33; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 48), i dess lydelse enligt direktiv 92/50 (nedan kallat direktiv 89/665), liksom tolkningen av de allmänna principerna i unionsrätten på området för offentlig upphandling och, särskilt, principen om effektivt domstolsskydd.

2 Respektive begäran har framställts i mål mellan å ena sidan privata företag och fysiska personer och å andra sidan Ethniko Symvoulio Radiotileorasis (den nationella radio- och tv-nämnden, nedan kallad ESR). Denna myndighet är enligt nationell lagstiftning behörig och skyldig att kontrollera huruvida personer som är ägare, delägare, huvudaktieägare, medlemmar i ett administrativt organ eller personer i ledande ställning i ett anbudsgivande företag, vilket deltar i ett förfarande för offentlig upphandling, på grund av vissa hinder enligt denna lagstiftning och därför per automatik ska uteslutas från förfarandet.

Tillämpliga bestämmelser

Unionslagstiftningen

3 Artikel 1 a i direktiv 92/50 har följande lydelse:

”*offentliga tjänsteavtal*: skriftliga avtal med ekonomiska villkor mellan en tjänsteleverantör och en upphandlande myndighet …

…”

4 I artikel 2 i detta direktiv föreskrivs följande:

”Om ett offentligt kontrakt är avsett att omfatta såväl varor enligt definitionen i [rådets] direktiv 77/62/EEG [av den 21 december 1976 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor (EGT L 13, s. 1)] och tjänster enligt definitionen i bilagorna 1 A och 1 B till detta direktiv, skall bestämmelserna i detta direktiv tillämpas, om värdet av de aktuella tjänsterna överstiger värdet av de varor som omfattas av kontraktet.”

5 Artikel 3 i samma direktiv har följande lydelse:

”1. De upphandlande myndigheterna skall tillämpa förfaranden som uppfyller bestämmelserna i detta direktiv, då de ingår offentliga upphandlingskontrakt eller organiserar formgivningstävlingar.

2. De upphandlande myndigheterna skall säkerställa att ingen diskriminering förekommer mellan olika tjänsteleverantörer.

…”

6 I artikel 8 i direktiv 92/50 föreskrivs följande:

”Kontrakt som avser tjänster som återfinns i förteckningen i bilaga 1 A skall upphandlas enligt bestämmelserna i avdelning III–VI.”

7 I artikel 9 i detta direktiv föreskrivs följande:

”Kontrakt som avser tjänster som återfinns i förteckningen i bilaga 1 B skall upphandlas enligt artiklarna 14 och 16.”

8 Artikel 14 finns i avdelning IV i nämnda direktiv, som rör gemensamma bestämmelser på det tekniska området och behandlar de tekniska definitioner som ska återges i de allmänna eller specifika avtalsdokumenten. Artikel 16 finns i avdelning V, som rör gemensamma regler för publicering.

9 I bilaga I B till direktiv 92/50, som har rubriken ”Tjänster som omfattas av artikel 9” föreskrivs följande:

”…

17 Hotell- och restaurangtjänster

…

26 Fritids- och idrottsverksamhet samt kulturverksamhet

27 Övriga tjänster.”

10 Slutligen föreskrivs följande i artikel 26.1 i direktiv 92/50:

”Anbud kan lämnas in av grupper av tjänsteleverantörer. Dessa grupper får inte åläggas att anta någon särskild juridisk form för att kunna lämna anbud. Den utvalda gruppen får dock åläggas att göra så, när den har blivit tilldelad kontraktet.”

11 Artikel 1 i direktiv 89/665 har följande lydelse:

”1. Medlemsstaterna skall vidta nödvändiga åtgärder för att garantera att en upphandlande myndighets beslut vid upphandlingsförfaranden, som omfattas av [rådets] direktiv 71/305/EEG [av den 26 juli 1971 för samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten], 77/62… och 92/50…, kan prövas effektivt och, i synnerhet, skyndsamt på de villkor som fastställs i följande artiklar, särskilt artikel 2.7, om det hävdas att sådana beslut har inneburit överträdelse av gemenskapsrätten för offentlig upphandling eller av nationella regler om införande av sådan.

2. Medlemsstaterna skall förhindra diskriminering mellan företag, vilka vid upphandling gör gällande skada till följd av den åtskillnad som görs i detta direktiv mellan nationella bestämmelser om införande av gemenskapsrätten och andra nationella bestämmelser.

3. Medlemsstaterna skall se till att ett prövningsförfarande med detaljerade regler enligt medlemsstaternas bestämmande införs och att det kan åberopas av var och en, som har eller har haft intresse av att få avtal om viss offentlig upphandling av varor eller bygg- och anläggningsarbeten [eller tjänster], och som har skadats eller

riskera[r] att skadas av en påstådd överträdelse. Det förutses, att en medlemsstat skall kunna kräva av den person som begär prövning, att han dessförinnan meddelat den avtalsslutande myndigheten att han hävdar förekomsten av diskriminering, och att han ämnar söka prövning."

12 I artikel 2 i detta direktiv föreskrivs följande:

"1. Medlemsstaterna skall se till att införda bestämmelser om prövning enligt artikel 1 innefattar behörighet att

a) så tidigt som möjligt vidta interimistiska åtgärder för att rätta påstådda överträdelser eller förhindra ytterligare skada för berörda intressen, inklusive åtgärder för att uppskjuta eller garantera uppskjutandet av upphandlingsförfarandet liksom att förhindra verkställighet av den upphandlande myndighetens beslut,

b) antingen åsidosätta eller garantera åsidosättande av olagliga beslut, vilket innefattar undanröjandet av diskriminerande tekniska, ekonomiska eller finansiella specifikationer i anbuds- eller kontraktshandlingarna eller i varje annat dokument som har samband med upphandlingen,

c) ge ersättning åt en person, som skadats av överträdelse.

…

5. Medlemsstaterna får bestämma att, i de fall skada görs gällande på grund av att beslut tillkommit i strid mot lag, det överklagade beslutet först skall upphävas av ett organ med nödvändig behörighet för detta.

6. Verkan av att behörighet har utövats enligt punkt 1 på ett redan slutet avtal om upphandling skall regleras i nationell lag.

Medlemsstaterna får dessutom bestämma att, utom i fall där ett beslut måste undanröjas innan ersättning ges ut, prövningsorganets behörighet sedan ett upphandlingsavtal genomförts skall begränsas till att lämna ersättning till den som lidit skada av överträdelsen.

…”

Den nationella lagstiftningen

13 Direktiv 89/665 har införlivats med grekisk rätt genom lag 2522/1997 om domstolsskydd under det skede som föregår tilldelning av ett kontrakt inom ramen för offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten, varor och tjänster (FEK A’ 178).

14 I artikel 2 i denna lag, som har rubriken ”Domstolsskyddets omfattning” föreskrivs följande:

”1. Den som har eller har haft ett intresse av att tilldelas ett offentligt kontrakt avseende bygg- eller anläggningsarbete, varor eller tjänster och som har skadats eller riskerar att skadas av en överträdelse av gemenskapsrätten eller nationell rätt kan enligt de regler som anges i följande artiklar ansöka hos domstol om interimistiskt domstolsskydd, begära att den upphandlande myndighetens olagliga rättsakt ska upphävas eller ogiltigförklaras samt begära skadestånd.

…”

15 Artikel 4 i denna lag har rubriken ”Upphävande eller ogiltigförklaring” och har följande lydelse:

”1. En berörd person har rätt att begära att en rättsakt eller underlåtenhet av den upphandlande myndigheten som strider mot en bestämmelse i gemenskapslagstiftningen eller i nationell lagstiftning rörande det förfarande som föregår tilldelning av kontraktet ska upphävas eller ogiltigförklaras. …

2. Om domstolen upphäver eller ogiltigförklarar en rättsakt eller en underlåtenhet från den upphandlande myndighetens sida påverkas inte rättsakten eller underlåtenheten såvida inte anbudsförfarandet har vilandeförklarats genom ett beslut om interimistiska åtgärder eller genom ett interimistiskt beslut. I så fall har den berörda personen rätt att begära skadestånd i enlighet med bestämmelserna i nedanstående artikel.”

16 Artikel 5 i lag 2522/1997, under rubriken ”Rätt till skadestånd”, har följande lydelse:

”1. En berörd person som har uteslutits från upphandlingen eller tilldelningen av ett offentligt kontrakt avseende bygg- och anläggningsarbeten, varor eller tjänster i strid med en bestämmelse i gemenskapslagstiftningen eller i nationell lagstiftning har rätt att begära skadestånd från den upphandlande myndigheten i enlighet med bestämmelserna i artiklarna 197 och 198 i civillagen. Bestämmelser som utgör hinder för eller begränsar denna rätt ska inte tillämpas. ”

2. För att skadestånd ska kunna beviljas krävs att behörig domstol dessförinnan har upphävt eller ogiltigförklarat den olagliga rättsakten eller underlåtenheten. Det är tillåtet med kumulation av talan om skadestånd och talan om ogiltigförklaring i enlighet med de allmänt tillämpliga bestämmelserna.

17 I artiklarna 197 och 198 i civillagen, till vilka ovannämnda bestämmelse hänvisar, föreskrivs ett ansvar ”till följd av förhandlingar”, det vill säga en skyldighet att betala skadestånd om de berörda utsatts för omotiverade kostnader inom ramen för ett förfarande i syfte att sluta kontrakt.

18 Genom presidentdekret 18/1989 kodifierades lagarna om Symvoulio tis Epikrateias (FEK A’ 8). Artikel 47 i dekretet har rubriken ”Berättigat intresse” och har följande lydelse:

”1. Enskilda eller juridiska personer som berörs av en administrativ rättsakt eller vars berättigade intressen, även av icke-ekonomiskt slag, påverkas av rättsakten har rätt att väcka talan om ogiltigförklaring av denna.

…”

19 Lag 2206/1994 avser ”Inrättande, organisation, drift och kontroll av kasinon m.m.” (FEK A’ 62). Artikel 1.7 i denna lag har rubriken ”Utfärdande av kasinolicenser” och har följande lydelse:

”Licenser till kasinoföretag utfärdas genom beslut av turistministern efter ett offentligt internationellt anbudsförfarande som ska organiseras av en kommitté med sju ledamöter.”

20 I artikel 3 i denna lag, som har rubriken ”Kasinoverksamhet” föreskrivs följande:

”Kasinoverksamhet är underställd statens kontroll.

…”

21 Genom artikel 14.9 i den grekiska konstitutionen och tillämpningslagen 3021/2002 (FEK A ’ 143) har det inrättats bestämmelser om begränsningar vid ingående av

kontrakt med personer som är aktiva eller har ägarintressen inom mediesektorn. Genom dessa bestämmelser har det införts en presumtion om att ställningen som ägare, delägare, huvudaktieägare eller person i ledande ställning i ett medieföretag är oförenlig med ställningen som ägare, delägare, huvudaktieägare eller person i ledande ställning i ett företag som, av staten eller av en juridisk person inom den offentliga sektorn i vid bemärkelse, har tilldelats kontrakt till följd av upphandling av byggentreprenader, varor eller tjänster. Denna oförenlighet omfattar även fysiska personer som är besläktade i viss mån.

22 I lag 3021/2002 föreskrivs i huvudsak att den berörda upphandlande myndigheten före beslutet om tilldelning av ett offentligt kontrakt, eller i varje fall innan kontraktet undertecknas, vid äventyr av att kontraktet eller den offentliga upphandlingen anses ogiltig, ska begära att ESR upprättar ett intyg om att det inte föreligger något hinder enligt nämnda lag. ESR:s beslut är bindande för den upphandlande myndigheten, men personer som visar att de har ett berättigat intresse att få saken prövad, inbegripet myndigheter, kan väcka talan om ogiltigförklaring av beslutet.

23 I dom av den 16 december 2008 i mål C-213/07, Michaniki (REG 2008, s. I-9999, punkterna 1 och 2 i domslutet), fann domstolen att även om unionsrätten inte är till hinder för sådana bestämmelser som eftersträvar legitima mål som avser likabehandling av anbudsgivarna och öppenhet vid offentlig upphandling, är den mot bakgrund av proportionalitetsprincipen till hinder för inrättandet av en sådan icke motbevisbar presumtion som den som föreskrivs i den aktuella nationella lagstiftningen.

Tvisterna vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

Mål C-145/08

24 Det framgår av beslutet om hänskjutande att den behöriga interministeriella kommittén den 10 oktober 2001 beslutade att privatisera bolaget Elliniko Kazino Parnithas AE (nedan kallat EKP), dotterbolag till bolaget Ellinika Touristika Akinita AE (nedan kallat ETA), vars samtliga aktier tillhör den grekiska staten. I meddelandet om upphandling, som offentliggjordes i oktober 2001, angavs att den upphandlande myndigheten, i ett första skede, bland de sökande skulle välja ut dem som uppfyllde villkoren i meddelandet. Därefter skulle den som gav det bästa anbudet tilldelas kontraktet. Under det första skedet valdes de två konsortierna Koinopraxia Kazino Attikis och Hyatt Regency Xenodocheiaki kai Touristiki (Ellas) AE – Elliniki Technodomiki AE ut.

25 Till följd av ett kompletterande meddelande om upphandling som offentliggjordes i april 2002 kom villkoren i det kontrakt som skulle undertecknas att se ut på följande sätt:

Kontraktet är av blandad karaktär och omfattar följande:

— Ett avtal enligt vilket ETA överlåter 49 procent av aktierna i EKP till ett ”bolag med särskilt syfte” (nedan kallat AEAS) som bildas av den vinnande anbudsgivaren.

— Ett avtal genom vilket AEAS åtar sig att genomföra en utvecklingsplan inom 750 kalenderdagar från och med att erforderliga tillstånd erhålls. Utvecklingsplanen ska innefatta en förbättring av kasinots lokaler, en utvärdering av de möjligheter som följer av kasinolicensen, inredning och renovering av de två hotellenheter som tillhör byggnadskomplexet samt anläggning av den omgivande marken, som uppgår till cirka 280 hektar. Utförandet av dessa arbeten utgör en del av det pris som ska erläggas för förvärvet av 49 procent av aktierna i EKP.

— Ett avtal mellan ETA och AEAS, genom vilket sistnämnda bolag förvärvar rätten att utse majoriteten av medlemmarna i EKP:s styrelse och sålunda driva bolaget i enlighet med villkoren i kontraktet.

— Ett avtal enligt vilket AEAS övertar driften av kasinoföretaget mot ersättning som betalas ut av ETA. AEAS erhåller därvid ett belopp som inte får överstiga en degressiv procentandel av den årliga vinsten (en procentandel sjunkande från 20 procent av vinsten upp till 30 miljoner euro till 5 procent av den del av vinsten som överstiger 90 miljoner euro) plus 2 procent av omsättningen.

— AEAS ska i sköta kasinoföretaget på ett sådant sätt att det hela tiden upprätthålls en luxuös miljö med högkvalitativ service på ett sätt som är ekonomiskt lönsamt för EKP. Vinsterna från rörelsen före skatt får närmare bestämt inte understiga 105 miljoner euro för de fem första räkenskapsåren efter det att kontraktet har trätt i kraft. Nettovinsten ska delas mellan ETA och AEAS i förhållande till bolagens respektive andel i EKP:s kapital.

— Med hänsyn till att EKP är det enda kasinoföretag som för närvarande drivs i regionen Attika, föreskrivs det i kontraktet att, för det fall ett annat kasino lagligen skulle etableras i Attika inom tio år från det att kontraktet träder i kraft, ska ETA vara skyldig att utge skadestånd till AEAS motsvarande 70 procent av transaktionspriset. Skadeståndsbeloppet minskar med en tiondel för varje år som har förflutit efter kontraktets ikraftträdande.

— Vad gäller driften av kasinot ska kontraktet upphöra att gälla tio år efter dess ikraftträdande.”

26 Eftersom konsortiet Hyatt Regency Xenodocheiaki kai Touristiki (Thessaloniki) AE – Elliniki Technodomiki AE gav det bästa anbudet utsågs det till entreprenör. Innan kontraktet undertecknades underrättades ESR av ETA om namnet på ägare, delägare, huvudaktieägare och personer i ledande ställning i entreprenörskonsortiet i syfte att ESR skulle utfärda ett intyg om att dessa personer inte medförde något hinder av det slag som föreskrivs i artikel 3 i lag 3021/2002. Genom intyg av den 27 september 2002 intygade ESR att det i detta fall inte förekom några hinder med avseende på nämnda personer.

27 Denna rättsakt från ESR blev föremål för talan om ogiltigförklaring som väcktes av tre av de totalt sju medlemmarna i konsortiet Koinopraxia Kazino Attikis, vilket hade lagt ett anbud men inte tilldelats kontraktet. Sökandena i målet vid den nationella domstolen gjorde gällande att det med avseende på en av medlemmarna i det konsortium som hade tilldelats kontraktet förelåg ett sådant hinder som avses artikel 3 i den nationella lagstiftningen och att tilldelningen av kontraktet därför skulle ogiltigförklaras.

28 Den hänskjutande domstolen har påpekat att kontraktet i fråga är av blandad karaktär. För det första ingår en del som avser ETA:s aktieförsäljning till den bästa anbudsgivaren. Denna del omfattas inte i sig av unionens bestämmelser om offentlig upphandling. För det andra ingår en del som avser ett tjänstekontrakt som tilldelas

den bästa anbudsgivaren, vilken åtar sig skyldigheterna avseende driften av kasinoföretaget. Delen angående aktieöverlåtelsen är enligt den hänskjutande domstolen den viktigaste delen av det blandade kontraktet. Kontraktet omfattar även en del avseende byggentreprenad, eftersom den vinnande anbudsgivaren ska åta sig att utföra de byggnadsarbeten som anges i beslutet om hänskjutande, vilka utgör delbetalning av de överlåtna aktierna. Den hänskjutande domstolen har påpekat att den sistnämnda delen är helt accessorisk i jämförelse med tjänstekontraktsdelen.

29 Mot denna bakgrund undrar den hänskjutande domstolen om det aktuella kontraktets tjänstedel utgör en tjänstekoncession som inte omfattas av unionslagstiftningen. För att besvara denna fråga ska det enligt den hänskjutande domstolen kontrolleras i vilken utsträckning entreprenören bär de risker som är förenade med organisationen och driften av tjänsterna i fråga, med hänsyn även till att tjänsterna rör verksamhet som, enligt tillämpliga nationella bestämmelser, kan vara föremål för exklusiva och särskilda rättigheter.

30 För det fall domstolen skulle slå fast att den del av det omtvistade kontraktet som rör kasinodriften utgör ett offentligt tjänstekontrakt, undrar den hänskjutande domstolen om den talan om ogiltigförklaring som har väckts på nationell nivå omfattas av de processrättsliga skyddsregler som föreskrivs i direktiv 89/665, med hänsyn till dels att kontraktets huvudföremål, närmare bestämt försäljningen av aktierna i EKP, inte omfattas av tillämpningsområdet för gemenskapsbestämmelserna om offentlig upphandling, dels att offentlig upphandling av sådana tjänster, vilka omfattas av bilaga I B i direktiv 92/50, ska genomföras i enlighet med artiklarna 14 och 16 i samma direktiv, som bara innehåller skyldigheter i processrättsligt hänseende. Den hänskjutande domstolen undrar emellertid om principen om likabehandling av deltagarna i ett upphandlingsförfarande, som direktiv 89/665 syftar till att skydda, är tillämplig även i sådana fall, trots nämnda begränsade aspekt på skyldigheterna.

31 För det fall domstolen skulle anse att en sådan talan om ogiltigförklaring som är aktuell i det nationella målet omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 89/665, frågar sig den hänskjutande domstolen huruvida bestämmelserna i unionsrätten utgör hinder för en sådan nationell processuell bestämmelse som den i artikel 47.1 i presidentdekretet nr 18/1989, såsom denna har tolkats av den hänskjutande domstolen, vilken

innebär att medlemmar i ett konsortium som deltar i ett offentligt upphandlingsförfarande som vill väcka talan om ogiltigförklaring mot en rättsakt som upprättats inom ramen för detta förfarande, måste göra detta gemensamt vid äventyr att talan avvisas.

32 Den hänskjutande domstolen har härvid hänvisat till domstolens dom av den 8 september 2005 i mål C-129/04, Espace Trianon och Sofibail (REG 2005, s. I-7805), punkt 22, enligt vilken en nationell förfarandebestämmelse, enligt vilken en talan om ogiltigförklaring av den upphandlande myndighetens beslut att tilldela kontrakt vid offentlig upphandling ska inges av samtliga de medlemmar som utgör ett anbudsgivande konsortium, inte begränsar rätten att ansöka om en sådan prövning i strid med artikel 1.3 i direktiv 89/665.

33 Den hänskjutande domstolen undrar emellertid huruvida denna slutsats, som i den domen avsåg en talan om ogiltigförklaring mot en upphandlande myndighets beslut att tilldela ett offentligt kontrakt, även gäller för alla former av domstolsskydd som tillförsäkras genom ovannämnda direktiv, särskilt skyddet för rätten att begära skadestånd. Denna problematik är förbunden med den omständigheten att den nationella lagstiftaren i förevarande fall, vid utövandet av den rätt som medlemsstaterna har enligt artikel 2.5 i direktiv 89/665, har antagit artikel 5.2 i lag 2522/1997 och därmed gjort beviljande av skadestånd beroende av att den påstått olagliga rättsakten dessförinnan ogiltigförklarats.

34 Kombinationen av nämnda artikel 5.2 och den processuella bestämmelsen i artikel 47.1 i presidentdekret 18/1989, såsom denna har tolkats av den hänskjutande domstolen, leder till att enskilda medlemmar i ett konsortium som utan framgång har deltagit i ett förfarande för offentlig upphandling saknar möjlighet, inte bara att uppnå en ogiltigförklaring av den rättsakt som är till skada för dess intressen, utan även att väcka talan vid behörig domstol om ersättning för individuell skada. Det ska framhållas att behörig domstol för talan om ogiltigförklaring i det nu aktuella målet är Symvoulio tis Epikrateias (högsta förvaltningsdomstolen), medan en annan domstol är behörig i mål angående talan om skadestånd.

35 I detta sammanhang har den hänskjutande domstolen påpekat att möjligheten för de enskilda medlemmarna i ett konsortium att väcka talan om skadestånd vid behörig domstol således kommer att vara beroende av övriga medlemmars vilja att väcka talan om ogiltigförklaring i en situation där den skada som de enskilda konsortiemedlemmarna har lidit på grund av att konsortiet inte tilldelades kontraktet kan skilja sig åt beroende på hur stora kostnader de har ådragit sig i samband med upphandlingsförfarandet. De olika medlemmarna kan följaktligen även ha olika grad av intresse av att ansöka om ogiltigförklaring av ett beslut. Den hänskjutande domstolen anser det därför motiverat att fråga sig huruvida principen om effektivt domstolsskydd, som ska tillgodoses genom direktiv 89/665, iakttas under sådana processrättsliga omständigheter.

36 Den hänskjutande domstolen har slutligen påpekat att det – enligt de nationella processrättsliga reglerna om allmän rätt till ersättning för skada som uppkommit till följd av olagliga rättsakter som utfärdats av staten eller offentligrättsliga juridiska personer – är den domstol som är behörig att avgöra frågan om skadestånd som också i anslutning därtill kontrollerar huruvida den administrativa rättsakt som legat till grund för talan om skadestånd är lagenlig. Detta görs således inte av en annan domstol, som när det är fråga om talan om ogiltigförklaring som väckts med anledning av ett förfarande för offentlig upphandling. Nämnda domstol undrar därför huruvida de förfaranden som är avsedda att tillvarata rättigheter som följer av unionsrätten är mindre förmånliga än dem som rör tillvaratagande av liknande eller analoga rättigheter som följer av den nationella lagstiftningen.

37 Den hänskjutande domstolen har slutligen påpekat att dess nuvarande tolkning av artikel 47.1 i presidentdekret 18/1989, som innebär att om ett konsortium vill väcka talan om ogiltigförklaring av en rättsakt som antagits inom ramen för ett förfarande för offentlig upphandling, så måste talan, vid äventyr av avvisning, väckas gemensamt av konsortiets samtliga medlemmar, utgör en ändring jämfört med dess fasta praxis enligt vilken medlemmarna kunde väcka talan individuellt.

38 Den har samtidigt betonat de särskilda omständigheterna i det nationella målet. Inledningsvis väcktes den aktuella talan av konsortiet i sig och av dess sju medlemmar vid fjärde avdelningen vid Symvoulio tis Epikrateias. Denna avdelning avvisade talan såvitt avser konsortiet och fyra av dess medlemmar, eftersom dessa medlemmar inte i vederbörlig ordning hade gett sin advokat fullmakt att väcka talan. Beträffande

konsortiets övriga tre medlemmar hänsköt avdelningen målet till plenum med hänsyn till dess betydelse. Fjärde avdelningen tillämpade vid detta tillfälle sålunda då gällande rättspraxis, enligt vilken även talan som väckts av enbart vissa medlemmar i ett konsortium kunde tas upp till sakprövning.

39 Fjärde avdelningens beslut att avvisa den talan som väckts av konsortiet i sig och av fyra av dess medlemmar har emellertid vunnit laga kraft, vilket innebär att det inte kan ändras inom ramen för det förfarande som nu ska avgöras av den hänskjutande domstolen i plenum. Denna sammansättning har således frågat sig om denna ändring av rättspraxis är förenlig med principen om en rättvis rättegång, som utgör en allmän princip i unionsrätten och även nämns i artikel 6 i Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, undertecknad i Rom den 4 november 1950 (nedan kallad Europakonventionen), och med principen om skydd för berättigade förväntningar.

40 Mot denna bakgrund beslutade Symvoulio tis Epikrateias, i plenum, att vilandeförklara målet och ställa följande frågor till domstolen:

”1) Ska ett kontrakt varigenom den upphandlande myndigheten ger entreprenören i uppdrag att driva ett kasino, genomföra en utvecklingsplan som består i att renovera kasinots lokaler och att affärsmässigt utnyttja de möjligheter som kasinolicensen ger, och i vilket det har införts en klausul om att den upphandlande myndigheten åtar sig att betala ersättning till entreprenören om ett annat kasino lagligen skulle starta verksamhet inom det område – i vid bemärkelse – där kasinot är beläget, anses utgöra en koncession som inte regleras av direktiv 92/50 …?

2) För det fall tolkningsfråga 1 ska besvaras nekande: Omfattas en talan som väcks av deltagarna i ett upphandlingsförfarande avseende ett blandat offentligt kontrakt,

vilket avser bland annat tillhandahållande av tjänster som omfattas av bilaga I B till direktiv 92/50 …, genom vilken talan nämnda deltagare gör gällande att de under upphandlingsförfarandet har behandlats i strid med principen om likabehandling (en princip som bekräftas i artikel 3.2 i det aktuella direktivet), av tillämpningsområdet för direktiv 89/665 …, eller är nämnda direktiv inte tillämpligt på grund av att endast artiklarna 14 och 16 i direktiv 92/50 … är tillämpliga på det ovannämnda förfarandet för upphandling av tjänster, i enlighet med vad som föreskrivs i artikel 9 i samma direktiv?

3) För det fall tolkningsfråga 2 ska besvaras jakande: Om det antas att det i princip inte strider mot gemenskapsrätten, särskilt bestämmelserna i direktiv 89/665 …, att det i en nationell bestämmelse föreskrivs att endast samtliga medlemmar i ett konsortium som inte är någon juridisk person och som utan framgång har deltagit i ett offentligt upphandlingsförfarande, och inte de enskilda medlemmarna av konsortiet, kan väcka talan mot tilldelningsbeslutet, vilket även gäller när talan ursprungligen väcktes av samtliga medlemmar av konsortiet gemensamt, men den inte kunde tas upp till sakprövning med avseende på vissa av medlemmarna, är det då vid tillämpningen av ovannämnda direktiv, innan det slås fast att talan ska avvisas, nödvändigt att fastställa huruvida de enskilda medlemmarna därefter fortfarande har rätt att väcka talan vid en annan nationell domstol för att erhålla skadestånd som eventuellt föreskrivs i en nationell bestämmelse?

4) När en nationell domstol i enlighet med fast nationell rättspraxis tidigare har funnit att en enskild medlem av ett konsortium kan väcka talan mot en rättsakt som antagits i samband med ett offentligt upphandlingsförfarande, är det då förenligt med bestämmelserna i direktiv 89/665…, tolkat mot bakgrund av artikel 6 i Europakonventionen såsom en allmän princip i gemenskapsrätten, att avvisa en talan på grund av att nämnda fasta rättspraxis har ändrats utan att först ge sökanden möjlighet att avhjälpa rättegångshindret, eller i vart fall yttra sig i frågan i enlighet med den kontradiktoriska principen?”

41 Thessaloniki stad beslutade att anordna ett förfarande för offentlig upphandling i syfte att tilldela den vinnande anbudsgivaren arbetet ”Uppförande av Thessalonikis kommunhus och en parkering under jord”. Genom beslut av kommunstyrelsen den 1 juli 2004 tilldelades kontraktet ett konsortium bestående av bolagen Aktor ATE, Themeliodomi AE och Domotechniki AE. Inför undertecknandet underrättade den upphandlande myndigheten, i enlighet med gällande nationell lagstiftning, ESR om identiteten på ägare, delägare, huvudaktieägare eller personer i ledande ställning i bolagen i nämnda konsortium i syfte att ESR skulle utfärda ett intyg om att inte någon av dessa personer gav upphov till ett sådant hinder som anges i artikel 3 i lag 3021/2002.

42 Efter att ha konstaterat att en av styrelsemedlemmarna i bolaget Aktor ATE var en sådan som inte fick förekomma enligt ovannämnda nationella bestämmelse, meddelade ESR genom handling av den 1 november 2004 att den inte kunde utfärda ett sådant intyg som var nödvändigt för kontraktets undertecknande. Aktor ATE begärde omprövning av denna negativa rättsakt, men ESR angav i beslut av den 9 november 2004 att den inte fann anledning att ändra sitt tidigare beslut. Det var mot dessa två negativa beslut från ESR som bolaget Aktor ATE, såsom enda bolag av de tre bolagen i det vinnande konsortiet, väckte talan om ogiltigförklaring vid den hänskjutande domstolen. Bolaget grundade sig därvid på den hänskjutande domstolens då gällande rättspraxis, enligt vilken enskilda medlemmar i ett konsortium kunde väcka individuell talan.

43 Under dessa omständigheter beslutade Symvoulio tis Epikrateias, även nu i plenum, att vilandeförklara målet och ställa följande frågor till domstolen:

”1) Om det antas att det i princip inte strider mot gemenskapsrätten, särskilt bestämmelserna i direktiv 89/665 …, att det i en nationell bestämmelse föreskrivs att endast samtliga medlemmar i ett konsortium som inte är någon juridisk person och som utan framgång har deltagit i ett offentligt upphandlingsförfarande, och

inte de enskilda medlemmarna av konsortiet, kan väcka talan mot tilldelningsbeslutet, vilket även gäller när talan ursprungligen väcktes av samtliga medlemmar av konsortiet gemensamt, men den inte kunde tas upp till sakprövning med avseende på vissa av medlemmarna, är det då vid tillämpningen av ovannämnda direktiv, innan det slås fast att talan ska avvisas, nödvändigt att fastställa huruvida de enskilda medlemmarna därefter fortfarande har rätt att väcka talan vid en annan nationell domstol för att erhålla skadestånd som eventuellt föreskrivs i en nationell bestämmelse?

2) När en nationell domstol i enlighet med fast nationell rättspraxis tidigare har funnit att en enskild medlem av ett konsortium kan väcka talan mot en rättsakt som antagits i samband med ett offentligt upphandlingsförfarande, är det då förenligt med bestämmelserna i direktiv 89/665…, tolkat mot bakgrund av artikel 6 i Europakonventionen såsom en allmän princip i gemenskapsrätten, att avvisa en talan på grund av att nämnda fasta rättspraxis har ändrats utan att först ge sökanden möjlighet att avhjälpa rättegångshindret, eller i vart fall yttra sig i frågan i enlighet med den kontradiktoriska principen?”

44 Genom beslut av domstolens ordförande den 22 maj 2008 förenades målen C-145/08 och C-149/08 vad gäller det skriftliga och muntliga förfarandet samt domen.

Prövning av tolkningsfrågorna

Frågorna i mål C-145/08

45 Den hänskjutande domstolen vill, genom sina frågor angående tillämpligheten av direktiv 92/50 på ett sådant kontrakt som är aktuellt i det nationella målet, få klarhet i huruvida direktiv 89/665 är tillämpligt i förevarande fall. Sistnämnda direktiv är nämligen bara tillämpligt under förutsättning att något av de direktiv på området för offentlig upphandling som nämns i artikel 1 i direktiv 89/665 är tillämpligt. Domstolen ska därför pröva dessa frågor gemensamt och avgöra huruvida ett sådant kontrakt omfattas av tillämpningsområdet för något av de direktiv som anges i nämnda artikel.

46 Det framgår både av den detaljerade och utförliga redogörelsen i beslutet om hänskjutande och av den hänskjutande domstolens kvalificering av det aktuella kontraktet att detta är av blandad karaktär.

47 Kontraktet består huvudsakligen av ett avtal om att ETA ska överlåta 49 procent av aktierna i EKP till AEAS (nedan kallad aktiedelen), ett avtal enligt vilket AEAS mot ersättning övertar driften av kasinoföretaget (nedan kallad tjänstedelen) och ett avtal enligt vilket AEAS förbinder sig att genomföra en plan som avser förbättring av kasinolokalerna och de anslutande hotellokalerna samt anläggning av den omgivande marken (nedan kallad delen avseende byggentreprenad).

48 Det framgår av domstolens praxis att i fall där det är fråga om ett blandat kontrakt, vars olika delar i enlighet med meddelandet om upphandling är sammanbundna så att

de inte kan separeras och sålunda bildar en odelbar enhet ska transaktionen prövas i sin helhet vid den rättsliga kvalificeringen och bedömas på grundval av de bestämmelser som styr den del som utgör kontraktets huvudsakliga föremål eller dominerande beståndsdel (se, för ett liknande resonemang, dom av den 5 december 1989 i mål C-3/88, kommissionen mot Italien, REG 1989, s. 4035, punkt 19, svensk specialutgåva, volym 10, s. 269, av den 19 april 1994 i mål C-331/92, Gestión Hotelera Internacional, REG 1992, s. I-1329, punkterna 23–26, av den 18 januari 2007 i mål C-220/05, Auroux m.fl., REG 2007, s. I-385, punkterna 36 och 37, av den 21 februari 2008 i mål C-412/04, kommissionen mot Italien, REG 2008, s. I-619, punkt 47, samt av den 29 oktober 2009 i mål C-536/07, kommissionen mot Tyskland, REG 2009, s. I-10355, punkterna 28, 29, 57 och 61).

49 Detta gäller oavsett om den del som utgör kontraktets huvudsakliga föremål omfattas av tillämpningsområdena för direktiven om offentlig upphandling eller inte.

50 Det ska således prövas huruvida det aktuella blandade kontraktet utgör en odelbar enhet och i så fall om det, betraktat i sin helhet, på grund av dess huvudsakliga föremål omfattas av något av de direktiv som anges i artikel 1 i direktiv 89/665, som reglerar offentliga upphandlingar.

51 För det första ska det påpekas att det aktuella kontraktet ingår som en del i en delvis privatisering av ett offentligt kasinoföretag som har beslutats av en på nationell nivå behörig interministeriell kommitté och inletts genom ett enda anbudsförfarande.

52 Det framgår av handlingarna i målet, särskilt villkoren i det kompletterande meddelandet om upphandling som offentliggjordes i april 2002, att det aktuella blandade kontraktet utgörs av ett enda kontrakt som på samma gång omfattar överlåtelserna av aktierna i EKP, förvärvet av rätten att utse majoriteten av styrelsemedlemmarna i EKP, skyldigheten att överta driften av kasinoföretaget och erbjuda högkvalitativa tjänster, som är ekonomiskt lönsamma, samt skyldigheten att utföra anläggningsarbeten och förbättring av de berörda lokalerna och den omgivande marken.

53 Dessa omständigheter medför att det är nödvändigt att det blandade kontraktet ingås med en enda entreprenör som har både den ekonomiska kapaciteten att köpa aktierna i fråga och tidigare erfarenhet av kasinoverksamhet.

54 Härav följer att kontraktets olika delar ska anses utgöra en odelbar enhet.

55 För det andra framgår det av den hänskjutande domstolens konstateranden att det blandade kontraktets huvudsakliga föremål är försäljningen till den bästa anbudsgivaren av 49 procent av aktierna i EKP och att delen avseende byggentreprenad och tjänstedelen är accessoriska i förhållande till kontraktets huvudsakliga föremål, oberoende av om tjänstedelen ska anses utgöra ett offentligt tjänstkontrakt eller en tjänstekoncession.

56 Denna bedömning bekräftas av handlingarna i målet.

57 Det kan nämligen inte föreligga något tvivel om att en transaktion bestående i överlåtelse av 49 procent av aktierna i ett offentligt företag såsom EKP utgör kontraktets huvudsakliga föremål. Det ska påpekas att den inkomst som AEAS skulle uppbära i egenskap av aktieägare förefaller klart större än dess ersättning i egenskap av tjänsteleverantör. AEAS skulle dessutom uppbära inkomsten utan någon begränsning i tiden, medan däremot driften av kasinoföretaget skulle upphöra efter tio år.

58 Av det anförda följer att det aktuella blandade kontraktets olika delar utgör en odelbar enhet där den del som avser överlåtelsen av aktierna utgör det huvudsakliga föremålet.

59 Överlåtelsen av aktier till en anbudsgivare inom ramen för en privatisering av ett offentligt företag omfattas emellertid inte av direktiven om offentlig upphandling.

60 Om detta erinras det för övrigt i punkt 66 i kommissionens grönbok om offentlig-privata partnerskap och EG-rätten om offentlig upphandling och koncessioner (KOM(2004) 327 slutlig).

61 Kommissionen har i punkt 69 i ovan nämnda grönbok framhållit att det måste säkerställas att en kapitalöverföring inte i realiteten är en täckmantel för en tilldelning av ett kontrakt till en privat partner, där kontraktet kan rubriceras som en offentlig upphandling eller koncession. I det här fallet finns det emellertid inte något i handlingarna som ger anledning att ifrågasätta den hänskjutande domstolens kvalificering av den aktuella transaktionens natur.

62 Mot bakgrund av det anförda finner domstolen följande: Ett blandat kontrakt, vars huvudsakliga föremål är ett företags förvärv av 49 procent av kapitalet i ett offentligt företag och vars accessoriska föremål – som är oupplösligen förbundet med det huvudsakliga föremålet – avser utförande av tjänster och byggnadsarbeten, omfattas inte, betraktat i sin helhet, av tillämpningsområdet för direktiven om offentlig upphandling.

63 Denna slutsats innebär inte att ett sådant kontrakt inte måste uppfylla fördragets grundläggande bestämmelser och allmänna principer, bland annat vad gäller etableringsfriheten och den fria rörligheten för kapital. I det aktuella fallet saknas det emellertid anledning att behandla frågan huruvida nämnda bestämmelser och principer är uppfyllda, eftersom resultatet av en sådan bedömning inte på något sätt skulle kunna leda till att direktiv 89/665 ska tillämpas.

64 Med hänsyn till det ovan anförda saknas det därför anledning att besvara de övriga tolkningsfrågorna i mål C-145/08.

Den första frågan i mål C-149/08

65 Genom denna fråga vill den hänskjutande domstolen få klarhet i huruvida direktiv 89/665 är till hinder för nationell lagstiftning, såsom den tolkats av nämnda domstol, enligt vilken talan mot ett beslut om tilldelning av ett kontrakt som fattats av en upphandlande myndighet, vid äventyr av avvisning måste väckas av samtliga medlemmar i ett anbudsgivande konsortium, vilket innebär att de enskilda medlemmarna i konsortiet varken har möjlighet att få ett sådant beslut från den upphandlande myndigheten ogiltigförklarat eller att begära skadestånd för skada som de enskilda medlemmarna har lidit till följd av oegentligheter under det aktuella upphandlingsförfarandet.

66 Inför prövningen av denna fråga konstaterar domstolen att den rättsakt som har begärts ogiltigförklarad vid den hänskjutande domstolen har utfärdats av ESR, det vill säga en annan myndighet än den upphandlande myndigheten som har organiserat det upphandlingsförfarande som är i fråga i målet vid den hänskjutande domstolen.

67 Det framgår emellertid av lydelsen av direktiv 89/665, vanligen benämnt rättsmedelsdirektivet, att detta ska ge skydd med avseende på rättsakter eller underlåtelser som härrör från upphandlande myndigheter.

68 Det framgår sålunda bland annat av lydelsen av femte skälet och artikel 1.1 i nämnda direktiv att de hänför sig till åtgärder som kan vidtas med avseende på beslut som

har fattats av en upphandlande myndighet. På samma sätt föreskrivs det i artikel 1.3 i samma direktiv att medlemsstaterna kan föreskriva att den person som avser att begära prövning dessförinnan ska meddela den upphandlande myndigheten om den påstådda överträdelsen, så att denna myndighet ska ha möjlighet att avhjälpa den. Dessutom föreskrivs det i artikel 3.2 i samma direktiv att kommissionen ska underrätta den berörda upphandlande myndigheten om de skäl som föranlett bedömningen att en överträdelse föreligger och kräva rättelse.

69 Tvister angående beslut som har fattats av en myndighet såsom ESR omfattas därför inte av det system för rättsmedel som har inrättats genom direktiv 89/665.

70 ESR:s beslut kan emellertid ha ett klart inflytande på gången, eller till och med utgången, av ett förfarande för offentlig upphandling, eftersom de kan leda till att en anbudsgivare, eller rent av en vinnande anbudsgivare, utesluts från förfarandet till följd av att denna uppvisar ett sådant hinder som föreskrivs i den tillämpliga nationella lagstiftningen. Dessa beslut saknar således inte helt betydelse med avseende på frågan om den korrekta tillämpningen av unionsrätten på området.

71 I det aktuella målet framgår det av de uppgifter som den hänskjutande domstolen har tillhandahållit att ESR:s beslut, som ledde till att sökanden i det nationella målet inte tilldelades kontraktet i den aktuella offentliga upphandlingen trots att detta konsortium hade utsetts till vinnande anbudsgivare, enligt sökanden antogs i strid med dels bestämmelser i rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993, om samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 199, s. 54), dels principer som följer av unionens primärrätt.

72 Sökanden i det nationella målet har gjort gällande att tillämpningen av den omtvistade nationella lagstiftningen medför inte bara att sökanden är förhindrad att väcka talan om ogiltigförklaring mot ESR:s påstått olagliga beslut, vilket beslut ledde till att sökandens uteslöts från det förfarande som är i fråga i det nationella målet, utan även att sökanden inte kan väcka talan om skadestånd för den skada som sökanden

har lidit till följd av beslutet. Sökanden anser sig därigenom berövad sin rätt till ett effektivt domstolsskydd.

73 Det ska härvid erinras om att principen om ett effektivt domstolsskydd utgör en allmän princip för unionsrätten (se dom av den 13 mars 2007 i mål C-432/05, Unibet, REG 2007, s. I-2271, punkt 37 och där angiven rättspraxis).

74 Enligt fast rättspraxis ankommer det, i avsaknad av gemenskapsbestämmelser på området, på varje medlemsstat att ange vilka domstolar som är behöriga och fastställa de processuella regler som gäller för talan som syftar till att säkerställa skyddet av de rättigheter för enskilda som följer av unionsrätten. Dessa regler får emellertid varken vara mindre förmånliga än dem som avser liknande talan som syftar till att skydda de rättigheter som följer av den nationella rättsordningen (likvärdighetsprincipen) eller medföra att det i praktiken blir omöjligt eller orimligt svårt att utöva rättigheter som följer av unionsrätten (effektivitetsprincipen) (se, för ett liknande resonemang, dom av den 15 april 2008 i mål C-268/06, Impact, REG 2008, s. I-2483, punkterna 44 och 46 och där angiven rättspraxis.

75 Såvitt avser likvärdighetsprincipen framgår det av den hänskjutande domstolens preciseringar att det i den nationella rätt som avser allmän rätt till ersättning för skada till följd av olagliga rättsakter som har utfärdats av staten eller offentligrättsliga juridiska personer, föreskrivs att den domstol som är behörig att avgöra talan om skadestånd också är behörig att i anslutning därtill kontrollera lagenligheten av den administrativa rättsakt som gått den skadelidande emot. Detta kan, vid talan som väckts individuellt av en enskild, leda till att skadestånd beviljas under förutsättning att de materiella villkoren i det hänseendet är uppfyllda.

76 På området för offentlig upphandling däremot, ett område som omfattas av unionsrätten, har dessa behörigheter, alltså dels behörigheten att upphäva eller ogiltigförklara

en administrativ rättsakt, dels behörigheten att bevilja skadestånd för uppkommen skada fördelats på två olika domstolar i den aktuella nationella rättsordningen.

77 Såsom den nationella domstolen har påpekat medför, inom ramen för lagstiftningen på området för offentlig upphandling, artikel 5.2 i lag 2522/1997 (enligt vilken skadestånd endast kan beviljas under förutsättning att rättsakten som går någon emot dessförinnan har ogiltigförklarats) jämförd med artikel 47.1 i presidentdekret 18/1989 (som innebär att om ett konsortium vill väcka talan om ogiltigförklaring av en rättsakt som antagits inom ramen för ett förfarande för offentlig upphandling, så måste talan, vid äventyr av avvisning, väckas av samtliga konsortiets medlemmar gemensamt) sålunda att enskilda medlemmar i ett konsortium som agerar individuellt saknar möjlighet, inte bara att uppnå en ogiltigförklaring av den rättsakt som går medlemmen emot, utan även att vända sig till behörig domstol i syfte att erhålla ersättning för den individuella skada som medlemmen påstår sig ha lidit. En sådan möjlighet förefaller däremot inte saknas på andra områden, i enlighet med vad som föreskrivs i nationella bestämmelser om talan om skadestånd som grundar sig på en skada som uppkommit till följd av en olaglig rättsakt som har utfärdats av en myndighet.

78 Vad gäller effektivitetsprincipen kan det konstateras att en anbudsgivare såsom sökanden i det nationella målet, vid tillämpning av den aktuella nationella lagstiftningen, saknar varje möjlighet att vid behörig domstol begära ersättning för den skada som vederbörande påstår sig ha lidit till följd av en överträdelse av unionsrätten genom en administrativ rättsakt som kan ha inverkat på gången, och till och med utgången, av det offentliga upphandlingsförfarandet. En sådan anbudsgivare saknar sålunda ett effektivt domstolsskydd för de rättigheter som vederbörande har enligt unionsrätten på området.

79 I likhet med vad generaladvokaten har anfört i punkterna 107–116 i sitt förslag till avgörande, ska det i detta avseende framhållas att de nu aktuella omständigheterna skiljer sig från omständigheterna i det ovan nämnda målet Espace Trianon och Sofibail. I det målet var det fråga om en talan om ogiltigförklaring som hade väckts mot ett beslut om kontraktstilldelning som hade medfört att det anbudsgivande konsortiet i sin helhet inte tilldelades kontraktet. I förevarande mål är det däremot fråga om en talan om ersättning för skada som påstås ha uppkommit genom ett olagligt beslut som meddelats av en administrativ myndighet som funnit att det, enbart med avseende på sökanden i egenskap av anbudsgivare, förelåg ett sådant hinder som avses i den relevanta nationella lagstiftningen.

80 Med hänsyn till det ovan anförda ska den första tolkningsfrågan i mål C-149/08 besvaras på följande sätt: Unionsrätten, särskilt rätten till ett effektivt domstolsskydd, utgör hinder för nationell lagstiftning såsom den som är aktuell i det nationella målet, tolkad på så sätt att de enskilda medlemmarna i ett konsortium som är anbudsgivare i ett förfarande för offentlig upphandling saknar möjlighet att begära ersättning för individuell skada som de påstår sig ha lidit till följd av ett beslut som har antagits av en myndighet som är en annan än den upphandlande myndigheten och som är delaktig i nämnda förfarande enligt tillämpliga nationella bestämmelser och kan påverka förfarandets gång.

81 Med hänsyn till detta svar saknas det anledning att besvara den andra tolkningsfrågan i mål C-149/08.

Rättegångskostnader

82 Eftersom förfarandet i förhållande till parterna i målet vid den nationella domstolen utgör ett led i beredningen av samma mål, ankommer det på den nationella domstolen att besluta om rättegångskostnaderna. De kostnader för att avge yttrande till domstolen som andra än nämnda parter har haft är inte ersättningsgilla.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (fjärde avdelningen) följande:

1) Ett blandat kontrakt, vars huvudsakliga föremål är ett företags förvärv av 49 procent av kapitalet i ett offentligt företag och vars accessoriska föremål – som är oupplösligen förbundet med det huvudsakliga föremålet – avser

utförande tjänster och byggnadsarbeten, omfattas inte, betraktat i sin helhet, av tillämpningsområdet för direktiven om offentlig upphandling.

2) Unionsrätten, särskilt rätten till ett effektivt domstolsskydd, utgör hinder för nationell lagstiftning såsom den som är aktuell i det nationella målet, tolkad på så sätt att de enskilda medlemmarna i ett konsortium som är anbudsgivare i ett förfarande för offentlig upphandling saknar möjlighet att begära ersättning för individuell skada som de påstår sig ha lidit till följd av ett beslut som har antagits av en myndighet som är en annan än den upphandlande myndigheten och som är delaktig i nämnda förfarande enligt tillämpliga nationella bestämmelser och kan påverka förfarandets gång.

Underskrifter