WYROK TRYBUNAŁU (czwarta izba)

z dnia 6 maja 2010 r. *

W sprawach połączonych C-145/08 i C-149/08

mających za przedmiot dwa wnioski o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym na podstawie art. 234 WE, złożone przez Symvoulio tis Epikrateias (Grecja), postanowieniami z dnia 15 lutego 2008 r., które wpłynęły do Trybunału w dniu 9 kwietnia 2008 r., w postępowaniach

Club Hotel Loutraki AE,

Athinaïki Techniki AE,

Evangelos Marinakis,

przeciwko

Ethniko Symvoulio Radiotileorasis,

* Język postępowania: grecki.

Ypourgos Epikrateías,

przy udziale:

Athens Resort Casino AE Symmetochon,

Ellaktor AE, dawniej Elliniki Technodomiki TEB AE,

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

Leonidas Bombolas (C-145/08)

oraz

Aktor Anonymi Techniki Etaireia (Aktor ATE)

przeciwko

Ethnico Symvoulio Radiotileorasis,

przy udziale:

Michaniki AE (C-149/08),

TRYBUNAŁ (czwarta izba),

w składzie: K. Lenaerts, prezes trzeciej izby, pełniący obowiązki prezesa czwartej izby, R. Silva de Lapuerta, E. Juhász (sprawozdawca), G. Arestis i J. Malenovský, sędziowie,

rzecznik generalny: E. Sharpston,
sekretarz: L. Hewlett, główny administrator,

uwzględniając procedurę pisemną i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 11 czerwca 2009 r.,

rozważywszy uwagi przedstawione:

— w imieniu Club Hotel Loutraki AE przez I.K. Theodoropoulosa oraz S.A. Pappasa, dikigoroi,

— w imieniu Athens Resort Casino AE Symmetochon oraz Regency Entertainment Psychagogiki kai Touristiki AE, dawniej Hyatt Regency Xenodocheiaki kai Touristiki (Ellas) AE, przez P. Spyropoulosa, K. Spyropoulosa oraz I. Dryllerakisa, dikigoroi,

— w imieniu Ellaktor AE, dawniej Elliniki Technodomiki TEB AE, przez V. Niatsou, dikigoros,

— w imieniu Aktor ATE przez K. Giannakopoulosa, dikigoros,

— w imieniu rządu greckiego przez A. Samoni-Rantou i E.M. Mamounę oraz I. Dionysopoulosa, działających w charakterze pełnomocników,

— w imieniu Komisji Wspólnot Europejskich przez M. Patakię oraz D. Kukovca, działających w charakterze pełnomocników,

po zapoznaniu się z opinią rzecznika generalnego na posiedzeniu w dniu 29 października 2009 r.,

wydaje następujący

Wyrok

1 Wnioski o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczą wykładni istotnych w świetle okoliczności postępowań przed sądem krajowym przepisów dyrektywy Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnoszącej się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi (Dz.U. L 209, s. 1) i dyrektywy Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz.U. L 395, s. 33), zmienionej dyrektywą 92/50 (zwanej dalej „dyrektywą 89/665"), oraz ogólnych zasad prawa Unii w zakresie zamówień publicznych i w szczególności zasady skutecznej ochrony sądowej.

2 Wnioski zostały przedstawione w ramach sporów pomiędzy przedsiębiorstwami prywatnymi i osobami fizycznymi a Ethniko Symvoulio Radiotileorasis (krajową radą radia i telewizji, zwaną dalej „ESR"), która zgodnie z przepisami krajowymi jest uprawniona i zobowiązana do kontrolowania, czy właściciele, wspólnicy, udziałowcy większościowi, członkowie organów spółek lub kadra zarządcza przedsiębiorstw uczestniczących w postępowaniach przetargowych mają pewne wskazane w tych przepisach cechy, w związku z czym powinni zostać automatycznie wykluczeni z udziału w postępowaniu.

Ramy prawne

Przepisy unijne

3 W świetle art. 1 lit. a) dyrektywy 92/50:

„»*zamówienia publiczne na usługi*« oznaczają umowy o charakterze odpłatnym, zawierane na piśmie pomiędzy usługodawcą a instytucją zamawiającą […]

[…]”.

4 Artykuł 2 tej dyrektywy stanowi:

„Jeżeli zamówienie publiczne ma objąć zarówno produkty w rozumieniu dyrektywy 77/62/EWG [Rady z dnia 21 grudnia 1976 r. koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy (Dz.U. L 13, s. 1)], jak i usługi w rozumieniu załączników I A oraz I B do niniejszej dyrektywy, zamówienie jest objęte zakresem niniejszej dyrektywy, jeżeli wartość usług, których to dotyczy, przekracza wartość produktów objętych zamówieniem”.

5 Artykuł 3 tej dyrektywy stanowi:

„1. Instytucje zamawiające, udzielając zamówień publicznych na usługi lub organizując konkursy na projekty, stosują procedury dostosowane do przepisów niniejszej dyrektywy.

2. Instytucje zamawiające zapewniają, aby nie istniała dyskryminacja między różnymi usługodawcami.

[…]".

6 W świetle art. 8 dyrektywy 92/50:

„Zamówień, których przedmiotem są usługi wymienione w załączniku I A, udziela się zgodnie z przepisami tytułów III–VI".

7 Artykuł 9 tej dyrektywy stanowi:

„Zamówień, których przedmiotem są usługi wymienione w załączniku I B, udziela się zgodnie z art. 14 i 16".

8 Artykuł 14 jest częścią tytułu IV tej dyrektywy, który to tytuł dotyczy wspólnych reguł w dziedzinie technicznej i specyfikacji technicznej zamieszczanej w ogólnej dokumentacji lub w umownej dokumentacji dotyczącej każdego zamówienia, a art. 16 jest częścią tytułu V, który dotyczy ogólnych zasad ogłoszeń.

9 Załącznik I B dyrektywy 92/50 w ramach tytułu „Usługi w rozumieniu art. 9" zawiera:

„[…]

17 Usługi hotelarskie i restauracyjne

[…]

26 Usługi rekreacyjne, kulturalne i sportowe

27 Inne usługi".

10 Wreszcie art. 26 tej dyrektywy w ust. 1 stanowi:

„Oferty mogą być składane przez grupy usługodawców. Od takich grup nie można wymagać, aby przybrały w celu złożenia oferty określoną formę prawną; można jednak tego wymagać od grupy, której udzielono zamówienia".

11 Artykuł 1 dyrektywy 89/665 stanowi:

„1. Państwa członkowskie podejmują środki niezbędne do zapewnienia, aby decyzje podejmowane przez instytucje zamawiające odnośnie do procedur udzielania zamówień publicznych objętych zakresem dyrektyw 71/305/EWG [Rady z dnia 26 lipca 1971 r. koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (Dz.U. L 185, s. 5)], 77/62/WE […] i 92/50/EWG […] mogły być skuteczne i przede wszystkim możliwie szybko, zgodnie z warunkami określonymi w poniższych artykułach, w szczególności art. 2 ust. 7, podlegać odwołaniu na podstawie tego, że takie decyzje naruszyły prawo wspólnotowe w dziedzinie zamówień publicznych albo krajowe przepisy, wykonujące to prawo.

2. Państwa członkowskie zapewniają, że nie istnieje dyskryminacja pomiędzy przedsiębiorstwami, które mogą wystąpić z roszczeniami z tytułu poniesionej szkody w ramach procedury udzielania zamówienia, w wyniku zawartego w niniejszej dyrektywie rozróżnienia pomiędzy przepisami krajowymi wdrażającymi prawo wspólnotowe a pozostałymi przepisami krajowymi.

3. Państwa członkowskie zapewniają, że procedury odwoławcze, zgodnie ze szczegółowymi przepisami, które państwa członkowskie mogą wprowadzić, dostępne są, co najmniej każdemu podmiotowi, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia publicznego na dostawy lub roboty budowlane, w przypadku, gdy taki

podmiot doznał uszczerbku lub zagraża mu doznanie uszczerbku w wyniku domniemanego naruszenia przepisów. W szczególności, państwa członkowskie mogą wymagać od podmiotu, który zamierza skorzystać ze środków odwoławczych, uprzedniego powiadomienia instytucji zamawiających o domniemanym naruszeniu przepisów oraz o zamiarze skorzystania ze środków odwoławczych".

12 W świetle art. 2 tej dyrektywy:

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

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

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

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

[…]

5. Państwa członkowskie mogą uznać, że w przypadku, gdy występuje roszczenie o odszkodowanie w związku z bezprawnym podjęciem decyzji, przedmiotowa decyzja musi być uprzednio uchylona przez organ mający niezbędne uprawnienia.

6. Stosowanie uprawnień, określonych w ust. 1, do umowy podpisanej wskutek udzielenia zamówienia, określają przepisy krajowe.

Ponadto państwo członkowskie może uznać, z wyjątkiem sytuacji, gdy decyzja musi zostać uchylona przed przyznaniem odszkodowania, że po podpisaniu umowy wskutek udzielenia zamówienia, uprawnienia organów odwoławczych są ograniczone do przyznania odszkodowań podmiotom, które doznały uszczerbku w wyniku naruszenia przepisów.

[…]".

Uregulowania krajowe

13 Dyrektywa 89/665 została transponowana do greckiego porządku prawnego ustawą nr 2522/1997 o ochronie sądowej na etapie poprzedzającym udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane, dostawy i usługi (FEK A' 178).

14 Artykuł 2 tej ustawy zatytułowany „Zakres ochrony sądowej" stanowi:

„1. Osoba zainteresowana, która ma lub miała interes w uzyskaniu danego zamówienia publicznego na roboty budowlane, dostawy i usługi i która poniosła lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia wspólnotowych lub krajowych przepisów, może żądać, zgodnie z tym, co przewidziano w szczególności w poniższych przepisach, zastosowania środka tymczasowego, uchylenia lub stwierdzenia nieważności niezgodnego z prawem działania organu zamawiającego oraz przyznania odszkodowania.

[…]".

15 Artykuł 4 tej ustawy zatytułowany „Uchylenie lub stwierdzenie nieważności" stanowi:

„1. Zainteresowany ma prawo zwrócić się o uchylenie lub stwierdzenie nieważności każdego działania lub zaniechania organu udzielającego zamówienie, który narusza przepis prawa wspólnotowego lub krajowego dotyczący postępowania poprzedzającego udzielenie zamówienia. […]

2. Jeśli sąd uchyla lub stwierdza nieważność działania lub zaniechania instytucji zamawiającej po udzieleniu zamówienia, pozostaje to bez wpływu na zamówienie, chyba że przed udzieleniem zamówienia postępowanie przetargowe zostało zawieszone decyzją przewidującą zastosowanie środków tymczasowych lub postanowieniem tymczasowym. W tym przypadku zainteresowany może żądać odszkodowania zgodnie z poniższym przepisem".

16 Artykuł 5 ustawy nr 2522/1997 zatytułowany „Wniosek o odszkodowanie" stanowi:

„1. Zainteresowany, który został wykluczony z udziału w przetargu lub któremu odmówiono udzielenia zamówienia publicznego na roboty budowlane, dostawy lub usługi, ma prawo domagać się odszkodowania od organu zamawiającego, na podstawie art. 197 i 198 kodeksu cywilnego. Jakikolwiek przepis wykluczający lub ograniczający to prawo nie ma zastosowania.

2. W celu uzyskania odszkodowania wymagane jest wcześniejsze uchylenie lub stwierdzenie nieważności niezgodnego z prawem działania lub zaniechania przez właściwy sąd. Dopuszczalne jest złożenie łącznego wniosku o odszkodowanie i stwierdzenie nieważności na zasadach ogólnych".

17 Artykuły 197 i 198 kodeksu cywilnego, do których odsyła poprzedni przepis, przewidują odpowiedzialność „z tytułu negocjacji", tj. obowiązek wypłaty odszkodowania w razie gdyby zainteresowani ponieśli bezzasadnie koszty w ramach postępowania zmierzającego do zawarcia umowy.

18 Dekret prezydencki nr 18/1989 stanowi kodyfikację przepisów dotyczących Symvoulio tis Epikrateias (FEK A' 8). Artykuł 47 tego dekretu zatytułowany „Interes prawny" stanowi:

„1. Osoba fizyczna i prawna, której dotyczy akt administracyjny lub której interes prawny, również pozbawiony charakteru finansowego, jest naruszony tym aktem, może wnieść skargę o stwierdzenie nieważności.

[…]”.

19 Ustawa nr 2206/1994 dotyczy „Tworzenia, organizacji, prowadzenia i kontrolowania kasyn, itp.” (FEK A’ 62). W świetle art. 1 ust. 7 tej ustawy zatytułowanego „Wydawanie zezwoleń na prowadzenie kasyn”:

„Licencje dla przedsiębiorstw prowadzących kasyna są wydawane na podstawie decyzji ministra turystyki po przeprowadzeniu międzynarodowego postępowania przetargowego organizowanego przez siedmioosobową komisję”.

20 Artykuł 3 tej ustawy zatytułowany „Funkcjonowanie kasyn” stanowi:

„Funkcjonowanie kasyn podlega kontroli państwa.

[…]”.

21 Artykuł 14 ust. 9 konstytucji greckiej i ustawa wykonawcza nr 3021/2002 (FEK A’ 143) wprowadzają system ograniczeń stosowanych do zawierania umów publicznych z osobami, które działają w sektorze środków masowego przekazu lub posiadają

w nim udziały. System ten przewiduje domniemanie braku możliwości łączenia statusu lub funkcji właściciela, wspólnika, głównego akcjonariusza lub członka kadry zarządzającej przedsiębiorstwa prowadzącego działalność w sektorze środków masowego przekazu ze statusem lub funkcją właściciela, wspólnika, głównego akcjonariusza lub członka kadry zarządzającej przedsiębiorstwa, któremu państwo lub osoba prawna sektora publicznego w szerokim znaczeniu powierzyły wykonanie zamówienia publicznego na roboty budowlane, dostawy lub usługi. Zakaz ten obejmuje też osoby fizyczne powiązane więzami pokrewieństwa wskazanego stopnia.

22 Ustawa nr 3021/2002 przewiduje zasadniczo, że przed wydaniem decyzji o udzieleniu lub przyznaniu zamówienia publicznego, a w każdym razie przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego, instytucja zamawiająca powinna pod rygorem nieważności umowy lub udzielenia zamówienia publicznego zwrócić się do ESR o wydanie zaświadczenia o braku przesłanek niedozwolonego łączenia statusu lub funkcji wymienionych w tej ustawy. Decyzja ESR wiąże instytucję zamawiającą, lecz może być przedmiotem skargi o stwierdzenie nieważności złożonej przez osoby mające legitymację prawną, w tym przez organy publiczne.

23 W swym wyroku z dnia 16 grudnia 2008 r. w sprawie C-213/07 Michaniki, Zb.Orz. s. I-9999, pkt 1 i 2 sentencji, Trybunał orzekł, że prawo Unii nie sprzeciwia się takim przepisom, które służą zgodnym z prawem celom w zakresie równego traktowania oferentów i przejrzystości procedur udzielania zamówień publicznych; prawo to sprzeciwia się jednak ze względu na zasadę proporcjonalności ustanowieniu opisanego powyżej w rozpatrywanych przepisach krajowych niewzruszalnego domniemania niepołączalności zadań lub funkcji.

Postępowania przed sądem krajowym i pytania prejudycjalne

Sprawa C-145/08

24 Z postanowienia odsyłającego wynika, że decyzją z dnia 10 października 2001 r. właściwy komitet międzyministerialny postanowił sprywatyzować spółkę Elliniko Kazino Parnithas AE (zwaną dalej „EKP"), spółkę zależną spółki Ellinika Touristika Akinita AE (zwanej dalej „ETA"), której wyłącznym właścicielem jest państwo greckie. Komunikat o zaproszeniu do składania ofert opublikowany w październiku 2001 r. przewidywał pierwszy etap polegający na selekcji wstępnej w celu określenia, którzy oferenci spełniają wskazane warunki. Ostatnia faza miała na celu wyłonienie najlepszego oferenta, z którym zostanie podpisana umowa. W toku pierwszego etapu wybrano konsorcjum przedsiębiorstw Koinopraxia Kazino Attikis i konsorcjum przedsiębiorstw Hyatt Regency Xenodocheiaki kai Touristiki (Ellas) AE – Elliniki Technodomiki AE.

25 Następnie w kwietniu 2002 r. opublikowano dodatkowe ogłoszenie, w którym warunki umowy zostały określone w następujący sposób:

Umowa ma charakter mieszany i obejmuje:

— umowę sprzedaży przez ETA 49% udziałów w EKP na rzecz „spółki akcyjnej o wyłącznym celu" (zwanej dalej „AEAS)", która powinna zostać powołana przez wybranego oferenta;

— umowę, na podstawie której AEAS zobowiązuje się do wdrożenia planu rozwoju, który musi zostać wykonany w terminie 750 dni kalendarzowych od otrzymania niezbędnych zezwoleń. Plan rozwoju obejmuje ulepszenie lokali kasyna i zwiększenie możliwości związanych z zezwoleniem na prowadzenie działalności, rozwój i modernizację obu budynków hotelowych należących do kompleksu nieruchomości i rozwój przyległych terenów o powierzchni około 280 ha. Wykonanie tych prac jest częścią zapłaty za nabycie 49% udziałów w EKP;

— porozumienie między ETA i AEAS, na podstawie którego ta ostatnia nabywa prawo do wyznaczenia większości członków zarządu EKP i zarządzania spółką zgodnie z warunkami wskazanymi w umowie;

— porozumienie, na mocy którego AEAS przejmuje zarządzanie przedsiębiorstwem prowadzącym kasyno, za wynagrodzeniem wypłacanym przez ETA. Tytułem wynagrodzenia AEAS otrzyma kwotę stanowiącą degresywny procent od rocznych zysków z prowadzenia działalności (od 20% zysków do kwoty 30 mln EUR do 5% powyżej kwoty 90 mln EUR) i 2% od obrotu;

— jako zarządzający AEAS powinna zarządzać przedsiębiorstwem prowadzącym kasyno w celu utrzymania luksusowych warunków zapewniających wysoką jakość usług i być rentowna dla EKP. Zyski przed opodatkowaniem nie powinny być mniejsze niż łącznie 105 mln EUR w ciągu pierwszych pięciu lat podatkowych po wejściu w życie umowy. Zysk netto zostanie podzielony między ETA i AEAS zgodnie z procentowym udziałem w kapitale;

— ponieważ EKP jest jedynym przedsiębiorstwem prowadzącym kasyno w okręgu Attyka, w umowie przewidziano, że w przypadku utworzenia zgodnie z przepisami prawa innego kasyna w tych granicach geograficznych w ciągu dziesięciu lat od wejścia w życie umowy, ETA wypłaci AEAS odszkodowanie w wysokości 70% ceny transakcyjnej. Kwota odszkodowania będzie zmniejszana o 10% za każdy rok po wejściu w życie umowy;

— w odniesieniu do zarządzania przedsiębiorstwem prowadzącym kasyno, umowa wygasa w ciągu dziesięciu lat po jej wejściu w życie.

26 Konsorcjum Hyatt Regency Xenodocheiaki kai Touristiki (Ellas) AE – Elliniki Technodomiki AE było najlepszym oferentem w omawianym postępowaniu i zostało wskazane jako wybrany oferent. Przed podpisaniem umowy ETA poinformowała ESR o tożsamości właścicieli, wspólników, akcjonariuszy i kadry kierowniczej wybranego oferenta, w celu poświadczenia, że żadna z tych osób nie jest objęta zakazem, o którym mowa w art. 3 ustawy nr 3021/2002. W zaświadczeniu wydanym w dniu 27 września 2002 r. ESR stwierdziła, że żadna ze wskazanych osób nie była objęta zakazem.

27 Dokument ten wydany przez ESR był przedmiotem skargi o stwierdzenie nieważności wniesionej przez trzech z siedmiu członków składającego ofertę konsorcjum Koinopraxia Kazino Attikis, któremu nie udzielono zamówienia. Skarżący podnieśli, że członek konsorcjum, któremu przyznano zamówienie, był objęty jednym z przypadków zakazu przewidzianych w ustawodawstwie krajowym, i wobec tego należy stwierdzić nieważność decyzji o udzieleniu zamówienia.

28 Sąd krajowy wskazał, że badane zamówienie jest zamówieniem mieszanym, składającym się po pierwsze z części dotyczącej sprzedaży akcji przez ETA na rzecz najlepszego oferenta, który zobowiązuje się do zarządzania przedsiębiorstwem prowadzącym kasyno – która to część jako taka nie jest objęta przepisami Unii o zamówieniach publicznych – oraz po drugie z części dotyczącej zamówienia na usługi udzielonego

najlepszemu oferentowi, który przejmuje obowiązki zarządzania przedsiębiorstwem prowadzącym kasyno. Część dotycząca sprzedaży akcji ma zdaniem sądu krajowego najistotniejsze znaczenie w ramach umowy mieszanej. Ponadto umowa ta zawiera również element zamówienia na roboty budowlane, w zakresie w jakim wybrany oferent zobowiązuje się do wykonania robót, o których mowa w postanowieniu odsyłającym, w ramach zapłaty za część przekazanych akcji. Sąd krajowy stwierdza, że ten ostatni element ma charakter akcesoryjny w stosunku do części obejmującej „usługi".

29 W tym kontekście sąd krajowy zapytuje, czy można uznać, że część rozpatrywanej umowy, która dotyczy „usług", stanowi umowę koncesji na usługi publiczne, niepodlegającą przepisom unijnym. W tym względzie należy sprawdzić, w jakim zakresie wybrany oferent ponosi ryzyko związane z organizacją i wykonywaniem działalności w zakresie tych usług, biorąc pod uwagę również fakt, że usługi te obejmują działania, które zgodnie z dotyczącymi ich przepisami krajowymi mogą być przedmiotem praw wyłącznych lub specjalnych.

30 W przypadku gdyby Trybunał orzekł, że część spornej umowy dotycząca zarządzania kasynem jest zamówieniem na usługę publiczną, sąd krajowy zastanawia się, czy przedstawiona w postępowaniu krajowym skarga o stwierdzenie nieważności jest objęta gwarancjami proceduralnymi przewidzianymi w dyrektywie 89/665, biorąc pod uwagę okoliczność, że główny przedmiot umowy, a mianowicie sprzedaż akcji EKP, nie jest objęty zakresem stosowania przepisów wspólnotowych o zamówieniach publicznych i że zamówienia mające za przedmiot takie usługi, objęte załącznikiem I B do dyrektywy 92/50, powinny być udzielane zgodnie z art. 14 i 16 tej dyrektywy, które zawierają tylko obowiązki o charakterze proceduralnym. Sąd krajowy zastanawia się jednakże, czy pomimo tego ograniczonego aspektu zobowiązań, zasada równego traktowania uczestników postępowania przetargowego, której ochrona jest przedmiotem dyrektywy 89/665, ma również zastosowanie w tych przypadkach.

31 Gdyby Trybunał uznał, że skarga o stwierdzenie nieważności, taka jak rozpatrywana w postępowaniu przed sądem krajowym, jest objęta zakresem stosowania dyrektywy 89/665, sąd krajowy zapytuje, czy zasady prawa Unii stoją na przeszkodzie krajowej regule proceduralnej, takiej jak zawarta w art. 47 ust. 1 dekretu prezydenckiego nr 18/1989, w świetle której uczestnicy postępowania w zakresie zamówień

publicznych działający jako konsorcjum mogą złożyć skargę o stwierdzenie nieważności na działania podejmowane w ramach tego postępowania jedynie wspólnie i łącznie, pod rygorem odrzucenia skargi jako niedopuszczalnej.

32 Sąd krajowy wskazuje w tym zakresie wyrok Trybunału z dnia 8 września 2005 r. w sprawie C-129/04 Espace Trianon i Sofibail, Zb.Orz. s. I-7805, pkt 22, w świetle którego krajowy przepis proceduralny, który wymaga, aby skarga o stwierdzenie nieważności wydanej przez instytucję zamawiającą decyzji o udzieleniu zamówienia została wniesiona przez wszystkich członków tworzących konsorcjum będące oferentem, nie ogranicza dostępności takiej skargi w sposób sprzeczny z art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665.

33 Sąd krajowy zastanawia się jednakże, czy ten wniosek, który dotyczył w tym przypadku skargi o stwierdzenie nieważności decyzji instytucji zamawiającej o udzieleniu zamówienia publicznego, dotyczy także wszystkich form ochrony sądowej przyznanej przez wskazaną dyrektywę, w tym roszczenia o odszkodowanie. Problematyka ta jest związana z okolicznością, że w tym przypadku ustawodawca krajowy, korzystając z uprawnień, jakie przysługują państwom członkowskim na mocy art. 2 ust. 5 dyrektywy 89/665, uzależnił przyznanie odszkodowania – w drodze przyjęcia art. 5 ust. 2 ustawy nr 2522/1997 – od uprzedniego stwierdzenia nieważności bezprawnego aktu.

34 Połączenie tego przepisu z regułą proceduralną zawartą w art. 47 ust. 1 dekretu prezydenckiego nr 18/1989, w świetle jej wykładni dokonanej przez sąd krajowy, uniemożliwiałoby indywidualnym członkom konsorcjum uczestniczącego bez powodzenia w postępowaniu w sprawie zamówień publicznych nie tylko uzyskanie stwierdzenia nieważności aktu niekorzystnego dla ich interesów, ale także wystąpienie do właściwego sądu o naprawienie szkód poniesionych indywidualnie. Należy podkreślić, że w tej sprawie sądem właściwym do stwierdzenia nieważności jest Symvoulio tis Epikrateias (rada państwa), a kwestia odszkodowania należy do właściwości innego sądu.

35 W tym kontekście sąd krajowy stwierdza, że możliwość zwrócenia się przez każdego członka konsorcjum do właściwego sądu o przyznanie odszkodowania jest uzależniona od woli wszystkich pozostałych członków konsorcjum w zakresie złożenia skargi o stwierdzenie nieważności, w okolicznościach, gdy szkoda poniesiona indywidualnie przez członków konsorcjum z powodu nieprzyznania zamówienia może różnić się w zależności od poziomu wydatków, które członkowie ponieśli w związku z udziałem w tym zamówieniu. W konsekwencji stopień zainteresowania każdego z członków konsorcjum złożeniem skargi o stwierdzenie nieważności może być odmienny. Tak więc zdaniem sądu krajowego zasadne jest pytanie, czy w takim kontekście zachowana jest ochrona zasady skutecznej ochrony sądowej zgodnie z wymogami dyrektywy 89/665.

36 Sąd krajowy wskazuje wreszcie, że zgodnie z krajowymi przepisami proceduralnymi dotyczącymi powszechnego prawa do odszkodowania za szkody spowodowane przez bezprawne działanie państwa lub osób prawnych prawa publicznego, to sąd właściwy w zakresie zasądzenia odszkodowania bada również, w sposób incydentalny, legalność aktów administracyjnych w związku ze skargą o odszkodowanie, a nie czyni tego inny sąd jak w przypadku skargi o stwierdzenie nieważności złożonej w ramach postępowania o udzielanie zamówień publicznych. Sąd krajowy zastanawia się zatem, czy przepisy proceduralne mające na celu zapewnienie ochrony uprawnień wynikających z prawa Unii są mniej korzystne niż przepisy dotyczące ochrony podobnych lub analogicznych praw wynikających z przepisów krajowych.

37 Sąd krajowy wskazuje wreszcie, że jego obecna wykładnia art. 47 ust. 1 dekretu prezydenckiego nr 18/1989, zgodnie z którą wyłącznie wszyscy członkowie konsorcjum, działający wspólnie, są uprawnieni do żądania stwierdzenia nieważności aktu w ramach procedury udzielania zamówień publicznych, stanowi zmianę jego linii orzeczniczej, w świetle której członkowie konsorcjum mogli składać skargi indywidualnie.

38 Podkreśla on także szczególny kontekst rozpatrywanej przed nim sprawy, to znaczy, że pierwotnie rozpatrywana skarga została wniesiona przez konsorcjum jako takie i jego siedmiu członków do czwartej izby Symvoulio tis Epikrateias. Sąd stwierdził niedopuszczalność skargi wniesionej przez konsorcjum i jego czterech członków

z powodu nieprawidłowości pełnomocnictwa udzielonego przez nich adwokatowi, a w odniesieniu do pozostałych trzech członków konsorcjum przekazał sprawę do rozpatrzenia przez pełny skład Symvoulio tis Epikrateias ze względu na jej wagę. Tak więc czwarta izba zastosowała utrwalone orzecznictwo, w świetle którego skarga była dopuszczalna również wówczas, gdy złożyli ją niektórzy członkowie konsorcjum.

39 Jednakże decyzja czwartej izby o niedopuszczalności skargi złożonej przez konsorcjum jako takie i czterech spośród jego członków, jest prawomocna i tym samym nieodwołalna, tak że nie może zostać skorygowana w ramach postępowania zawisłego przed pełnym składem sądu krajowego. Sąd krajowy zastanawia się zatem, czy ta zmiana linii orzeczniczej jest zgodna z zasadą rzetelnego procesu sądowego, która to zasada stanowi ogólną zasadę prawa Unii i zapisana jest również w art. 6 europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzonej w Rzymie w dniu 4 listopada 1950 r. (zwanej dalej „EKPC") oraz z zasadą ochrony uzasadnionych oczekiwań.

40 Z tych względów Symvoulio tis Epikrateias postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

„1) Czy umowa, na mocy której organ zamawiający powierza zleceniobiorcy zarządzanie kasynem, sporządzenie planu rozwoju polegającego na restrukturyzacji pomieszczeń kasyna i podniesieniu wartości gospodarczej w ramach możliwości wynikających z zezwolenia obejmującego prowadzenie takiego kasyna i w której zawarta jest klauzula stanowiąca, że jeżeli na obszarze sensu largo, na którym znajduje się omawiane kasyno, miałoby zgodnie z prawem rozpocząć działalność inne kasyno, instytucja zamawiająca zobowiązuje się do wypłacenia zleceniobiorcy odszkodowania, stanowi koncesję, która jako taka nie została uregulowana w dyrektywie 92/50/EWG?

2) W przypadku odpowiedzi przeczącej na pierwsze pytanie prejudycjalne: czy środek odwoławczy wniesiony przez uczestników przetargu na udzielenie

zamówienia publicznego o charakterze mieszanym, przewidującego również świadczenie usług wymienionych w załączniku I B do dyrektywy Rady 92/50/EWG […], w którym zarzuca się naruszenie zasady równego traktowania uczestników przetargu (zasady wyrażonej w art. 3 ust. 2 wskazanej dyrektywy), jest objęty zakresem zastosowania dyrektywy Rady 89/665/EWG […], czy też takie stosowanie jest wyłączone w zakresie, w jakim do postępowania w sprawie udzielenia rzeczonego zamówienia na świadczenie usług zgodnie z art. 9 dyrektywy 92/50/EWG znajdują zastosowanie wyłącznie art. 14 i 16 tej dyrektywy?

3) W przypadku odpowiedzi twierdzącej na drugie pytanie prejudycjalne, zakładając, że przepis krajowy, zgodnie z którym wyłącznie wszyscy razem, a nie poszczególni członkowie konsorcjum nieposiadającego osobowości prawnej, które uczestniczyło w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego i tego zamówienia nie otrzymało, mogą zaskarżyć akt, na mocy którego udzielono zamówienia, także wówczas gdy skarga została wniesiona początkowo łącznie przez wszystkich członków konsorcjum, ale w stosunku do niektórych z nich została stwierdzona jej niedopuszczalność, co do zasady nie jest sprzeczny z prawem wspólnotowym, a w szczególności z przepisami dyrektywy 89/665/EWG […], czy na potrzeby stosowania wskazanej dyrektywy przed stwierdzeniem rzeczonej niedopuszczalności konieczne jest zbadanie, czy ci poszczególni członkowie konsorcjum zachowują w dalszym ciągu prawo zwrócenia się do innego sądu krajowego w celu uzyskania odszkodowania przewidzianego ewentualnie w przepisach prawa krajowego?

4) W sytuacji gdy istnieje utrwalone orzecznictwo sądu krajowego, zgodnie z którym także każdy poszczególny członek konsorcjum może skutecznie wnieść środek odwoławczy od aktu przyjętego w ramach postępowania w sprawie udzielenia zamówień publicznych, czy odrzucenie takiego środka odwoławczego jako niedopuszczalnego z powodu zmiany tego utrwalonego orzecznictwa – bez stworzenia uprzednio skarżącemu możliwości usunięcia braków w zakresie takiej niedopuszczalności ani możliwości przedstawienia uwag w tej kwestii zgodnie z zasadą kontradyktoryjności – jest zgodne z przepisami dyrektywy 89/668/EWG interpretowanej w świetle art. 6 europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności jako ogólnej zasady prawa wspólnotowego?".

41 Miasto Saloniki podjęło decyzję o organizacji postępowania przetargowego w zakresie powierzenia prac określonych jako „Budowa urzędu gminnego z parkingiem podziemnym w Salonikach". Decyzją z dnia 1 lipca 2004 r. komisja gminna udzieliła zamówienia konsorcjum złożonemu ze spółek: Aktor ATE, Themeliodomi AE i Domotechniki AE. W celu zawarcia umowy instytucja zamawiająca powiadomiła ESR, zgodnie z obowiązującymi przepisami, o tożsamości osób będących właścicielami, wspólnikami, akcjonariuszami lub zarządzającymi spółkami należącymi do wskazanego konsorcjum, w celu poświadczenia, że żadna z nich nie jest objęta zakazem, o którym mowa w art. 3 ustawy nr 3021/2002.

42 Po stwierdzeniu, że jeden z członków zarządu spółki aktor ATE jest objęty zakazem, o którym mowa w przywołanym przepisie, ESR, pismem z dnia 1 listopada 2004 r., odmówiła wydania zaświadczenia stanowiącego niezbędny warunek podpisania umowy. Odwołanie spółki Aktor ATE od tej decyzji odmownej ESR zostało odrzucone decyzją tej ostatniej z dnia 9 listopada 2004 r. To przeciwko tym dwóm decyzjom odmownym ESR, spółka Aktor ATE, jako jedyna spośród spółek w ramach konsorcjum, któremu przyznano zamówienie, złożyła do sądu krajowego skargę o stwierdzenie nieważności, w oparciu o istniejące orzecznictwo tego ostatniego, w świetle którego skarga złożona indywidualnie przez tymczasowo stowarzyszonych członków jest dopuszczalna.

43 Z tego względu Symvoulio tis Epikrateias w pełnym składzie postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

„1) Zakładając, że przepis krajowy, zgodnie z którym wyłącznie wszyscy razem, a nie poszczególni członkowie konsorcjum nieposiadającego osobowości prawnej, które uczestniczyło w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego

i tego zmówienia nie otrzymało, mogą zaskarżyć akt, na mocy którego udzielono zamówienia, także wówczas gdy skarga została wniesiona początkowo łącznie przez wszystkich członków konsorcjum, ale w stosunku do niektórych z nich została stwierdzona jej niedopuszczalność, co do zasady nie jest sprzeczny z prawem wspólnotowym, a w szczególności z przepisami dyrektywy 89/665/EWG […], czy na potrzeby stosowania wskazanej dyrektywy przed stwierdzeniem rzeczonej niedopuszczalności konieczne jest zbadanie, czy ci poszczególni członkowie konsorcjum zachowują w dalszym ciągu prawo zwrócenia się do innego sądu krajowego w celu uzyskania odszkodowania przewidzianego ewentualnie w przepisach prawa krajowego?

2) W sytuacji gdy istnieje utrwalone orzecznictwo sądu krajowego, zgodnie z którym także każdy poszczególny członek konsorcjum może skutecznie wnieść środek odwoławczy od aktu przyjętego w ramach postępowania w sprawie udzielenia zamówień publicznych, czy odrzucenie takiego środka odwoławczego jako niedopuszczalnego z powodu zmiany tego utrwalonego orzecznictwa – bez stworzenia uprzednio skarżącemu możliwości usunięcia braków w zakresie takiej niedopuszczalności ani możliwości przedstawienia uwag w tej kwestii zgodnie z zasadą kontradyktoryjności – jest zgodne z przepisami dyrektywy 89/668/EWG interpretowanej w świetle art. 6 europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności jako ogólnej zasady prawa wspólnotowego?".

44 Na mocy postanowienia prezesa Trybunału z dnia 22 maja 2008 r. sprawy C-145/08 i C-149/08 zostały połączone do celów procedury pisemnej, procedury ustnej oraz do wydania wyroku.

W przedmiocie pytań prejudycjalnych

W przedmiocie pytań przedstawionych w sprawie C-145/08

45 Swymi pytaniami dotyczącymi stosowania dyrektywy 92/50 do takiej umowy jak będąca przedmiotem w sprawie przed sądem krajowym, sąd krajowy dąży do ustalenia, czy dyrektywa 89/665 ma zastosowanie w niniejszej sprawie, ponieważ jej zastosowanie zakłada stosowanie jednej z dyrektyw dotyczących zamówień publicznych, o których mowa w art. 1 dyrektywy 89/665. Tak więc należy zbadać te pytania łącznie i ustalić, czy taka umowa jest objęta zakresem stosowania jednej z dyrektyw, o których mowa w tym przepisie.

46 Z wyczerpujących i szczegółowych wyjaśnień zawartych w postanowieniu odsyłającym, jak i z dokonanej przez sąd krajowy kwalifikacji badanej przed nim transakcji wynika, że ta ostatnia stanowi umowę mieszaną.

47 Na umowę tę składają się w istocie porozumienie dotyczące zbycia przez ETA 49% udziałów w EKP na rzecz AEAS (zwane „częścią dotyczącą sprzedaży akcji"), porozumienie, na mocy którego AEAS przejęła zarządzanie przedsiębiorstwem prowadzącym kasyno w zamian za wynagrodzenie (zwane dalej „częścią dotyczącą usług") oraz porozumienie, na mocy którego AEAS zobowiązała się do wdrożenia planu ulepszenia lokali kasyna i przyległych budynków hotelowych oraz zagospodarowania przestrzeni wokół nich (zwane dalej „częścią dotyczącą robót budowlanych").

48 W świetle orzecznictwa Trybunału, w przypadku umów mieszanych, których różne części – zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu – są połączone w nierozłączny sposób

i stanowią nierozerwalną całość, rozpatrywana czynność powinna zostać zbadana jako całość, w sposób jednolity, w celu jej kwalifikacji prawnej, a także powinna zostać rozpatrzona na podstawie przepisów dotyczących części, która stanowi główny przedmiot lub dominujący element umowy (zob. podobnie wyroki: z dnia 5 grudnia 1989 r. w sprawie C-3/88 Komisja przeciwko Włochom, Rec. s. 4035, pkt 19; z dnia 19 kwietnia 1994 r. w sprawie C-331/92 Gestión Hotelera Internacional, Rec. s. I-1329, pkt 23–26; z dnia 18 stycznia 2007 r. w sprawie C-220/05 Auroux i in., Zb.Orz. s. I-385, pkt 36, 37; z dnia 21 lutego 2008 r. w sprawie C-412/04 Komisja przeciwko Włochom, Zb.Orz. s. I-619, pkt 47; z dnia 29 października 2009 r. w sprawie C-536/07 Komisja przeciwko Niemcom, Zb.Orz. s. I-10355, pkt 28, 29, 57, 61).

49 Wniosek ten ma zastosowanie niezależnie od tego, czy część stanowiąca główny przedmiot mieszanej umowy wchodzi w zakres dyrektyw dotyczących zamówień publicznych.

50 Należy zatem zbadać, czy rozpatrywana przed sądem krajowym umowa mieszana stanowi nierozerwalną całość i, w odpowiednim przypadku, w całości objęta jest zakresem – ze względu na swój główny przedmiot – jednej z dyrektyw, o których mowa w art. 1 dyrektywy 89/665, które dotyczą zamówień publicznych.

51 Po pierwsze, należy stwierdzić, że umowa ta została zawarta w ramach częściowej prywatyzacji publicznego kasyna, o której zdecydowała właściwa międzyministerialna komisja krajowa i która została dokonana jednym zaproszeniem do składania ofert.

52 W świetle akt sprawy, w szczególności warunków dodatkowego zawiadomienia opublikowanego w kwietniu 2002 r., mieszane sporne porozumienia stanowią jedną umowę dotyczącą sprzedaży akcji EKP, nabycia prawa do powoływania większości zarządu EKP, przejęcia zarządu przedsiębiorstwem prowadzącym kasyno i świadczenia rentownych usług wysokiej jakości oraz obowiązku wykonania robót w zakresie zmian i ulepszeń we wskazanych lokalach i przyległym terenie.

53 Te ustalenia wynikają z konieczności zawarcia umowy mieszanej z jednym partnerem posiadającym zarówno możliwości finansowe niezbędne dla zakupu akcji, jak i doświadczenie zawodowe w prowadzeniu kasyna.

54 Wynika z tego, że różne części tej umowy należy postrzegać jako stanowiące nierozerwalną całość.

55 Po drugie, z ustaleń sądu krajowego wynika, że głównym przedmiotem umowy mieszanej była sprzedaż wybranemu oferentowi 49% udziałów w EKP i że część dotycząca „robót budowlanych" tej transakcji oraz część dotycząca „usług", niezależnie od tego, czy ta ostatnia stanowiła zamówienie publiczne na usługi, czy koncesję na usługi, miały charakter akcesoryjny w stosunku do głównego przedmiotu umowy. Sąd krajowy wskazał też, że część dotycząca „robót budowlanych" ma charakter akcesoryjny w stosunku do części dotyczącej „usług".

56 Ustalenia te zostały potwierdzone przez elementy akt sprawy dostarczone Trybunałowi.

57 Nie może być wątpliwości, że w przypadku nabycia 49% akcji przedsiębiorstwa publicznego, takiego jak EKP, czynność ta stanowi główny przedmiot umowy. Należy zauważyć, że dochód, który AEAS uzyskiwała jako akcjonariusz, jest znacznie wyższy niż wynagrodzenie uzyskiwane jako usługodawca. Ponadto AEAS osiągała te dochody bez ograniczenia w czasie, podczas gdy działalność w zakresie zarządzania wygasła po dziesięciu latach.

58 W świetle powyższego różne części rozpatrywanej przed sądem krajowym umowy mieszanej stanowią nierozerwalną całość, której głównym przedmiotem jest część dotycząca sprzedaży akcji.

59 Jednakże sprzedaż akcji na rzecz oferenta w ramach prywatyzacji przedsiębiorstwa publicznego nie jest objęta zakresem dyrektyw dotyczących zamówień publicznych.

60 Zostało to słusznie przypomniane w pkt 66 Zielonej księgi Komisji w sprawie partnerstw publiczno-prywatnych i prawa wspólnotowego w zakresie zamówień publicznych i koncesji [COM(2004) 327 wersja ostateczna].

61 Komisja, w pkt 69 ww. zielonej księgi w sprawie partnerstw publiczno-prywatnych, podkreśla konieczność zapewnienia, by transakcje kapitałowe nie ukrywały zawarcia z partnerem prywatnym umów mogących zostać zakwalifikowanymi jako zamówienia publiczne lub koncesje. Jednakże w niniejszej sprawie brak jest jakiegokolwiek elementu w aktach sprawy, który mógłby podważyć naturę transakcji rozpatrywanej i zakwalifikowanej przez sąd krajowy.

62 W świetle powyższych rozważań należy stwierdzić, że umowa mieszana, której przedmiotem głównym jest nabycie przez przedsiębiorstwo 49% udziałów w przedsiębiorstwie publicznym i której przedmiotem akcesoryjnym, nierozerwalnie związanym z przedmiotem głównym, jest świadczenie usług i wykonywanie robót budowlanych, nie jest objęta, jako całość, zakresem stosowania dyrektyw w dziedzinie zamówień publicznych.

63 Wniosek ten nie wyklucza tego, że umowa powinna przestrzegać podstawowych reguł i ogólnych zasad traktatu, w szczególności w zakresie swobody przedsiębiorczości oraz swobodnego przepływu kapitału. Jednakże nie ma potrzeby badania, w tym przypadku, poszanowania tych reguł i zasad, ponieważ badanie to nie może w żaden sposób doprowadzić do stosowania dyrektywy 89/665.

64 Zatem w świetle powyższego nie ma potrzeby udzielania odpowiedzi na inne pytania przedstawione w sprawie C-145/08.

W przedmiocie pytania pierwszego przedstawionego w sprawie C-149/08

65 Pytaniem tym sąd krajowy dąży zasadniczo do ustalenia, czy dyrektywa 89/665 sprzeciwia się przepisom krajowym, w świetle ich wykładni dokonanej przez ten sąd, zgodnie z którymi tylko wszyscy członkowie tymczasowego stowarzyszenia będącego oferentem mogą złożyć skargę na decyzję o udzieleniu zamówienia publicznego przez instytucję zamawiającą, tak że indywidualni członkowie tego stowarzyszenia są pozbawieni nie tylko możliwości doprowadzenia do stwierdzenia nieważności takiej decyzji instytucji zamawiającej, ale również możliwości żądania naprawienia szkody poniesionej indywidualnie na skutek nieprawidłowości w ramach rozpatrywanej procedury przetargowej.

66 Aby odpowiedzieć na to pytanie, należy zauważyć, że decyzja, której dotyczy skierowana do sądu krajowego skarga o stwierdzenie nieważności, pochodzi od ESR – organu innego niż instytucja zamawiająca, która zorganizowała rozpatrywane w postępowaniu przed sądem krajowym postępowanie w sprawie zamówień publicznych.

67 W świetle dyrektywy 89/665, powszechnie nazywanej dyrektywą „odwoławczą", przewidziana w niej ochrona dotyczy działań i zaniechań instytucji zamawiających.

68 Tak więc, z jej treści wynika jasno, że motyw piąty oraz art. 1 ust. 1 niniejszej dyrektywy odnosi się do środków podejmowanych w odniesieniu do decyzji instytucji

zamawiających. Podobnie, zgodnie z ust. 3 tego artykułu, państwa członkowskie mogą wymagać od podmiotu, który zamierza skorzystać ze środków odwoławczych, uprzedniego powiadomienia instytucji zamawiającej o domniemanym naruszeniu przepisów, tak by ta ostatnia mogła naruszenie naprawić. Ponadto art. 3 ust. 2 tej dyrektywy nadaje Komisji uprawnienie do powiadomienia zainteresowanej instytucji zamawiającej o powodach, dla których uważa, że w toku postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego dopuszczono się naruszenia, i uprawnienie do wystąpienia o podjęcie działań naprawczych.

69 W związku z tym należy stwierdzić, że spory dotyczące decyzji organu, takiego jak ESR, nie są objęte systemem odwołań przewidzianym w dyrektywie 89/665.

70 Jednakże decyzje ESR mogą mieć pewien wpływ na przebieg, a nawet wynik postępowania w sprawie zamówień publicznych, w zakresie w jakim mogą prowadzić do wykluczenia oferenta czy wybranego oferenta, który jest indywidualnie objęty jednym z zakazów przewidzianych w odpowiednich przepisach krajowych. Tak więc decyzje tego organu nie są bez znaczenia dla właściwego stosowania prawa Unii w tej dziedzinie.

71 Ze wskazówek dostarczonych przez sąd krajowy wynika, że w niniejszej sprawie decyzja ESR, która doprowadziła do pozbawienia skarżącej w postępowaniu przed sądem krajowym, rozpatrywanego zamówienia, choć została ona wskazana jako wybrany oferent, została zdaniem skarżącej przyjęta z naruszeniem przepisów dyrektywy Rady 93/37/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (Dz.U. L 199, s. 54) oraz zasad wynikających z pierwotnego prawa Unii.

72 Skarżąca w postępowaniu przed sądem krajowym twierdzi, że zastosowanie spornych przepisów krajowych uniemożliwiło jej nie tylko złożenie skargi o stwierdzenie nieważności bezprawnej decyzji ESR, co doprowadziło do jej wykluczenia

z postępowania przetargowego, ale również dochodzenie naprawienia szkody wyrządzonej przez tę decyzję. Została zatem pozbawiona prawa do skutecznej ochrony sądowej.

73 W tym kontekście należy przypomnieć, że zasada skutecznej ochrony sądowej jest zasadą ogólną prawa Unii (zob. wyrok z dnia 13 marca 2007 r. w sprawie C-432/05 Unibet, Zb.Orz. s. I-2271, pkt 37 i przytoczone tam orzecznictwo).

74 Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem w braku uregulowań wspólnotowych w tej dziedzinie zadaniem państw członkowskich jest wyznaczenie właściwych sądów i określenie zasad postępowania w sprawach mających za przedmiot ochronę uprawnień podmiotów prawa wynikających z prawa Unii. Te zasady postępowania nie mogą jednak być mniej korzystne niż w przypadku podobnych postępowań w zakresie ochrony uprawnień wywodzonych z wewnętrznego porządku prawnego (zasada równoważności) i nie mogą powodować w praktyce, że korzystanie z uprawnień wynikających z prawa Unii stanie się niemożliwe lub nadmiernie utrudnione (zasada skuteczności) (zob. podobnie wyrok z dnia 15 kwietnia 2008 r. w sprawie C-268/06 Impact, Zb.Orz. s. I-2483, pkt 44, 46 i przytoczone tam orzecznictwo).

75 Jeśli chodzi o zasadę równoważności, jak wynika z informacji dostarczonych przez sąd krajowy, zgodnie z prawem wewnętrznym zawierającym ogólne uregulowania w zakresie naprawiania szkody spowodowanej przez bezprawne działania państwa lub osób prawnych prawa publicznego, sąd właściwy w sprawie przyznania odszkodowania jest też kompetentny w zakresie kontroli, dokonywanej incydentalnie, zgodności z prawem wyrządzającego szkodę aktu administracyjnego, co może prowadzić w razie skargi przedstawionej indywidualnie przez jednostkę do zasądzenia odszkodowania, jeśli spełnione są przewidziane w tym zakresie przesłanki.

76 Jednakże w dziedzinie zamówień publicznych, który to obszar objęty jest prawem Unii, te dwa rodzaje kompetencji, a mianowicie po pierwsze kompetencji do uchylenia lub stwierdzenia nieważności aktu administracyjnego, a po drugie, kompetencji

do przyznania odszkodowań, należą – w krajowym systemie prawnym rozpatrywanym przed sądem krajowym – do dwóch różnych sądów.

77 Tak więc w dziedzinie zamówień publicznych art. 5 ust. 2 ustawy nr 2522/1997, który uzależnia przyznanie odszkodowania od uprzedniego stwierdzenia nieważności wyrządzającego szkodę aktu, w związku z art. 47 ust. 1 dekretu prezydenckiego nr 18/1989, zgodnie z którym wyłącznie wszyscy członkowie grupy są uprawnieni do złożenia skargi o stwierdzenie nieważności w ramach procedury udzielania zamówień publicznych, prowadzi – jak zauważył sąd krajowy – do braku możliwości po stronie wszystkich członków konsorcjum, działających indywidualnie, nie tylko w zakresie doprowadzenia do stwierdzenia nieważności niekorzystnego aktu, ale również w zakresie wystąpienia do sądu właściwego o zasądzenie naprawienia poniesionej indywidualnie szkody, podczas gdy taki brak nie wydaje się mieć miejsca w innych dziedzinach, na mocy przepisów prawa wewnętrznego mających zastosowanie do wniosków o odszkodowania dotyczących szkód wyrządzonych przez niezgodne z prawem działanie organów publicznych.

78 Jeśli chodzi o zasadę skuteczności, należy zauważyć, że w wyniku zastosowania rozpatrywanych przepisów krajowych oferent taki jak skarżąca jest pozbawiony jakiejkolwiek możliwości żądania przed właściwym sądem naprawy szkody, którą poniósł w związku z naruszeniem przepisów prawa Unii wskutek wydania aktu administracyjnego, który może mieć wpływ na przebieg i nawet na wynik procedury przetargowej. Taki oferent jest zatem pozbawiony skutecznej ochrony sądowej w zakresie uprawnień wywodzonych z prawa Unii w tym zakresie.

79 Jak stwierdziła rzecznik generalna w pkt 107–116 swej opinii, należy w tym względzie podkreślić, że rozpatrywana sytuacja różni się od sytuacji rozpatrywanej w ww. wyroku w sprawie Espace Trianon i Sofibail. Podczas gdy ta druga sprawa dotyczyła skargi o stwierdzenie nieważności decyzji o udzieleniu zamówienia, którą pozbawiono zamówienia całe konsorcjum będące oferentem, niniejsza sprawa dotyczy w istocie wniosku o naprawienie szkody wyrządzonej bezprawną decyzją organów administracji, stwierdzającą istnienie zakazu w rozumieniu odpowiednich przepisów krajowych, wyłącznie w odniesieniu do skarżącego oferenta.

80 W świetle powyższego na pierwsze pytanie przedstawione w sprawie C-149/08 należy odpowiedzieć w ten sposób, że prawo Unii, a w szczególności prawo do skutecznej ochrony sądowej, stoi na przeszkodzie przepisom krajowym, takim jak rozpatrywane przed sądem krajowym, interpretowanym w ten sposób, że członkowie tymczasowego stowarzyszenia będącego oferentem w postępowaniu w sprawie zamówień publicznych, są pozbawieni możliwości indywidualnego żądania naprawienia szkody, którą ponieśli w następstwie decyzji organu innego niż instytucja zamawiająca, uczestniczącego w postępowaniu zgodnie z mającymi zastosowanie przepisami krajowymi, która to decyzja może wpływać na przebieg tego postępowania.

81 W świetle tej odpowiedzi nie ma potrzeby udzielania odpowiedzi na drugie pytanie przedstawione w ramach sprawy C-149/08.

W przedmiocie kosztów

82 Dla stron postępowania przed sądem krajowym niniejsze postępowanie ma charakter incydentalny, dotyczy bowiem kwestii podniesionej przed tym sądem, do niego zatem należy rozstrzygnięcie o kosztach. Koszty poniesione w związku z przedstawieniem uwag Trybunałowi, inne niż poniesione przez strony postępowania przed sądem krajowym, nie podlegają zwrotowi.

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

1) **Umowa mieszana, której przedmiotem głównym jest nabycie przez przedsiębiorstwo 49% udziałów w przedsiębiorstwie publicznym i której przedmiotem akcesoryjnym, nierozerwalnie związanym z przedmiotem głównym, jest**

świadczenie usług i wykonywanie robót budowlanych, nie jest objęta – jako całość – zakresem stosowania dyrektyw w dziedzinie zamówień publicznych.

2) **Prawo Unii, a w szczególności prawo do skutecznej ochrony sądowej, stoi na przeszkodzie przepisom krajowym, takim jak rozpatrywane przed sądem krajowym, interpretowanym w ten sposób, że członkowie tymczasowego stowarzyszenia będącego oferentem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, są pozbawieni możliwości indywidualnego żądania naprawienia szkody, którą ponieśli w następstwie decyzji organu innego niż instytucja zamawiająca, uczestniczącego w postępowaniu zgodnie z mającymi zastosowanie przepisami krajowymi, która to decyzja może wpływać na przebieg tego postępowania.**

Podpisy