SODBA SODIŠČA (četrti senat)

z dne 6. maja 2010 *

V združenih zadevah C-145/08 in C-149/08,

katerih predmet sta predloga za sprejetje predhodne odločbe na podlagi člena 234 ES, ki ju je vložilo Symvoulio tis Epikrateias (Grčija) s sklepoma z dne 15. februarja 2008, ki sta na Sodišče prispela 9. aprila 2008, v postopkih

Club Hotel Loutraki AE,

Athinaïki Techniki AE,

Evangelos Marinakis

proti

Ethniko Symvoulio Radiotileorasis,

* Jezik postopka: grščina.

Ypourgos Epikrateias,

ob udeležbi

Athens Resort Casino AE Symmetochon,

Ellaktor AE, nekdanja Elliniki Technodomiki TEB AE,

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

Leonidas Bombolas (C-145/08),

in

Aktor Anonymi Techniki Etaireia (Aktor ATE)

proti

Ethnico Symvoulio Radiotileorasis,

ob udeležbi

Michaniki AE (C-149/08),

SODIŠČE (četrti senat),

v sestavi K. Lenaerts, predsednik tretjega senata v funkciji predsednika četrtega senata, R. Silva de Lapuerta, sodnica, E. Juhász (poročevalec), G. Arestis in J. Malenovský, sodniki,

generalna pravobranilka: E. Sharpston,
sodna tajnica: L. Hewlett, glavna administratorka,

na podlagi pisnega postopka in obravnave z dne 11. junija 2009,

ob upoštevanju stališč, ki so jih predložili:

– za Club Hotel Loutraki AE I. K. Theodoropoulos in S. A. Pappas, odvetnika,

– za Athens Resort Casino AE Symmetochon in Regency Entertainment Psychagogiki kai Touristiki AE, nekdanjo Hyatt Regency Xenodocheiaki kai Touristiki (Ellas) AE, P. Spyropoulos, K. Spyropoulos in I. Dryllerakis, odvetniki,

– za Ellaktor AE, nekdanjo Elliniki Technodomiki TEB AE, V. Niatsou, odvetnik,

– za Aktor ATE K. Giannakopoulos, odvetnik,

– za grško vlado A. Samoni-Rantou in E.-M. Mamouna, zastopnici, ter I. Dionysopoulos, zastopnik,

– za Komisijo Evropskih skupnosti M. Patakia in D. Kukovec, zastopnika,

po predstavitvi sklepnih predlogov generalne pravobranilke na obravnavi 29. oktobra 2009

izreka naslednjo

Sodbo

1 Predloga za sprejetje predhodne odločbe se nanašata na razlago določb, upoštevnih v okoliščinah sporov v glavni stvari, Direktive Sveta 92/50/EGS z dne 18. junija 1992 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil storitev (UL L 209, str. 1) in Direktive Sveta z dne 21. decembra 1989 o usklajevanju zakonov in drugih predpisov o uporabi revizijskih postopkov oddaje javnih naročil za preskrbo in javnih naročil za gradnje (89/665/EGS) (UL L 395, str. 33), kakor je bila spremenjena z Direktivo 92/50 (v nadaljevanju: Direktiva 89/665), ter splošnih načel prava Unije na področju javnih naročil, zlasti načela učinkovitega sodnega varstva.

2 Ta predloga sta bila vložena v okviru sporov med, na eni strani, zasebnimi podjetji in posamezniki ter, na drugi strani, Ethniko Symvoulio Radiotileorasis (nacionalni svet za radiotelevizijo, v nadaljevanju: ESR), organom, ki je v skladu z nacionalnimi predpisi pristojen in zavezan nadzirati, ali so pri osebah, ki so lastniki, družbeniki, večinski delničarji, člani upravnih organov oziroma vodstveni delavci podjetja ponudnika v postopku oddaje javnega naročila, podane nekatere nezdružljivosti, določene s temi predpisi, in jih je zato treba avtomatično izključiti iz postopka.

Pravni okvir

Predpisi Unije

3 Člen 1(a) Direktive 92/50 določa:

„*Javna naročila storitev* pomenijo pogodbe z denarnim interesom, sklenjene pisno med ponudnikom storitve in naročnikom […]

[…]“

4 Člen 2 te direktive določa:

„Če je javno naročilo namenjeno hkrati pridobivanju blaga v smislu Direktive [Sveta] 77/62/EGS [z dne 21. decembra 1976 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil za preskrbo (UL L 13, str. 1)] in storitev v smislu [p]rilog I A in I B te direktive, spada v področje te direktive, če vrednost zadevnih storitev presega vrednost blaga, ki ga obsega naročilo.“

5 Člen 3 te direktive določa:

„1. Pri oddaji javnih naročil storitev ali pri organiziranju natečajev za načrte mora naročnik uporabljati postopke, ki so usklajeni z določbami te direktive.

2. Naročniki zagotovijo, da ni diskriminacije med različnimi ponudniki storitev.

[…]“

6 Člen 8 Direktive 92/50 določa:

„Naročila, katerih predmet so storitve, naštete v Prilogi I A, se oddajajo v skladu z določbami iz [n]aslovov [od] III do VI.“

7 Člen 9 te direktive določa:

„Naročila, katerih predmet so storitve, naštete v Prilogi I B, se oddajajo v skladu s členoma 14 in 16.“

8 Člen 14 je del naslova IV te direktive, ki se nanaša na skupne tehnične določbe in obravnava tehnične specifikacije, ki morajo biti navedene v razpisni dokumentaciji v zvezi z vsakim naročilom posebej, člen 16 pa je del naslova V, ki ureja skupne določbe o oglaševanju.

9 Priloga I B k Direktivi 92/50 v okviru naslova „Storitve iz člena 9“ obsega:

„[…]

17. Storitve hotelov in restavracij

[…]

26. Storitve s področja rekreacije, kulture in športa

27. Druge storitve“.

10 Nazadnje, člen 26 te direktive v odstavku 1 določa:

„Ponudbe lahko oddajo skupine ponudnikov storitev. Od teh skupin se ne sme zahtevati pridobitev določenega pravnega statusa, da bi lahko oddale ponudbo, vendar je od njih to mogoče zahtevati, ko jim je naročilo že oddano."

11 Člen 1 Direktive 89/665 določa:

„1. Države članice sprejmejo ukrepe, potrebne, da bi zagotovili v zvezi s postopki oddaje javnih naročil s področja [d]irektiv [Sveta z dne 26. julija 1971 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil gradenj] 71/305/EGS [(UL L 185, str. 5)], 77/62[…] in 92/50[…] učinkovito in zlasti čim hitrejšo revizijo odločitev, ki so jih sprejeli naročniki skladno s pogoji, določenimi v naslednjih členih ter zlasti v členu 2(7)[,] na podlagi obrazložitve, da so takšne odločitve kršile pravo Skupnosti na področju javnega naročanja ali nacionalne predpise o izvajanju tega prava.

2. Države članice zagotovijo, da ni diskriminacije med fizičnimi oziroma pravnimi osebami, ki trdijo, da so bile pri izvedbi postopka oddaje javnih naročil oškodovane, zato ker ta direktiva razlikuje med nacionalnimi predpisi, s katerimi se izvaja zakonodaja Skupnosti[,] in drugimi nacionalnimi predpisi.

3. Države članice zagotovijo, da so na voljo revizijski postopki v skladu s podrobnimi predpisi, ki jih države članice lahko sprejmejo, vsaj za vsako osebo, ki ima ali je imela interes, da bi dobila določeno javno naročilo v zvezi s preskrbo ali javno naročilo za gradnje [ali storitve], in ki je bila oškodovana ali pa ji grozi oškodovanje zaradi

domnevne kršitve. Države članice lahko zlasti zahtevajo, da mora oseba, ki zahteva revizijo, naročnika predhodno obvestiti o domnevni kršitvi in svoji nameri, da bo zahtevala revizijo."

12 Člen 2 te direktive določa:

„1. Države članice zagotovijo, da sprejeti ukrepi v zvezi z revizijskimi postopki, določeni v členu 1, vključujejo določbo, ki omogoča, da:

(a) se ob prvi priložnosti in z začasnimi postopki sprejmejo začasni ukrepi, katerih cilj je, da se popravijo domnevne kršitve ali prepreči nadaljnja škoda zainteresiranim ponudnikom, vključno z ukrepi, s katerimi se začasno prekine ali zagotovi začasna prekinitev postopka oddaje javnih naročil ali izvajanje katere koli odločitve, ki jo sprejme naročnik;

(b) se razveljavi ali zagotovi, da se razveljavijo nezakonito sprejete odločitve, vključno z odpravo diskriminacijskih tehničnih, ekonomskih ali finančnih specifikacij v razpisu, razpisni dokumentaciji ali v katerih koli drugih dokumentih, ki se nanašajo na postopek oddaje javnega naročila;

(c) se povrne škoda osebam, ki so bile oškodovane zaradi kršitve.

[…]

5. Države članice lahko predvidijo, da mora organ s potrebnimi pooblastili, kadar se odškodnina zahteva na podlagi nezakonito sprejete odločitve, najprej razveljaviti izpodbijano odločitev.

6. Učinke izvajanja pooblastil, navedenih v odstavku 1, na pogodbo, ki se sklene po oddaji, določi nacionalna zakonodaja.

Poleg tega lahko država članica določi, razen ko je treba odločitev pred določitvijo odškodnine razveljaviti, da se pooblastila organa, ki je odgovoren za revizijske postopke, po sklenitvi pogodbe o oddaji javnega naročila omejijo na določanje odškodnine osebi, oškodovani zaradi kršitve.

[…]“

Nacionalni predpisi

13 Direktiva 89/665 je bila v grško pravo prenesena z zakonom 2522/1997 o sodnem varstvu v fazi pred oddajo javnega naročila gradenj, dobave in storitev (FEK A’ 178).

14 Člen 2 tega zakona, naslovljen „Obseg sodnega varstva“, določa:

„1. Vsaka oseba, ki ima interes za prevzem javnega naročila gradenj, dobave ali storitev in bi ji lahko s kršitvijo prava Skupnosti ali nacionalnega prava nastala škoda, lahko v skladu s podrobnimi pravili, določenimi v naslednjih členih, zahteva začasno sodno varstvo, razglasitev ali ugotovitev ničnosti nezakonitega akta, ki ga je sprejel naročnik, in odškodnino.

[…]“

15 Člen 4 navedenega zakona, naslovljen „Razglasitev ali ugotovitev ničnosti“, določa:

„1. Zainteresirana stranka lahko zahteva razglasitev ali ugotovitev ničnosti vsakega dejanja ali opustitve naročnika, ki je v nasprotju s predpisi prava Skupnosti ali nacionalnega prava glede postopka pred oddajo naročila. […]

2. Če sodišče razglasi oziroma ugotovi ničnost dejanja ali opustitve naročnika po oddaji naročila, to ne vpliva na naročilo, razen če je bil pred oddajo postopek oddaje naročila prekinjen zaradi odločbe o uvedbi začasnega ukrepa ali začasne odredbe. V tem primeru lahko zainteresirana stranka zahteva odškodnino v skladu z naslednjim členom.“

16 Člen 5 zakona 2522/1997, naslovljen „Odškodninski zahtevek“, določa:

„1. Zainteresirana stranka, ki ni imela možnosti sodelovanja v postopku oddaje javnega naročila gradenj, dobave ali storitev oziroma je bila izključena iz oddaje tega naročila, s kršitvijo predpisa prava Skupnosti ali nacionalnega prava, ima na podlagi določb členov 197 in 198 civilnega zakonika pravico od naročnika zahtevati odškodnino. Določba, ki izključuje ali omejuje to pravico, se ne uporabi.

2. Odškodnina se dodeli, če je pristojno sodišče nezakonito dejanje ali opustitev razglasilo za nično ali ugotovilo njuno ničnost. Tožba za ugotovitev ničnosti in odškodninska tožba se lahko v skladu s splošnimi pravnimi pravili vložita kumulativno“.

17 Člena 197 in 198 civilnega zakonika, na katera napotuje prejšnja določba, določata odgovornost „zaradi pogajanj“, in sicer obveznost plačila odškodnine, če bi zainteresirane stranke imele neupravičene stroške v okviru postopka za sklenitev pogodbe.

18 Predsedniški odlok 18/1989 kodificira pravila, ki se nanašajo na Symvoulio tis Epikrateias (FEK A’ 8). Njegov člen 47, naslovljen „Legitimni interes“, določa:

„1. Fizična ali pravna oseba, ki jo upravni akt zadeva oziroma katere legitimni interesi, tudi nefinančni, so s tem aktom prizadeti, lahko vloži tožbo za razglasitev njegove ničnosti.

[…]“

19 Zakon 2206/1994 ureja „ustanovitev, organizacijo, poslovno izkoriščanje, nadzor igralnic itd.“ (FEK A’ 62). Člen 1(7) tega zakona, naslovljen „Izdaja licenc za igralnico“, določa:

„Licenca za igralnice se izda z odločbo ministra za turizem na podlagi mednarodnega postopka oddaje javnega naročila, ki ga vodi sedemčlanska komisija.“

20 Člen 3 tega zakona, naslovljen „Delovanje igralnic“, določa:

„Država nadzira delovanje igralnic.

[…]“

21 Člen 14(9) grške ustave in zakon o izvajanju 3021/2002 (FEK A’ 143) določata omejitve pri oddaji javnih naročil osebam, ki imajo aktivne interese v sektorju sredstev

obveščanja. Ta ureditev uvaja domnevo nezdružljivosti med statusom lastnika, družbenika, glavnega delničarja ali vodstvenega delavca podjetja, ki opravlja dejavnost v sektorju sredstev obveščanja, in statusom lastnika, družbenika, glavnega delničarja ali vodstvenega delavca podjetja, ki mu država ali pravna oseba javnega sektorja v širšem smislu poveri javno naročilo za gradnje, dobavo ali storitve. Ta nezdružljivost se razteza tudi na fizične osebe, med katerimi obstaja določena sorodstvena vez.

22 Zakon 3021/2002 v bistvu določa, da mora zadevni naročnik pred izbiro ponudnika ali oddajo javnega naročila, vsekakor pa pred sklenitvijo javne pogodbe, od ESR zahtevati, naj mu izda potrdilo, da niso izpolnjeni pogoji nezdružljivosti iz tega zakona, sicer sta pogodba oziroma javno naročilo nična. Odločitev ESR je za naročnika zavezujoča, vendar lahko osebe, ki utemeljijo svoj pravni interes – tudi javni organi – zahtevajo razglasitev njene ničnosti.

23 Sodišče je v sodbi z dne 16. decembra 2008 v zadevi Michaniki (C-213/07, ZOdl., str. I-9999, točki 1 in 2 izreka) presodilo, da čeprav pravo Unije ne nasprotuje taki ureditvi, ki sledi legitimnim ciljem enakega obravnavanja ponudnikov in preglednosti postopkov oddaje javnih naročil, pa z vidika načela sorazmernosti vendarle nasprotuje uvedbi neizpodbojne domneve nezdružljivosti, kakršna je določena z zadevnimi nacionalnimi predpisi.

Spora o glavni stvari in vprašanji za predhodno odločanje

Zadeva C-145/08

24 Iz predložitvenega sklepa je razvidno, da je pristojni medministrski odbor z odločbo z dne 10. oktobra 2001 odločil o privatizaciji igralniške družbe Elliniko Kazino Parnithas AE (v nadaljevanju: EKP), hčerinski družbi družbe Ellinika Touristika Akinita AE (v nadaljevanju: ETA), ki je v popolni lasti grške države. V obvestilu o javnem razpisu, objavljenem oktobra 2001, je bila najprej predvidena faza predizbora, da se ugotovi, kateri ponudniki izpolnjujejo pogoje, navedene v tem obvestilu. V naslednji fazi bi bil izmed zainteresiranih strank izbran najboljši ponudnik, ki bi bil povabljen k podpisu pogodbe. V prvi fazi sta bili izbrani skupini podjetij Koinopraxia Kazino Attikis in Hyatt Regency Xenodocheiaki kai Touristiki (Ellas) AE – Elliniki Technodomiki AE.

25 Po dodatnem obvestilu, objavljenem aprila 2002, so bili pogodbeni pogoji pojasnjeni tako:

Pogodba je mešana in obsega:

– dogovor, da družba ETA proda 49 % delnic družbe EKP „delniški družbi z izključnim ciljem“ (v nadaljevanju: AEAS), ki jo ustanovi uspešen ponudnik;

– dogovor, na podlagi katerega se družba AEAS zaveže, da bo izvedla načrt prenove, kar naj bi bilo končano v 750 dneh od pridobitve potrebnih dovoljenj. Ta načrt obsega prenovo prostorov igralnice in izkoriščanje zmogljivosti, ki jo zagotavlja licenca za obratovanje, prenovo in izboljšanje dveh pripadajočih hotelskih kompleksov ter ureditev delov zemljišča, ki jo obdaja in katerega površina znaša približno 280 hektarov. Izvedba teh gradenj je del cene, ki jo je treba plačati za pridobitev 49 % delnic družbe EKP;

– dogovor med družbama ETA in AEAS, da slednja dobi pravico do imenovanja večine članov uprave družbe EKP in tako do upravljanja družbe v skladu s pogoji iz pogodbe;

– dogovor, da družba AEAS prevzame vodenje igralnice za plačilo, ki ga izplača družba ETA. S tem plačilom družba AEAS prejme znesek, ki ne sme preseči stopnjevanega odstotka letnega dobička iz poslovanja (ki se zmanjšuje z 20 % dobička do 30 milijonov EUR na 5 % dobička, ki presega 90 milijonov EUR), ter 2 % prometa;

– družba AEAS mora kot upravitelj igralnico upravljati tako, da se nenehno vzdržuje luksuzno okolje, v katerem se ponujajo storitve na visoki ravni, in da je to finančno donosno za družbo EKP. Konkretneje, bruto dobiček od obratovanja mora biti v prvih petih poslovnih letih od začetka veljavnosti pogodbe najmanj 105 milijonov EUR. Neto dobički se med družbama ETA in AEAS razdelijo na podlagi odstotka kapitala družbe EKP, ki ga ima vsaka od njiju;

– ker je družba EKP edina igralniška družba, ki v tem času obratuje v okrožju Atika, je v pogodbi določeno, da če bi bila v desetih letih od začetka veljavnosti pogodbe na tem geografskem področju zakonito ustanovljena druga igralnica, mora družba ETA družbi AEAS plačati odškodnino v višini 70 % cene transakcije. Znesek odškodnine se zmanjša za eno desetino vsako leto od začetka veljavnosti pogodbe;

– pogodba o upravljanju igralnice se izteče deseto leto po začetku veljavnosti.

26 Ker je bila skupina Hyatt Regency Xenodocheiaki kai Touristiki (Ellas) AE – Elliniki Technodomiki AE najboljša ponudnica v okviru zadevnega postopka, je bila izbrana kot uspešna ponudnica. Pred podpisom pogodbe je družba ETA poslala ESR podatke o lastnikih, družbenikih, večinskih delničarjih in vodstvenih delavcih uspešne ponudnice, da bi se dokazalo, da pri njih ni bila podana nezdružljivost, navedena v členu 3 zakona 3021/2002. ESR je s potrdilom, izdanim 27. septembra 2002, dokazal, da v obravnavanem primeru ni primerov nezdružljivosti med zgoraj navedenimi osebami.

27 Ta akt ESR je bil predmet ničnostne tožbe, ki so jo vložili le trije od sedmih članov skupine ponudnice Koinopraxia Kazino Attikis, ki ji naročilo ni bilo oddano. Tožeče stranke so navedle, da član skupine, ki ji je bilo oddano naročilo, ustreza enemu od primerov nezdružljivosti, določenih z nacionalnimi predpisi, in da bi bilo treba zaradi tega oddajo naročila razglasiti za nično.

28 Predložitveno sodišče poudarja, da je zadevno naročilo mešano naročilo, ki po eni strani obsega točko, ki se nanaša na prodajo delnic s strani družbe ETA najboljšemu ponudniku, za katero ne veljajo predpisi Unije o javnih naročilih, in po drugi strani točko, ki se nanaša na javno naročilo storitev, ki se sklene z najboljšim ponudnikom, ki

prevzame obveznosti upravljanja igralnice. Točka, ki se nanaša na prenos delnic, je po mnenju predložitvenega sodišča najpomembnejša v tej mešani pogodbi. Poleg tega ta pogodba obsega tudi točko, ki se nanaša na javno naročilo gradenj, če uspešni ponudnik prevzame obveznost izvedbe gradenj, na katere se nanaša predložitveni sklep, iz naslova delnega plačila za prenesene delnice. Predložitveno sodišče poudarja, da je ta zadnjenavedena točka povsem postranska v primerjavi s točko „storitve".

29 Predložitveno sodišče se v zvezi s tem sprašuje, ali je mogoče šteti, da točka „storitve" zadevne pogodbe pomeni oddajo koncesije za javne storitve, za katero ne veljajo predpisi Unije. V zvezi s tem je treba preveriti, v kolikšni meri uspešni ponudnik nosi tveganje, povezano z organizacijo in opravljanjem zadevnih storitev, če se upošteva tudi dejstvo, da se te storitve nanašajo na dejavnosti, ki so lahko v skladu z nacionalnimi predpisi, ki veljajo zanje, predmet izključnih in posebnih pravic.

30 Če bi Sodišče presodilo, da točka sporne pogodbe o upravljanju igralnice pomeni javno naročilo storitev, se predložitveno sodišče sprašuje, ali za ničnostno tožbo, vloženo na nacionalni ravni, veljajo procesna zagotovila, določena z Direktivo 89/665, glede na to, da glavni cilj pogodbe, namreč prodaja delnic družbe EKP, ne spada na področje uporabe predpisov Skupnosti o javnih naročilih in da je treba naročila, katerih predmet so take storitve, ki spadajo v Prilogo I B k Direktivi 92/50, oddati v skladu s členoma 14 in 16 te direktive, ki obsegata le postopkovne obveznosti. Predložitveno sodišče se vendarle sprašuje, ali se kljub temu omejenemu vidiku obveznosti načelo enakega obravnavanja udeležencev v postopku oddaje javnega naročila, katerega varstvo je cilj Direktive 89/665, uporabi tudi v takih primerih.

31 Če bi Sodišče ugotovilo, da ničnostna tožba, kakršna se obravnava v postopku v glavni stvari, spada na področje uporabe Direktive 89/665, se predložitveno sodišče sprašuje, ali predpisi Unije nasprotujejo nacionalnemu procesnemu predpisu, kakršen je ta v členu 47(1) predsedniškega odloka 18/1989, kot ga razlaga to sodišče, v skladu

s katerim lahko tisti, ki sodelujejo v postopku oddaje javnega naročila kot skupina, vložijo ničnostno tožbo zoper akte, ki spadajo v okvir tega postopka, le vsi hkrati in skupaj, sicer se tožba zavrže kot nedopustna.

32 Predložitveno sodišče se v zvezi s tem sklicuje na sodbo Sodišča z dne 8. septembra 2005 v zadevi Espace Trianon in Sofibail (C-129/04, ZOdl., str. I-7805, točka 22), v skladu s katero nacionalni procesni predpis, ki določa, da ničnostno tožbo zoper odločbo naročnika o oddaji javnega naročila vložijo vsi člani, ki tvorijo priložnostno družbo, ki odda ponudbo, ne omejuje dostopa do take tožbe na način, ki je v nasprotju s členom 1(3) Direktive 89/665.

33 Predložitveno sodišče se vendarle sprašuje, ali ta ugotovitev, ki se je v tej sodbi nanašala na ničnostno tožbo zoper odločbo naročnika o oddaji javnega naročila, velja tudi za vsako obliko sodnega varstva, odobreno z zgoraj navedeno direktivo, in zlasti za odškodninski zahtevek. Ta problematika je povezana z okoliščino, da je v obravnavanem primeru nacionalni zakonodajalec – ki je uporabil možnost, ki je državam članicam dana s členom 2(5) Direktive 89/665 – s sprejetjem člena 5(2) zakona 2522/1997 za dodelitev odškodnine določil pogoj predhodne razglasitve ničnosti akta, za katerega se zatrjuje, da je nezakonit.

34 Kombinacija te določbe s procesnim predpisom iz člena 47(1) predsedniškega odloka 18/1989, kot ga razlaga predložitveno sodišče, vodi k temu, da posamezni član skupine, ki je neuspešno sodelovala v postopku oddaje naročila, ne more doseči razglasitve ničnosti akta, s katerim so bili oškodovani njegovi interesi, in tudi ne more zadeve predložiti pristojnemu sodišču za povrnitev škode, ki mu je nastala posamično. Poudariti je treba, da je v obravnavanem primeru za ničnostno tožbo pristojno sodišče Symvoulio tis Epikrateias (državni svet), medtem ko je za odškodnino pristojno drugo sodišče.

35 V tem okviru predložitveno sodišče poudarja, da je možnost vsakega od članov skupine, da od pristojnega sodišča zahteva dodelitev odškodnine, odvisna od volje vseh drugih članov skupine, da vložijo ničnostno tožbo, kadar je škoda, ki je članom skupine nastala posamično zaradi neoddaje naročila, lahko različna glede na stopnjo stroškov, ki so jih imeli člani zaradi sodelovanja v postopku oddaje tega naročila. Zato je tudi interes vsakega od članov skupine, da zahteva razglasitev ničnosti odločbe, lahko različen. Zato se je dopustno vprašati, ali je načelo učinkovitega sodnega varstva, ki ga določa Direktiva 89/665, v takem procesnem okviru zagotovljeno.

36 Predložitveno sodišče nazadnje opozarja, da v skladu z nacionalnimi procesnimi predpisi o splošni pravici do povrnitve škode, povzročene z nezakonitimi akti države ali pravnih oseb javnega prava, zakonitost upravnega akta v primeru odškodninske tožbe nadzira sodišče, ki je pristojno na področju dodelitve odškodnine, in ne drugo sodišče, kot je to v primeru ničnostne tožbe, vložene v okviru postopkov javnih naročil. Sprašuje se torej, ali so postopki za zagotavljanje varstva pravic, ki izhajajo iz prava Unije, manj ugodni kot tisti, ki se nanašajo na varstvo podobnih ali sorodnih pravic, ki izhajajo iz nacionalnih predpisov.

37 Predložitveno sodišče nazadnje poudarja, da njegova sedanja razlaga člena 47(1) predsedniškega odloka 18/1989 v smislu, da lahko le vsi člani skupine hkrati zahtevajo razglasitev ničnosti akta, ki spada v postopek oddaje javnega naročila, pomeni preobrat v njegovi ustaljeni sodni praksi, v skladu s katero lahko člani posamično vložijo tožbo.

38 Istočasno poudarja posebne okoliščine zadeve v postopku v glavni stvari, namreč da je, prvič, zadevno tožbo pri četrtem senatu Symvoulio tis Epikrateias vložila skupina oziroma njenih sedem članov. Ta senat je razglasil nedopustnost tožbe, ki se nanaša

na skupino in štiri njene člane, ker niso pravilno pooblastili odvetnika za zastopanje pred sodiščem, in je glede treh preostalih članov skupine zadevo zaradi njene pomembnosti predložilo v odločanje plenarni sestavi tega sodišča. Četrti senat je tako uporabil do tedaj ustaljeno sodno prakso, v skladu s katero je dopustna tudi tožba, ki jo vložijo nekateri člani skupine.

39 Vendar je odločba tega četrtega senata o nedopustnosti tožbe skupine in njenih štirih članov pravnomočna, tako da je ni bilo mogoče odpraviti v okviru postopka, ki poteka pred plenarno sestavo predložitvenega sodišča. To sodišče torej sprašuje, ali je ta preobrat njegove sodne prakse v skladu z načelom pravičnega postopka, ki je splošno načelo prava Unije in je tudi navedeno v členu 6 Evropske konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin, podpisane v Rimu 4. novembra 1950 (v nadaljevanju: EKČP), in z načelom varstva legitimnih pričakovanj.

40 Glede na te ugotovitve je Symvoulio tis Epikrateias v plenarni sestavi prekinilo odločanje in Sodišču v predhodno odločanje predložilo ta vprašanja:

„1. Ali je pogodba, s katero naročnik izbranemu ponudniku prepusti upravljanje igralnice in izvedbo načrta prenove, ki vključuje prenovo prostorov igralnice in poslovno izkoriščanje zmogljivosti, ki jo zagotavlja licenca v zvezi s to igralnico in v katero je vključena klavzula, v skladu s katero se naročnik v primeru, da bi na širšem območju, na katerem se nahaja sporna igralnica, začela zakonito delovati druga igralnica, zaveže plačati izbranemu ponudniku odškodnino, koncesija, ki je Direktiva 92/50[…] ne ureja?

2. Če je odgovor na prvo vprašanje nikalen: ali pravno sredstvo, ki so ga vložili udeleženci v postopku javnega razpisa mešanega tipa, ki predvideva tudi opravljanje

storitev, vključenih v Prilogo I B k Direktivi 92/50[…], in v katerem so zatrjevali kršitev načela enakega obravnavanja udeležencev javnega razpisa (načelo, določeno v členu 3(2) te direktive), spada na področje uporabe Direktive 89/665[…] ali pa je njena uporaba izključena, ker za postopek oddaje navedenega javnega naročila storitve veljata v skladu s členom 9 Direktive 92/50[…] le člena 14 in 16 te direktive?

3. Če je odgovor na drugo vprašanje za predhodno odločanje pritrdilen: če načeloma predpostavimo, da nacionalna določba, po kateri lahko tožbo zoper odločitev o oddaji javnega naročila vložijo le vsi člani priložnostne družbe, ki ni pravna oseba in je neuspešno sodelovala v postopku za oddajo javnih naročil, in ne le njeni posamezni člani, pri čemer to velja tudi, kadar so tožbo najprej vložili vsi člani priložnostne družbe skupaj, potem pa je bila ta v zvezi z nekaterimi od njih razglašena za nedopustno, ni v nasprotju s pravom Skupnosti in zlasti z določbami Direktive 89/665[…], ali je treba na podlagi navedene direktive pred odločitvijo o navedeni nedopustnosti ugotoviti, ali imajo ti posamezni člani priložnostne družbe pravico, da pred drugim nacionalnim sodiščem zahtevajo odškodnino, ki jo morda predvideva določba nacionalnega prava?

4. Ali je v primeru, ko je na podlagi ustaljene sodne prakse nacionalnega sodišča lahko tudi posamezen član priložnostne družbe sam veljavno vložil pravno sredstvo zoper akt, sprejet v postopku oddaje javnih naročil, zavrženje pravnega sredstva kot nedopustnega zaradi spremembe te ustaljene sodne prakse, ne da bi vlagatelju pravnega sredstva predhodno dali možnost odpraviti to nedopustnost ali da bi mu bilo v skladu z načelom kontradiktornosti omogočeno predstaviti svoja stališča o vprašanju, v skladu z določbami Direktive 89/665[…], ki se glede na člen 6 [EKČP] razlaga kot splošno načelo prava Skupnosti?“

Zadeva C-149/08

41 Mesto Solun je organiziralo postopek oddaje javnega naročila za oddajo gradnje, imenovane „Izgradnja solunske mestne hiše in podzemnega parkirišča“. Z odločbo občinske komisije z dne 1. julija 2004 je bilo naročilo oddano skupini, ki jo sestavljajo družbe Aktor ATE, Themeliodomi AE in Domotechniki AE. Za sklenitev pogodbe je naročnik v skladu z veljavnimi nacionalnimi predpisi poslal ESR podatke o osebah, ki so lastniki, družbeniki, večinski delničarji ali vodstveni delavci zgoraj navedene skupine, da bi se potrdilo, da med temi osebami ni primerov nezdružljivosti, navedenih v členu 3 zakona 3021/2002.

42 ESR je, potem ko je ugotovil, da je član upravnega sveta družbe Aktor ATE v sorodstveni zvezi z nekom iz sektorja sredstev obveščanja, kar je eden od primerov nezdružljivosti, navedenih v zgoraj navedeni nacionalni določbi, z aktom z dne 1. novembra 2004 zavrnil izdajo potrdila, ki naj bi bilo nujni pogoj za podpis pogodbe. Pritožba družbe Aktor ATE zoper ta zavrnilni akt ESR je bila zavrnjena z odločbo slednjega z dne 9. novembra 2004. Družba Aktor ATE je torej edina od treh družb – ki tvorijo skupino, ki ji je bilo oddano naročilo – ki je zoper ti zavrnilni odločbi ESR vložila ničnostno tožbo pri predložitvenem sodišču s sklicevanjem na obstoječo sodno prakso tega sodišča, ki je tožbe, ki so jih posamično vložili člani priložnostne družbe, štelo za dopustne.

43 V teh okoliščinah je Symvoulio tis Epikrateias, prav tako v plenarni sestavi, prekinilo odločanje in Sodišču v predhodno odločanje postavilo ta vprašanja:

„1. Če načeloma predpostavimo, da nacionalna določba, po kateri lahko tožbo zoper odločitev o oddaji javnega naročila vložijo le vsi člani konzorcija, ki ni pravna oseba in je neuspešno sodeloval v postopku za oddajo javnih naročil, in ne le njegovi posamezni člani, pri čemer to velja tudi, kadar so tožbo najprej vložili vsi člani

konzorcija skupaj, potem pa je bila ta v zvezi z nekaterimi od njih razglašena za nedopustno, ni v nasprotju s pravom Skupnosti in zlasti z določbami Direktive 89/665[…], ali je treba na podlagi navedene direktive pred odločitvijo o navedeni nedopustnosti ugotoviti, ali imajo ti posamezni člani priložnostne družbe pravico, da pred drugim nacionalnim sodiščem zahtevajo odškodnino, ki jo morda predvideva določba nacionalnega prava?

2. Ali je v primeru, ko je na podlagi ustaljene sodne prakse nacionalnega sodišča lahko tudi posamezen član konzorcija sam veljavno vložil pravno sredstvo zoper odločitev, sprejeto v postopku oddaje javnih naročil, zavrženje pravnega sredstva kot nedopustnega zaradi spremembe te ustaljene sodne prakse, ne da bi vlagatelju pravnega sredstva predhodno dali možnost popraviti to nedopustnost ali da bi mu bilo v skladu z načelom kontradiktornosti omogočeno predstaviti svoja stališča o vprašanju, v skladu z določbami Direktive 89/665[…], ki se glede na člen 6 [EKČP] razlaga kot splošno načelo prava Skupnosti?“

44 S sklepom z dne 22. maja 2008 sta bili zadevi C-145/08 in C-149/08 združeni za pisni in ustni postopek ter izdajo sodbe.

Vprašanja za predhodno odločanje

Vprašanja, postavljena v zadevi C-145/08

45 Predložitveno sodišče z vprašanji o uporabljivosti Direktive 92/50 za pogodbo, kakršna je ta, ki se obravnava v postopku v glavni stvari, sprašuje, ali se Direktiva 89/665 uporabi v obravnavanem primeru, glede na to, da uporaba te direktive predpostavlja uporabljivost ene od direktiv o javnih naročilih, navedenih v členu 1 Direktive 89/665. Zato je treba ta vprašanja preučiti skupaj in opredeliti, ali taka pogodba spada na področje uporabe ene od direktiv, navedenih v navedenem členu.

46 Iz podrobnih navedb in okoliščin predložitvenega sklepa ter opredelitve, ki jo je predložitveno sodišče dalo prenosu, ki se obravnava v postopku v glavni stvari, je razvidno, da gre za mešano pogodbo.

47 Ta pogodba namreč obsega dogovor, da družba ETA proda 49 % delnic družbe EKP delniški družbi AEAS (v nadaljevanju: točka „prodaja delnic“), dogovor, da družba AEAS prevzame vodenje igralnice proti plačilu (v nadaljevanju: točka „storitve“), in dogovor, da se družba AEAS zaveže, da bo izvedla načrt prenove igralnice in pripadajočih hotelskih enot ter ureditev delov zemljišča, ki jo obdaja (v nadaljevanju: točka „gradnje“).

48 Iz sodne prakse Sodišča je razvidno, da je treba v primeru mešane pogodbe, katere različne točke so v skladu z objavo naročila neločljivo povezane in so tako nedeljiva celota, zadevni postopek v celoti preučiti enotno, da se pravno opredeli, in da ga je

treba presoditi na podlagi predpisov, ki urejajo točko, ki je glavni cilj oziroma prevladujoči element pogodbe (glej v tem smislu sodbe z dne 5. decembra 1989 v zadevi Komisija proti Italiji, C-3/88, Recueil, str. 4035, točka 19; z dne 19. aprila 1994 v zadevi Gestión Hotelera Internacional, C-331/92, Recueil, str. I-1329, točke od 23 do 26; z dne 18. januarja 2007 v zadevi Auroux in drugi, C-220/05, ZOdl., str. I-385, točki 36 in 37; z dne 21. februarja 2008 v zadevi Komisija proti Italiji, C-412/04, ZOdl., str. I-619, točka 47, in z dne 29. oktobra 2009 v zadevi Komisija proti Nemčiji, C-536/07, ZOdl., str. I-10355, točke 28, 29, 57 in 61).

49 Ta sklep velja neodvisno od vprašanja, ali točka, ki je glavni cilj mešane pogodbe, spada na področje uporabe direktiv o javnih naročilih.

50 Zato je treba preučiti, ali mešana pogodba, ki se obravnava v postopku v glavni stvari, pomeni nedeljivo celoto, in če je potrebno, ali zaradi njenega glavnega cilja v celoti spada v eno od direktiv, navedenih v členu 1 Direktive 89/665, ki urejajo javna naročila.

51 Prvič, treba je poudariti, da je ta pogodba del postopka delne privatizacije javnega igralniškega podjetja, o katerem je odločil pristojni medministrski odbor na nacionalni ravni in se je začel z enotnim javnim razpisom.

52 Iz spisa, zlasti iz pogojev iz dodatnega obvestila, objavljenega aprila 2002, je razvidno, da je mešana pogodba, ki se obravnava v postopku v glavni stvari, enotna pogodba, ki se hkrati nanaša na prodajo delnic družbe EKP, pridobitev pravice določitve večine članov upravnega sveta družbe EKP, obveznosti prevzeti upravljanje igralnice in finančno donosno nudenje storitev na visoki ravni ter obveznost izvedbe del prenove in izboljšanja zadevnih prostorov in sosednjih zemljišč.

53 S temi ugotovitvami je mogoče pojasniti, zakaj je treba navedeno mešano pogodbo skleniti z enim samim partnerjem, ki je hkrati sposoben financirati nakup zadevnih delnic in ima poslovne izkušnje glede upravljanja igralnice.

54 Iz tega sledi, da je treba različne točke te pogodbe razumeti, kot da tvorijo nedeljivo celoto.

55 Drugič, iz ugotovitev predložitvenega sodišča je razvidno, da je bil glavni cilj mešane pogodbe prodaja 49 % delnic družbe EKP najboljšemu ponudniku in da sta bili točka „gradnje“ tega prenosa in točka „storitve“ ne glede na vprašanje, ali ta prenos pomeni javno naročilo storitev oziroma koncesijo storitev, postranskega pomena v primerjavi z glavnim ciljem pogodbe. Predložitveno sodišče je prav tako opozorilo, da je bila točka „gradnje“ povsem postranska v primerjavi s točko „storitve“.

56 Ta presoja je potrjena z dokumenti iz spisa, predloženega Sodišču.

57 Nedvomno je v primeru nakupa 49 % delnic javnega podjetja, kot je družba EKP, ta posel glavni predmet pogodbe. Poudariti je treba, da se zdi dohodek, ki bi ga družba AEAS imela kot delničarka, nedvomno večji kot plačilo, ki bi ga dobila kot ponudnica storitev. Poleg tega naj bi družba AEAS dobivala te dohodke časovno neomejeno, medtem ko naj bi se dejavnost upravljanja iztekla v desetih letih.

58 Iz zgornjih ugotovitev je razvidno, da so različne točke mešane pogodbe, ki se obravnava v postopku v glavni stvari, nedeljiva celota, pri kateri je glavni predmet točka v zvezi s prodajo delnic.

59 Vendar prenos delnic na ponudnika v okviru postopka privatizacije javnega podjetja ne spada pod direktive o javnih naročilih.

60 Na to je ustrezno opozorjeno v točki 66 Zelene knjige Komisije o javno-zasebnih partnerstvih in zakonodaji Skupnosti na področju javnih naročil in koncesij (COM(2004) 327 konč.).

61 Komisija v točki 69 zgoraj navedene zelene knjige o javno-zasebnih partnerstvih poudarja, da je treba zagotoviti, da kapitalski posel ne zakrije dejanske dodelitve pogodb zasebnemu partnerju, ki jih je mogoče opredeliti kot javno naročilo ali koncesijo. Vendar v obravnavanem primeru v spisu ni nobenega dokaza, s katerim bi bilo mogoče izpodbijati naravo transakcije, ki se obravnava v postopku v glavni stvari, kot jo je opredelilo predložitveno sodišče.

62 Glede na zgornje ugotovitve je treba skleniti, da mešana pogodba, katere glavni predmet je, da neko podjetje pridobi 49 % kapitala javnega podjetja, in katere postranski predmet, ki je neločljivo povezan s tem glavnim predmetom, se nanaša na zagotavljanje storitev in izvedbo gradenj, ne spada v celoti na področje uporabe direktiv o javnih naročilih.

63 Ta ugotovitev pa ne izključuje, da mora biti taka pogodba v skladu s temeljnimi predpisi in splošnimi načeli Pogodbe, zlasti na področju svobode ustanavljanja in prostega pretoka kapitala. Vendar v obravnavanem primeru ni treba načeti vprašanja upoštevanja navedenih predpisov in načel, ker rezultat takega preizkusa ne bi nikakor vodil k uporabi Direktive 89/665.

64 Zato ob upoštevanju navedenega ni treba odgovoriti na druga vprašanja, postavljena v okviru zadeve C-145/08.

Prvo vprašanje, postavljeno v zadevi C-149/08

65 Predložitveno sodišče s tem vprašanjem v bistvu sprašuje, ali Direktiva 89/665 nasprotuje nacionalnim predpisom, kot jih razlaga to sodišče, v skladu s katerimi lahko le vsi člani priložnostne družbe, ki odda ponudbo, skupaj vložijo pravno sredstvo zoper odločbo o oddaji naročila, ki jo je sprejel naročnik, tako da je posameznemu članu odvzeta ne le možnost predlagati razglasitev ničnosti odločbe naročnika, ampak tudi možnost zahtevati odškodnino za škodo, ki mu je posamično nastala zaradi nepravilnosti med postopkom oddaje zadevnega naročila.

66 Za odgovor na to vprašanje je treba ugotoviti, da je akt, razglasitev ničnosti katerega se zahteva pred predložitvenim sodiščem, izdal ESR, ki je drug organ kot pa naročnik, ki je organiziral postopek oddaje javnega naročila, obravnavan v postopku v glavni stvari.

67 Vendar je iz določb Direktive 89/665, ki se ji splošno reče „Direktiva o revizijskih postopkih“, razvidno, da se varstvo, ki se želi s to direktivo zagotoviti, nanaša na dejanja ali opustitve naročnikov.

68 Iz določb pete uvodne izjave in člena 1(1) te direktive je namreč jasno razvidno, da se nanašajo na ukrepe, ki jih je treba sprejeti glede odločb naročnikov. Poleg tega države

članice v skladu z določbami odstavka 3 tega člena lahko določijo, da mora oseba, ki namerava zahtevati revizijo, naročnika predhodno obvestiti o domnevni kršitvi, da jo ta lahko popravi. Poleg tega člen 3(2) navedene direktive daje Komisiji možnost, da uradno obvesti zadevnega naročnika o razlogih, ki so pripeljali do sklepa, da je bila v postopku oddaje javnega naročila povzročena jasna in nedvomna kršitev, in zahteva, da se to popravi.

69 Zato je treba ugotoviti, da spori glede odločb organa, kot je ESR, ne spadajo v sistem revizij, določen z Direktivo 89/665.

70 Vendar odločbe ESR lahko vplivajo na potek oziroma izid postopka oddaje javnega naročila, če lahko vodijo k izključitvi vlagatelja ponudbe oziroma celo uspešnega ponudnika, pri katerem je posamično podana takšna ali drugačna nezdružljivost, določena z upoštevnimi nacionalnimi predpisi. Te določbe torej niso brez interesa glede pravilne uporabe prava Unije na tem področju.

71 V obravnavani zadevi je iz navedb predložitvenega sodišča razvidno, da naj bi bila odločba ESR, zaradi katere tožeči stranki v postopku v glavni stvari ni bilo oddano zadevno javno naročilo, čeprav je bila izbrana kot uspešna ponudnica, po mnenju navedene tožeče stranke sprejeta s kršitvijo določb Direktive Sveta 93/37/EGS z dne 14. junija 1993 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil za gradnje (UL L 199, str. 54) in načel, ki izvirajo iz primarnega prava Unije.

72 Vendar tožeča stranka v postopku v glavni stvari trdi, da zaradi uporabe spornih nacionalnih predpisov ni mogla zahtevati ne samo razglasitve ničnosti domnevno nezakonite odločbe ESR, na podlagi katere je bila izključena iz postopka, ki se obravnava

v postopku v glavni stvari, ampak tudi nadomestila za škodo, nastalo zaradi te odločbe. S tem naj bi ji bila torej odvzeta njena pravica do učinkovitega sodnega varstva.

73 V zvezi s tem je treba opozoriti, da je načelo učinkovitega sodnega varstva splošno načelo prava Skupnosti (glej sodbo z dne 13. marca 2007 v zadevi Unibet, C-432/05, ZOdl., str. I-2271, točka 37 in navedena sodna praksa).

74 Če neko področje ni urejeno na ravni Skupnosti, v skladu z ustaljeno sodno prakso vsaka država članica določi pristojna sodišča in postopkovna pravila za pravna sredstva, ki zagotavljajo varovanje pravic, ki jih posameznikom daje pravo Unije. Ta postopkovna pravila pa ne smejo biti manj ugodna od tistih, ki veljajo za podobna pravna sredstva, predvidena za varstvo pravic iz nacionalnega pravnega reda (načelo pravičnosti), in ne smejo praktično onemogočiti oziroma čezmerno otežiti uveljavljanja pravic, ki jih daje pravni red Unije (načelo učinkovitosti) (glej v tem smislu sodbo z dne 15. aprila 2008 v zadevi Impact, C-268/06, ZOdl., str. I-2483, točki 44 in 46 ter navedena sodna praksa).

75 Glede načela pravičnosti je iz opredelitev, ki jih je predložilo predložitveno sodišče, razvidno, da je v skladu z nacionalnim pravom, ki na splošno ureja nadomestilo za škodo, nastalo z nezakonitimi akti države ali pravnih oseb javnega prava, za dodelitve odškodnine pristojno sodišče, ki je pristojno tudi za nadzor zakonitosti upravnega akta, ki posega v položaj, kar lahko na podlagi tožbe, ki jo je posamično vložil posameznik, vodi k dodelitvi odškodnine, če so izpolnjeni temeljni pogoji, določeni za to.

76 Na področju javnih naročil, ki je področje, ki ga pokriva pravo Unije, pa sta v okviru nacionalnega pravnega reda, ki se obravnava v postopku v glavni stvari, za

razglasitev ali ugotavljanje ničnosti upravnega akta in za dodelitev odškodnine za nastalo škodo pristojni dve različni sodišči.

77 Na področju javnih naročil člen 5(2) zakona 2522/1997, ki za dodelitev odškodnine določa pogoj predhodne razglasitve ničnosti akta, ki posega v položaj, v povezavi s členom 47(1) predsedniškega odloka 18/1989, po katerem lahko le vsi člani skupine hkrati zahtevajo razglasitev ničnosti akta, ki spada v postopek oddaje javnega naročila, vodi, kot je ugotovilo predložitveno sodišče, k temu, da član skupine, ki je neuspešno sodeloval v postopku oddaje naročila, ne more posamično doseči razglasitve ničnosti akta, s katerim so bili oškodovani njegovi interesi, in tudi ne more zadeve predložiti pristojnemu sodišču za povrnitev škode, ki mu je nastala posamično, medtem ko naj taka nezmožnost ne bi obstajala na drugih področjih na podlagi predpisov nacionalnega prava, ki se uporabi za odškodninske zahtevke za škodo, povzročeno z nezakonitim aktom javnega organa.

78 Glede načela učinkovitosti je treba ugotoviti, da na podlagi nacionalnih predpisov, ki se obravnavajo v postopku v glavni stvari, ponudnik, kot je tožeča stranka v postopku v glavni stvari, nima nobene možnosti, da bi pri pristojnem sodišču zahteval povrnitev škode, ki naj bi mu zaradi kršitve prava Unije nastala z upravnim aktom, ki je lahko vplival na potek in izid postopka oddaje javnega naročila. Takemu ponudniku torej ni zagotovljeno učinkovito sodno varstvo pravic, ki jih ima na tem področju na podlagi prava Unije.

79 Kot je poudarila generalna pravobranilka v točkah od 107 do 116 sklepnih predlogov, je treba v zvezi s tem poudariti, da se ta okvir razlikuje od okvira zadeve, v kateri je bila izrečena zgoraj navedena sodba Espace Trianon in Sofibail. Navedena zadeva se namreč nanaša na ničnostno tožbo zoper odločbo o oddaji, zaradi katere celotna skupina ponudnica ni dobila zadevnega naročila, obravnavana zadeva pa se dejansko nanaša na zahtevek za povrnitev škode, ki naj bi nastala zaradi nezakonite odločbe upravnega organa, ki je pri edinem tožečem ponudniku ugotovil obstoj nezdružljivosti v smislu upoštevnih nacionalnih predpisov.

80 Glede na navedeno je treba na prvo vprašanje, postavljeno v zadevi C-149/08, odgovoriti, da pravo Unije, zlasti pravica do učinkovitega sodnega varstva, nasprotuje nacionalnim predpisom, kakršni se obravnavajo v postopku v glavni stvari in se razlagajo tako, da člani priložnostne skupine, ki je ponudnica v postopku oddaje javnega naročila, nimajo možnosti posamično zahtevati povrnitve škode, ki naj bi jim posamično nastala zaradi odločbe, ki jo je sprejel organ, ki ni naročnik, vendar je vključen v ta postopek v skladu z veljavnimi nacionalnimi predpisi, in ki je taka, da lahko vpliva na potek tega postopka.

81 Glede na ta odgovor ni treba odgovoriti na drugo vprašanje, postavljeno v okviru zadeve C-149/08.

Stroški

82 Ker je ta postopek za stranke v postopku v glavni stvari ena od stopenj v postopku pred predložitvenim sodiščem, to odloči o stroških. Stroški, priglašeni za predložitev stališč Sodišču, ki niso stroški omenjenih strank, se ne povrnejo.

Iz teh razlogov je Sodišče (četrti senat) razsodilo:

1. Mešana pogodba, katere glavni predmet je, da neko podjetje pridobi 49 % kapitala javnega podjetja, in katere postranski predmet, ki je neločljivo

povezan s tem glavnim predmetom, se nanaša na zagotavljanje storitev in izvedbo gradenj, ne spada v celoti na področje uporabe direktiv o javnih naročilih.

2. Pravo Unije, zlasti pravica do učinkovitega sodnega varstva, nasprotuje nacionalnim predpisom, kakršni se obravnavajo v postopku v glavni stvari in se razlagajo tako, da člani priložnostne skupine, ki je ponudnica v postopku oddaje javnega naročila, nimajo možnosti posamično zahtevati povrnitve škode, ki naj bi jim posamično nastala zaradi odločbe, ki jo je sprejel organ, ki ni naročnik, vendar je vključen v ta postopek v skladu z veljavnimi nacionalnimi predpisi, in ki je taka, da lahko vpliva na potek tega postopka.

Podpisi