РЕШЕНИЕ НА СЪДА (четвърти състав)

6 май 2010 година *

По съединени дела C-145/08 и C-149/08

с предмет две преюдициални запитвания, подадени на основание член 234 ЕО от Symvoulio tis Epikrateias (Държавен съвет, Гърция) с актове от 15 февруари 2008 г., постъпили в Съда на 9 април 2008 г., в рамките на производства по дела

Club Hotel Loutraki AE,

Athinaïki Techniki AE,

Evangelos Marinakis

срещу

Ethniko Symvoulio Radiotileorasis,

* Език на производството: гръцки.

Ypourgos Epikrateias,

в присъствието на:

Athens Resort Casino AE Symmetochon,

Ellaktor AE, по-рано известно като Elliniki Technodomiki TEB AE,

Regency Entertainment Psychagogiki kai Touristiki AE, по-рано известно като Hyatt Regency Xenodocheiaki kai Touristiki (Ellas) AE,

Leonidas Bombolas (C-145/08)

и

Aktor Anonymi Techniki Etaireia (Aktor ATE) (C-149/08)

срещу

Ethnico Symvoulio Radiotileorasis,

в присъствието на:

Michaniki AE (C-149/08),

СЪДЪТ (четвърти състав),

състоящ се от: г-н K. Lenaerts, председател на трети състав, изпълняващ функцията на председател на четвърти състав, г-жа R. Silva de Lapuerta, г-н E. Juhász (докладчик), г-н G. Arestis и г-н J. Malenovský, съдии,

генерален адвокат: г-жа E. Sharpston,
секретар: г-жа L. Hewlett, главен администратор,

предвид изложеното в писмената фаза на производството и в съдебното заседание от 11 юни 2009 г.,

като има предвид становищата, представени:

— за Club Hotel Loutraki AE, от адв. I. K. Theodoropoulos и адв. S. A. Pappas, dikigoroi,

— за Athens Resort Casino AE Symmetochon и Regency Entertainment Psychagogiki kai Touristiki AE, по-рано известно като Hyatt Regency Xenodocheiaki kai Touristiki (Ellas) AE, от адв. P. Spyropoulos, адв. K. Spyropoulos и адв. I. Dryllerakis, dikigoroi,

— за Ellaktor AE, по-рано известно като Elliniki Technodomiki TEB AE, от адв. V. Niatsou, dikigoros,

— за Aktor ATE, от адв. K. Giannakopoulos, dikigoros,

— за гръцкото правителство, от г-жа A. Samoni-Rantou и г-жа E.-M. Mamouna и г-жа N. Marioli, както и от г-н I. Dionysopoulos, в качеството на представители,

— за Комисията на Европейските общности, от г-жа M. Patakia и г-н D. Kukovec, в качеството на представители,

след като изслуша заключението на генералния адвокат, представено в съдебното заседание от 29 октомври 2009 г.,

постанови настоящото

Решение

1 Преюдициалните запитваня се отнасят до тълкуването с оглед на обстоятелствата по споровете в главните производства на съответните разпоредби от Директива 92/50/ЕИО на Съвета от 18 юни 1992 година относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки за услуги (ОВ L 209, стр. 1; Специално издание на български език, 2007 г., глава 6, том 2, стр. 50) и от Директива 89/665/ЕИО на Съвета от 21 декември 1989 година относно координирането на законовите, подзаконовите и административните разпоредби, отнасящи се до прилагането на производства по обжалване при възлагането на обществени поръчки за доставки и за строителство (ОВ L 395, стр. 33; Специално издание на български език, 2007 г., глава 6, том 1, стр. 237), изменена с Директива 92/50 (наричана по-нататък: „Директива 89/665“), както и на общите принципи на правото на Съюза в областта на обществените поръчки, и по-специално на принципа за ефективна съдебна защита.

2 Запитванията са отправени в рамките на спорове между частни предприятия и физически лица, от една страна, и от друга страна, Ethniko Symvoulio Radiotileorasis (Национален съвет за радио и телевизия, наричан по-нататък „ESR“), орган, който съгласно националната правна уредба има правото и задължението да следи дали по отношение на лицата, имащи качеството на собственик, съдружник, основен акционер, член на управителен орган или ръководител на предприятие — оферент в процедура за сключване на обществена поръчка, не е налице предвидена от посочената правна уредба несъвместимост, поради която посочените лица трябва автоматично да бъдат отстранени от процедурата.

Правна уредба

Правна уредба на Съюза

3 Съгласно член 1, буква а) от Директива 92/50:

„„*Обществени[те] поръчки за услуги*“ са възмездни договори, сключени в писмена форма между доставчик на услуги и възлагащ орган […]“

[…].

4 Член 2 от директивата гласи:

„Ако предмет на обществена поръчка са едновременно стоки по смисъла на Директива 77/62/ЕИО [на Съвета от 21 декември 1976 година относно координирането на процедури за възлагане на обществени поръчки за доставка] (ОВ L 13, стр. 1) и услуги по смисъла на приложения I А и I Б към настоящата директива, поръчката се урежда от настоящата директива, ако стойността на въпросните услуги надхвърля тази на включените в поръчката стоки.“

5 Член 3 от същата директива предвижда:

„1. За сключването на договори за възлагане на обществени поръчки или за организиране на конкурс, възлагащите органи прилагат процедури, съобразени с разпоредбите на настоящата директива.

2. Възлагащите органи следят да няма дискриминация между различните доставчици на услуги.

[…]“ [неофициален превод]

6 Съгласно член 8 от Директива 92/50:

„Обществени поръчки с предмет услугите, включени в приложение I A, се възлагат съгласно разпоредбите на раздели III—VI.“

7 Член 9 от директивата гласи:

„Обществени поръчки с предмет услугите, включени в приложение I Б, се възлагат съгласно членове 14 и 16.“ [неофициален превод]

8 Член 14 е част от раздел IV от тази директива, който се отнася до общите правила в техническата област и описва техническите спецификации, които трябва да фигурират в общата документация или в тръжната документация присъщи на всяка поръчка, а член 16 е част от раздел V, който урежда общите правила за обявяване.

9 Приложение I Б към Директива 92/50, озаглавено „Услуги по смисъла на член 9“, включва:

„[…]

17 Хотелиерски и ресторантьорски услуги

[…]

26 Развлекателни, културни и спортни услуги

27 Други услуги.“

10 На последно място, член 26, параграф 1 от същата директива предвижда:

„Оферти могат да се подават от групи от доставчици на услуги. За представянето на офертата не може да се изисква преобразуването на такива групи в дадена правноорганизационна форма, но ако групата бъде избрана за изпълнител, при възлагането на поръчката може да бъде задължена да извърши такова преобразуване." [неофициален превод]

11 Член 1 от Директива 89/665 предвижда:

„1. Държавите членки предприемат необходимите мерки, за да гарантират, че по отношение на процедурите за възлагане на обществени поръчки, попадащи в приложното поле на директиви 71/305/ЕИО [на Съвета от 26 юли 1971 г. относно координирането на процедурите за възлагането на обществени поръчки за строителство] (ОВ L 185, стр. 5), 77/62 [...] и 92/50 [...], решенията, взети от възложителите, могат да бъдат ефективно обжалвани и по-специално възможно най-бързо в съответствие с условията, посочени в следващите членове, и по-специално в член 2, параграф 7, [на основание], че [с] тези решения [се нарушава] правото на Общността в областта на обществените поръчки или националните норми, транспониращи това право.

2. Държавите членки гарантират, че не съществува дискриминация между предприятията, които биха могли да претендират за нанесена им щета в контекста на процедура за [възлагане] на поръчка, в резултат от разграничаването, което настоящата директива прави между националните норми, транспониращи правото на Общността, и другите национални норми.

3. Държавите членки гарантират, че производствата по обжалване са достъпни съгласно подробни правила, които държавите членки могат да установят, поне за всяко лице, което има или което е имало интерес от спечелването на процедурата за възлагане на поръчка за доставки или за строителство [или за услуги],

и което е [...] [претърпяло] или би могло да претърпи вреди от твърдяно нарушение. По-специално, държавите членки могат да изискат лицето, което [желае да използва такова производство], да уведоми предварително възложителя за твърдяното нарушение и за намерението си да поиска обжалване."

12 Съгласно член 2 от тази директива:

„1. Държавите членки гарантират, че мерките, приети относно производствата по обжалване, уточнени в член 1, включват правомощия, които да позволяват:

а) да се приемат, в най-кратки срокове и посредством [бързи производства], [при]временни мерки с цел да се поправи твърдяно нарушение или да се предотврати нанасянето на допълнителни щети на засегнатите интереси, включително мерки за прекратяване или за гарантиране прекратяването на процедурата за възлагане на обществена поръчка или за изпълнението на всяко решение, взето от възложителя;

б) да се отменят или да се гарантира отмяната на решения, взети неправомерно, включително премахването на дискриминационните технически, икономически или финансови спецификации в поканата за участие в търг, в документите за възлагането на поръчката или във всеки друг документ, свързан с процедурата за възлагане на поръчката;

в) да се обезщетят лицата, ощетени от дадено нарушение.

[...]

5. Държавите членки могат да предвидят, когато са поискани обезщетения с мотива, че дадено решение е взето неправомерно, оспореното решение да трябва първо да бъде отменено от орган, притежаващ необходимите правомощия.

6. Последиците от упражняването на правомощията, посочени в параграф 1, върху договор, сключен след възлагането на поръчка, се определят от националното право.

Освен това, с изключение когато дадено решение трябва да бъде отменено преди отпускането на обезщетения, дадена държава членка може да предвиди, че след сключването на договора, който следва възлагането на поръчка, правомощията на органа, отговорен за производствата по обжалване, следва да бъдат ограничени до присъждането на обезщетения за всяко лице, ощетено от нарушение.

[…].“

Национална правна уредба

13 Директива 89/665 се транспонира в гръцкото право със Закон 2522/1997 за съдебната защита във фазата преди възлагането на обществена поръчка за строителство, доставки и услуги (FEK A’ 178).

14 Член 2 от този закон, озаглавен „Обхват на съдебната защита“, предвижда:

„1. Лице, което има или е имало правен интерес да спечели обществена поръчка за строителство, доставки или услуги и което е претърпяло или за което има опасност да претърпи вреди от нарушение на общностното или националното право, има право да поиска — в съответствие с предвидените в следващите членове ред и условия — временна съдебна защита, отмяна или обявяване на недействителност на неправомерния акт на възлагащия орган и присъждане на обезщетение за вреди и загуби.

[…]“

15 Член 4 от посочения закон, озаглавен „Отмяна или обявяване на недействителност“, предвижда:

„1. Заинтересованото лице има право да поиска отмяна или обявяване на недействителност на всяко действие или бездействие на възлагащия орган, което е в противоречие с общностна или национална норма относно процедурата, предхождаща сключването на договор за обществена поръчка. […]

2. Ако след възлагането на обществена поръчка съдът отмени или прогласи, че действие или бездействие на възлагащия орган е нищожно, това не се отразява на поръчката, освен ако преди възлагането ѝ процедурата за възлагане е била спряна с решение за привременни мерки или с неокончателно определение. В този случай заинтересованото лице има правото да поиска обезщетение за вреди и загуби, съгласно разпоредбите на следващия член.“

16 Член 5 от Закон 2522/1997, озаглавен „Искане на обезщетение за вреди и загуби“, предвижда:

„1. Заинтересовано лице, което в нарушение на норма на общностното или националното право, е отстранено от участие в процедура за сключване на договор за обществена поръчка за строителство, доставки или услуги или от възлагането на тази поръчка, има право да поиска обезщетение за вреди и загуби от възлагащия орган на основание разпоредбите на членове 197 и 198 от Гражданския кодекс. Разпоредба, която изключва или ограничава това право, няма правно действие.

2. Обезщетение за вреди и загуби се присъжда само след като компетентният съд отмени или обяви недействителността на противоправното действие или бездействие. Искане за обезщетение може да се съедини с иск за обявяване на недействителност на общо основание.“

17 Членове 197 и 198 от Гражданския кодекс, към които препраща предходната разпоредба, предвиждат отговорност поради „преговори“, т.е. задължение за изплащане на обезщетение за вреди и загуби, в случай че на заинтересованите лица бъдат наложени неоправдани разходи в рамките на процедура за сключване на договор.

18 С Президентски указ 18/1989 се кодифицират законите, които се отнасят до Symvoulio tis Epikrateias (FEK A’ 8). Член 47 от посочения указ, озаглавен „Законен интерес“, предвижда:

„1. Право да подаде жалба за отмяна има физическо или юридическо лице, до което се отнася даден административен акт или чиито законни интереси — не само финансови — се засягат от този акт.

[…]“

19 Закон 2206/1994 урежда „Създаване, организация, експлоатация, контрол върху казината и т.н.“ (ΦΕΚ Α’ 62). Съгласно член 1, параграф 7 от този закон, озаглавен „Издаване на разрешения за казин“о:

„Разрешения за казино се издават с решение на министъра на туризма, след като седемчленна комисия организира международна публична покана за представяне на оферти.“

20 Член 3 от този закон, озаглавен „Дейност на игралните казина“, предвижда:

„Дейността на казината се осъществява под контрола на държавата.

[…]“

21 Член 14, параграф 9 от гръцката конституция и Законът за прилагане 3021/2002 (ΦΕΚ Α’ 143) установяват режим на ограничения при сключването на публични

договори с лица, които осъществяват дейност или имат дялове в сектора на информационните медии. Този режим въвежда презумпция за несъвместимост между качеството на собственик, съдружник, основен акционер или ръководител на предприятие, упражняващо дейност в сектора на медиите, и това на собственик, съдружник, основен акционер или ръководител на предприятие, на което е възложено от държавата или от юридическо лице от публичния сектор в широк смисъл изпълнението на обществени поръчки за строителство, доставки или услуги. Тази несъвместимост се разпростира и към физическите лица, които се намират помежду си във връзка на родство до определена степен.

22 Закон 3021/2002 по същество предвижда, че преди да пристъпи към предоставяне или възлагане на обществената поръчка и във всеки случай преди подписването на договора, съответният възлагащ орган трябва, под страх от недействителност на договора или на обществената поръчка, да поиска от ESR изготвянето на удостоверение, с което се потвърждава, че не са налице посочените в член 3 от този закон условия за несъвместимост. Решението на ESR е задължително за възлагащия орган, но лицата, които докажат правен интерес, включително и публичните органи, могат да предявят жалба за отмяна срещу него.

23 С Решение от 16 декември 2008 г. по дело Michaniki (C-213/07, Сборник, стр. I-9999, точки 1 и 2 от диспозитива) Съдът приема, че макар правото на Съюза да допуска национална правна уредба, която преследва легитимните цели на равно третиране на оферентите и на прозрачност в рамките на процедурите за възлагане на обществени поръчки, то все пак не допуска с оглед на принципа на пропорционалност въвеждането на необорима презумпция за несъвместимост като предвидената от разглежданата национална правна уредба.

Спорове в главното производство и преюдициални въпроси

Дело C-145/08

24 От акта за запитване е видно, че с решение от 10 октомври 2001 г. компетентната междуведомствена комисия взема решение за приватизация на дружеството Elliniko Kazino Parnithas AE (наричано по-нататък „ΕΚΡ“), дъщерно дружество на дружеството Ellinika Touristika Akinita AE (наричано по-нататък „ΕΤΑ“), в което гръцката държава е единствен акционер. В публикувано през октомври 2001 г. обявление за обществената поръчка се предвижда първа фаза за предварителен подбор между заинтересованите лица, които отговарят на предвидените в посоченото обявление условия. В следваща фаза се предвижда определянето на подалия икономически най-изгодната оферта сред заинтересованите, на когото се предлага да сключи договор. В резултат на първата фаза предварително са подбрани групата предприятия Koinopraxia Kazino Attikis и групата предприятия Hyatt Regency Xenodocheiaki kai Touristiki (Ellas) AE — Elliniki Technodomiki AE.

25 След публикуване на допълнително обявление през месец април 2002 г., условията на договора се установяват, както следва:

Договорът има смесен характер и включва:

— споразумение относно прехвърлянето от ΕΤΑ на 49 % от акциите на ΕΚΡ на „акционерно дружество с една-единствена цел“ (наричано по-нататък „AEAS“), което трябва да се учреди от окончателно избрания оферент,

— споразумение, въз основа на което AEAS се задължава да приведе в изпълнение план за развитие, който трябва да бъде изпълнен в срок от 750 календарни дни, считано от получаването на необходимите разрешения. Този план за развитие включва подобренията в помещенията на казиното и извличане на печалба от възможностите, които осигурява разрешението за дейността му, благоустрояването и подобряването на две хотелиерски структури, принадлежащи на комплекса от недвижими имоти, както и благоустройството на околните пространства с площ от приблизително 280 хектара. Изпълнението на тези строителни работи представлява част от цената, която трябва да се изплати за придобиването на 49 % от акциите на EKP,

— споразумение между ETA и AEAS, с което последното придобива правото да определи мнозинството от членовете на Управителния съвет на EKP и по този начин да управлява дружеството съгласно установените в договора условия,

— споразумение, съгласно което AEAS поема управлението на казиното срещу възнаграждение, което ще се заплаща от ETA. Като възнаграждение AEAS получава сума, която не може да надвишава спадащ процент от годишната оперативна печалба (спадащ от 20 % от печалбата до 30 милиона евро до 5 % от печалбата над 90 милиона евро), и 2 % от оборота,

— като управител AEAS трябва да управлява казиното, така че да поддържа постоянно луксозно околно пространство, което да предлага услуги от висок клас по доходоносен за EKP начин. Конкретно печалбата от управлението преди данъчно облагане не трябва да е по-ниска от общо 105 милиона евро за първите пет финансови години след влизането на договора в сила. Чистата печалба се разделя между ETA и AEAS в зависимост от процента от капитала на EKP, който всяко от тях притежава,

— тъй като ΕΚΡ е единственото казино, което към момента извършва дейност в окръг Атика, в договора се предвижда, че в случай че друго казино бъде правомерно установено в географските му граници в десетгодишен срок, считано от влизането на договора в сила, ΕΤΑ е длъжно да обезщети AEAS, като му изплати като обезщетение за вреди и загуби сума, равняваща се на 70 % от цената на сделката. Размерът на обезщетението се намалява ежегодно с една десета, считано от влизането на договора в сила,

— що се отнася до управлението на казиното, договорът се прекратява десет години след влизането му в сила.

26 Тъй като групата Hyatt Regency Xenodocheiaki kai Touristiki (Ellas) AE — Elliniki Technodomiki AE подава икономически най-изгодната оферта в рамките на въпросната процедура, тя е определена за изпълнител. Преди подписването на договора ΕΤΑ разкрива на ESR самоличността на собствениците, съдружниците, основните акционери и ръководителите на изпълнителя, за да се удостовери, че спрямо тях не е налице несъвместимост на някое от основанията по член 3 от Закон 3021/2002. С удостоверение, издадено на 27 септември 2002 г., ESR удостоверява, че в конкретния случай не е налице несъвместимост по отношение на горепосочените лица.

27 Срещу този акт на ESR е подадена жалба за отмяна само от трима от седемте члена на групата оферент „Koinopraxia Kazino Attikis“, която не успява да получи възлагането на поръчката. Жалбоподателите изтъкват, че по отношение на един от членовете на групата, на която е възложена поръчката, е налице несъвместимост, предвидена от националната правна уредба, и поради тази причина възлагането на поръчката трябва да се отмени.

28 Запитващата юрисдикция отбелязва, че разглежданата поръчка е смесена поръчка, която включва, от една страна, част относно продажбата на акции от ΕΤΑ на предложилия икономически най-изгодната оферта оферент, която сама по себе си не попада в приложното поле на правилата на Съюза в областта на обществените поръчки, и от друга страна, част относно договор за обществена поръчка за услуги, който да се сключи с предложилия икономически

най-изгодната оферта оферент, който поема задълженията за управление на казиното. Според запитващата юрисдикция най-важната част от този смесен договор е частта, която се отнася до прехвърлянето на акции. Освен това този договор включва и част относно поръчка за строителство, доколкото възложителят поема задължението да изпълни строителните работи, за които става въпрос в акта за запитване, като частично плащане на цената на прехвърлените акции. Запитващата юрисдикция отбелязва, че последната част има напълно акцесорен характер по отношение на частта „услуги".

29 В този контекст запитващата юрисдикция си задава въпроса дали може да се счита, че частта „услуги" на разглеждания договор представлява поръчка за концесия за обществени услуги, която не се урежда от правната уредба на Съюза. В това отношение трябва да се провери доколко изпълнителят понася рисковете, свързани с организацията и експлоатацията на въпросните услуги, като се има предвид и фактът, че тези услуги се отнасят до дейности, които съгласно националните правила, които ги уреждат, могат да бъдат предмет на изключителни и специални права.

30 В случай че Съдът приеме, че частта на спорния договор за управление на казиното представлява обществена поръчка за услуги, запитващата юрисдикция си задава въпроса дали подадената на национално равнище жалба за отмяна се ползва от процесуалните гаранции, предвидени в Директива 89/665, като се има предвид фактът, че главният предмет на договора, а именно продажбата на акции на ЕКР, не попада в приложното поле на общностните правила в областта на обществените поръчки и че договорите за обществени поръчки, които имат за предмет такива услуги, попадащи в приложното поле на приложение I Б към Директива 92/50, трябва да се сключват при спазване на членове 14 и 16 от тази директива, които предвиждат единствено задължения с процесуален характер. Запитващата юрисдикция обаче си задава въпроса дали въпреки този ограничен аспект на задълженията принципът на равно третиране на участниците в процедура за възлагане на обществена поръчка, който Директива 89/665 има за цел да защити, се прилага и в подобни случаи.

31 Ако Съдът приеме, че жалба за отмяна като подадената в главното производство попада в приложното поле на Директива 89/665, запитващата юрисдикция си задава въпроса дали нормите на правото на Съюза допускат национална процесуална норма като тази на член 47, параграф 1 от Президентски указ 18/1989,

така както го тълкува тази юрисдикция, според която норма лица, които участват в процедура за възлагане на обществена поръчка като група, могат да подадат жалба за отмяна на актове, приети в рамките на тази процедура, единствено ако жалбата е подадена от всички участници в групата — в противен случай жалбата се отхвърля като недопустима.

32 В това отношение запитващата юрисдикция се позовава не Решение на Съда от 8 септември 2005 г. по дело Espace Trianon и Sofibail (C-129/04, Recueil, стр. I-7805, точка 22), съгласно което национална процесуална норма, която изисква жалба за отмяна срещу решение на възлагащ орган да възложи обществена поръчка да бъде подадена от всички членове на временното сдружение оферент, не ограничава достъпа до такова обжалване по начин, който противоречи на член 1, параграф 3 от Директива 89/665.

33 Запитващата юрисдикция все пак си задава въпроса дали това заключение, което в посоченото решение се отнася до жалба за отмяна срещу решение на възлагащ орган да възложи обществена поръчка, важи и за всяка форма на съдебна защита, която се предоставя от горепосочената директива, и по-специално за искането на обезщетение за вреди и загуби. Тази проблематика е свързана с обстоятелството, че в случая при използването на възможността, предоставена на държавите членки с член 2, параграф 5 от Директива 89/665, чрез приемането на член 5, параграф 2 от Закон 2522/1997 националният законодател поставя присъждането на обезщетение за вреди и загуби в зависимост от предхождаща го отмяна на акта, за който се твърди, че е незаконосъобразен.

34 Съчетанието на тази разпоредба с процесуалната норма в член 47, параграф 1 от Президентски указ 18/1989, както я тълкува запитващата юрисдикция, води до невъзможност за всеки отделен член на група, участвала неуспешно в процедура за възлагане на обществена поръчка, не само да иска отмяна на акта, увреждащ неговите интереси, но така също и да сезира компетентния съд за поправяне на вредите, които той лично е претърпял. Следва да се подчертае, че в случая съдът, компетентен по отношение на жалбите за отмяна, е Symvoulio tis Epikrateias (Държавен съвет), докато по отношение на обезщетенията за вреди и загуби е компетентен друг съдебен орган.

35 В този контекст запитващата юрисдикция отбелязва, че следователно възможността на всеки от членовете на група да поиска от компетентния съд присъждането на обезщетение за вреди и загуби ще зависи от волята на всички останали членове на групата да подадат жалба за отмяна, докато вредите, които са претърпели членовете на групата поотделно поради невъзлагането на поръчката, могат да се различават в зависимост от степента на направените от тях разходи за участието им в тази процедура за възлагане на поръчката. Следователно интересът на всеки от членовете на групата да поиска отмяна на решение може също да е различен. Така възниква въпросът дали в такъв процесуален контекст принципът на ефективна съдебна защита, към който се стреми Директива 89/665, е спазен.

36 На следващо място, запитващата юрисдикция посочва, че съгласно националните процесуални норми относно общото право на обезщетяване за вреди, причинени от неправомерни актове на държавата или на публичноправни юридически лица, съдът, който е компетентен за присъждането на обезщетение за вреди и загуби, а не друг съдебен орган, както е в случая на жалбите за отмяна, подадени в рамките на процедури по възлагане на обществени поръчки, упражнява и инцидентен контрол върху законосъобразността на административния акт във връзка с иска за обезщетение. Ето защо тя си задава въпроса дали производствата, имащи за цел да гарантират защита на правата, които произтичат от правото на Съюза, са по-малко благоприятни от тези, които се отнасят до защитата на сходни или аналогични права, произтичащи от националните норми.

37 На последно място, запитващата юрисдикция отбелязва, че актуалното тълкуване, което тя дава на член 47, параграф 1 от Президентски указ 18/1989, в смисъл че само всички членове на група заедно могат да подадат жалба за отмяна на акт, свързан с процедура за възлагане на обществена поръчка, представлява обрат в постоянната ѝ практика, съгласно която всеки от членовете може самостоятелно да подаде жалба.

38 Едновременно с това тя подчертава особения контекст на случая в главното производство, а именно че първоначално разглежданата жалба е била подадена от групата в това ѝ качество и от седемте ѝ члена пред четвърти състав на Symvoulio tis Epikrateias. Този състав обявява жалбата за недопустима по отношение на групата, както и на четири от членовете ѝ, тъй като не били

упълномощили надлежно своя адвокат да ги представлява пред съда, а по отношение на останалите три члена той препраща делото — предвид значението му — на пленума на тази юрисдикция. По този начин споменатият четвърти състав прилага постоянната дотогава съдебна практика, съгласно която и жалбата, подадена от някои от членовете на групата, е допустима.

39 Решението на четвърти състав за недопустимост на жалбата на групата в това ѝ качество и на четири от членовете ѝ обаче е окончателно, така че срещу него не могат да се предприемат действия в рамките на висящото производство пред пленума на запитващата юрисдикция. Ето защо тя си задава въпроса дали този обрат в съдебната ѝ практика е съвместим с принципа за справедлив съдебен процес, който е основен принцип на правото на Съюза, прогласен и в член 6 от Европейската конвенция за защита на правата на човека и на основните свободи, подписана в Рим на 4 ноември 1950 г. (наричана по-нататък „ЕКЗПЧ“), както и с принципа за защита на оправданите правни очаквания.

40 С оглед на тези съображения пленумът на Symvoulio tis Epikrateias решава да спре производството и да постави на Съда следните преюдициални въпроси:

„1) Съставлява ли договор за концесия, неуреден с разпоредбите на Директива 92/50 […], договор, с който възлагащият орган възлага на изпълнителя управлението на казино и осъществяването на план за развитие, състоящ се в модернизиране на помещенията на казиното и в търговската експлоатация на възможностите, предоставени с разрешението за това казино, като договорът съдържа клауза, съгласно която, ако на територията, на която се намира спорното казино, разбирана в широк смисъл, в бъдеще правомерно започне да развива дейност друго казино, възлагащият орган поема задължението да заплати на изпълнителя обезщетение?

2) При отрицателен отговор на първия преюдициален въпрос: жалба, подадена от участници в процедура за възлагане на обществена поръчка със смесен

характер, която предвижда по-специално предоставяне на услуги, включени в приложение I Б към Директива 92/50 […], в която жалбоподателите изтъкват нарушение на принципа на равно третиране на участниците в процедурата по възлагане на поръчката (принцип, утвърден в член 3, параграф 2 от въпросната директива), попада ли в приложното поле на Директива 89/665 […], или прилагането на последната е изключено, тъй като за процедурата по възлагане на посочената по-горе обществена поръчка за предоставяне на услуги в съответствие с член 9 от Директива 92/50 […] се прилагат само членове 14 и 16 от последната?

3) При утвърдителен отговор на втория преюдициален въпрос: ако се приеме, че по принцип не противоречи на общностното право, по-специално на Директива 89/665 […], национална разпоредба, съгласно която само всички членове на група без юридическа правосубектност, участвала неуспешно в процедура за възлагане на обществена поръчка, а не отделни нейни членове, могат да обжалват акта за възлагане, и ако се приеме, че това важи също когато жалбата първоначално е била подадена колективно от членовете на групата, но впоследствие се е оказало, че е недопустима по отношение на някои от членовете, необходимо ли е, преди да се обяви недопустимостта, да се прецени, с оглед на прилагането на посочената по-горе директива, в каква степен тези отделни членове след това запазват правото си самостоятелно да сезират друга национална юрисдикция, за да претендират вреди и загуби, евентуално предвидени с норма от националното право?

4) Когато в постоянната си практика национална юрисдикция приема, че е допустима подадената от отделен член на група жалба срещу акт, приет в рамките на процедура за възлагане на обществена поръчка, съвместимо ли е с разпоредбите на Директива 89/665 […], тълкувана в светлината на член 6 от [ЕКЗПЧ] като основен принцип на общностното право, отхвърлянето на жалба като недопустима поради промяна на горепосочената постоянна съдебна практика, без на жалбоподателя предварително да бъде дадена възможност да отстрани причините за недопустимостта или при всички положения без да му бъде дадена възможност да представи становището си по въпроса в съответствие с принципа на състезателното начало?“

Дело C-149/08

41 Общината на град Солун взема решение да организира процедура за възлагане на обществена поръчка за строителни работи, наречени „Изграждане на кметството на Солун и на подземен паркинг“. С решение на общинската комисия от 1 юли 2004 г. поръчката е възложена на групата, състояща се от дружествата Aktor ATE, Themeliodomi AE и Domotechniki AE. С оглед сключването на договора, съгласно действащата национална правна уредба, възлагащият орган съобщава на ESR кои са лицата, имащи качеството на собственик, съдружник, основен акционер или ръководител на дружествата — членове на горепосочената група, за да се удостовери, че по отношение на тези лица не съществуват основания за несъвместимост спадащи към посочените в член 3 от Закон 3021/2002.

42 След като установява, че по отношение на член на Управителния съвет на дружеството Aktor ATE е налице едно от основанията за несъвместимост, изброени в горепосочената национална разпоредба, с акт от 1 ноември 2004 г. ESR отказва да издаде удостоверението, представляващо необходимо условие за сключването на договора. Жалбата на дружество Aktor ATE срещу този отказ на ESR е отхвърлена с решение на последния от 9 ноември 2004 г. От трите дружества, образуващи групата, на която е възложена обществената поръчка, единствено Aktor ATE подава жалба за отмяна пред запитващата юрисдикция срещу двата отказа на ESR, като се основава на съществуващата практика на посочената юрисдикция, която приемала за допустими жалбите, подадени самостоятелно от отделни членове на временно сдружение.

43 При тези обстоятелство пленумът на Symvoulio tis Epikrateias също решава да спре производството и да постави на Съда следните преюдициални въпроси:

„1) Ако се приеме, че общностното право и по-конкретно разпоредбите на Директива 89/665 […] по принцип допускат национална норма, съгласно която

жалба срещу акта за възлагане на обществена поръчка може да бъде подадена само от всички членове на участвувала неуспешно в процедура за възлагане на обществената поръчка група, която няма юридическа правосубектност, но не и самостоятелно от членовете ѝ, и че това важи и в случай, че първоначално жалбата е подадена от всички членове на групата, но накрая се е оказала недопустима само по отношение на някои от тях, необходимо ли е от гледна точка на прилагането на посочената по-горе директива, с оглед на обявяването на недопустимостта на жалбата, да се провери в каква степен след това тези членове запазват самостоятелно правото да сезират национална юрисдикция, за да им бъде присъдено евентуално предвиденото от норма на националното право обезщетение?

2) При положение че съществува постоянна практика на национална юрисдикция, която приема, че е допустима жалба срещу акт, приет в рамките на процедура за възлагане на обществена поръчка, подадена дори от отделен член на група, съвместимо ли е с разпоредбите на Директива 89/665 [...], тълкувана в светлината на член 6 от ЕКЗПЧ като основен принцип на общностното право, да се отхвърли жалба като недопустима поради промяна в посочената по-горе постоянна практика, без предварително да бъде дадена възможност на жалбоподателя да отстрани основанията за недопустимост или във всеки случай да представи, в съответствие с принципа на състезателното начало, своето становище по този въпрос?“

44 С определение на Председателя на Съда от 22 май 2008 г. дела C-145/08 и C-149/08 са съединени за целите на писмената и устната фаза на производството и с оглед на постановяването на решението.

По преюдициалните въпроси

По преюдициалните въпроси, поставени по дело C-145/08

45 С въпросите относно приложимостта на Директива 92/50 към договор като разглеждания в главното производство запитващата юрисдикция иска да се установи дали в случая следва да се приложи Директива 89/665, като се има предвид, че прилагането ѝ предполага приложимостта на една от посочените в член 1 от Директива 89/665 директиви в областта на обществените поръчки. Ето защо тези въпроси следва да се разгледат заедно и следва да се определи дали такъв договор попада в приложното поле на една от посочените в споменатия член директиви.

46 Както от подробното и обстоятелствено изложение в акта за запитване, така и от дадената от запитващата юрисдикция квалификация на разглежданата в главното производство сделка се установява, че последната представлява смесен договор.

47 По същество той се състои от споразумение, относно прехвърлянето от ETA на 49 % от акциите на EKP на AEAS (наричано по-нататък „част „продажба на акции““), от споразумение, съгласно което AEAS поема управлението на казиното срещу възнаграждение (наричано по-нататък „част „услуги““), и от споразумение, по силата на което AEAS се ангажира да изпълни план за модернизация на помещенията на казиното и на прилежащите хотелски структури, както и за благоустрояване на околното пространство (наричано по-нататък „част „строителни работи““).

48 От практиката на Съда следва, че в случай на смесен договор, чиито различни части съгласно обявлението за обществена поръчка са неразделно свързани

и образуват по този начин неделимо цяло, съответната сделка трябва да се разглежда в нейната цялост по единен начин за целите на правната ѝ квалификация и да се преценява въз основа на нормите, които уреждат частта, представляваща основен предмет или преобладаващ елемент на договора (вж. в този смисъл Решение от 5 декември 1989 г. по дело Комисия/Италия, C-3/88, Recueil, стр. 4035, точка 19; Решение от 19 април 1994 г. по дело Gestión Hotelera Internacional, C-331/92, Recueil, стр. I-1329, точки 23—26, Решение от 18 януари 2007 г. по дело Auroux и др., C-220/05, Сборник, стр. I-385, точки 36 и 37, Решение от 21 февруари 2008 г. по дело Комисия/Италия, C-412/04, Сборник, стр. I-619, точка 47, както и Решение от 29 октомври 2009 г. по дело Комисия/Германия, C-536/07, Сборник, стр. I-10355, точки 28, 29, 57 и 61).

49 Този извод важи независимо от това дали частта, представляваща основният предмет на смесен договор, попада или не в приложното поле на директивите в областта на обществените поръчки.

50 Ето защо следва да се прецени дали разглежданият в главното производство смесен договор представлява неделимо цяло и ако това е така, дали поради основния си предмет попада в своята цялост в приложното поле на една от посочените в член 1 от Директива 89/665 директиви, които уреждат обществените поръчки.

51 На първо място, следва да се отбележи, че този договор се вписва в сделка за частично приватизиране на публично казино, решение за която е взето от компетентната на национално равнище междуведомствена комисия и която започва с обявяване на една-единствена обществена поръчка.

52 От преписката, и по-специално от условията в публикуваното през април 2002 г. допълнително обявление, е видно, че разглежданият в главното производство смесен договор представлява единен договор, който се отнася едновременно до прехвърлянето на акции на ЕКР, придобиването на правото да се определя болшинството от членовете на управителния съвет на ЕКР, задължението да се поеме управлението на казиното и да се предлагат финансово доходоносни услуги висок клас, както и задължението за извършване на работи по благоустрояване и подобряване на съответните помещения, както и на съседните парцели.

53 Тези констатации са проява на необходимостта от сключване на посочения смесен договор с един-единствен партньор, който да разполага едновременно с необходимия финансов капацитет за покупката на разглежданите акции и с професионален опит в експлоатацията на казино.

54 От това следва, че различните части на този договор трябва да се разглеждат като образуващи едно неделимо цяло.

55 На второ място, от направените от запитващата юрисдикция констатации се установява, че основният предмет на смесения договор е продажбата на 49 % от акциите на ΕΚΡ на предложилия икономически най-изгодната оферта и че частта „строителни работи“ на тази сделка, както и частта „услуги“, независимо от това дали последната представлява обществена поръчка за услуги или концесия за услуги, имат акцесорен характер по отношение на основния предмет на договора. Запитващата юрисдикция посочва също така, че частта „строителни работи“ има напълно акцесорен характер по отношение на частта „услуги“.

56 Тази преценка се потвърждава от материалите по преписката, представена в Съда.

57 Всъщност няма съмнение, че в случай на покупка на 49 % от акциите на публично предприятие като ΕΚΡ тази сделка представлява основният предмет на договора. Трябва да се отбележи, че приходът, който AEAS извлича в качеството си на акционер, изглежда определено по-голям от възнаграждението, което то би получило в качеството на доставчик на услуги. Освен това AEAS извлича тези приходи без ограничение във времето, докато дейността по управление се прекратява след изтичането на десет години.

58 От изложените съображения следва, че различните части на разглеждания в главното производство смесен договор образуват едно неделимо цяло, чийто основен предмет е частта относно прехвърлянето на акции.

59 Прехвърлянето на акции на оферент в рамките на сделка за приватизация на публично предприятие обаче не попада в приложното поле на директивите в областта на обществените поръчки.

60 Впрочем това уместно е припомнено в точка 66 от Зелената книга на Комисията относно публично-частните партньорства и общностното право на обществените поръчки и на концесиите (COM(2004) 327 окончателен).

61 В точка 69 от посочената по-горе зелена книга Комисията подчертава, че трябва да се гарантира, че капиталовата сделка на практика не прикрива възлагането на частен партньор на договори, които могат да се квалифицират като обществени поръчки или концесии. В конкретния случай обаче нито един от материалите по преписката не може да постави под съмнение естеството на разглежданата в главното производство сделка, така както я квалифицира запитващата юрисдикция.

62 С оглед на изложените съображения следва да се направи заключението, че смесен договор, чийто основен предмет е придобиването от дадено предприятие на 49 % от капитала на публично предприятие и чийто акцесорен предмет, нераздело свързан с този основен предмет, се отнася до доставката на услуги и извършването на строителни работи, не попада в своята цялост в приложното поле на директивите в областта на обществените поръчки.

63 Това заключение не изключва необходимостта такъв договор да бъде съобразен с основните правила и общите принципи на Договора, и по-специално в областта на свободата на установяване и на свободното движение на капитали. В настоящия случай обаче не следва да се засяга въпросът за спазването на споменатите правила и принципи, като се има предвид, че резултатът от подобен преглед по никакъв начин не би могъл да доведе до прилагане на Директива 89/665.

64 Следователно, като се има предвид изложеното, не следва да се отговаря на останалите въпроси, поставени по дело C-145/08.

По първия въпрос, поставен по дело C-149/08

65 С този въпрос запитващата юрисдикция по същество иска да установи дали Директива 89/665 допуска национална правна уредба, съгласно която според даденото от тази юрисдикция тълкуване взетото от възлагащ орган решение за възлагане на обществена поръчка може да бъде обжалвано само от всички членове на временно сдружение оферент, така че самостоятелно членовете на посоченото сдружение са лишени не само от възможността да поискат отмяна на такова решение на възлагащия орган, но и от възможността да поискат поправяне на индивидуални вреди, които са претърпели вследствие на нарушения в разглежданата процедура за възлагане на обществена поръчка.

66 За да се отговори на този въпрос, е важно да се отбележи, че актът, чиято отмяна се иска от запитващата юрисдикция, изхожда от ESR, а именно орган, различен от възлагащия орган, организирал разглежданата в главното производство процедура за възлагане на обществена поръчка.

67 От текста на Директива 89/665, обичайно посочвана като директива за „жалбите", е видно, че защитата, която е нейна цел, се отнася до действията или бездействията на възлагащите органи.

68 Така именно от текста на пето съображение и на член 1, параграф 1 от директивата ясно е видно, че те се отнасят до мерките, които следва да се вземат спрямо

решенията на възлагащите органи. Също така съгласно член 1, параграф 3 държавите членки могат да предвидят задължение за лицето, което възнамерява да прибегне до процедура по обжалване, да уведоми предварително възлагащия орган за твърдяното нарушение, за да може последният да го поправи. Освен това с член 3, параграф 2 от посочената директива на Комисията се предоставя възможност да уведоми съответния възлагащ орган за причините, поради които тя счита, че е било извършено нарушение, и да изисква неговото поправяне.

69 При това положение следва да се заключи, че споровете относно решенията на орган като ESR не попадат в установената от Директива 89/665 система от способи за обжалване.

70 Решенията на ESR обаче със сигурност могат да влияят върху развитието, дори върху резултата от процедура за възлагане на обществена поръчка, доколкото могат да доведат до отстраняването на оферент, дори на изпълнител, по отношение на който индивидуално е налице някое от основанията за несъвместимост, предвидени от съответната национална правна уредба. Така тези решения не са без значение за правилното прилагане на правото на Съюза в тази област.

71 По настоящото дело от представените от запитващата юрисдикция сведения е видно, че решението на ESR, довело до положение, в което жалбоподателят в главното производство, макар да е бил определен за изпълнител, е лишен от възлагането на разглежданата обществена поръчка, според жалбоподателя е прието в нарушение на разпоредбите на Директива 93/37/ЕИО на Съвета от 14 юни 1993 година относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки за строителство (ОВ L 199, стр. 54), както и на принципи, произтичащи от първичното право на Съюза.

72 Жалбоподателят в главното производство обаче поддържа, че чрез прилагането на спорната национална правна уредба той е бил възпрепятстван не само да поиска отмяната на незаконосъобразното според него решение на ESR, довело до отстраняването му от разглежданата в главното производство процедура, но

да поиска и обезщетение за причинените от това решение вреди. По този начин той бил лишен от правото си на ефективна съдебна защита.

73 В това отношение трябва да се напомни, че принципът на ефективната съдебна защита представлява основен принцип на правото на Съюза (вж. в този смисъл Решение от 13 март 2007 г. по дело Unibet, C-432/05, Сборник, стр. I-2271, точка 37 и цитираната съдебна практика).

74 Съгласно постоянната съдебна практика, при липса на общностна правна уредба по въпроса всяка държава членка трябва да посочи компетентните юрисдикции и да определи процесуалните норми за съдебните производства, предназначени да гарантират защитата на правата, които субектите на правото черпят от общностното право. Тези процесуални норми обаче не трябва да бъдат по-неблагоприятни от тези, които уреждат подобни вътрешноправни съдебни производства (принцип на равностойност), и не трябва да правят практически невъзможно или изключително трудно упражняването на правата, предоставени от правовия ред на Съюза (принцип на ефективност) (вж. в този смисъл Решение от 15 април 2008 г. по дело Impact, C-268/06, Сборник, стр. I-2483, точки 44 и 46, както и цитираната съдебна практика).

75 Що се отнася до принципа на равностойност, от направените от запитващата юрисдикция уточнения е видно, че съгласно вътрешното право, което общо урежда обезщетяването на вредите, причинени от незаконосъобразни актове на държавата или на публичноправни юридически лица, съдът, компетентен да присъди обезщетение за вреди и загуби, е компетентен инцидентно да упражни и контрол върху законосъобразността на увреждащия административен акт, при което самостоятелно подаване на жалба от частноправен субект може да доведе до присъждане на обезщетение, ако са изпълнени предвидените за това материални условия.

76 За разлика от това в попадащата в приложното поле на правото на Съюза област на обществените поръчки тези два вида компетентност, а именно, от една страна, компетентност да отмени административен акт или да обяви неговата

недействителност и от друга страна, компетентност да присъди обезщетение за претърпените вреди, в разглежданата национална правна уредба принадлежат на две различни юрисдикции.

77 Така в областта на обществените поръчки член 5, параграф 2 от Закон 2522/1997, който поставя присъждането на обезщетение за вреди и загуби в зависимост от предходна отмяна на увреждащия акт във връзка с член 47, параграф 1 от Президентски указ 18/1989, съгласно който жалба за отмяна на акт, приет в рамките на процедура за възлагане на обществена поръчка, е допустима само ако е подадена от всички членове на група, води, както отбелязва запитващата юрисдикция, до невъзможност за всеки член на група, който действа самостоятелно, не само да постигне отмяната на увреждащия го акт, но и да сезира компетентния съд, за да бъде обезщетен за претърпените от него вреди, докато такава невъзможност изглежда не съществува в други области по силата на нормите на вътрешното право, приложими към исканията за обезщетение, основаващи се на причинени от незаконосъобразен акт на публичен орган вреди.

78 Що се отнася до принципа на ефективност, следва да се констатира, че чрез прилагането на разглежданата в главното производство национална правна уредба оферент като жалбоподателя в главното производство се оказва лишен от всякаква възможност да потърси от компетентния съд поправяне на вредите, които е претърпял вследствие на нарушение на правото на Съюза от административен акт, който може да е оказал влияние върху развитието и дори върху резултата от процедура за възлагане на обществена поръчка. По този начин такъв оферент се оказва лишен от ефективна съдебна защита на правата, които черпи от правото на Съюза в тази област.

79 Както отбелязва генералният адвокат в точки 107—116 от заключението си, в това отношение е важно да се подчертае, че настоящият контекст се различава от този по казуса, по който е постановено Решение по дело Espace Trianon и Sofibail, посочено по-горе. Действително, докато в последното става въпрос за жалба за отмяна на решение за възлагане, с което цялата група оферент се лишава от разглежданата поръчка, всъщност настоящото дело се отнася до искане за поправяне на вредите, за които се твърди, че са причинени от незаконосъобразно решение на административен орган, с което се установява основание за несъвместимост по смисъла на съответната национална правна уредба по отношение на единствения оферент жалбоподател.

80 Предвид изложеното на първия въпрос, поставен по дело C-149/08, следва да се отговори, че правото на Съюза, и по-специалното правото на ефективна съдебна защита, не допуска национална правна уредба като разглежданата в главното производство, тълкувана така, че членовете на временно сдружение — оферент в процедура за възлагане на обществена поръчка, да бъдат лишени от възможността да поискат самостоятелно поправяне на вредите, които всеки от тях отделно е претърпял вследствие на решение, прието от орган, различен от възлагащия, но участващ в тази процедура в съответствие с приложимите национални норми, което може да повлияе върху развитието на процедурата.

81 С оглед на този отговор не следва да се отговаря на втория въпрос, поставен по дело C-149/08.

По съдебните разноски

82 С оглед на обстоятелството, че за страните по главното производство настоящото дело представлява отклонение от обичайния ход на производството пред запитващата юрисдикция, последната следва да се произнесе по съдебните разноски. Разходите, направени за представяне на становища пред Съда, различни от тези на посочените страни, не подлежат на възстановяване.

По изложените съображения Съдът (четвърти състав) реши:

1) Смесен договор, чийто основен предмет е придобиването от дадено предприятие на 49 % от капитала на публично предприятие и чийто акцесорен предмет, неразделно свързан с този основен предмет, е доставката на услуги и извършването на строителни работи, не попада в

своята цялост в приложното поле на директивите в областта на обществените поръчки.

2) Правото на Съюза, и по-специалното правото на ефективна съдебна защита, не допуска национална правна уредба като разглежданата в главното производство, тълкувана в такъв смисъл, че членовете на временно сдружение — оферент в процедура за възлагане на обществена поръчка, да бъдат лишени от възможността да поискат самостоятелно поправяне на вредите, които всеки от тях поотделно е претърпял вследствие на решение, прието от орган, различен от възлагащия, но участващ в тази процедура в съответствие с приложимите национални норми, което решение може да повлияе върху развитието на процедурата.

Подписи