OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
CHRISTINE STIX-HACKL
przedstawiona w dniu 15 marca 2005 r. [1]

I — Wprowadzenie

1. Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy środków odwoławczych od decyzji instytucji zamawiającej w sprawie udzielenia zamówienia, a mianowicie legitymacji czynnej poszczególnych członków konsorcjum powołanego dla osiągnięcia określonego celu zgodnie z prawem belgijskim, które należy zakwalifikować jako grupę oferentów (bądź jako „grupę wykonawców" w rozumieniu nowych dyrektyw dotyczących udzielania zamówień [2]).

II — Ramy prawne

A — *Prawo wspólnotowe*

2. Artykuł 1 dyrektywy Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane [3] (zwanej dalej „dyrektywą") stanowi m.in.:

„1. Państwa członkowskie podejmują środki niezbędne do zapewnienia, aby decyzje podejmowane przez instytucje zamawiające odnośnie do procedur udzielania zamówień publicznych objętych zakresem dyrektyw 71/305/EWG, 77/62/EWG i 92/50/EWG mogły być skutecznie i przede wszystkim możliwie szybko, zgodnie z warunkami określonymi w poniższych artykułach,

1 — Język oryginału: niemiecki.

2 — Artykuł 4 ust. 2 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. L 134, str. 114) i art. 11 ust. 2 dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz.U. L 134, str. 1).

3 — Dz.U. L 395, str. 33, zmieniona dyrektywą Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnoszącą się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi (Dz.U. L 209, str. 1).

w szczególności art. 2 ust. 7, podlegać odwołaniu na podstawie tego, że takie decyzje naruszyły prawo wspólnotowe w dziedzinie zamówień publicznych albo krajowe przepisy, wykonujące to prawo.

[...]

3. Państwa członkowskie zapewniają, że procedury odwoławcze, zgodnie ze szczegółowymi przepisami, które państwa członkowskie mogą wprowadzić, dostępne są, co najmniej każdemu podmiotowi, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia publicznego na dostawy lub roboty budowlane, w przypadku, gdy taki podmiot doznał uszczerbku lub zagraża mu doznanie uszczerbku w wyniku domniemanego naruszenia przepisów. W szczególności, państwa członkowskie mogą wymagać od podmiotu, który zamierza skorzystać ze środków odwoławczych, uprzedniego powiadomienia instytucji zamawiających o domniemanym naruszeniu przepisów oraz o zamiarze skorzystania ze środków odwoławczych".

3. Artykuł 2 ust. 1 dyrektywy 89/665 stanowi m.in.:

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

[...]

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

[...]".

4. Artykuł 21 dyrektywy Rady 93/37/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane [4] brzmi następująco:

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

4 — Dz.U. L 199, str. 54, z późniejszymi zmianami.

B — *Prawo krajowe*

5. Właściwe tutaj są przepisy art. 19 ust. 1 ustaw o Conseil d'Etat [radzie państwa] ujednoliconych w dniu 12 stycznia 1973 r., które regulują m.in. legitymację czynną w sprawach o stwierdzenie nieważności.

6. Artykuł 53 Code des sociétés [kodeksu spółek] reguluje istotne aspekty stosunku do osób trzecich „association momentanée".

7. Artykuł 522 ust. 2 Code des sociétés stanowi, że prawo reprezentacji „Société Anonyme" m.in. przed sądem przysługuje zarządowi. Ponadto przepis ten stwierdza, że statut może przyznać prawo reprezentacji jednemu lub kilku członkom zarządu.

III — Stan faktyczny, przebieg postępowania i pytania prejudycjalne

8. W dniu 30 września 1997 r. w *Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich* zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu Office communautaire et régional de la formation professionnelle et de l'emploi [Wspólnotowego i regionalnego urzdu ds. kształcenia zawodowego i zatrudnienia] (zwanego dalej „FOREM"), w którym przedmiot zamówienia został określony następująco: „Projekt, realizacja i finansowanie budowy budynku o powierzchni 6 500 m^2 (netto) powyżej gruntu, przeznaczonego na użytek personelu administracyjnego Office régional de l'emploi (Dyrekcji Regionalnej ds. Zatrudnienia w Liège)"; przy czym zostało wskazane, iż dopuszczalne są również oferty wariantowe. Następnie zostały opublikowane cztery ogłoszenia o sprostowaniu.

9. W dniu 20 lutego 1998 r. miało miejsce otwarcie ofert. Wpłynęło pięć ofert, w tym oferty grup wykonawców (associations momentanées; spółek powołanych dla osiągnięcia określonego celu [konsorcjów]) Espace Trianon—SOFIBAIL, jak również C. I.D.P.-B.P.C. Grupa wykonawców Espace Trianon—SOFIBAIL składa się z Espace Trianon SA (zwanej dalej „Espace") i z Société Wallone de Location-Financement SA (zwanej dalej „SOFIBAIL").

10. W dniu 22 grudnia 1998 r. komitet zarządzający FOREM udzielił konsorcjum C.I.D.P.-B.P.C. zamówienia na projekt, realizację i finansowanie budynku o powierzchni ok. 6 500 m^2 netto powyżej gruntu, przeznaczonego na użytek personelu administracyjnego FOREM, Dyrekcji Regionalnej w Liège.

11. W dniu 8 stycznia 1999 r. komitet zarządzający FOREM potwierdził „uzasad-

nioną decyzję, która została przyjęta na zgromadzeniu w dniu 22 grudnia 1998 r."

12. W dniu 25 stycznia 1999 r. Espace i „SOFIBAIL" doręczono decyzję o udzieleniu zamówienia.

13. W dniu 19 lutego 1999 r. Espace i „SOFIBAIL" wniosły do Conseil d'Etat skargę o stwierdzenie nieważności decyzji o udzieleniu zamówienia.

14. W dniu 8 marca 1999 r. Espace i „SOFIBAIL" wniosły do Conseil d'Etat skargę o stwierdzenie nieważności potwierdzenia z dnia 8 stycznia 1999 r.

15. W ramach badania dopuszczalności skargi, Conseil d'Etat stwierdziła, że decyzje podjęte w imieniu Espace dotyczące wszczęcia postępowania sądowego nie były zgodne z prawem, ponieważ nie zostały przyjęte, jak to przewiduje statut, przez zarząd. Natomiast decyzje „SOFIBAIL" zostały przyjęte we właściwy sposób.

16. Ze względu na to, że oferta została złożona w imieniu grupy wykonawców Espace-SOFIBAIL, i że decyzja jednego z członków nie była zgodna z prawem, Conseil d'Etat zbadała wpływ takiej niezgodności z prawem na dopuszczalność skarg.

17. Wyrokiem z dnia 25 lutego 2004 r. Conseil d'Etat postanowiła o przedłożeniu Trybunałowi następujących pytań prejudycjalnych:

„1) Czy art. 1 dyrektywy Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane sprzeciwia się krajowemu przepisowi prawa, takiemu jak art. 19 ust. 1 ustaw o Conseil d'Etat ujednoliconych w dniu 12 stycznia 1973 r., który jest interpretowany w ten sposób, że członkowie spółki powołanej dla osiągnięcia określonego celu (konsorcjum) nieposiadającej osobowości prawnej, która jako taka wzięła udział w procedurze udzielania zamówień publicznych i której nie udzielono zamówienia, mogą wnieść skargę na decyzję o udzieleniu wspomnianego zamówienia jedynie wszyscy razem — działając w charakterze wspólników lub w imieniu własnym?

2) Czy odpowiedź na to pytanie brzmiałaby odmiennie, jeśli członkowie konsorcjum wprawdzie wnieśli skargę wszyscy razem, ale skarga jednego z członków jest niedopuszczalna?

3) Czy art. 1 dyrektywy Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie

koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane sprzeciwia się krajowemu przepisowi prawa, takiemu jak art. 19 ust. 1 ustaw o Conseil d'Etat ujednoliconych w dniu 12 stycznia 1973 r., który jest interpretowany w ten sposób, że członek takiego konsorcjum nie może indywidualnie — zarówno działając w charakterze wspólnika, jak i w imieniu własnym — wnieść skargi na decyzję o udzieleniu zamówienia?".

IV — Ocena

A — *Uwagi ogólne*

18. Wszystkie trzy pytania prejudycjalne odnoszą się do wspólnotowych przepisów dotyczących dopuszczalności wszczęcia procedury odwoławczej przez członków grupy wykonawców, a mianowicie w tym przypadku konsorcjum powołanego zgodnie z prawem belgijskim.

19. Z uwagi na brzmienie pytań prejudycjalnych należy przypomnieć, że zgodność prawa krajowego z prawem wspólnotowym nie może stanowić przedmiotu wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym na podstawie art. 234 WE. W konsekwencji przedstawione w tym postępowaniu pytania prejudycjalne należy rozumieć w ten sposób, że mają one na celu dokonanie wykładni prawa wspólnotowego.

20. Podczas gdy pierwsze i trzecie pytanie prejudycjalne poruszają zasadniczą kwestię legitymacji czynnej poszczególnych członków grupy wykonawców, drugie pytanie prejudycjalne dotyczy jedynie określonego przypadku, a mianowicie sytuacji, w której wprawdzie wszyscy członkowie grupy wykonawców wnieśli razem skargę, jednakże skarga jednego z nich była niedopuszczalna.

21. Poruszone w ten sposób zagadnienia prawne należy jednakże odróżnić od — niebędącego przedmiotem postępowania — pytania, czy i na jakich warunkach grupie wykonawców należy przyznać, zgodnie z prawem wspólnotowym, legitymację czynną w procedurze odwoławczej na podstawie dyrektywy.

22. Z przyczyn procesowych niniejsza ocena musi się ograniczyć do szczególnych okoliczności niniejszego wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym również z innych względów.

23. Postępowanie przed sądem krajowym, tj. krajowa procedura odwoławcza, dotyczy kontroli decyzji instytucji zamawiającej o udzieleniu zamówienia. Odpowiedzi udzielone w niniejszym postępowaniu prejudycjalnym nie mogą jednakże znaleźć automatycznego zastosowania do skarg, które dotyczą innych decyzji instytucji zamawiającej, takich jak na przykład niezakwalifikowanie wykonawców do grona oferentów, tj. niezaproszenie do złożenia oferty. Należy również wskazać, że postępowanie przed sądem krajowym dotyczy stwierdzenia nieważności decyzji.

24. Udzielenie odpowiedzi na pytania prejudycjalne musi się zatem ograniczyć do określonego przypadku, takiego jak ten występujący w postępowaniu przed sądem krajowym. Oznacza to, że w odniesieniu do samego stwierdzenia niezgodności z prawem i zasądzenia odszkodowania z prawa wspólnotowego mogłyby wyniknąć całkiem inne zobowiązania.

25. Ponadto do tego dochodzi fakt, że grupa wykonawców, której dotyczy postępowanie przed sądem krajowym, powstała w drodze umowy i — w każdym razie zgodnie z aktami sprawy — nie posiada osobowości prawnej na podstawie prawa krajowego.

26. W odniesieniu do tego można by jednakże wskazać, że przepisy materialne dyrektyw o udzielaniu zamówień publicznych, zarówno wcześniejsze, jak i nowe, wyraźnie przewidują składanie ofert przez „grupy wykonawców". W ten sposób prawo wspólnotowe przyznaje takim kandydatom i oferentom określone prawa, a w szczególności prawo do udziału w procedurze udzielania zamówień publicznych. Z tych przepisów wspólnotowych wynika jedynie częściowa zdolność prawna grup wykonawców.

27. Ponadto w niniejszym postępowaniu prejudycjalnym należy poruszyć jedynie zagadnienie zasady jednomyślności lub innymi słowy wyłączenia legitymacji czynnej poszczególnych członków grupy wykonawców, a nie zaś zagadnienie zgodności innych uregulowań krajowych, istniejących i możliwych w państwach członkowskich, dotyczących wnoszenia przez członków grupy wykonawców skarg w procedurach odwoławczych.

28. Wreszcie należy wskazać, że w przypadku, w którym prawo wspólnotowe nakłada na państwa członkowskie obowiązek przyznania samej grupie wykonawców legitymacji czynnej, legitymacja czynna wspólników w celu zagwarantowania skutecznej ochrony prawnej nie jest wówczas wymagana. W takim przypadku zagadnienie prawne będące przedmiotem postępowania ograniczyłoby się do kwestii, kto może dokonywać czynności w imieniu grupy wykonawców posiadającej legitymację czynną.

B — *W przedmiocie pytań pierwszego i trzeciego*

29. Pierwsze i trzecie pytanie wynikają z uregulowania krajowego mającego zastosowanie w postępowaniu przed sądem krajowym, na mocy którego jedynie wszyscy członkowie konsorcjum, a nie pojedynczy członek, mogą poddać kontroli sądowej decyzję instytucji zamawiającej o udzieleniu zamówienia, tj. zaskarżyć ją. W związku z tym na pytanie pierwsze i trzecie należy udzielić wspólnej odpowiedzi.

1) Punkt wyjściowy: „interes" w rozumieniu dyrektywy

30. Punkt wyjściowy stanowią tutaj przedstawione w art. 1 ust. 3 dyrektywy przesłanki zagwarantowania legitymacji czynnej. Zgodnie z tym przepisem państwa członkowskie zapewniają, „że procedury odwoławcze, zgodnie ze szczegółowymi przepisami, które państwa członkowskie mogą wprowadzić, dostępne są, co najmniej każdemu podmiotowi, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia publicznego na dostawy lub roboty budowlane, w przypadku gdy taki podmiot doznał uszczerbku lub zagraża mu doznanie uszczerbku w wyniku domniemanego naruszenia przepisów".

31. W swoim orzecznictwie dotyczącym legitymacji czynnej Trybunał zawsze podkreślał, że zgodnie z prawem wspólnotowym zależy ona od spełnienia tych przesłanek [5].

32. Istotnej wskazówki dla niniejszego postępowania prejudycjalnego, które dotyczy grupy wykonawców, dostarcza wyrok w sprawie Makedoniko. W wyroku tym Trybunał stwierdził, że przesłanki przedstawione w art. 1 ust. 3 dyrektywy „[należy] uwzględnić przy analizie zagadnienia, czy grupa wykonawców [...] musi mieć dostęp do środków odwoławczych przewidzianych w dyrektywie 89/665" [6].

33. Dla Trybunału decydujące jest zatem, czy grupa wykonawców ma lub miała interes w uzyskaniu zamówienia publicznego będącego przedmiotem postępowania przed sądem krajowym i czy w wyniku decyzji instytucji zamawiającej doznała lub zagraża jej doznanie uszczerbku w rozumieniu art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665 [7].

34. Odnosi się to również do pytań przedłożonych w niniejszym postępowaniu, które nie dotyczy legitymacji czynnej grupy wyko-

5 — Wyroki z dnia 23 stycznia 2003 r. w sprawie C-57/01 Makedoniko Metro, Rec. str. I-1091, pkt 65, oraz z dnia 12 lutego 2004 r. w sprawie C-230/02 Grossmann Air Service, Rec. str. I-1829, pkt 25.

6 — Wyżej wymieniony w przypisie 5 wyrok w sprawie C-57/01, pkt 66.

7 — Wyżej wymieniony w przypisie 5 wyrok w sprawie C-57/01, pkt 72.

nawców jako takiej, ale legitymacji czynnej jej członków.

35. Zgodnie z dyrektywą, legitymacja czynna przysługuje zatem podmiotowi, który ma interes w uzyskaniu zamówienia publicznego, stanowiącego przedmiot procedury odwoławczej. W odniesieniu do legitymacji czynnej i wymaganego do jej przyznania interesu należy dodać, że aby wszczęcie procedury odwoławczej było dopuszczalne, nie wystarcza jakikolwiek interes.

36. Należy to również podkreślić w odniesieniu do grup wykonawców. Takie uściślenie jest konieczne dlatego, że pomiędzy interesem grupy wykonawców a interesami jej członków, jak również pomiędzy interesami poszczególnych członków może istnieć różnica, co również podkreśla Komisja.

37. Członkowie grupy wykonawców mają wprawdzie interes w tym, ażeby grupa wykonawców, do której należą, osiągnęła sukces gospodarczy. Członek grupy wykonawców ma jednakże interes jedynie w tym, ażeby *grupa wykonawców* uzyskała zamówienie publiczne, a nie w tym, ażeby *samemu* je uzyskać.

38. Zagadnienie, czy występuje interes *w rozumieniu* art. 1 ust. 3 dyrektywy, należy rozpatrzyć na podstawie czynności grupy wykonawców istotnych z punktu widzenia prawa zamówień publicznych.

39. Wbrew wywodom Komisji, państwa członkowskie mają przyznać legitymację czynną zasadniczo jedynie takiemu przedsiębiorcy, który wziął również udział w procedurze udzielenia zamówienia publicznego, od którego wniesiono środki odwoławcze [8].

40. Od zasady tej istnieją wprawdzie wyjątki, jednakże obowiązują one jedynie w określonych przypadkach: zatem udział w procedurze udzielenia zamówienia publicznego nie jest wymagany, jeśli instytucja zamawiająca wcale nie przeprowadziła formalnej procedury udzielenia zamówienia publicznego [9]. Dostęp do środków odwoławczych przewidzianych w dyrektywie ma również taki przedsiębiorca, który nie wziął udziału w procedurze udzielenia zamówienia publicznego jedynie dlatego, że wymogi zawarte w ogłoszeniach o zamówieniu wskazywały na to, że wzięcie udziału w tej procedurze nie ma szansy powodzenia [10].

41. Zgodnie z orzecznictwem Trybunału z wymogu wzięcia udziału w procedurze

8 — Wyżej wymieniony w przypisie 5 wyrok w sprawie C-230/02, pkt 27.

9 — Wyrok z dnia 11 stycznia 2005 r. w sprawie Stadt Halle, Zb. Orz. str. I-1, pkt 34, i 41 i nast.

10 — Wyżej wymieniony w przypisie 5 wyrok w sprawie C-230/02, pkt 28 i nast.

udzielenia zamówienia publicznego należy zatem zrezygnować jedynie w tych przypadkach, w których udział był niemożliwy lub przynajmniej nie miał szansy powodzenia. A zatem decydująca jest niemożliwość skutecznego udziału w procedurze udzielenia zamówienia publicznego, która ma swoje źródło w zachowaniu instytucji zamawiającej. Od *niemożliwości* należy jednakże odróżnić przypadki, w których przedsiębiorca w ogóle *nie chce* wziąć udziału w procedurze udzielenia zamówienia publicznego. Dotyczy to również poszczególnych członków grupy wykonawców, którzy *nie chcieli* sami wziąć udziału w procedurze udzielenia zamówienia publicznego.

2) Znaczenie prawa materialnego dla kwestii legitymacji czynnej

42. W odniesieniu do przedsiębiorców, którzy tworzą grupę wykonawców, gdyż samodzielnie nie mogliby skutecznie wziąć udziału w procedurze udzielenia zamówienia publicznego, należy wskazać, że przyczyna takiej niemożności nie ma związku z zachowaniem instytucji zamawiającej.

43. Stan faktyczny leżący u źródła postępowania przed sądem krajowym różni się zatem od przypadków niemożliwości, w których nie można wymagać wzięcia udziału w procedurze udzielenia zamówienia publicznego, jeszcze pod innym względem: wzięcie udziału miało miejsce i nawet została złożona oferta. Fakt, iż dokonała tego grupa wykonawców, a nie jej członkowie, nie jest tu decydujący. Członkowie nie występują bowiem w procedurze odwoławczej jako przedsiębiorcy, którzy nie mają żadnego związku z oferentem, a mianowicie z grupą wykonawców, ale jako jej członkowie. Ze względu na to, że poszczególni przedsiębiorcy powołują się na cechę członka grupy wykonawców, należy także umożliwić przypisanie działania grupy wykonawców na ich rachunek.

44. Procesowe prawo do wszczęcia procedury odwoławczej wynika zatem z faktycznego udziału w procedurze udzielenia zamówienia publicznego jako kandydat lub, jak w przypadku postępowania przed sądem krajowym, jako oferent.

45. Zależność ta została również wyrażona w wyroku w sprawie Makedoniko, zgodnie z którym „przewidziane w dyrektywie 89/665 środki odwoławcze muszą być dostępne grupie wykonawców, o ile decyzja instytucji zamawiającej narusza prawa, które przysługują jej zgodnie z prawem wspólnotowym w ramach procedury udzielania zamówień publicznych" [11].

11 — Wyżej wymieniony w przypisie 5 wyrok w sprawie C-57/01, pkt 73.

46. Zgodnie z prawem wspólnotowym legitymację czynną należy zatem przyznać takiemu podmiotowi, któremu przysługują również prawa materialne. Jednakże w przypadku grup wykonawców prawa wynikające z materialnych przepisów dyrektyw o udzielaniu zamówień publicznych przysługują im samym. To właśnie grupa wykonawców występuje jako spółka względem osób trzecich w procedurze udzielenia zamówienia publicznego. W każdym razie również jedynie ona jest adresatem decyzji o udzieleniu zamówienia.

47. Tak samo okoliczność, że zgodnie z prawem krajowym również członkowie grupy wykonawców przejmują — ewentualnie nawet w stosunkach zewnętrznych — określone obowiązki, może być decydująca w ramach krajowego prawa procesowego. Wobec tego zasada zależności między materialnymi prawami a obowiązkami z jednej strony i ochroną prawną z drugiej strony może mieć znaczenie również w prawie krajowym.

48. Udzielając odpowiedzi na pytania prejudycjalne, należy zatem — z punktu widzenia prawa wspólnotowego — kierować się zasadą, zgodnie z którą dyrektywa ma na celu urzeczywistnienie praw wynikających z materialnych przepisów dyrektyw o udzielaniu zamówień publicznych.

49. Jeśli zastosować tę zasadę w postępowaniu przed sądem krajowym, to prowadzi to do wniosku, że dyrektywa zapewnia ochronę prawną jedynie *oferentom*, a zatem tutaj grupie wykonawców. Postępowanie przed sądem krajowym ukazuje typową dla grupy wykonawców sytuację prawną, a mianowicie, że jej członkowie, ze względu na swoje wyspecjalizowanie, nie byliby w stanie wykonać całego zamówienia publicznego. Należy podkreślić, że nie mieli oni również zamiaru tego dokonać.

50. Zasada zależności przemawia zatem raczej przeciwko temu, że na podstawie dyrektywy legitymacja czynna powinna przysługiwać również poszczególnym członkom.

51. Z dyrektywy można zatem wnioskować, że legitymacja czynna przysługuje jedynie grupie wykonawców jako takiej. Prowadzi to do odwrotnego wniosku, że — zgodnie z prawem wspólnotowym — poszczególnym członkom grupy wykonawców nie przysługuje prawo do odwołania się w *swoim* imieniu od decyzji o udzieleniu zamówienia.

52. Wobec tego pozostaje jeszcze wyjaśnić, czy poszczególni członkowie grupy wykonawców mogą w sposób dopuszczalny wszcząć odpowiednią procedurę odwoławczą przynajmniej w jej imieniu.

53. Należy tutaj pamiętać, jak w odniesieniu do wszystkich krajowych przepisów prawa procesowego, o zasadach równoważności i efektywności.

54. Owe zasady prawa wspólnotowego zostały nawet, w odniesieniu do ochrony prawnej w ramach prawa o zamówieniach publicznych, wyraźnie wyrażone w art. 1 dyrektywy. Ze względu na zasadę efektywności państwa członkowskie zostały zobowiązane w art. 1 ust. 1 dyrektywy do zapewnienia, ażeby decyzje instytucji zamawiających mogły *skutecznie i* przede wszystkim możliwie szybko podlegać odwołaniu. Miara wynikająca z właściwej tutaj zasady efektywności nie jest jednakże absolutna.

55. Mianowicie w sprawie dotyczącej ochrony prawnej w ramach prawa o zamówieniach publicznych Trybunał podkreślił, że w celu „stosowania zasady efektywności [...] należy zbadać każdy przypadek, w którym pojawia się pytanie, czy krajowy przepis prawa procesowego uniemożliwia lub nadmiernie utrudnia stosowanie prawa wspólnotowego, mając na uwadze pozycję tego przepisu w całości postępowania, przebieg postępowania i szczególne okoliczności postępowania" [12].

56. W wyroku w sprawie Fritsch Trybunał podkreślił kolejną zasadę:

„Nawet jeśli w pozostałym zakresie art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665 wyraźnie umożliwia państwom członkowskim ukształtowanie warunków, na jakich udostępniają one przewidziane w dyrektywie procedury odwoławcze każdemu, kto ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia publicznego i doznał lub zagraża mu doznanie uszczerbku w wyniku domniemanego naruszenia przepisów, to nie zezwala on jednak państwom członkowskim na interpretację pojęcia »interesu w uzyskaniu danego zamówienia publicznego« w sposób, który może podważyć praktyczną skuteczność (effet utile) dyrektywy" [13].

57. W wyroku w sprawie Grossmann Trybunał uznał nawet zasadniczo dopuszczalność przepisów krajowych, które definiują bliżej pojęcie „interesu" i w ten sposób ograniczają legitymację czynną:

„Dlatego też praktyczna skuteczność (effet utile) dyrektywy 89/665 nie jest naruszona, jeśli interes podmiotu, który nie brał udziału ani w procedurze udzielenia zamówienia publicznego, ani w procedurze odwoławczej od decyzji instytucji zamawiającej, w której dokonano specyfikacji zamówienia, nie zostanie uznany i w ten sposób nie zostanie mu

12 — Wyrok z dnia 27 lutego 2003 r. w sprawie C-327/00 Santex, Rec. str. I-1877, pkt 56, oraz wyrok z dnia 14 grudnia 1995 r. w sprawie C-312/93 Peterbroeck, Rec. str. I-4599, pkt 14.

13 — Wyrok z dnia 19 czerwca 2003 r. w sprawie C-410/01 Fritsch i in., Rec. str. I-6413, pkt 34.

zapewniony dostęp do procedur odwoławczych przewidzianych przez tę dyrektywę" [14].

58. Z orzecznictwa tego można zatem wywieść, że interes wymagany dla przyznania legitymacji czynnej posiada jedynie grupa wykonawców, a nie pojedynczy członek.

zobowiązani spełnić porównywalne wymogi procesowe, a mianowicie muszą oni zadbać o reprezentację odpowiednią dla danej formy prawnej. A zatem także w odniesieniu do grup wykonawców dotyczy to — dokładnie mówiąc — tylko wewnętrznej formy składania oświadczeń woli, które ma również miejsce w przypadku innych oferentów.

3) Ocena skutków wynikających z zasady jednomyślności

59. Na podstawie tak rozumianych zasad równoważności i efektywności należy również oceniać skutki wynikające z zasady jednomyślności.

60. Obowiązuje to również w odniesieniu do przywołanego przez Komisję skutku, zgodnie z którym zasada jednomyślności pomniejsza możliwości wszczęcia procedury odwoławczej, a ograniczenie to ma tym większe znaczenie, że przy ochronie prawnej w ramach prawa o zamówieniach publicznych wymagany jest pośpiech.

62. Okoliczność, że zasada jednomyślności może ponadto prowadzić do tego, iż ochrona interesu grupy wykonawców będzie uzależniona od poszczególnych członków, nie prowadzi od razu jedynie z tego względu do naruszenia wyżej wymienionych zasad. Wspólne działanie poszczególnych członków grupy wykonawców nie stanowi bowiem żadnej cechy szczególnej prawa procesowego; raczej wspólne działanie jest wymagane nawet jeszcze przed wzięciem udziału w procedurze udzielenia zamówienia publicznego i na długo przed złożeniem oferty, a mianowicie na przykład przy powołaniu grupy wykonawców.

61. Niemniej jednak także inni oferenci działający w formie grup wykonawców są

63. Okoliczność, iż interesy poszczególnych członków mogą być odmienne, może wprawdzie utrudnić przy stosowaniu zasady jednomyślności wszczęcie procedury odwoławczej, jednakże nie można nie zauważyć, że większość członków, również w odniesieniu do procedury odwoławczej, może mieć odmienne interesy od interesów poszczególnych członków.

14 — Wyżej wymieniony w przypisie 5 wyrok w sprawie C-230/02, pkt 39.

64. W przekonaniu Komisji, zasada jednomyślności zmusza grupy wykonawców do przyjęcia określonej formy prawnej. W odniesieniu do tego twierdzenia należy zauważyć, że zasada ta powinna raczej prowadzić do zdystansowania się od określonej formy prawnej.

65. Ponadto każda grupa wykonawców powinna opracować konkretną formę współpracy i z zasady zawrzeć umowę spółki. A zatem, wbrew przekonaniu Komisji, w fakcie tym nie można dostrzec naruszenia art. 21 dyrektywy 93/37, gdyż nie przewiduje on przecież przymusu przybrania określonej formy prawnej. Decyzja o powołaniu grupy wykonawców podejmowana jest świadomie, przy uwzględnieniu związanych z tym korzyści i niedogodności.

66. Porozumienie takie może obejmować również wykonywanie prawa do odwołania. Jednakże korzyści wynikające z takiego porozumienia dla poszczególnych członków grupy wykonawców nie mogą być postrzegane jako zobowiązanie do przyjęcia określonej formy prawnej.

67. Komisja, twierdząc wreszcie, że zasada jednomyślności działa zniechęcająco nawet już przy powoływaniu grupy wykonawców, nie dostrzega, że to właśnie wiedza o ewentualnych trudnościach przy dochodzeniu roszczeń z tytułu ochrony prawnej skutkuje możliwością przedsięwzięcia odpowiednich środków w umowie spółki. Postanowienia te mogą przewidywać przykładowo reprezentację przez jednego członka lub określoną zasadę większości.

68. Tym bardziej zasady jednomyślności nie można postrzegać jako dyskryminacji w stosunku do innych form prawnych spółek, gdyż również oferenci, którzy nie występują w formie grupy wykonawców, muszą przestrzegać przepisów prawa spółek i prawa procesowego. Dotyczy to między innymi przestrzegania uregulowań dotyczących reprezentacji spółek przez uprawnione do tego organy. Charakterystyka grupy wykonawców dowodzi jedynie, że każda forma prawna wyróżnia się określonymi cechami szczególnymi.

69. Wspomnianemu wielokrotnie przez Komisję paraliżowi grożącemu wskutek stosowania zasady jednomyślności ustawodawca, jak już przedstawiono powyżej, może zapobiec w krajowych porządkach prawnych, w których zasada jednomyślności stanowi prawo względnie obowiązujące. W takim przypadku rozwiązania odbiegające od tej zasady mogą przybrać formę odpowiedniego sformułowania umowy spółki lub — w zależności od okoliczności — uchwały członków podjętej bezpośrednio na podstawie właściwych przepisów krajowego prawa spółek.

70. W niniejszym postępowaniu wielokrotnie zwrócono uwagę na możliwość uzgodnienia zasady większości lub przewidzenia reprezentacji przez jednego członka, na przykład w formie „mandatu" zgodnie z krajowym porządkiem prawnym postępowania przed sądem krajowym.

71. Zamierzony przez wspólnotowego ustawodawcę łatwiejszy dostęp do skutecznej ochrony prawnej zostałby jednakże naruszony wtedy, gdy krajowe prawo zawierałoby takie zasady reprezentacji, które powodowałyby poszkodowanie zagranicznych grup wykonawców lub których spełnienie byłoby praktycznie niemożliwe.

72. Okoliczność, że w niektórych państwach członkowskich procedurę odwoławczą mogą wszcząć również poszczególni członkowie grupy wykonawców, nie zmienia faktu, iż dyrektywa tego nie wymaga. Należy przyznać, iż państwa członkowskie zasadniczo mogą wyjść poza unormowany w dyrektywach zakres minimalny [15]. Jednakże w takim przypadku pojawia się pytanie, czy tego rodzaju uregulowanie krajowe — na pierwszy rzut oka wspaniałomyślne, gdyż przyjazne oferentom — byłoby zgodne z prawem wspólnotowym. To zagadnienie prawne nie stanowi jednakże przedmiotu niniejszego postępowania prejudycjalnego.

73. Przeciwko wspólnotowoprawnemu zobowiązaniu państw członkowskich do przyznania legitymacji czynnej również poszczególnym członkom przemawia wreszcie okoliczność, że ochronie muszą podlegać również inni członkowie grupy wykonawców.

74. Przyznanie legitymacji czynnej poszczególnym członkom mogłoby prowadzić do tego, że — nawet — większość członków zostałaby zmuszona, wbrew swojej woli, do wzięcia udziału w procedurze odwoławczej i w przypadku wygranej — do wzięcia udziału w nowej lub podjętej ponownie procedurze udzielenia zamówienia publicznego, w której być może nie mają już żadnego interesu, ponieważ w tym czasie przykładowo zawarli już inne umowy.

75. Nie należy tutaj zajmować się kwestią, czy prawo wspólnotowe, a contrario zabrania przyznania legitymacji czynnej pojedynczemu członkowi grupy wykonawców. W niniejszym postępowaniu należało jedynie wyjaśnić, czy prawo wspólnotowe sprzeciwia się szczególnemu krajowemu zakazowi lub — innymi słowy — czy zezwala ono na ograniczenie przyznania legitymacji czynnej łącznie ogółowi członków grupy wykonawców.

76. Prawo wspólnotowe nie zaleca zatem zasadniczo, by państwa członkowskie przyznawały poszczególnym członkom grupy wykonawców legitymację czynną do wszczęcia w imieniu własnym procedury odwoławczej. Nie zaleca ono również, ażeby poszczególni członkowie mogli wszcząć procedurę odwoławczą w imieniu grupy wyko-

15 — Wyrok z dnia 19 czerwca 2003 r. w sprawie C-315/01 GAT, Rec. str. I-6351, pkt 45.

nawców. Zalecenie takie nie obowiązuje w każdym razie wobec tych państw członkowskich, których prawo krajowe w tym zakresie nie jest bezwzględnie obowiązujące i dopuszcza odmienne uregulowanie dokonane przez grupy wykonawców, tj. ich członków, przykładowo już w umowie spółki lub — później — w drodze uchwały.

77. Na pierwsze i trzecie pytanie prejudycjalne należy zatem odpowiedzieć, że wykładni art. 1 dyrektywy 89/665 należy dokonać w ten sposób, że nie sprzeciwia się on krajowemu przepisowi prawa, zgodnie z którym członkowie spółki powołanej dla osiągnięcia określonego celu (konsorcjum), nieposiadającej osobowości prawnej, która jako taka wzięła udział w procedurze udzielenia zamówienia publicznego i której nie udzielono zamówienia, jedynie wszyscy razem — działając w charakterze wspólników lub w imieniu własnym — mogą wnieść skargę na decyzję o udzieleniu wspomnianego zamówienia, oraz zgodnie z którym pojedynczy członek takiego konsorcjum nie może indywidualnie — ani w charakterze wspólnika, ani w imieniu własnym — wszcząć procedury odwoławczej od decyzji o udzieleniu zamówienia publicznego. Obowiązuje to pod warunkiem, że to krajowe uregulowanie nie uniemożliwia lub nadmiernie nie utrudnia stosowania prawa wspólnotowego. Ma to miejsce szczególnie w przypadku, kiedy prawo krajowe dopuszcza odmienne rozwiązania przyjmowane przez członków grupy wykonawców.

C — *W przedmiocie pytania drugiego*

78. Drugie pytanie prejudycjalne dotyczy legitymacji czynnej w odniesieniu do konkretnego przypadku, a mianowicie, w którym członkowie konsorcjum wprawdzie wnieśli skargę wspólnie, ale skarga jednego z jego członków nie była dopuszczalna.

79. W ten sposób zostało poruszone zagadnienie prawne, czy zgodnie z prawem wspólnotowym należy dokonać rozróżnienia w odniesieniu do krajowej zasady jednomyślności ze względu na przyczynę braku jednomyślności.

80. W przekonaniu Komisji, jak i FOREM odpowiedź — nawet jeśli z różnych względów — brzmi: nie.

81. Jak słusznie zauważyła Austria, na drugie pytanie prejudycjalne należy odpowiedzieć w świetle zasad równoważności i skuteczności — lub też, jak przedstawiono powyżej, na podstawie wyraźnie unormowanej w art. 1 dyrektywy zasady szybkiej i skutecznej ochrony prawnej.

82. Zasady te mogłyby zostać naruszone w określonych stanach faktycznych lub ze względu na określone przepisy prawa krajowego. Niniejsze postępowanie prejudycjalne dotyczy kwestii, jakie granice wyznaczają obie te zasady skutkom, które wynikają ze stosowania zasady jednomyślności w takich okolicznościach faktycznych jak w postępowaniu przed sądem krajowym.

83. Jak wyraźnie wskazano w wyroku w sprawie Santex [16] oraz w porównaniu ze sprawą Universale Bau [17], przy ocenie zgodności z prawem krajowego przepisu prawa procesowego w świetle obu zasad należy uwzględnić również okoliczności konkretnego stanu faktycznego. W ten sposób niezgodność z prawem wspólnotowym normy, która na pierwszy rzut oka odpowiada prawu wspólnotowemu, może ukazać się dopiero w określonych okolicznościach faktycznych.

84. W przypadku wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym na podstawie art. 234 WE Trybunał zobowiązany jest jednak ograniczyć się do odpowiedzi na przedłożone pytania prejudycjalne i nie może przedstawiać żadnych ogólnych uwag o charakterze opinii. W konsekwencji, nie należy rozważać innych stanów faktycznych niż ten występujący w postępowaniu przed sądem krajowym ani dokonywać ich oceny prawnej w świetle prawa wspólnotowego.

85. Stanowiący przedmiot postępowania krajowy nakaz przestrzegania przepisów dotyczących wewnętrznej formy składania oświadczeń woli w sytuacji takiej jak w postępowaniu przed sądem krajowym nie narusza jednakże zasady szybkiej i skutecznej ochrony prawnej.

86. Mając na uwadze powyższe, na drugie pytanie prejudycjalne należy odpowiedzieć w ten sposób, że odpowiedź na pierwsze pytanie nie jest odmienna w sytuacji, gdy członkowie konsorcjum wprawdzie wnieśli skargę wszyscy razem, jednakże skarga jednego z jego członków jest niedopuszczalna.

16 — Wyżej wymieniony w przypisie 12 wyrok w sprawie C-327/00.

17 — Wyrok z dnia 12 grudnia 2002 r. w sprawie C-470/99 Universale-Bau i in., Rec. str. I-11617.

V — Wnioski

87. Uwzględniając powyższe, proponuję Trybunałowi odpowiedzieć na pytania prejudycjalne w sposób następujący:

„1) Wykładni art. 1 dyrektywy Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane należy dokonać w ten sposób, że nie sprzeciwia się on krajowemu przepisowi prawa, zgodnie z którym

— członkowie spółki powołanej dla osiągnięcia określonego celu (konsorcjum) nieposiadającej osobowości prawnej, która jako taka wzięła udział w procedurze udzielenia zamówienia publicznego i której nie udzielono zamówienia, jedynie wszyscy razem — działając w charakterze wspólników lub w imieniu własnym — mogą wnieść skargę na decyzję o udzieleniu wspomnianego zamówienia;

— pojedynczy członek takiego konsorcjum nie może indywidualnie — ani w charakterze wspólnika, ani w imieniu własnym — wnieść skargi na decyzję o udzieleniu zamówienia publicznego.

Obowiązuje to pod warunkiem, że to krajowe uregulowanie nie uniemożliwia lub nadmiernie nie utrudnia stosowania prawa wspólnotowego. W każdym razie z zasadami tymi zgodne jest, że prawo krajowe dopuszcza odmienne rozwiązania przyjmowane przez członków grupy wykonawców.

2) Odpowiedź na pierwsze pytanie nie jest odmienna w sytuacji, gdy członkowie konsorcjum wprawdzie wnieśli skargę wszyscy razem, jednakże skarga jednego z jego członków jest niedopuszczalna na podstawie prawa krajowego".