

DOMSTOLENS DOM (Fjerde Afdeling)

6. maj 2010*

I de forenede sager C-145/08 og C-149/08,

angående to anmodninger om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 234 EF, indgivet af Symvoulío tis Epikrateias (Grækenland) ved afgørelser af 15. februar 2008, indgået til Domstolen den 9. april 2008, i sagerne

Club Hotel Loutraki AE,

Athinaïki Techniki AE,

Evangelos Marinakis

mod

Ethniko Symvoulío Radiotileorasis,

* Processprog: græsk.

Ypourgos Epikrateias,

procesdeltagere:

Athens Resort Casino AE Symmetochon,

Ellaktor AE, tidligere Elliniki Technodomiki TEB AE,

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

Leonidas Bombolas (sag C-145/08),

og

Aktor Anonymi Techniki Etaireia (Aktor ATE)

mod

Ethnico Symvoulia Radiotileorasis,

procesdeltager:

Michaniki AE (sag C-149/08),

har

DOMSTOLEN (Fjerde Afdeling)

sammensat af formanden for Tredje Afdeling, K. Lenaerts, som fungerende formand for Fjerde Afdeling, og dommerne R. Silva de Lapuerta, E. Juhász (refererende dommer), G. Arestis og J. Malenovský,

generaladvokat: E. Sharpston
justitssekretær: ekspeditionssekretær L. Hewlett,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 11. juni 2009,

efter at der er afgivet indlæg af:

- Club Hotel Loutraki AE ved dikigoroι I.K. Theodoropoulos og S.A. Pappas
- Athens Resort Casino AE Symmetochon og Regency Entertainment Psychagogiki kai Touristiki AE, tidligere Hyatt Regency Xenodocheiaki kai Touristiki (Ellas), AE ved dikigoroι P. Spyropoulos, K. Spyropoulos og I. Dryllerakis
- Ellaktor AE, tidligere Elliniki Technodomiki TEB AE, ved dikigoros V. Niatsou
- Aktor ATE ved dikigoros K. Giannakopoulos
- den græske regering ved A. Samoni-Rantou, E.-M. Mamouna og N. Marioli samt I. Dionysopoulos, som befuldmægtigede
- Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved M. Patakia og D. Kukovec, som befuldmægtigede,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 29. oktober 2009,

afsagt følgende

Dom

- ¹ Anmodningerne om præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af de relevante bestemmelser — henset til de faktiske omstændigheder i hovedsagerne — i Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler (EFT L 209, s. 1) og Rådets direktiv 89/665/EØF af 21. december 1989 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter (EFT L 395, s. 33), som ændret ved direktiv 92/50 (herefter »direktiv 89/665«), samt de almindelige EU-retlige principper vedrørende udbud og særligt princippet om domstolsbeskyttelse.
- ² Anmodningerne er blevet indgivet under sager, der føres af private virksomheder og fysiske personer mod Ethniko Symvoulio Radiotileorasis (det nationale radionævn, herefter »ESR«), en myndighed, som i henhold til national lovgivning har beføjelse og pligt til at kontrollere, om personer, der har status som ejer, deltager, hovedaktionær eller medlem af et administrativt organ eller ledelsen i en virksomhed, som har indgivet bud i en udbudsprocedure, er inhabile som nærmere omhandlet i lovgivningen, og derfor automatisk skal udelukkes fra proceduren.

Retsforskrifter

EU-retlige forskrifter

3 Artikel 1, litra a), i direktiv 92/50 har følgende ordlyd:

»[Ved] offentlige tjenesteydelsesaftaler [forstås] gensidigt bebyrdende aftaler, der indgås skriftligt mellem en tjenesteyder og en ordregivende myndighed [...]

[...]«

4 Direktivets artikel 2 er affattet således:

»Såfremt en offentlig aftale omfatter både varer som defineret i [Rådets] direktiv 77/62/EØF [af 21. december 1976 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb (EFT L 13, s. 1)] og tjenesteydelser som defineret i bilag I A og I B i nærværende direktiv, falder den ind under nærværende direktivs bestemmelser, hvis værdien af de pågældende tjenesteydelser overstiger værdien af de varer, aftalen vedrører.«

5 Samme direktivs artikel 3 bestemmer:

»1. Ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler eller afholdelse af projektkonkurrencer anvender de ordregivende myndigheder fremgangsmåder, som er tilpasset efter dette direktivs bestemmelser.

2. Det påhviler de ordregivende myndigheder at sørge for, at der ikke finder forskelsbehandling sted mellem forskellige tjenesteydere.

[...]«

6 Artikel 8 i direktiv 92/50 har følgende ordlyd:

»Aftaler, hvis genstand er de i bilag I A opførte tjenesteydelser, indgås i overensstemmelse med bestemmelserne i afsnit III til VI.«

7 Direktivets artikel 9 er affattet således:

»Aftaler, hvis genstand er de i bilag I B opførte tjenesteydelser, indgås i overensstemmelse med bestemmelserne i artikel 14 og 16.«

- 8 Artikel 14 er del af direktivets afsnit IV, som indeholder fælles regler på det tekniske område, og vedrører de tekniske specifikationer, der skal anføres i udbudsmaterialet eller i aftalen, og artikel 16 er indeholdt i afsnit V, der omhandler de fælles regler for offentliggørelse.
- 9 Bilag I B til direktiv 92/50 omfatter under overskriften »Tjenesteydelser i den i artikel 9 anførte betydning« følgende:

»[...]

17 Hotel- og restaurationsvirksomhed

[...]

26 Fritids- og sportsaktiviteter samt kulturelle aktiviteter

27 Andre tjenesteydelser«.

10 Endelig bestemmes følgende i direktivets artikel 26, stk. 1:

»Der kan afgives bud af sammenslutninger af tjenesteydere. Det kan ikke forlanges af sådanne sammenslutninger, at de med henblik på afgivelse af bud antager en bestemt retlig form, men den udvalgte sammenslutning kan være nødsaget hertil, når den har fået tildelt ordren.«

11 Artikel 1 i direktiv 89/665 har følgende ordlyd:

»1. Medlemsstaterne træffer for så vidt angår procedurerne for indgåelse af offentlige kontrakter, der henhører under anvendelsesområdet for [Rådets] direktiv 71/305/EØF [af 26. juli 1971 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT L 185, s. 5)], 77/62 [...] og 92/50 [...], de nødvendige foranstaltninger for at sikre, at der effektivt og navnlig hurtigst muligt kan indgives klage over de ordregivende myndigheders beslutninger på de betingelser, der er anført i de følgende artikler, særlig artikel 2, stk. 7, med den begrundelse, at beslutningerne er i strid med fællesskabsretten vedrørende offentlige kontrakter eller de nationale regler, der omsætter denne ret.

2. Medlemsstaterne påser, at der mellem virksomheder, som kan gøre en skade gældende i forbindelse med en procedure for tildeling af kontrakter, ikke finder forskelsbehandling sted på grund af den sontring, der i dette direktiv foretages mellem de nationale regler, der omsætter fællesskabsretten, og de øvrige nationale regler.

3. Medlemsstaterne sikrer, at der er adgang til klageprocedurerne efter nærmere bestemmelser, som medlemsstaterne kan fastsætte, i det mindste for personer, der har eller har haft interesse i at opnå en offentlig indkøbs-, bygge- eller anlægskontrakt,

og som har lidt eller vil kunne lide skade som følge af en påstået overtrædelse. Medlemsstaterne kan navnlig kræve, at en person, der ønsker at gøre brug af en sådan procedure, på forhånd har underrettet den ordregivende myndighed om den påståede overtrædelse og om, at vedkommende agter at indgive klage.«

12 Dette direktivs artikel 2 er affattet således:

»1. Medlemsstaterne påser, at de foranstaltninger, der træffes med henblik på de i artikel 1 omhandlede klageprocedurer, omfatter de nødvendige beføjelser til:

- a) hurtigst muligt og som hastesag at træffe midlertidige foranstaltninger, der har til formål at bringe den påståede overtrædelse til ophør eller hindre, at der påføres de pågældende interesser anden skade, herunder foranstaltninger med henblik på at afbryde eller foranledige afbrydelse af den pågældende procedure for indgåelse af en offentlig kontrakt eller stille gennemførelsen af enhver beslutning, der er truffet af den ordregivende myndighed, i bero
- b) at annullere eller foranledige annullering af ulovlige beslutninger, herunder at fjerne de diskriminerende tekniske, økonomiske eller finansielle specifikationer i udbudsmaterialet, i udbudsbetingelserne eller i andre dokumenter i forbindelse med den pågældende procedure for indgåelse af en kontrakt
- c) at tilkende skadelidte personer skadeserstatning.

[...]

5. Når der kræves skadeserstatning med den begrundelse, at beslutningen er ulovlig, kan medlemsstaterne bestemme, at den anfægtede beslutning først skal annulleres af en instans, der har den fornødne kompetence hertil.

6. Virkningerne af udøvelsen af de i stk. 1 omhandlede beføjelser på den kontrakt, som er indgået efter tildeling af en kontrakt, fastlægges efter national ret.

Endvidere kan en medlemsstat, undtagen når en beslutning skal annulleres, inden der ydes skadeserstatning, bestemme, at den ansvarlige instans' beføjelser efter indgåelsen af den kontrakt, som følger efter tildelingen, er begrænset til ydelse af skadeserstatning til enhver, som har lidt skade på grund af en overtrædelse.

[...]«

Nationale bestemmelser

¹³ Direktiv 89/665 er i Grækenland gennemført ved lov nr. 2522/1997 om domstolsbeskyttelse under fasen forud for indgåelsen af offentlige bygge- og anlægskontrakter, indkøbskontrakter og tjenesteydelsesktrakter (FEK A' 178).

- 14 Artikel 2 i denne lov, som har overskriften »domstolsbemyttelsens rækkevidde«, er affattet således:

»1. Enhver, der har eller har haft interesse i tildelingen af en offentlig bygge- og anlægskontrakt, indkøbskontrakt eller tjenesteydelseskontrakt, og som har lidt eller kan lide tab som følge af en tilsidesættelse af fællesskabsretlige regler eller nationale retsregler, har i overensstemmelse med fremgangsmåderne fastsat i de følgende artikler ret til at anmode om, at der træffes bestemmelse om foreløbig domstolsbeskyttelse, at den ordregivende myndigheds ulovlige afgørelse annulleres eller erklæres ugyldig, samt at der tilkendes erstatning.

[...]«

- 15 Lovens artikel 4, som har overskriften »Annulation eller ugyldighed«, bestemmer:

»1. En berørt part kan kræve, at den ordregivende myndigheds afgørelser eller undladelser, som tilsidesætter fællesskabsretlige regler eller nationale retsregler vedrørende proceduren forud for indgåelsen af offentlige bygge- og anlægskontrakter, indkøbskontrakter og tjenesteydelseskontrakter, annulleres eller erklæres ugyldige. [...]

2. Hvis retten erklærer en handling eller undladelse fra den ordregivende myndigheds side ugyldig efter tildelingen af kontrakten, berøres kontrakten i sig selv ikke heraf, medmindre udbudsproceduren, inden tildelingen af kontrakten, har været suspenderet ved en beslutning om foreløbige forholdsregler eller ved en foreløbig kendelse. I så tilfælde kan den berørte part gøre krav gældende om skadeserstatning i henhold til artikel 5.«

- 16 Artikel 5 i lov nr. 2522/1997 bestemmer under overskriften »Erstatningskrav« følgende:

»1. En berørt part, som i strid med fællesskabsretlige regler eller nationale retsregler er blevet udelukket fra deltagelse i en procedure for tildeling af en offentlig bygge- og anlægskontrakt, indkøbskontrakt eller tjenesteydelseskontrakt, kan kræve erstatning af den ordregivende myndighed i henhold til artikel 197 og 198 i den borgerlige lovbog. Bestemmelser, som udelukker eller begrænser denne ret, finder ikke anvendelse.

2. Tilkendelsen af erstatning forudsætter, at den kompetente ret forinden har annulleret den ulovlige afgørelse eller undladelse eller erklæret den ugyldig. Et søgsmål med påstand om ugyldighed og et søgsmål med krav om erstatning kan sammenlægges i overensstemmelse med de generelle bestemmelser.«

- 17 Artikel 197 og 198 i den borgerlige lovbog, som der henvises til i den ovenstående bestemmelse, fastsætter ansvaret »for forhandlingerne«, dvs. forpligtelsen til at betale erstatning i tilfælde af, at de berørte parter bliver udsat for uberettigede udgifter inden for rammerne af en procedure med henblik på indgåelse af en kontrakt.

- 18 Dekret nr. 18/1989 fra republikkens præsident kodificerer lovene vedrørende *Simvoulis tis Epikratias* (FEK A' 8). Dekretets artikel 47, som har overskriften »legitim interesse«, er affattet således:

»1. En fysisk eller juridisk person, der er berørt af en forvaltningsakt, eller hvis legitime interesse — selv ikke-økonomisk — er berørt af denne akt, kan anlægge sag om annullationssøgsmål.

[...]«

- ¹⁹ Lov nr. 2206/1994 vedrører »Oprettelse, organisering, drift og kontrol med kasinoer osv.« (FEK A' 62). Artikel 1, stk. 7, i denne lov, som har overskriften »Tilladelse til at drive kasino«, er affattet således:

»Tilladelse til at drive kasino udstedes efter beslutning truffet af turistministeren efter en offentlig international udbudsprocedure, som er iværksat af en kommission på syv medlemmer.«

- ²⁰ Lovens artikel 3, med overskriften »Kasinodrift«, har følgende ordlyd:

»Kasinodrift er underlagt statslig kontrol.«

- ²¹ Artikel 14, stk. 9, i den græske forfatning og gennemførelsesloven nr. 3021/2002 (FEK A' 143) indfører en ordning med restriktioner for indgåelse af offentlige kontrakter med personer, som er aktive eller har interesser i mediesektoren. Ordningen indeholder en formodning om uforenelighed mellem status som ejer, deltager, hovedaktionær eller medlem af ledelsen i en virksomhed, der er aktiv inden for mediesektoren, og status som ejer, deltager, hovedaktionær eller ledelsen i en virksomhed, som over for det offentlige eller en offentlig juridisk person i bred forstand påtager sig at

gennemføre bygge- og anlægsarbejde eller levere varer eller præstere tjenesteydelser. Uforeneligheden omfatter ligeledes visse indbyrdes beslægtede fysiske personer.

- ²² Lov nr. 3021/2002 bestemmer i det væsentlige, at den pågældende ordregivende myndighed før tildeling eller tilkendelse af en offentlig kontrakt, eller i hvert fald inden kontrakten underskrives, skal anmode ESR om en erklæring, der attesterer, at de i denne lov fastsatte betingelser for uforenelighed ikke er opfyldt, idet kontrakten eller udbuddet ellers vil være ugyldig. ESR's afgørelse er bindende for den ordregivende myndighed, men kan gøres til genstand for annulationssøgsmål af personer, der kan godtgøre en søgsmålsinteresse, herunder offentlige myndigheder.
- ²³ Domstolen fastslog i dom af 16. december 2008, *Michaniki* (sag C-213/07, Sml. I, s. 9999, domskonklusionens punkt 1 og 2), at selv om EU-retten ikke udelukker en sådan lovgivning, der forfølger det legitime mål om ligebehandling af bydende og gennemsigtighed i forbindelse med indgåelse af offentlige kontrakter, udelukker den imidlertid i lyset af proportionalitetsprincippet indførelsen af en uafkræftelig formodning om uforenelighed som den, der er fastsat i den omhandlede nationale lovgivning.

Tvisterne i hovedsagerne og de præjudicielle spørgsmål

Sag C-145/08

- ²⁴ Det fremgår af forelæggelsesafgørelsen, at ved afgørelse af 10. oktober 2001 besluttede den tværministerielle privatiseringskommission at privatisere selskabet Elliniko Kazino Parnithas AE (herefter »EKP«), et datterselskab af Ellinika Touristika Akinita AE (herefter »ETA«), hvis aktier er 100% ejet af den græske stat. Udbudsbekendtgørelsen af oktober 2001 foreskrev en første fase med henblik på en indledende udvælgelse af de bydende, der opfyldte de i bekendtgørelsen fastsatte betingelser. En efterfølgende fase tilsigtede at udvælge den bydende, der havde afgivet det bedste bud, og som ville blive anmodet om at underskrive kontrakten. I løbet af den første fase blev konsortiet Koinopraxia Kazino Attikis og konsortiet Hyatt Regency Xenodocheiaki kai Touristiki (Ellas) AE — Elliniki Technodomiki AE udvalgt.
- ²⁵ I henhold til en supplerende bekendtgørelse offentliggjort i april 2002 var den kontrakt, der skulle indgås, formuleret således:

Kontrakten er blandet og omfatter følgende:

- En aftale om, at ETA sælger 49% af aktierne i EKP til et »aktieselskab med eksklusivt formål« (herefter »AEAS«), som skal oprettes af den bydende, som til slut udvælges.

- En aftale om, at AEAS forpligter sig til at iværksætte en udviklingsplan, der skal gennemføres inden for en frist på 750 kalenderdage regnet fra opnåelsen af de nødvendige tilladelser. Udviklingsplanen omfatter en forbedring af kasinoets lokaler og en opgradering af de muligheder, der følger af tilladelsen til at drive kasino, en istandsættelse og forbedring af to hoteller, der tilhører ejendomskomplekset, samt indretning af omgivende udendørsarealer på ca. 280 ha. Udførelsen af disse arbejder udgør en del af den pris, der skal betales for overtagelsen af 49% af aktierne i EKP.

- En aftale mellem ETA og AEAS, hvorved sidstnævnte opnår ret til at udpege flertallet af bestyrelsesmedlemmerne i EKP's bestyrelse og således at administrere virksomheden i overensstemmelse med kontraktbetingelserne.

- En aftale, hvorefter AEAS overtager driften af kasinoet mod betaling, der skal erlægges af ETA. Som betaling modtager AEAS et beløb, der ikke kan overstige en faldende procentsats af det årlige driftsresultat (faldende fra 20% af overskuddet på indtil 30 mio. EUR til 5% af overskuddet over 90 mio. EUR) samt 2% af omsætningen.

- Som driftsleder skal AEAS drive kasinovirksomheden på en måde, så der konstant opretholdes et luksuøst miljø, som tilbyder tjenester af høj kvalitet og på en finansiell rentabel måde for EKP. Konkret må overskuddet ved driften før skat ikke være lavere end 105 mio. EUR for de fem første regnskabsår efter kontraktens ikrafttræden. Nettooverskuddet deles mellem ETA og AEAS i forhold til den procentdel af aktierne i EKP, som de hver især ejer.

— Da EKP er den eneste kasinovirksomhed, som aktuelt opererer i regionen Attica, følger det af kontrakten, at hvis der lovligt oprettes et andet kasino inden for disse geografiske rammer inden for ti år efter kontraktens ikrafttræden, skal ETA betale AEAS en kompensation, svarende til 70% af transaktionsprisen. Denne kompensation reduceres hvert år med en tiendedel regnet fra kontraktens ikrafttræden.

— Hvad angår driften af kasinovirksomheden udløber kontrakten ti år efter dens ikrafttræden.

²⁶ Da konsortiet Hyatt Regency Xenodocheiaki kai Touristiki (Ellas) AE — Elliniki Technodomiki AE var den bydende, der afgav det bedste bud inden for rammerne af den omhandlede procedure, blev det udvalgt som koncessionshaver. Før underskrivelse af kontrakten oplyste ETA identiteten af ejerne, deltagerne, hovedaktionærerne og de ledende medarbejdere i koncessionshaveren til ESR med henblik på at opnå attesting af, at der ikke hos disse personer forelå et af de tilfælde af uforenelighed, som er omhandlet i artikel 3 i lov nr. 3021/2002. Ved certifikat af 27. september 2002 attesterede ESR, at der ikke fandtes tilfælde af uforenelighed hos de ovennævnte personer.

²⁷ Denne retsakt fra ESR er genstand for et annullationssøgsmål, som alene er anlagt af tre ud af de syv medlemmer, som udgør det bydende konsortium Koinopraxia Kazino Attikis, som ikke fik tildelt kontrakten. Sagsøgerne har gjort gældende, at et af medlemmerne i det konsortium, der fik tildelt kontrakten, falder ind under de tilfælde af uforenelighed, som er fastsat i national lovgivning, og at tildelingen af kontrakten af denne grund skal annulleres.

²⁸ Den forelæggende ret har anført, at den omhandlede kontrakt er en blandet kontrakt, som dels omfatter en del vedrørende ETA's salg af aktier til den bydende, der afgav det bedste bud — en del, der som sådan ikke henhører under de EU-retlige udbudsbestemmelser — dels en del vedrørende en offentlig tjenesteydelseskontrakt, der skal

indgås med den bydende, der afgav det bedste bud, som skal påtage sig forpligtelserne til at drive kasinovirksomheden. Den del, der vedrører afståelsen af aktier, udgør ifølge den forelæggende ret den største del af denne blandede kontrakt. Kontrakten omfatter i øvrigt ligeledes en del vedrørende en offentlig bygge- og anlægskontrakt, for så vidt som koncessionshaveren påtager sig en forpligtelse til at udføre de arbejder, der er omhandlet i forelæggelsesafgørelsen, som delvis betaling for de solgte aktier. Den forelæggende ret har anført, at sidstnævnte del har en helt underordnet karakter i forhold til »tjenesteydelses«-delen.

29 I denne forbindelse ønsker den forelæggende ret oplyst, om den omhandlede kontrakts »tjenesteydelses«-del kan kvalificeres som en koncessionskontrakt om tjenesteydelser, som ikke er omfattet af de EU-retlige bestemmelser. Det skal i denne forbindelse undersøges, i hvilket omfang koncessionshaveren bærer de med organiseringen og udførelsen af de omhandlede tjenesteydelser forbundne risici under hensyn ligeledes til, at de pågældende tjenesteydelser vedrører aktiviteter, som i henhold til gældende national lovgivning kan være genstand for eksklusive eller særlige rettigheder.

30 Hvis Domstolen finder, at den del af den omtvistede kontrakt, som vedrører driften af kasinoet, udgør en offentlig tjenesteydelseskontrakt, ønsker den forelæggende ret oplyst, om det nationale annulationssøgsmål er omfattet af de processuelle garantier, som er fastsat i direktiv 89/665, henset til den omstændighed, at kontraktens primære formål, nemlig salg af aktier i EKP, ikke henhører under anvendelsesområdet for de fællesskabsretlige udbudsbestemmelser, og at de kontrakter, der omhandler sådanne tjenesteydelser, idet de henhører under bilag I B til direktiv 92/50, skal indgås i overensstemmelse med dette direktivs artikel 14 og 16, som alene omfatter processuelle forpligtelser. Den forelæggende ret ønsker ikke desto mindre oplyst, om princippet om ligebehandling af deltagerne i en udbudsprocedure, som direktiv 89/665 skal beskytte, også finder anvendelse i sådanne tilfælde, på trods af forpligtelsernes begrænsede aspekt.

31 Hvis Domstolen skulle finde, at et annulationssøgsmål som det i hovedsagen omhandlede henhører under anvendelsesområdet for direktiv 89/665, ønsker den forelæggende ret oplyst, om de EU-retlige bestemmelser er til hinder for en national procedureregulering som den, der findes i artikel 47, stk. 1, i præsidentdekret nr. 18/1989,

således som bestemmelsen er fortolket af den pågældende ret, hvorefter dem, der deltager i en udbudsprocedure i form af et konsortium, alene kan anlægge annulationssøgsmål til prøvelse af de retsakter, der falder inden for rammerne af denne procedure, samlet og i fællesskab, hvorfor søgsmålet ellers vil blive afvist.

- 32 Den forelæggende ret har i denne forbindelse henvist til Domstolens dom af 8. september 2005, *Espace Trianon og Sofibail* (sag C-129/04, Sml. I, s. 7805, præmis 22), hvorefter en national procedureregel, der kræver, at en klage med påstand om annullation af en ordregivende myndigheds beslutning om at tildele en offentlig kontrakt skal indgives af samtlige de medlemmer, som et bydende konsortium er sammensat af, således ikke begrænser adgangen til en sådan klage på en måde, der er i strid med artikel 1, stk. 3, i direktiv 89/665.
- 33 Den forelæggende ret ønsker imidlertid oplyst, om denne konklusion, som i den nævnte dom vedrørte et annulationssøgsmål til prøvelse af en afgørelse fra den ordregivende myndighed om tildeling af en offentlig kontrakt, ligeledes finder anvendelse på enhver form for domstolsbeskyttelse i henhold til det pågældende direktiv og særligt for erstatningskrav. Denne problematik hænger sammen med den omstændighed, at den nationale lovgiver — idet den har gjort brug af den mulighed, der er tildelt medlemsstaterne ved artikel 2, stk. 5, i direktiv 89/665 — ved vedtagelsen af artikel 5, stk. 2, i lov nr. 2522/1997 har underlagt tildelingen af erstatning et krav om forudgående annullation af den retsakt, der hævdes at være ulovlig.
- 34 Kombinationen af denne bestemmelse med den procedureregel, der findes i artikel 47, stk. 1, i præsidentdekret nr. 18/1989, således som bestemmelsen er fortolket af den forelæggende ret, betyder, at de enkelte medlemmer i et fravalgt bydende konsortium ikke kun er udelukket fra at anlægge søgsmål med påstand om annullation af den retsakt, der skader dets interesser, men også fra at anlægge sag for at opnå erstatning for en skade, det har lidt individuelt. Det skal understreges, at den kompetente ret på området for annulationssøgsmål er *Symvoulio tis Epikrateias* (Statsrådet), mens kompetencen for så vidt angår erstatning tilkommer en anden ret.

- 35 Den forelæggende ret har i denne forbindelse anført, at muligheden for hvert af medlemmerne i et konsortium for at anlægge sag ved den kompetente ret med påstand om tilkendelse af erstatning således afhænger af samtlige de øvrige konsortiemedlemmers vilje til at anlægge annulationssøgsmål på et tidspunkt, hvor den skade, som konsortiemedlemmerne hver især har lidt på grund af den manglende tildeling af kontrakten, kan være forskellig afhængig af omfanget af de udgifter, som medlemmerne har afholdt med henblik på deltagelsen i udbuddet. Følgelig er hvert konsortiemedlems interesse i at opnå annulation af en afgørelse ligeledes forskellig. Man kan således rejse tvivl om, hvorvidt princippet om en effektiv domstolsbeskyttelse, som er fastsat i direktiv 89/665, er overholdt i en sådan processuel sammenhæng.
- 36 Den forelæggende ret har endelig bemærket, at i henhold til de nationale procedure-regler vedrørende den almindelige ret til erstatning for skade lidt som følge af ulovlige retsakter udstedt af staten eller offentligretlige juridiske personer, er det den ret, der har beføjelse til at tilkende erstatning, som ligeledes undersøger lovligheden af den forvaltningsakt, der ligger til grund for erstatningssagen, og ikke en anden ret, som det er tilfældet for så vidt angår annulationssøgsmål anlagt inden for rammerne af en udbudsprocedure. Retten ønsker således oplyst, om de procedurer, der tilsigter at sikre beskyttelsen af de rettigheder, der følger af EU-retten, er mindre gunstige end dem, der vedrører beskyttelsen af lignende eller analoge rettigheder, som følger af nationale retsforskrifter.
- 37 Den forelæggende ret har afslutningsvis anført, at dens aktuelle fortolkning af artikel 47, stk. 1, i præsidentdekret nr. 18/1989, hvorefter alene samtlige konsortiemedlemmer i fællesskab kan anlægge sag med påstand om annulation af en retsakt, der indgår i en offentlig udbudsprocedure, udgør en ændring af dens faste praksis, hvorefter medlemmerne kan anlægge sag individuelt.
- 38 Retten har på samme måde understreget den særlige sammenhæng, hvori hovedsagen indgår, nemlig for det første at den omhandlede sag er blevet anlagt af konsortiet som sådan og af dets syv medlemmer ved Symvoulío tis Epikrateias, fjerde afdeling. Dette dommerkollegium har afvist sagen vedrørende konsortiet og fire af dets medlemmer, fordi deres advokat ikke havde behørig fuldmagt til at handle på deres vegne,

og vedrørende de tre øvrige medlemmer af konsortiet henviste afdelingen sagen til behandling i plenum på grund af dens vigtighed. Den pågældende fjerde afdeling anvendte således den indtil dette tidspunkt faste retspraksis, hvorefter sager anlagt af visse konsortiemedlemmer ligeledes kunne antages til realitetsbehandling.

39 Fjerde afdelings afgørelse om afvisning for så vidt angår den sag, der blev anlagt af konsortiet som sådan og af fire af dets medlemmer, er endelig og uigenkaldelig, hvorfor der ikke kan ændres herpå inden for rammerne af den sag, der verserer ved den forelæggende rets plenum. Den forelæggende ret ønsker således oplyst, om denne ændring i dens retspraksis er forenelig med retten til en retfærdig rettergang, som er et grundlæggende princip i EU-retten, og som ligeledes er omhandlet i artikel 6 i den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder, undertegnet i Rom den 4. november 1950 (herefter »EMRK«), og med princippet om beskyttelse af den berettigede forventning.

40 Henset til disse betragtninger, har Symvoulia tis Epikrateias, i plenum, besluttet at udsætte sagen og at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Udgør en kontrakt, hvormed den sagsøgte myndighed overlader en koncessionshaver driften af et kasino, gennemførelsen af en udviklingsplan i form af en forbedring af kasinoets lokaler og en erhvervsmæssig udnyttelse af mulighederne i tilladelsen til at drive dette kasino, og hvori der er fastsat en betingelse, hvorefter den sagsøgte myndighed betaler koncessionshaveren en kompensation, såfremt der i det område, hvor det omtvistede kasino er beliggende, lovligt etableres et andet kasino, en koncessionskontrakt om tjenesteydelser, som ikke er reguleret i direktiv 92/50 [...]?

2) Såfremt det første præjudicielle spørgsmål besvares benægtende, er den sag, som anlægges af deltagerne i et udbud af en blandet offentlig kontrakt, hvori også

indgår levering af tjenesteydelser, omfattet af bilag I B til direktiv 92/50 [...], og hvori det gøres gældende, at der er sket tilsidesættelse af princippet om ligebehandling af budgiverne (som er knæsat i direktivets artikel 3, stk. 2), da omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 89/665 [...], eller er denne anvendelse udelukket, eftersom kun artikel 14 og 16 i direktiv 92/50 [...] finder anvendelse på udbuddet af ovennævnte tjenesteydelseskontrakt, jf. direktivets artikel 9?

- 3) Såfremt det andet præjudicielle spørgsmål besvares bekræftende: Eftersom det må antages, at en national bestemmelse, hvorefter kun samtlige medlemmer af et konsortium uden egen status som juridisk person, som uden held har deltaget i et offentligt udbud, kan anlægge sag til prøvelse af tilslaget, og ikke de enkelte medlemmer, i princippet ikke er i strid med fællesskabsretten, navnlig bestemmelserne i direktiv 89/665 [...], også når sagen oprindeligt blev anlagt af alle medlemmer af konsortiet i fællesskab, men i sidste ende måtte afvises for så vidt angår en del af disse, er det da nødvendigt ved anvendelsen af nævnte direktiv inden afvisning at undersøge, om de enkelte medlemmer af et konsortium herefter bevarer retten til at anlægge sag ved en anden national domstol med påstand om kompensation, som eventuelt er fastsat i en bestemmelse i national ret?
- 4) Såfremt det i fast, national retspraksis blev antaget, at også enkelte medlemmer af et konsortium gyldigt kan anlægge sag til prøvelse af en afgørelse truffet i forbindelse med udbud, er det da i overensstemmelse med bestemmelserne i direktiv 89/665 [...] fortolket i lyset af EMRK's artikel 6 som et almindeligt fællesskabsretligt princip, at en sag afvises som følge af en ændring af fast retspraksis, uden at sagsøgeren forinden hverken gives mulighed for at afhjælpe den pågældende mangel eller under alle omstændigheder mulighed for i henhold til kontradiktionsprincippet at fremsætte bemærkninger hertil?»

Sag C-149/08

- 41 Byen Thessaloniki organiserede et offentligt udbud med henblik på indgåelse af bygge- og anlægskontrakter med overskriften »Opførelse af Thessaloniki rådhus og et underjordisk parkeringsanlæg«. Ved afgørelse af 1. juli 2004 fra kommunalrådet blev kontrakten tildelt et konsortium, der bestod af virksomhederne Aktor ATE, Themeliodomi AE og Domotechniki AE. Med henblik på indgåelse af kontrakten oplyste den ordregivende myndighed ESR, i overensstemmelse med gældende national ret, identiteten på ejerne, deltagerne, hovedaktionærerne og de ledende medarbejdere i de virksomheder, der var medlemmer af det nævnte konsortium, med henblik på en attestering af, at der ikke hos disse personer forelå et af de tilfælde af uforenelighed, som er omhandlet i artikel 3 i lov nr. 3021/2002.
- 42 Efter at have konstateret, at et medlem af bestyrelsen i selskabet Aktor ATE frembød et tilfælde af uforenelighed som omhandlet i den ovennævnte nationale bestemmelse, afviste ESR ved akt af 1. november 2004 at udstede det certifikat, som udgjorde en nødvendig betingelse for indgåelsen af kontrakten. Aktor ATE's klage over denne negative afgørelse blev afvist ved afgørelse af 9. november 2004 fra ESR. Det er til prøvelse af disse to negative afgørelser, at selskabet Aktor ATE som det eneste af de tre medlemmer af det konsortium, som er blevet tildelt kontrakten, har anlagt annullationssøgsmål ved den forelæggende ret, med henvisning til den foreliggende retspraksis fra denne retsinstans, hvorefter søgsmål anlagt af enkelte medlemmer af et konsortium kan antages til realitetsbehandling.
- 43 Henset til disse betragtninger, har Symvoulio tis Epikrateias, ligeledes i plenum, besluttet at udsætte sagen og at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:
- »1) Eftersom det må antages, at en national bestemmelse, hvorefter kun samtlige medlemmer af et konsortium uden egen status som juridisk person, som uden held har deltaget i et offentligt udbud, kan anlægge sag til prøvelse af tilslaget, og ikke de enkelte medlemmer, i princippet ikke er i strid med fællesskabsretten, navnlig bestemmelserne i direktiv 89/665 [...], også når sagen oprindeligt blev

anlagt af alle medlemmer af konsortiet i fællesskab, men i sidste ende måtte afvises for så vidt angår en del af disse, er det da nødvendigt ved anvendelsen af nævnte direktiv inden afvisning at undersøge, om de enkelte medlemmer af et konsortium herefter bevarer retten til at anlægge sag ved en anden national domstol med påstand om kompensation, som eventuelt er fastsat i en bestemmelse i national ret?

- 2) Såfremt det i fast, national retspraksis blev antaget, at også enkelte medlemmer af et konsortium gyldigt kan anlægge sag til prøvelse af en afgørelse truffet i forbindelse med udbud, er det da i overensstemmelse med bestemmelserne i direktiv 89/665 [...] fortolket i lyset af EMRK's artikel 6 som et almindeligt fællesskabsretligt princip, at en sag afvises som følge af en ændring af fast retspraksis, uden at sagsøgeren forinden hverken gives mulighed for at afhjælpe den pågældende mangel eller under alle omstændigheder mulighed for i henhold til kontradiktionsprincippet at fremsætte bemærkninger hertil?«

⁴⁴ Ved kendelse afsagt af Domstolens præsident den 22. maj 2008 blev sagerne C-145/08 og C-149/08 forenet med henblik på den skriftlige forhandling, den mundtlige forhandling og dommen.

Om de præjudicielle spørgsmål

De spørgsmål, der er forelagt i sag C-145/08

- ⁴⁵ Med sine spørgsmål vedrørende anvendelsen af direktiv 92/50 på en kontrakt som den i hovedsagen omhandlede ønsker den forelæggende ret oplyst, om direktiv 89/665 finder anvendelse i det foreliggende tilfælde, idet anvendelsen heraf forudsætter anvendelsen af et af de udbudsdirektiver, der er omhandlet i artikel 1 i direktiv 89/665. De forelagte spørgsmål skal derfor gennemgås samlet, og det skal undersøges, hvorvidt en sådan kontrakt henhører under anvendelsesområdet for et af de i bestemmelsen omhandlede direktiver.
- ⁴⁶ Det fremgår af såvel den detaljerede og udførlige fremstilling i forelæggelsesafgørelsen som af den forelæggende rets kvalificering af den i hovedsagen omhandlede transaktion, at denne udgør en blandet kontrakt.
- ⁴⁷ Denne udgør således i det væsentlige en aftale om, at ETA skulle sælge 49% af aktierne i EKP til AEAS (herefter »delen vedrørende »aktiesalg««), en aftale, hvorefter AEAS overtog driften af kasinoet mod betaling (herefter »delen vedrørende »tjenesteydelser««), og en aftale om, at AEAS skulle forpligte sig til at gennemføre en forbedringsplan for kasinoets lokaler og de tilstødende hoteller samt indretning af de omgivende udendørsarealer (herefter »delen vedrørende »bygge- og anlægsarbejde««).
- ⁴⁸ Det fremgår af Domstolens praksis, at i tilfælde af en blandet kontrakt, hvor de forskellige dele i henhold til udbudsbekendtgørelsen er uadskilligt forbundne og således udgør en udelelig helhed, skal den omhandlede operation undersøges samlet i sin helhed med henblik på den retlige kvalifikation og skal vurderes på grundlag af de

bestemmelser, der regulerer den del, som udgør hovedformålet eller det fremherskende element i kontrakten (jf. i denne retning dom af 5.12.1989, sag C-3/88, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 4035, præmis 19, af 19.4.1994, sag C-331/92, *Gestión Hotelera Internacional*, Sml. I, s. 1329, præmis 23-26, af 18.1.2007, sag C-220/05, *Auroux m.fl.*, Sml. I, s. 385, præmis 36 og 37, af 21.2.2008, sag C-412/04, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 619, præmis 47, og af 29.10.2009, sag C-536/07, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 10355, præmis 28, 29, 57 og 61).

- 49 Denne konklusion gælder uafhængigt af spørgsmålet om, hvorvidt den del, der udgør en blandet kontrakts hovedformål, henhører under anvendelsesområdet for udbudsdirektiverne eller ej.
- 50 Følgelig skal det undersøges, om den i hovedsagen omhandlede blandede kontrakt udgør en udelelig helhed, og i givet fald om den samlet set på grund af dens hovedformål henhører under anvendelsesområdet for et af de direktiver, der er omhandlet i artikel 1 i direktiv 89/665 vedrørende udbud.
- 51 Det skal for det første bemærkes, at kontrakten indgår i en delvis privatisering af en offentlig kasinovirksomhed, som er blevet vedtaget af den tværministerielle privatiseringskommission på nationalt plan og blevet lanceret ved et samlet udbud.
- 52 Det fremgår af sagen, særligt af betingelserne i den supplerende udbudsbekendtgørelse af april 2002, at den i hovedsagen omhandlede blandede kontrakt fremstår som én samlet kontrakt vedrørende afståelse af aktier i EKP, overtagelse af retten til at udpege flertallet af bestyrelsesmedlemmerne i EKP's bestyrelse, forpligtelsen til at sikre driften af kasinovirksomheden og tilbyde tjenesteydelser på et højt niveau med en rentabel finansiering og forpligtelsen til at udføre arbejde med henblik på indretning og forbedring af de omhandlede lokaler og omgivelser.

- 53 Disse konstateringer medfører, at den pågældende blandede kontrakt nødvendigvis skal indgås med en eneste medkontrahent, som er i besiddelse både af den nødvendige økonomiske kapacitet til at købe de omhandlede aktier og af en professionel erfaring på området for kasinodrift.
- 54 Herefter skal kontraktens forskellige dele opfattes som udgørende en udelelig helhed.
- 55 Det fremgår for det andet af den forelæggende rets bemærkninger, at den blandede kontrakts hovedformål var salg til den bydende, der afgav det bedste bud, af 49% af aktierne i EKP, og at delen vedrørende »bygge- og anlægsarbejde« og delen vedrørende »tjenesteydelser« var underordnede i forhold til kontraktens hovedformål, uafhængigt af spørgsmålet om, hvorvidt sidstnævnte udgør en offentlig tjenesteydelseskontrakt eller en tjenesteydelseskoncession. Den forelæggende ret har ligeledes bemærket, at delen vedrørende »bygge- og anlægsarbejde« er underordnet i forhold til delen vedrørende »tjenesteydelser«.
- 56 Denne vurdering bekræftes af forhold i de sagsakter, der er fremlagt for Domstolen.
- 57 Der kan ikke være tvivl om, at i tilfælde af køb af 49% af aktierne i en offentlig virksomhed såsom EKP udgør denne transaktion hovedformålet med kontrakten. Det skal bemærkes, at den indtægt, som AEAS opnår som aktionær, er langt højere end den betaling, som virksomheden vil opnå som leverandør af tjenesteydelser. AEAS får desuden disse indtægter uden tidsbegrænsning, mens driftsaktiviteten udløber efter ti år.
- 58 Det fremgår af ovenstående bemærkninger, at de forskellige dele af den i hovedsagen omhandlede blandede kontrakt udgør en udelelig helhed, hvoraf den del, der vedrører afståelse af aktier, udgør hovedformålet.

- 59 Afståelsen af aktier til en bydende inden for rammerne af privatiseringen af en offentlig virksomhed henhører ikke under direktiverne om offentlige udbud.
- 60 Dette fremgår i øvrigt af punkt 66 i Kommissionens grønbog om offentlig-private partnerskaber og fællesskabslovgivningen om offentlige kontrakter og koncessioner (KOM(2004) 237 endelig).
- 61 I punkt 69 i den ovennævnte grønbog om offentlig-private partnerskaber har Kommissionen understreget, at det skal kontrolleres, at en kapitaltransaktion ikke i realiteten dækker over tildeling til en privat partner af kontrakter, der kan betegnes som offentlige kontrakter eller koncessioner. I det foreliggende tilfælde er imidlertid intet i sagens akter, der kan rejse tvivl ved den i hovedsagen omhandlede transaktions art, således som denne er defineret af den forelæggende ret.
- 62 Henset til de ovenstående bemærkninger, skal det fastslås, at en blandet kontrakt, hvis hovedformål er en virksomheds overtagelse af 49% af kapitalen i en offentlig virksomhed, og hvis underordnede formål, som er uadskilleligt forbundet med hovedformålet, vedrører levering af tjenesteydelser og udførelse af bygge- og anlægsarbejde, samlet set ikke henhører under anvendelsesområdet for direktiverne om offentlige udbud.
- 63 Denne konklusion udelukker ikke, at en sådan kontrakt skal overholde traktatens grundlæggende bestemmelser og almindelige principper, særligt på området for etableringsfrihed og fri bevægelighed for kapital. Det er imidlertid uforholdende i det foreliggende tilfælde at undersøge spørgsmålet om overholdelsen af disse bestemmelser og principper, idet resultatet af en sådan undersøgelse under ingen omstændigheder ville kunne føre til anvendelse af direktiv 89/665.

- 64 Herefter er det uforlødent at besvare de øvrige spørgsmål, der er forelagt inden for rammerne af sag C-145/08.

Det første spørgsmål forelagt i sag C-149/08

- 65 Med dette spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om direktiv 89/665 er til hinder for en national lovgivning som fortolket af denne ret, i overensstemmelse med hvilken kun samtlige medlemmer af et bydende konsortium kan anlægge sag til prøvelse af en ordregivende myndigheds afgørelse om tildeling af en kontrakt, således at de enkelte medlemmer af konsortiet ikke kun fratages muligheden for at få annulleret en sådan afgørelse fra den ordregivende myndighed, men også muligheden for at anlægge sag med påstand om erstatning for skade lidt af det enkelte medlem som følge af uregelmæssigheder i forbindelse med den pågældende udbudsprocedure.
- 66 Med henblik på besvarelsen af dette spørgsmål skal det bemærkes, at den retsakt, der påstås annulleret af ved den forelæggende ret, hidrører fra ESR, altså en anden myndighed end den ordregivende myndighed, som har iværksat den i hovedsagen omhandlede udbudsprocedure.
- 67 Det fremgår imidlertid af direktiv 89/665, der normalt kaldes »klagedirektivet«, at dette direktivs beskyttelse vedrører den ordregivende myndigheds retsakter eller undtagelser.
- 68 Det fremgår således klart af ordlyden, at femte betragtning til og artikel 1, stk. 1, i dette direktiv henviser til foranstaltninger, der skal træffes vedrørende ordregivende

myndigheders afgørelser. Det følger ligeledes af ordlyden af bestemmelsens stk. 3, at medlemsstaterne kan fastsætte, at en person, der ønsker at gøre brug af en klage-procedure, først skal oplyse den ordregivende myndighed om den hævdede tilside-sættelse, således at sidstnævnte kan afhjælpe den. Direktivets artikel 3, stk. 2, giver i øvrigt Kommissionen mulighed for at meddele den pågældende ordregivende myn-dighed grundene til, at den finder, at der er begået en overtrædelse under udbudspro-ceduren, og anmode om, at den bringes til ophør.

69 Det må således fastslås, at tvisterne vedrørende afgørelserne fra en myndighed såsom ESR ikke henhører under klageordningen i direktiv 89/665.

70 ESR's afgørelser kan imidlertid have en vis indflydelse på forløbet eller endog udfaldet af en udbudsprocedure, for så vidt som de kan føre til udelukkelsen af en bydende eller en koncessionshaver, som individuelt set frembyder en af de uforeneligheder, der er fastsat i den relevante nationale lovgivning. Disse beslutninger er således ikke uden betydning, henset til den korrekte anvendelse af de EU-retlige bestemmelser på området.

71 I denne sag fremgår det af den forelæggende rets bemærkninger, at ESR's afgørelse, som førte til fratagelse af tildelingen af den omhandlede kontrakt til sagsøgeren i hovedsagen, skønt virksomheden var blevet udpeget som koncessionshaver, ifølge sagsøgeren er blevet vedtaget i strid med bestemmelserne i Rådets direktiv 93/37/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT L 199, s. 54) og principper, som følger af den primære unionsret.

72 Sagsøgeren i hovedsagen har anført, at ved anvendelsen af den omtvistede nationale lovgivning er virksomheden blevet forhindret ikke alene i at anfægte ESR's hæv-dede ulovlige afgørelse, som førte til virksomhedens udelukkelse fra den i hovedsa-gen omhandlede procedure, men også i at kræve erstatning for skade lidt som følge

af denne afgørelse. Virksomheden er således blevet frataget sin ret til en effektiv domstolsbeskyttelse.

⁷³ I denne forbindelse skal det bemærkes, at princippet om effektiv domstolsbeskyttelse er et almindeligt EU-retligt princip (jf. dom af 13.3.2007, sag C-432/05, Unibet, Sml. I, s. 2271, præmis 37 og den deri nævnte retspraksis).

⁷⁴ Da der ikke findes fællesskabsretlige bestemmelser på området, tilkommer det i henhold til fast retspraksis hver enkelt medlemsstat at udpege de kompetente domstole og fastsætte de processuelle regler for sagsanlæg til sikring af beskyttelsen af de rettigheder, som EU-retten medfører for borgerne. Disse processuelle regler må imidlertid ikke være mindre gunstige end dem, der gælder for tilsvarende søgsmål fastsat til beskyttelse af rettigheder, der udledes af den interne retsorden (ækvivalensprincippet), og de må heller ikke i praksis gøre det umuligt eller uforholdsmæssigt vanskeligt at udøve de rettigheder, der tillægges i henhold til Unionens retsorden (effektivitetsprincippet) (jf. i denne retning dom af 15.4.2008, sag C-268/06, Impact, Sml. I, s. 2483, præmis 44 og 46 og den deri nævnte retspraksis).

⁷⁵ Hvad angår ækvivalensprincippet fremgår det af den forelæggende rets præciseringer, at i henhold til den almindelige nationale ret vedrørende erstatning for skade lidt som følge af statens eller offentlige juridiske personers ulovlige retsakter, er det den ret, der har beføjelse til at tilkende erstatning, som ligeledes har kompetence til at undersøge lovligheden af den forvaltningsakt, der klages over, hvilket med udgangspunkt i en individuel sag anlagt af en privatperson kan føre til tilkendelse af erstatning, hvis de materielle betingelser herfor er opfyldt.

⁷⁶ På udbudsområdet, som er omfattet af EU-retten, henhører disse to typer beføjelser, dvs. på den ene side beføjelsen til at annullere en forvaltningsakt eller erklære den ugyldig, og på den anden side beføjelsen til at tildele erstatning for lidt skade,

derimod — inden for de i hovedsagen omhandlede nationale retlige rammer — til to forskellige retter.

77 På udbudsområdet fører artikel 5, stk. 2, i lov nr. 2522/1997, som underlægger tilkendelse af erstatning et krav om forudgående annullation af den bebyrdende retsakt, sammenholdt med artikel 47, stk. 1, i præsidentdekret nr. 18/1989, hvorefter kun samtlige medlemmer af konsortiet kan anlægge sag med påstand om annullation af en retsakt, der indgår i en udbudsprocedure, som den forelæggende ret har anført, til, at det er udelukket for d^{te} enkelte medlemmer af et konsortium individuelt ikke alene at anlægge søgsmål med påstand om annullation af den bebyrdende retsakt, men også at anlægge sag ved den kompetente ret for at opnå erstatning for en skade, medlemmet har lidt individuelt, skønt en sådan udelukkelse ikke synes at forekomme på andre områder i henhold til de interne retsregler, der finder anvendelse på erstatningskrav som følge af skade lidt på grund af en ulovlig retsakt fra en offentlig myndighed.

78 Hvad angår effektivitetsprincippet bemærkes, at i henhold til den i hovedsagen omhandlede nationale lovgivning vil en bydende såsom sagsøgeren i hovedsagen blive frataget enhver mulighed for at søge erstatning ved den kompetente ret for den skade, som han har lidt som følge af en tilsidesættelse af EU-retten ved en forvaltningsakt, som kan have indflydelse på forløbet og endog udfaldet af en udbudsprocedure. En sådan bydende har således fået frataget den effektive domstolsbeskyttelse af sine rettigheder i henhold til EU-retten på området.

79 Som generaladvokaten har anført i punkt 107-116 i forslaget til afgørelse, skal det i denne forbindelse understreges, at sammenhængen i denne sag er forskellig fra den sag, der gav anledning til Espace Trianon og Sofibail-dommen. Mens sidstnævnte sag vedrørte et annullationssøgsmål til prøvelse af en afgørelse fra den ordregivende myndighed om at fratage den omhandlede kontrakt fra det bydende konsortium i sin helhed, vedrører nærværende sag et søgsmål med påstand om erstatning for en skade, som hævdes at være lidt som følge af en ulovlig afgørelse fra en administrativ myndighed, der har fastslået, at der alene foreligger uforenelighed i den relevante nationale lovgivnings forstand hos den sagsøgende bydende.

- 80 Henset til ovenstående betragtninger, skal det første spørgsmål, som er forelagt i sag C-149/08, besvares med, at EU-retten og særligt retten til en effektiv domstolsbeskyttelse er til hinder for en national lovgivning som den i hovedsagen omhandlede, fortolket således, at medlemmerne af et konsortium, som afgiver bud under en udbudsprocedure, er frataget muligheden for individuelt at anlægge sag med påstand om erstatning for skade, som de individuelt har lidt som følge af en afgørelse, der er blevet vedtaget af en anden myndighed end den ordregivende myndighed, som deltager i proceduren i overensstemmelse med gældende nationale regler, og som kan have indflydelse på udbudsprocedurens forløb.
- 81 Henset til dette svar, er det ufornuddent at besvare det andet spørgsmål forelagt i sag C-149/08.

Sagsomkostningerne

- 82 Da sagens behandling i forhold til hovedsagernes parter udgør et led i de sager, der verserer for den forelæggende ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagsomkostningerne. Bortset fra nævnte parter udgifter kan de udgifter, som er afholdt i forbindelse med afgivelse af indlæg for Domstolen, ikke erstattes.

På grundlag af disse præmisser kender Domstolen (Fjerde Afdeling) for ret:

- 1) **En blandet kontrakt, hvis hovedformål er en virksomheds overtagelse af 49% af kapitalen i en offentlig virksomhed, og hvis underordnede formål, som er uadskilleligt forbundet med hovedformålet, vedrører levering af**

tjenesteydelser og udførelse af bygge- og anlægsarbejde, henhører samlet set ikke under anvendelsesområdet for direktiverne om offentlige udbud.

- 2) EU-retten og særligt retten til en effektiv domstolsbeskyttelse er til hinder for en national lovgivning som den i hovedsagen omhandlede, fortolket således, at medlemmerne af et konsortium, som afgiver bud under en udbudsprocedure, er frataget muligheden for individuelt at anlægge sag med påstand om erstatning for skade, som de individuelt har lidt som følge af en afgørelse, der er blevet vedtaget af en anden myndighed end den ordregivende myndighed, som deltager i proceduren i overensstemmelse med gældende nationale regler, og som kan have indflydelse på udbudsprocedurens forløb.**

Underskrifter