



Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
MELCHIORA WATHELETA
przedstawiona w dniu 7 czerwca 2018 r.¹

Sprawa C-300/17

Hochtief AG
przeciwko
Budapest Főváros Önkormányzata

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Kúria (sąd najwyższy, Węgry)]

Odesłanie prejudycjalne – Dyrektywa 89/665/EWG – Udzielanie zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane – Procedury odwoławcze – Artykuł 2 ust. 6 – Powództwo o odszkodowanie – Obowiązkowe uprzednie stwierdzenie niezgodności z prawem decyzji instytucji zamawiającej – Wyłączenie zarzutów niepodniesionych przed komisją arbitrażową – Artykuł 47 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej – Prawo do skutecznej ochrony sądowej – Zasady skuteczności i równoważności

I. Wprowadzenie

1. Niniejszy wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni 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 budowlane², zmienionej dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych³.
2. Wpisuje się on w spór pomiędzy Hochtief AG a Budapest Főváros Önkormányzata (lokalnymi władzami Budapesztu, Węgry, zwanymi dalej „BFÖ”) w ramach powództwa o odszkodowanie za naruszenie przepisów dotyczących zamówień publicznych.
3. W swoim wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym Kúria (sąd najwyższy, Węgry) stawia pytanie o wpływ, jaki może wywierać zbieg krajowych przepisów proceduralnych na prawo do skutecznego środka prawnego, jeśli omawiane przepisy niekoniecznie sprawiają trudności w przypadku ich odrębnego stosowania.

1 Język oryginału: francuski.

2 Dz.U. 1989, L 395, s. 33.

3 Dz.U. 2014, L 94, s. 1.

II. Ramy prawne

A. Prawo Unii

4. Artykuł 1 ust. 1 akapit czwarty dyrektywy 89/665 stanowi:

„Państwa członkowskie przyjmują niezbędne środki, aby zapewnić – w odniesieniu do zamówień objętych zakresem stosowania dyrektywy 2014/24/UE lub dyrektywy 2014/23/UE – możliwość skutecznego, a zwłaszcza możliwie szybkiego, odwołania od decyzji podjętych przez instytucje zamawiające, zgodnie z warunkami określonymi w art. 2–2f niniejszej dyrektywy, z powodu naruszenia przez te decyzje prawa unijnego w dziedzinie zamówień publicznych lub naruszenia krajowych przepisów transponujących to prawo”.

5. Zgodnie z art. 2 ust. 1, 2, 6 i 9 dyrektywy 89/665:

„1. Państwa członkowskie zapewniają 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 warunków technicznych, ekonomicznych lub finansowych zawartych w zaproszeniu do składania ofert, specyfikacji lub we wszelkich innych dokumentach związanych z procedurą udzielania zamówienia;

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

2. Uprawnienia, o których mowa w ust. 1 oraz w art. 2d i 2e, mogą zostać przyznane odrębnym organom odpowiedzialnym za poszczególne aspekty procedury odwoławczej.

[...]

6. Państwa członkowskie mogą przewidzieć, że w przypadku gdy wystąpiono z roszczeniem o odszkodowanie w związku z bezprawnie podjętą decyzją, przedmiotowa decyzja musi być uprzednio uchylona przez organ mający niezbędne uprawnienia.

[...]

9. W przypadku gdy organy odwoławcze nie mają charakteru sądowego, ich decyzje są zawsze uzasadnione na piśmie. Ponadto w takim przypadku należy wprowadzić przepisy gwarantujące postępowanie, dzięki któremu wszelkie ewentualnie bezprawne środki podjęte przez organ odwoławczy lub wszelkie uchybienia w wykonywaniu nadanych mu uprawnień będą mogły być przedmiotem odwołania w sądzie lub odwołania rozpatrywanego przez inny organ będący sądem w rozumieniu art. [267 TFUE] Traktatu i niezależny zarówno od instytucji zamawiającej, jak i organu odwoławczego”.

B. Prawo węgierskie

1. Ustawa nr CXXIX z 2003 r. o udzielaniu zamówień publicznych

6. Sporne okoliczności faktyczne sprawy w postępowaniu głównym wystąpiły w 2005 r. Były więc regulowane przez közbesszerzéskróll szóló 2003 évi CXXIX. törvény (ustawą nr CXXIX z 2003 r. o udzielaniu zamówień publicznych, zwaną dalej „ustawą o zamówieniach publicznych”).

7. Zgodnie z art. 108 ust. 3 ustawy o zamówieniach publicznych „[k]andydat może zmienić swój wniosek o dopuszczenie do udziału do chwili upływu terminu do jego złożenia”.

8. Artykuł 350 ustawy o zamówieniach publicznych stanowi:

„Możliwość dochodzenia jakiegokolwiek roszczenia o charakterze cywilnym opartego na naruszeniu przepisów dotyczących zamówień publicznych lub postępowań w sprawie udzielenia zamówienia publicznego jest uzależniona od spełnienia przesłanki, by komisja arbitrażowa do spraw zamówień publicznych w ostatecznej decyzji lub sąd rozpoznający skargę na decyzję komisji arbitrażowej do spraw zamówień publicznych w prawomocnym orzeczeniu stwierdziły, że nastąpiło naruszenie przepisów”.

9. Jednakże art. 351 tej samej ustawy stanowi:

„Jeżeli oferent dochodzi od instytucji zamawiającej odszkodowania ograniczonego wyłącznie do kosztów spowodowanych przygotowaniem oferty i udziałem w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, wystarczy, że do celów dochodzenia takiego roszczenia odszkodowawczego wykaże on, iż:

- a) instytucja zamawiająca naruszyła przepis prawa dotyczący zamówień publicznych lub postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego,
- b) istniała rzeczywista możliwość, że zostanie mu udzielone zamówienie oraz
- c) naruszenie zmniejszyło możliwość udzielenia mu zamówienia”.

2. Ustawa nr III z 1952 r. kodeks postępowania cywilnego

10. Artykuł 339/A Polgári perrendtartásról szóló 1952 évi III. törvény (ustawy nr III z 1952 r. kodeks postępowania cywilnego, zwanej dalej „kodeksem postępowania cywilnego”) stanowi:

„O ile przepis prawa nie stanowi inaczej, sąd dokonuje kontroli decyzji administracyjnej na podstawie przepisów obowiązujących oraz stanu faktycznego istniejącego w chwili jej wydania”.

III. Okoliczności faktyczne sporu w postępowaniu głównym

11. W dniu 5 lutego 2005 r. BFÖ ogłosiło postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia publicznego w trybie negocjacji z publikacją ogłoszenia o zamówieniu na realizację robót budowlanych, których wartość przekraczała maksymalny pułap przewidziany w prawie Unii. W wyznaczonym terminie złożono pięć wniosków o dopuszczenie do udziału, w tym wniosek konsorcjum „HOLI” (zwanego dalej „konsorcjum”), kierowanego przez Hochtief.

12. W dniu 19 lipca 2005 r. BFÖ zawiadomiło konsorcjum, że jego wniosek jest nieważny ze względu na zakaz łączenia funkcji i że zostaje on odrzucony. Uzasadniło tę decyzję faktem, że konsorcjum mianowało na kierownika projektu eksperta, który brał udział w przygotowaniu ogłoszenia o zamówieniu ze strony instytucji zamawiającej.

13. Konsorcjum odwołało się od tej decyzji do Közbeszerzési Döntőbizottság (komisji arbitrażowej do spraw zamówień publicznych, Węgry; zwanej dalej „komisją arbitrażową”). Komisja arbitrażowa oddaliła skargę w drodze decyzji z dnia 12 września 2005 r. Uznała ona, że wyznaczenia eksperta we wniosku o dopuszczenie do udziału nie można uznać za pomyłkę administracyjną, jak podnosił Hochtief, gdyż niebranie wspomnianego eksperta pod uwagę oznaczałoby zmianę wniosku o dopuszczenie do udziału, niedopuszczalną w myśl art. 108 ust. 3 ustawy o zamówieniach publicznych. Uznała ona również, że instytucja zamawiająca nie naruszyła prawa poprzez dalsze prowadzenie postępowania z udziałem tylko dwóch kandydatów, gdyż zgodnie z art. 130 ust. 7 ustawy o zamówieniach publicznych, w przypadku gdy spośród kandydatów zakwalifikuje się mieszcząca się w określonym przedziale liczba uczestników, którzy złożyli prawidłowy wniosek, zaproszenie ich do złożenia ofert jest obowiązkowe.

14. Konsorcjum zaskarżyło decyzję komisji arbitrażowej do sądu. Wyrokiem z dnia 28 kwietnia 2006 r. Fővárosi Bíróság (sąd w Budapeszcie, Węgry) oddalił jego skargę. W następstwie apelacji wniesionej od tego wyroku Fővárosi Ítéltábla (sąd apelacyjny dla miasta stołecznego Budapeszt, Węgry) zawiesił postępowanie i zwrócił się z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, w wyniku którego zapadł wyrok z dnia 15 października 2009 r., Hochtief i Linde-Kca-Dresden (C-138/08, EU:C:2009:627).

15. W wyniku tego wyroku Fővárosi Ítéltábla (sąd apelacyjny dla miasta stołecznego Budapeszt, Węgry) wyrokiem z dnia 20 stycznia 2010 r. utrzymał w mocy wyrok z dnia 28 kwietnia 2006 r.

16. Przed tym sądem skarżąca podniosła w szczególności, opierając się na wyroku z dnia 3 marca 2005 r., Fabricom (C-21/03 i C-34/03, EU:C:2005:127), że nie miała możliwości przedstawienia swoich uwag w przedmiocie okoliczności sprawy ani wykazania, że udział eksperta nie mógł naruszyć sprawiedliwej i przejrzystej konkurencji.

17. Wyrok ten, wcześniejszy od decyzji BFÖ, istniał już w chwili, gdy Hochtief odwołał się do komisji arbitrażowej. Niemniej jednak stał się on „dostępny” w węgierskiej wersji językowej dopiero po tej dacie⁴. W swoim wyroku Fővárosi Ítéltábla (sąd apelacyjny dla miasta stołecznego Budapeszt, Węgry) wskazał jednak, że nie zbadał tego zarzutu, ponieważ nie został on zawarty w skardze w pierwszej instancji. Według sądu odsyłającego kwestia tego, czy instytucja zamawiająca, stwierdzając złamanie zakazu łączenia funkcji naruszyła prawo, nie umożliwiając skarżącej w postępowaniu głównym prowadzenia obrony, nie znajdowała się w skardze. Dodaje on, że dopiero w apelacji strona ta podniosła po raz pierwszy, iż zakaz, na który się wobec niej powołano, stanowił nieproporcjonalne ograniczenie jej prawa do przedstawienia kandydatury i złożenia oferty, sprzeczne z art. 220 WE, art. 6 dyrektywy 93/37/EWG⁵ i orzecznictwem Trybunału.

18. Wyrokiem z dnia 7 lutego 2011 r. Legfelsőbb Bíróság [wcześniejsza nazwa Kúria (sądu najwyższego)] utrzymał w mocy wyrok Fővárosi Ítéltábla (sądu apelacyjnego dla miasta stołecznego Budapeszt, Węgry) z dnia 20 stycznia 2010 r.

4 Zgodnie z pismem skierowanym przez sekretariat Trybunału do Hochtief w dniu 22 września 2010 r. węgierskie tłumaczenie wyroku z dnia 3 marca 2005 r., Fabricom (C-21/03 i C-34/03, EU:C:2005:127), zostało zarejestrowane w sekretariacie Trybunału w dniu 2 października 2006 r. Sekretariat wyjaśnił jednak, że nie było możliwości dokładnego ustalenia daty jego udostępnienia na stronie internetowej Trybunału.

5 Dyrektywa Rady z dnia 14 czerwca 1993 r. dotycząca koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (Dz.U. 1993, L 199, s. 54).

19. Jednocześnie z tym postępowaniem Dyrekcja Generalna Komisji Europejskiej ds. Polityki Regionalnej skontrolowała w 2008 r. postępowanie zmierzające do udzielenia spornego zamówienia publicznego. Uznała ona, że instytucja zamawiająca naruszyła przepisy dotyczące zamówień publicznych z jednej strony poprzez ogłoszenie procedury negocjacyjnej, a z drugiej strony poprzez wykluczenie na etapie preselekcji kandydata, bez umożliwienia mu przedstawienia przeciwnego dowodu zgodnie z wyrokiem z dnia 3 marca 2005 r., *Fabricom* (C-21/03 i C-34/03, EU:C:2005:127), czyli bez umożliwienia mu wykazania, że w konkretnych okolicznościach danej sprawy udział eksperta wyznaczonego jako kierownika projektu nie może zakłócić konkurencji.

20. W dniu 11 sierpnia 2011 r. Hochtief, opierając się na ustaleniach Komisji, wniósł skargę kasacyjną od wyroku *Fővárosi Ítéltábla* (sądu apelacyjnego dla miasta stołecznego Budapeszt, Węgry). Postanowieniem z dnia 6 czerwca 2013 r., *Fővárosi Közigazgatási és Munkaügyi Bíróság* (sąd administracyjny i w sprawach z zakresu prawa pracy dla miasta stołecznego Budapeszt, Węgry) oddalił skargę kasacyjną, zaś *Fővárosi Törvényszék* (sąd dla miasta stołecznego Budapeszt, Węgry) utrzymał w mocy to postanowienie, orzekając w ostatniej instancji.

21. Powołując się na ustalenia Komisji, Hochtief wniósł nowe powództwo zmierzające do zasądzenia od instytucji zamawiającej odszkodowania odpowiadającego kosztom, jakie spółka ta poniosła z tytułu udziału w postępowaniu zmierzającym do udzielenia zamówienia publicznego.

22. Jako że powództwo to zostało oddalone w pierwszej instancji i w apelacji, Hochtief wniósł skargę kasacyjną do sądu odsyłającego, podnosząc w szczególności naruszenie art. 2 ust. 1 dyrektywy 89/665.

23. Sąd odsyłający wskazuje w istocie, że z dyrektywy 89/665 wynika, iż wniesienie powództwa o odszkodowanie może być uzależnione od uprzedniego uchylecia kwestionowanej decyzji przez organ administracyjny lub sąd (wyrok z dnia 26 listopada 2015 r., *MedEval*, C-166/14, EU:C:2015:779, pkt 35), a więc art. 2 omawianej dyrektywy nie wydaje się co do zasady stać na przeszkodzie przepisowi ustawodawstwa krajowego takiemu jak art. 350 ustawy o zamówieniach publicznych. Niemniej jednak stosowanie tego ostatniego przepisu w związku z innymi przepisami ustawy o zamówieniach publicznych oraz kodeksu postępowania cywilnego może skutkować uniemożliwieniem kandydatowi wykluczonemu z postępowania negocjacyjnego zmierzającego do udzielenia zamówienia publicznego, takiemu jak skarżąca w postępowaniu głównym, wniesienia powództwa o odszkodowanie ze względu na niemożność powołania się na decyzję ostatecznie ustalającą naruszenie przepisów dotyczących zamówień publicznych. W tych okolicznościach mogłoby być uzasadnione albo stworzenie możliwości przedstawienia dowodu na takie naruszenie przy pomocy innych środków, albo odstąpienie od stosowania normy wewnętrznej w myśl zasady skuteczności, albo też dokonanie jej wykładni w świetle prawa Unii.

24. Kúria (sąd najwyższy) postanowił zatem zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym.

IV. Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym i postępowanie przed Trybunałem.

25. Postanowieniem z dnia 11 maja 2017 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 24 maja 2017 r., Kúria (sąd najwyższy, Węgry) przedłożył więc Trybunałowi następujące pytania prejudycjalne:

„1) Czy prawo Unii stoi na przeszkodzie obowiązywaniu przepisu proceduralnego państwa członkowskiego, uzależniającego możliwość dochodzenia dowolnego roszczenia cywilnego, u którego podstaw leży naruszenie przepisów z dziedziny zamówień publicznych, od spełnienia przesłanki, by komisja arbitrażowa do spraw zamówień publicznych w drodze ostatecznej decyzji lub sąd rozpoznający skargę na decyzję komisji arbitrażowej do spraw zamówień publicznych w drodze prawomocnego orzeczenia stwierdziły, że nastąpiło naruszenie tych przepisów?

- 2) Czy przepis państwa członkowskiego, który dlatego, by można było dochodzić roszczenia odszkodowawczego, wprowadza wymóg uprzedniego stwierdzenia w drodze ostatecznej decyzji komisji arbitrażowej do spraw zamówień publicznych lub w drodze prawomocnego orzeczenia sądu rozpoznającego skargę na decyzję komisji arbitrażowej do spraw zamówień publicznych, że miało miejsce naruszenie przepisów, może zostać zastąpiony innym przepisem na podstawie prawa Unii? A zatem czy istnieje możliwość, by poszkodowany wykazał innymi środkami naruszenie przepisów?
- 3) Czy w ramach sporu o uzyskanie odszkodowania przepis proceduralny państwa członkowskiego, zezwalający na zaskarżenie przed sądem decyzji administracyjnej jedynie na podstawie argumentów prawnych podniesionych w postępowaniu przed komisją arbitrażową do spraw zamówień publicznych, mimo że poszkodowany jako podstawę naruszenia uregulowania, które podnosi, może jedynie podnieść niezgodność z prawem swojego wykluczenia w oparciu o istnienie konfliktu interesów zgodnie z orzecznictwem Trybunału, przez co spowoduje, że zostanie wykluczony z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego na innej podstawie, zgodnie z uregulowaniami właściwymi procedurze negocjacyjnej, przez to, że zostaną wprowadzone zmiany do jego kandydatury, jest niezgodny z prawem Unii, a w szczególności z zasadami skuteczności i równoważności, lub może wywołać skutek niezgodny z tym prawem i tymi zasadami?”

26. Uwagi na piśmie w niniejszym postępowaniu zostały przedłożone przez skarżącą w postępowaniu głównym, rządy węgierski, grecki, austriacki i polski oraz Komisję Europejską. Ponadto skarżąca w postępowaniu głównym, rząd węgierski i Komisja zostały wysłuchane na rozprawie, która odbyła się w dniu 30 kwietnia 2018 r.

V. Analiza

A. Wstępne uwagi metodologiczne

27. Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Kúria (sąd najwyższy) w sprawie w postępowaniu głównym stwarza na wstępie dwa problemy metodologiczne: po pierwsze, w jaki sposób należy odnieść się do pytań postawionych przez sąd odsyłający, i po drugie, w świetle jakiej normy należy badać przedstawione zagadnienia.

1. W przedmiocie sposobu, w jaki należy odnieść się do pytań prejudycjalnych

28. Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym obejmuje trzy odrębne pytania. Niemniej jednak szybko okazuje się, że indywidualne badanie każdego z tych pytań niekoniecznie wykazuje trudności z punktu widzenia prawa do skutecznego środka prawnego. Natomiast ze zbiegu rozpatrywanych przepisów proceduralnych wynika szereg wątpliwości.

29. Wydaje mi się więc korzystne lub wręcz niezbędne łączne zbadanie trzech przedstawionych pytań, nawet jeżeli ostatecznie możliwe jest udzielenie na nie odrębnych odpowiedzi.

30. Na wstępie pragnę również wskazać, że wyjaśnienie udzielone w drugiej części trzeciego pytania prejudycjalnego nie wydaje mi się znaczące. Okoliczność, że poszkodowana strona może podnieść wyłącznie zarzut oparty na niezgodności z prawem, powodującej w każdym razie jej wykluczenie z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, nie wpływa bowiem na rozumowanie prawnicze, jakie należy przeprowadzić w celu udzielenia odpowiedzi na to pytanie trzecie. Wpływ podstawy wykluczenia na wynik sporu w postępowaniu głównym jest kwestią, która może powstać

dopiero w drugiej kolejności, a której rozstrzygnięcie należy wyłącznie do sądu odsyłającego⁶. Nie wezmę jej więc pod uwagę.

31. Analizę przeprowadzę w trzech etapach. Na wstępie zbadam kwestię, czy postępowanie w sprawie powództwa o odszkodowanie można uzależnić od uprzedniego uchylecia uważanej za niezgodną z prawem decyzji (a więc, a fortiori, od stwierdzenia jej niezgodności z prawem). Następnie zajmę się kwestią wyznaczenia granic kontroli zgodności z prawem w ramach prawnych i faktycznych zdefiniowanych przez skarżącą w jej skardze wszczynającej postępowanie. Wreszcie, przeanalizuję konsekwencje, jakie dla skutecznej ochrony sądowej ma przeniesienie tych dwóch granic proceduralnych powództwa o stwierdzenie nieważności na powództwo o odszkodowanie.

2. W przedmiocie wzorca kontroli

32. Niezbędne jest także określenie normy, z punktu widzenia której należy badać te zagadnienia. W swoim trzecim pytaniu prejudycjalnym sąd odsyłający wymienia zasady równoważności i skuteczności, ograniczające tradycyjnie autonomię proceduralną państw członkowskich. Niemniej jednak opiera on uzasadnienie swojego odesłania prejudycjalnego na art. 47 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej (zwanej dalej „kartą”), który ustanawia w porządku prawnym Unii prawo do skutecznego środka prawnego i dostępu do bezstronnego sądu⁷.

33. Wydaje się, że należy się opowiedzieć za tym ostatnim podejściem. Zgodnie bowiem z utrwalonym orzecznictwem z jednej strony spoczywający na państwach członkowskich stosownie do art. 19 ust. 1 TUE obowiązek ustanowienia środków niezbędnych do zapewnienia skutecznej ochrony prawnej w dziedzinach objętych prawem Unii odpowiada art. 47 karty⁸, a z drugiej strony wynika z tego, że kiedy państwa członkowskie określają przepisy proceduralne dotyczące powództwa sądowego zmierzającego do zapewnienia ochrony uprawnień przyznanych przepisami unijnymi, takimi jak przepisy dyrektywy 89/665, winny one zagwarantować poszanowanie prawa do skutecznego środka prawnego i dostępu do bezstronnego sądu, ustanowionego w art. 47 karty. Cechy środka prawnego takiego jak ten, o którym mowa w art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665, należy określić zgodnie z art. 47 karty⁹.

34. To podejście stosuje zresztą od dawna Trybunał w ramach wykładni dyrektywy 89/665; wielokrotnie orzekał on, że art. 1 tej dyrektywy należy „bezwzględnie interpretować w świetle praw podstawowych, które zostały zawarte w [...] karcie, a w szczególności prawa do skutecznej skargi do sądu, przewidzianego w art. 47 karty”¹⁰. Oznacza to konkretnie, że ustanawiając zasady regulujące sądowe postępowania odwoławcze mające na celu ochronę praw przyznanych przez dyrektywę 89/665 kandydatom i oferentom, których prawa zostały naruszone przez decyzje instytucji zamawiającej, państwa członkowskie muszą gwarantować poszanowanie prawa do skutecznego środka prawnego i dostępu do bezstronnego sądu, ustanowionego na mocy art. 47 karty¹¹.

6 Jest tak tym bardziej z tego względu, że teza, zgodnie z którą skarżącą w postępowaniu głównym mogła podnieść „nowy” zarzut, tylko zmieniając swoją kandydaturę, co stanowiłoby podstawę do wykluczenia z postępowania, jest podważana przez Hochtief (pkt 34 uwag na piśmie) oraz przez rząd węgierski (pkt 13–15 uwag na piśmie).

7 Punkt 22 wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym.

8 Zobacz podobnie wyroki: z dnia 16 maja 2017 r., *Berlioz Investment Fund*, C-682/15, EU:C:2017:373, pkt 44; z dnia 26 lipca 2017 r., *Sacko*, C-348/16, EU:C:2017:591, pkt 30; z dnia 27 września 2017 r., *Puškár*, C-73/16, EU:C:2017:725, pkt 58.

9 Zobacz podobnie, w odniesieniu do dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/32/UE z dnia 26 czerwca 2013 r. w sprawie wspólnych procedur udzielania i cofania ochrony międzynarodowej (Dz.U. 2013, L 180, s. 60), wyrok z dnia 26 lipca 2017 r., *Sacko*, C-348/16, EU:C:2017:591, pkt 31, i, w odniesieniu do dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 95/46/WE z dnia 24 października 1995 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych i swobodnego przepływu tych danych (Dz.U. 1995, L 281, s. 31), wyrok z dnia 27 września 2017 r., *Puškár*, C-73/16, EU:C:2017:725, pkt 59, 60.

10 Wyrok z dnia 6 października 2015 r., *Orizzonte Salute*, C-61/14, EU:C:2015:655, pkt 49; wyróżnienie moje.

11 Zobacz podobnie wyrok z dnia 15 września 2016 r., *Star Storage i in.*, C-439/14 i C-488/14, EU:C:2016:688, pkt 46.

35. Zbadam zatem pytania prejudycjalne przedstawione przez sąd odsyłający pod kątem wymogów ustanowionych w art. 47 karty.

B. W przedmiocie możliwości uzależnienia wniesienia powództwa o odszkodowanie od wcześniejszego uchylecia uważanej za niezgodną z prawem decyzji

36. W art. 1 ust. 1 akapit czwarty dyrektywy 89/665 zobowiązano państwa członkowskie do przyjęcia środków niezbędnych dla zagwarantowania, aby od decyzji podjętych przez instytucje zamawiające w ramach postępowań w sprawie zamówień publicznych objętych zakresem stosowania dyrektywy 2014/24/UE¹² lub dyrektywy 2014/23 przysługiwały skuteczne, a zwłaszcza możliwie szybkie środki odwoławcze.

37. Zgodnie z art. 2 ust. 1 dyrektywy 89/665 w ramach tych środków odwoławczych należy umożliwić przyjęcie trzech rodzajów środków: po pierwsze, środków tymczasowych w celu naprawy domniemanego naruszenia lub zapobieżenia dalszym szkodom wobec podmiotów, których to dotyczy; po drugie uchylecia bezprawnych decyzji; i po trzecie, przyznania odszkodowania podmiotom, które doznały uszczerbku w wyniku naruszenia mających zastosowanie przepisów.

38. Jeśli chodzi o ten ostatni rodzaj środków, w art. 2 ust. 6 dyrektywy 89/665 wyjaśniono, że państwa członkowskie mogą uzależnić możliwość wniesienia roszczenia odszkodowawczego od wcześniejszego uchylecia decyzji uważanej za niezgodną z prawem. Niemniej jednak w przepisie tym nie wskazano przesłanek dopuszczalności takich roszczeń. Trybunał wywnioskował z tego, że „zasadniczo [...] art. 2 ust. 6 dyrektywy 89/665 nie sprzeciwia[ł] się takiemu przepisowi prawa krajowego, zgodnie z którym stwierdzenie wskazanego tam naruszenia prawa zamówień publicznych stanowi przesłankę wystąpienia z powództwem o odszkodowanie”¹³. To właśnie będę nazywał zasadą pierwszeństwa sporu o zgodność z prawem przed sporem o odszkodowanie.

39. Ponieważ chodzi wyłącznie o możliwość – w art. 2 ust. 6 dyrektywy 89/665 użyto bowiem czasownika „móc”, a nie „musieć” – państwa członkowskie korzystające z tej możliwości mogą ją swobodnie kształtować¹⁴. Mogą więc przewidzieć sytuacje, w których brak uprzedniego uchylecia nie jest przesłanką niedopuszczalności powództwa o odszkodowanie¹⁵.

40. W każdym razie wprowadzenie w życie zasady pierwszeństwa sporu o zgodność z prawem przed sporem o odszkodowanie nie może prowadzić do tego, że w zbiegu z innym przepisem proceduralnym pozbawia ona poszkodowaną osobę nie tylko możliwości doprowadzenia do uchylecia decyzji instytucji zamawiającej, ale także innych środków przewidzianych w art. 2 ust. 1 dyrektywy 89/665. Taki „system”

¹² Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U. 2014, L 94, s. 65).

¹³ Wyrok z dnia 26 listopada 2015 r., MedEval, C-166/14, EU:C:2015:779, pkt 36; wyróżnienie moje.

¹⁴ Zobacz podobnie wyrok z dnia 26 listopada 2015 r., MedEval, C-166/14, EU:C:2015:779, pkt 35.

¹⁵ Natomiast ta możliwość odstępstwa nie może moim zdaniem zostać przekształcona w obowiązek, ponieważ w przeciwnym razie pozbawiłoby to w znacznym stopniu użyteczności zasadę pierwszeństwa sporów o zgodność z prawem przed sporami o odszkodowanie, dopuszczoną w art. 2 ust. 6 dyrektywy 89/665.

byłby bowiem sprzeczny z zasadą skuteczności¹⁶. Zasada ta jest rozumiana jako jeden z „wymogów wyrażając[ych] ogólny obowiązek państw członkowskich polegający na zapewnieniu ochrony sądowej uprawnień podmiotów prawa wynikających z prawa [Unii]”¹⁷, który został ustanowiony w art. 47 karty.

41. W niniejszej sprawie to właśnie łączne stosowanie art. 350 ustawy o zamówieniach publicznych i art. 339/A kodeksu postępowania cywilnego może wywołać problem z punktu widzenia art. 47 karty.

C. W przedmiocie ograniczenia kontroli zgodności z prawem do ram prawnych i faktycznych zdefiniowanych przez skarżącą

42. Artykuł 339/A kodeksu postępowania cywilnego przewiduje, że sąd dokonuje kontroli decyzji administracyjnej wyłącznie na podstawie przepisów obowiązujących w dniu jej wydania oraz stanu faktycznego istniejącego w chwili jej wydania.

43. Konkretnie rzecz ujmując, w ramach sporów dotyczących decyzji przyjętych w dziedzinie zamówień publicznych oznacza to, że sądy krajowe, do których należy kontrolowanie orzeczeń komisji arbitrażowej, nie są upoważnione do badania każdego nowego zarzutu, który nie został podniesiony przed tą komisją.

44. W art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665 na państwa członkowskie nałożono obowiązek przyjęcia wszystkich środków niezbędnych do zagwarantowania istnienia skutecznych i możliwie szybkich środków odwoławczych od decyzji instytucji zamawiających niezgodnych z prawem Unii.

45. W tym celu w art. 2 ust. 2 dyrektywy 89/665 państwa członkowskie zostały upoważnione do powierzenia uprawnień do uchylecia decyzji i do przyznania odszkodowania różnym organom, niekoniecznie sądowym¹⁸. Co więcej, dyrektywa 89/665 nie zawiera przepisów regulujących konkretnie warunki, na jakich te środki odwoławcze mogą być wnoszone¹⁹. Dyrektywa 89/665 pozostawia więc państwom członkowskim swobodę w zakresie wyboru gwarancji proceduralnych, które akt ten przewiduje, jak również związanych z nimi formalności²⁰.

46. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem ich zadaniem, zgodnie z zasadą autonomii proceduralnej, jest określenie zasad postępowania administracyjnego i sądowego, aby zapewnić ochronę uprawnień podmiotów prawa wynikających z prawa Unii. Te zasady proceduralne nie powinny jednak stanowić zagrożenia dla skuteczności dyrektywy 89/665²¹.

16 Trybunał orzekł, że „prawo Unii Europejskiej, a w szczególności zasada skuteczności, sprzeciwia się przepisom krajowym, które uzależniają wystąpienie ze skargą o odszkodowanie w związku z naruszeniem normy prawa zamówień publicznych od wcześniejszego stwierdzenia niezgodności z prawem procedury w sprawie udzielenia danego zamówienia w związku z brakiem uprzedniego opublikowania ogłoszenia o zamówieniu, w wypadku gdy ten wniosek o stwierdzenie niezgodności z prawem jest obwarowany terminem zawitym sześciu miesięcy, którego bieg rozpoczyna się od dnia następującego po dniu udzielenia analizowanego zamówienia publicznego i to niezależnie od kwestii, czy występujący z wnioskiem mógł mieć wiedzę o istnieniu niezgodności z prawem, jaką była obarczona decyzja instytucji zamawiającej” (wyrok z dnia 26 listopada 2015 r., MedEval, C-166/14, EU:C:2015:779, pkt 46 i sentencja).

17 Wyrok z dnia 15 kwietnia 2008 r., Impact, C-268/06, EU:C:2008:223, pkt 47; wyróżnienie moje. Zobacz także wyroki: z dnia 18 marca 2010 r., Alasini i in., od C-317/08 do C-320/08, EU:C:2010:146, pkt 49; z dnia 14 września 2016 r., Martínez Andrés i Castrejana López, C-184/15 i C-197/15, EU:C:2016:680, pkt 59.

18 W takim przypadku art. 2 ust. 9 dyrektywy 89/665 nakazuje jednak, aby wszelkie bezprawne środki podjęte przez niesądowe „organy odwoławcze” lub wszelkie podnoszone uchybienia w wykonywaniu nadanych im uprawnień mogły być przedmiotem odwołania w sądzie lub odwołania rozpatrywanego przez inny organ będący sądem w rozumieniu art. [267 TFUE] i niezależny zarówno od instytucji zamawiającej, jak i od organu odwoławczego.

19 Zobacz podobnie wyrok z dnia 15 września 2016 r., Star Storage i in., C-439/14 i C-488/14, EU:C:2016:688, pkt 42.

20 Zobacz podobnie wyrok z dnia 6 października 2015 r., Orizzonte Salute, C-61/14, EU:C:2015:655, pkt 44.

21 Zobacz podobnie wyroki: z dnia 12 marca 2015 r., eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, pkt 40; z dnia 6 października 2015 r., Orizzonte Salute, C-61/14, EU:C:2015:655, pkt 47; z dnia 15 września 2016 r., Star Storage i in., C-439/14 i C-488/14, EU:C:2016:688, pkt 43; z dnia 5 kwietnia 2017 r., Marina del Mediterraneo i in., C-391/15, EU:C:2017:268, pkt 33.

47. W tym kontekście przepis taki jak przewidziany w art. 339/A kodeksu postępowania cywilnego nie wydaje mi się jako taki sprzeczny z prawem Unii, kiedy jest stosowany w ramach kontroli zgodności z prawem przeprowadzanej przez komisję arbitrażową, a następnie przez sądy.

48. Z motywu trzeciego dyrektywy 89/665 wynika bowiem, że jednym z jej głównych celów jest wprowadzenie w życie „skutecznych i szybkich środków odwoławczych”²². Znaczenie tej ostatniej cechy podkreślone zostało przez samego prawodawcę poprzez wyraźne zobowiązanie państw członkowskich w art. 1 ust. 1 akapit czwarty omawianej dyrektywy do przyjęcia „niezbędnych środków, aby zapewnić [...] możliwość skutecznego, a zwłaszcza możliwie szybkiego odwołania od decyzji podjętych przez instytucje zamawiające”²³.

49. Ograniczenie kontroli sądowej do zarzutów podniesionych przed komisją arbitrażową na podstawie przepisów prawnych obowiązujących w chwili wydania decyzji i okoliczności faktycznych istniejących w czasie jej wydania przyczynia się do realizacji tego celu szybkości postępowania, jednak bez naruszania istoty prawa do skutecznego środka prawnego²⁴.

50. Z jednej strony zasada ta umożliwia uniknięcie opóźnień w postępowaniu, zapobiegając ponownemu otwarciu debaty – która musiałaby być z konieczności kontrykcyjna i rozstrzygnięta w drodze uzasadnionego orzeczenia – przed sądem sprawującym kontrolę. Przyczynia się więc ona w ten sposób do realizacji interesu dobrego administrowania wymiarem sprawiedliwości na korzyść podmiotów prawa²⁵ oraz konsoliduje wymóg pewności prawa, który powinien przeważać w przypadku środków prawnych zmierzających do pozbawienia skutku umowy²⁶. Z drugiej strony nie pozbawia ona podmiotu dostępu do sądu. Wpisuje go ona w granice wskazane przez sam podmiot prawa, na jego wyłączną odpowiedzialność.

51. W tym względzie na pytanie o konsekwencje przepisu proceduralnego ograniczającego działanie sądu do argumentów podniesionych przez strony Trybunał orzekł, że zasada skuteczności nie nakłada na sądy krajowe obowiązku uwzględnienia z urzędu zarzutu opartego na prawie Unii, niezależnie od jego znaczenia dla porządku prawnego Unii, jeśli strony miały rzeczywistą możliwość podniesienia przed sądem krajowym zarzutu mającego podstawy w prawie Unii²⁷.

52. W tych okolicznościach, jakkolwiek prawdą jest, że przepis proceduralny, którego skutkiem jest ograniczenie sporu wyłącznie do zarzutów przedstawionych przed komisją arbitrażową, ogranicza prawo do skutecznego środka prawnego przed sądem w rozumieniu art. 47 karty, to jednak jest on uzasadniony w rozumieniu art. 52 ust. 1 karty, ponieważ jest przewidziany ustawą, szanuje istotę prawa do skutecznego środka prawnego i respektuje cel szybkości środków odwoławczych przewidziany w dyrektywie 89/665, który przyczynia się do dobrego administrowania wymiarem sprawiedliwości oraz do wymogu pewności prawa.

22 Wyróżnienie moje.

23 Wyróżnienie moje.

24 Zobacz podobnie pkt 90 opinii rzecznika generalnego P. Mengozziego w sprawie *Texdata Software*, C-418/11, EU:C:2013:50, zgodnie z którą „zakaz podnoszenia nowych zarzutów w odwołaniu [...] jest wspólny dla systemów prawnych różnych państw członkowskich i [...] nie zagraża skuteczności odwołania”. Trybunał przyjął ten punkt widzenia i teoretyczną zgodność z prawem takiej zasady. W pkt 87 swojego wyroku z dnia 26 września 2013 r., *Texdata Software*, C-418/11, EU:C:2013:588, Trybunał orzekł bowiem, w odpowiedzi na zarzut dotyczący przedstawiania nowych zarzutów na etapie odwołania, że nie dysponuje on „żadnym elementem mogącym wzbudzać wątpliwości co do zgodności reżimu sankcji będącego przedmiotem postępowania głównego z zasadami skutecznej ochrony sądowej i poszanowania prawa do obrony”.

25 Trybunał orzekł w związku z tym, że wymóg o charakterze finansowym stanowi „środek, który może zniechęcić do nadużywania środków zaskarżenia i zagwarantować wszystkim podmiotom prawa – w interesie prawidłowego administrowania wymiarem sprawiedliwości – rozpatrzenie wnoszonego środka zaskarżenia w najkrótszym możliwym terminie zgodnie z art. 47 akapity pierwszy i drugi karty” (wyrok z dnia 15 września 2016 r., *Star Storage i in.*, C-439/14 i C-488/14, EU:C:2016:688, pkt 54).

26 Zobacz podobnie wyrok z dnia 26 listopada 2015 r., *MedEval*, C-166/14, EU:C:2015:779, pkt 40.

27 Zobacz podobnie wyrok z dnia 7 czerwca 2007 r., *van der Weerd i in.*, od C-222/05 do C-225/05, EU:C:2007:318, pkt 41.

D. W przedmiocie przeniesienia ograniczeń proceduralnych sporu o zgodność z prawem na spór o odszkodowanie

53. Z powyższych rozważań wynika, że prawo do skutecznego środka prawnego nie stoi na przeszkodzie przepisowi ustanawiającemu pierwszeństwo sporu o zgodność z prawem przed sporem o odszkodowanie ani przepisowi uniemożliwiającemu podniesienie nowego zarzutu prawnego po wszczęciu sporu, kiedy przepisy te są rozważane oddzielnie.

54. Jednakże łączne stosowanie art. 350 ustawy o zamówieniach publicznych i art. 339/A kodeksu postępowania cywilnego ma ten skutek, że powództwo o odszkodowanie jest niedopuszczalne w braku uprzedniego uzyskania decyzji stwierdzającej niezgodność z prawem udzielenia rozpatrywanego zamówienia, niezależnie od tego, czy powód wnoszący powództwo o odszkodowanie miał rzeczywiście możliwość podniesienia właściwej podstawy niezgodności z prawem w ramach sporu o zgodność z prawem.

55. Taki skutek wydaje mi się sprzeczny z art. 47 karty, ponieważ narusza prawo do skutecznego środka prawnego zagwarantowane w tym przepisie, czyniąc w praktyce niemożliwym powództwo o odszkodowanie, a nie jest przy tym uzasadniony celem interesu ogólnego, co pozostaje w sprzeczności z wymogami zawartymi w art. 52 ust. 1 karty.

1. W przedmiocie naruszenia prawa do skutecznego środka prawnego

56. Z wymogu ochrony sądowej wynika możliwość uzyskania odszkodowania za poniesioną szkodę w przypadku naruszenia prawa Unii. Jeśli bowiem akt, którego ważność jest kwestionowana, został zastosowany, stwierdzenie jego nieważności nie zawsze może naprawić w całości poniesioną szkodę²⁸. Podczas gdy odstąpienie od stosowania aktu niweluje jego skutki w sytuacji rozpatrywanej przez sąd, przyznanie odszkodowania rekompensuje szkodę, którą akt ów mógł wyrządzić. Pełna ochrona podmiotów prawa wymaga więc jednego i drugiego²⁹.

57. W tych okolicznościach, jakkolwiek zasada pierwszeństwa sporu o zgodność z prawem przed sporem o odszkodowanie dopuszczona w art. 2 ust. 6 dyrektywy 89/665 może znaleźć wyjaśnienie i uzasadnienie we względach dotyczących ekonomii postępowania i niewątpliwie pewności prawa³⁰, to jednak należy odstąpić od stosowania przepisu wprowadzającego ją w sytuacji, gdy zostanie wykazane, że nie było możliwości stwierdzenia niezgodności z prawem spornej decyzji z uzasadnionego powodu, niezależnego od zachowania skarżącego.

58. W przeciwnym razie podmiot prawa zostałby całkowicie pozbawiony ochrony sądowej, ponieważ powództwo o odszkodowanie jest w takich szczególnych okolicznościach „ostatnim przyczółkiem ochrony jednostek, kiedy [...] inne środki prawne nie zapewniły jej skutecznej ochrony”³¹.

²⁸ Zobacz podobnie wyrok z dnia 30 maja 2017 r., *Safa Nicu Sepahan/Rada*, C-45/15 P, EU:C:2017:402, pkt 49.

²⁹ Zobacz podobnie co do obowiązujących norm L. Dubouis, *La responsabilité de l'État législateur pour les dommages causés aux particuliers par la violation du droit communautaire et son incidence sur la responsabilité de la Communauté*, *Revue française de droit administratif*, nr 3, 1996, s. 583–601.

³⁰ Zasada ta zmierza bowiem do powierzenia kontroli przepisów dotyczących udzielania zamówień publicznych wyspecjalizowanym organom kontrolnym. Chodzi o zapewnienie, aby każda kwestia prawna dotycząca naruszenia prawa zamówień publicznych, powstająca w ramach innych postępowań, była ostatecznie rozstrzygana przez wyznaczony w tym celu wyspecjalizowany organ.

³¹ W odniesieniu do powództwa w zakresie odpowiedzialności pozaumownej F. Berrod, *La systématique des voies de droit communautaire*, Paris, Dalloz, 2003, nr 946.

59. Ta szczególna cecha powództwa o odszkodowanie przewija się przez całe orzecznictwo Trybunału dotyczące zbiegu środków odwoławczych i ich wpływu na skuteczną ochronę sądową, zarówno w celu zaradzenia rygorowi przesłanek dopuszczalności skargi o stwierdzenie nieważności w sporach o zgodność z prawem aktów Unii³², jak i w celu złagodzenia skutków braku bezpośredniego horyzontalnego skutku dyrektyw³³, czy też w sytuacji, kiedy naruszenia uprawnień wynikających z prawa Unii w prawomocnym orzeczeniu sądowym nie można już naprawić.

60. W tej ostatniej sytuacji, jakkolwiek prawo Unii nie wymaga, aby dla uwzględnienia wykładni odpowiedniego przepisu prawa Unii dokonanej przez Trybunał po wydaniu orzeczenia sądowego korzystającego z powagi rzeczy osądzonej organ ten był co do zasady zobowiązany do zmiany tego orzeczenia, to jednak „jednostki nie mogą być pozbawione możliwości pociągnięcia państwa do odpowiedzialności w celu uzyskania w ten sposób sądowej ochrony swoich praw”³⁴.

61. To rozumowanie zostało wprowadzone w życie poprzez uznanie odpowiedzialności sądów ostatniej instancji w przypadku naruszenia prawa Unii. W istocie, „w obliczu zasadniczej roli, jaką pełni władza sądownicza w ochronie praw, które jednostki czerpią z norm [prawa Unii], pełna skuteczność tych norm zostałaby zakwestionowana, a ochrona praw, jakie ustanawiają, uległaby osłabieniu, gdyby była wykluczona możliwość uzyskania przez jednostki, pod pewnymi warunkami, naprawienia szkody wyrządzonej im w związku z naruszeniem [prawa Unii] przez orzeczenie sądu państwa członkowskiego orzekającego w ostatniej instancji”³⁵.

62. Pełna skuteczność prawa Unii oraz ochrona uprawnień, jakie ono ustanawia, leżące u podstaw tego orzecznictwa, wymagają również, aby rozwiązanie to zostało przyjęte w sytuacji, gdy zbieg przepisów proceduralnych prowadzi do „zwolnienia” instytucji zamawiającej z całej odpowiedzialności pomimo popełnionego przez nią naruszenia prawa Unii. Wola zapewnienia przez prawodawcę Unii właściwych procedur umożliwiających uzyskanie odszkodowania przez osoby poszkodowane w wyniku naruszenia przepisów dotyczących udzielania zamówień publicznych³⁶ potwierdza tę wykładnię.

63. Przyczynia się ona również do zapewnienia gwarancji pierwszeństwa prawa Unii, ponieważ Trybunał orzekł, że jeśli okaże się, iż ocena dokonana przez sąd krajowy nie jest zgodna z prawem Unii, prawo to wymaga, aby inny sąd krajowy, choćby zgodnie z prawem krajowym bezwarunkowo związany wykładnią prawa Unii dokonaną przez pierwszy sąd, odstąpił na mocy własnych uprawnień od stosowania przepisu prawa wewnętrznego nakładającego na niego obowiązek zastosowania się do wykładni prawa Unii przyjętej przez omawiany pierwszy sąd³⁷.

64. W sytuacji zbiegu przepisów proceduralnych, którą się zajmuję, wydaje się, że jeśli powód wnoszący powództwo o odszkodowanie nie miał rzeczywistej możliwości podniesienia w ramach sporu o zgodność z prawem zarzutu, jaki zamierza podnieść na poparcie swojego powództwa o odszkodowanie, błędne zastosowanie prawa Unii nie będzie mogło zostać naprawione. Sąd krajowy obowiązany jest przyjąć wszystkie możliwe środki w ramach swoich uprawnień dla zapewnienia pierwszeństwa prawa Unii³⁸. Z powyższych rozważań wynika, że jeśli zostanie wykazane, iż nie było możliwości stwierdzenia niezgodności z prawem decyzji instytucji zamawiającej z przyczyny leżącej poza zachowaniem skarżącego, właściwy sąd krajowy powinien odstąpić od stosowania przepisu wprowadzającego w życie zasadę pierwszeństwa sporu o zgodność z prawem przed sporem o odszkodowanie.

32 Zobacz podobnie wyrok z dnia 12 września 2006 r., Reynolds Tobacco i in./Komisja, C-131/03 P, EU:C:2006:541, pkt 82.

33 Zobacz podobnie w szczególności wyroki: z dnia 24 stycznia 2012 r., Dominguez, C-282/10, EU:C:2012:33, pkt 42, 43; z dnia 26 marca 2015 r., Fenoll, C-316/13, EU:C:2015:200, pkt 48.

34 Wyrok z dnia 6 października 2015 r., Târșia, C-69/14, EU:C:2015:662, pkt 40.

35 Wyrok z dnia 30 września 2003 r., Köbler, C-224/01, EU:C:2003:513, pkt 33. Zobacz także wyrok z dnia 13 czerwca 2006 r., Traghetti del Mediterraneo, C-173/03, EU:C:2006:391, pkt 31.

36 Zobacz podobnie motyw szósty dyrektywy 89/665.

37 Zobacz podobnie postanowienie z dnia 15 października 2015 r., Naderhirm, C-581/14, niepublikowane, EU:C:2015:707, pkt 35.

38 Zobacz podobnie postanowienie z dnia 15 października 2015 r., Naderhirm, C-581/14, niepublikowane, EU:C:2015:707, pkt 37.

2. W przedmiocie braku uzasadnienia

65. Kiedy badałem zgodność z prawem Unii przepisu uniemożliwiającego podniesienie zarzutu prawnego, który nie został podniesiony w skardze wszczynającej postępowanie, uznałem, że cel szybkości postępowania, do którego zmierza dyrektywa 89/665, mógł uzasadnić stosowanie tego przepisu w ramach postępowania w przedmiocie kontroli zgodności z prawem decyzji przyjętych w dziedzinie zamówień publicznych, ponieważ jest on objęty interesem dobrego administrowania wymiarem sprawiedliwości i konsoliduje wymóg pewności prawa, który powinien przeważać w przypadku środków prawnych zmierzających do pozbawienia skutków umowy.

66. Zważywszy na powyższe, jak podkreślił Trybunał, „wymóg pewności prawa odnośnie do przesłanek dopuszczalności skargi nie jest identyczny w przypadku powództw o odszkodowanie i powództw mających na celu uznanie umowy za nieskuteczną. Uznanie za nieskuteczną umowy zawartej w następstwie postępowania w sprawie udzielania zamówienia publicznego jest bowiem końcem istnienia i ewentualnie wykonania tej umowy, co stanowi zasadniczą interwencję organu administracyjnego lub sądowego w stosunki umowne zachodzące między podmiotami prywatnymi a organami państwa. Taka decyzja może więc wywołać poważne perturbacje i straty ekonomiczne nie tylko dla wybranego wykonawcy zamówienia publicznego, lecz również podmiotu zamawiającego i w konsekwencji dla społeczeństwa będącego beneficjentem finalnym dostawy robót budowlanych lub usług stanowiących przedmiot danego zamówienia publicznego. Jak zatem wynika z motywów 25 i 27 dyrektywy 2007/66/WE^[39], prawodawca Unii przyznał większe znaczenie wymogowi pewności prawa w odniesieniu do środków mających na celu pozbawienie skutków umowy aniżeli w odniesieniu do skarg o odszkodowanie”⁴⁰.

67. Ponadto zbieg postępowań taki jak ten w sprawie w postępowaniu głównym nie może opóźnić rezultatu postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego ani naruszyć pewności prawa. Decyzja o wykluczeniu, której niezgodność z prawem leży u podstaw podnoszonej szkody, stała się bowiem ostateczna w wyniku prawomocnego oddalenia skargi skierowanej przeciwko orzeczeniu komisji arbitrażowej i skargi kasacyjnej wniesionej od wyroku Fővárosi Ítéltábla (sądu apelacyjnego dla miasta stołecznego Budapeszt, Węgry) wydanego w ramach tego samego postępowania.

68. W konsekwencji umożliwienie sądowi rozpoznającemu powództwo o odszkodowanie stwierdzenia niezgodności z prawem decyzji leżącej u podstaw podnoszonej szkody w oparciu o zarzut, który nie został zbadany w ramach postępowania zmierzającego do stwierdzenia nieważności, nie może prowadzić do pozbawieniem skuteczności spornego aktu.

69. Co więcej, podobna możliwość nie może zostać zrównana z podaniem w wątpliwość powagi rzeczy osądzonej przez sąd rozpoznający powództwo o odszkodowanie, ponieważ powództwo o odszkodowanie nie ma tego samego przedmiotu co powództwo o stwierdzenie nieważności, zaś ten ostatni spór nie dotyczył tej samej kwestii prawnej. Przeciwnie, w podobnych okolicznościach Trybunał orzekł już, że zasada pewności prawa nie może uzasadniać przepisu krajowego uniemożliwiającego sądowi krajowemu wyciągnięcia wszelkich konsekwencji z naruszenia postanowienia traktatu ze względu na krajowe orzeczenie sądowe korzystające z powagi rzeczy osądzonej⁴¹.

39 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniająca dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych (Dz.U. 2007, L 335, s. 31).

40 Wyrok z dnia 26 listopada 2015 r., MedEval, C-166/14, EU:C:2015:779, pkt 39, 40.

41 Zobacz podobnie wyrok z dnia 11 listopada 2015 r., Klausner Holz Niedersachsen, C-505/14, EU:C:2015:742, pkt 45.

3. W przedmiocie zastosowania w niniejszej sprawie

70. Przyznanie odszkodowania podmiotom poszkodowanym wskutek naruszenia norm regulujących udzielanie zamówień publicznych stanowi jeden ze środków zaradczych, jaki gwarantuje prawo Unii⁴². Parafrazując sformułowanie użyte przez Trybunał w pkt 43 wyroku z dnia 26 listopada 2015 r., *MedEval*, C-166/14, EU:C:2015:779, zbieg przepisów proceduralnych mających zastosowanie do sporu w postępowaniu głównym może prowadzić do tego, że poszkodowany zostanie nie tylko pozbawiony możliwości doprowadzenia do stwierdzenia nieważności decyzji instytucji zamawiającej, ale także wszelkich środków zaradczych przewidzianych w art. 2 ust. 1 dyrektywy 89/665.

71. W konsekwencji podobny wniosek nasuwa się w niniejszej sprawie. Prawo do skutecznego środka prawnego, ustanowione w art. 47 karty, sprzeciwia się systemowi takiemu jak w rozpatrywanym w sprawie w postępowaniu głównym, naruszającemu omawiane prawo poprzez uniemożliwienie prowadzenia powództwa o odszkodowanie ze względu na zakaz uwzględnienia zarzutu prawnego, o którym podmiot prawa nie mógł się dowiedzieć, bez swojej winy czy zaniedbania, przed wniesieniem swojego powództwa o stwierdzenie nieważności lub, powtarzając sformułowanie z wyroku z dnia 7 czerwca 2007 r., *van der Weerd i in.* (C-222/05 do C-225/05, EU:C:2007:318), którego nie mógł rzeczywiście podnieść przed sądem krajowym.

72. W niniejszej sprawie naruszenie prawa Unii podnoszone przez Hochtief po raz pierwszy przed Fővárosi Ítéltábla (sądem apelacyjnym dla miasta stołecznego Budapeszt, Węgry) opiera się na wyroku z dnia 3 marca 2005 r., *Fabricom* (C-21/03 i C-34/03, EU:C:2005:127), który został „udostępniony” w węgierskiej wersji językowej dopiero po wszczęciu sporu przed komisją arbitrażową⁴³.

73. Pozostaje zbadać, czy przedsiębiorstwo takie jak Hochtief, spółka prawa niemieckiego z siedzibą w Niemczech, rzeczywiście nie miało możliwości zapoznania się z wyrokiem Trybunału przed przetłumaczeniem go na język węgierski. Należy z pewnością wziąć pod uwagę okoliczność, że informacja dotycząca dostępności wyroku z dnia 3 marca 2005 r., *Fabricom* (C-21/03 i C-34/03, EU:C:2005:127), w języku węgierskim została podana w języku niemieckim przez sekretariat Trybunału na wniosek złożony po niemiecku pochodzący z niemieckiej siedziby spółki Hochtief. Niemniej jednak, skoro chodzi o kwestię faktyczną, do sądu odsyłającego należy ustalenie, czy Hochtief miał *rzeczywistą* możliwość podniesienia tego zarzutu przed komisją arbitrażową (lub przed sądem rozpatrującym odwołania od jej decyzji, jeśli komisja arbitrażowa nie ma statusu sądu w rozumieniu art. 267 TFUE⁴⁴). W braku takiej możliwości powództwo spółki Hochtief o odszkodowanie powinno móc zostać uwzględnione pomimo niestwierdzenia nieważności decyzji instytucji zamawiającej.

⁴² Wyrok z dnia 26 listopada 2015 r., *MedEval*, C-166/14, EU:C:2015:779, pkt 43.

⁴³ Przeciwnie do tego, co utrzymywał Hochtief na rozprawie w dniu 30 kwietnia, argument oparty na wyroku z dnia 3 marca 2005 r., *Fabricom*, C-21/03 i C-34/03, EU:C:2005:127, wydaje mi się odrębny od argumentu podniesionego pierwotnie w skardze wszczynającej postępowanie. Kwestia prawna podniesiona w ww. wyroku dotyczy bowiem praw do obrony, a nie problemu niespełniania warunków przez ofertę jako taką.

⁴⁴ O statusie „sądu” w rozumieniu art. 267 TFUE, decyduje zespół przesłanek, takich jak podstawa prawna istnienia rozpatrywanego organu, jego stały lub tymczasowy charakter, obligatoryjny charakter jego jurysdykcji, kontradiktoryjność postępowania, stosowanie przez omawiany organ przepisów prawa oraz jego niezawisłość (zob. w szczególności wyrok z dnia 17 września 1997 r., *Dorsch Consult*, C-54/96, EU:C:1997:413, pkt 23; co do niedawnego zastosowania: wyrok z dnia 6 października 2015 r., *Consorti Sanitari del Maresme*, C-203/14, EU:C:2015:664, pkt 17). Należy wskazać, że Trybunał miał już sposobność wielokrotnie orzekać, że organy takie jak komisja arbitrażowa powinny być uważane za „sądy” w rozumieniu art. 267 TFUE, jeżeli spełniają one ww. warunki. W tym względzie zob., poza dwoma ww. wyrokami, wyroki: z dnia 4 lutego 1999 r., *Köllensperger i Atzwanger*, C-103/97, EU:C:1999:52; z dnia 18 listopada 1999 r., *Unitron Scandinavia i 3-S*, C-275/98, EU:C:1999:567; z dnia 18 czerwca 2002 r., *HI*, C-92/00, EU:C:2002:379; z dnia 13 grudnia 2012 r., *Forposta i ABC Direct Contact*, C-465/11, EU:C:2012:801; z dnia 18 września 2014 r., *Bundesdruckerei*, C-549/13, EU:C:2014:2235; z dnia 24 maja 2016 r., *MT Højgaard i Züblin*, C-396/14, EU:C:2016:347; z dnia 27 października 2016 r., *Hörmann Reisen*, C-292/15, EU:C:2016:817; z dnia 8 czerwca 2017 r., *Medisanus*, C-296/15, EU:C:2017:431.

VI. Wnioski

74. W świetle powyższych rozważań proponuję, aby Trybunał odpowiedział na pytania prejudycjalne skierowane przez Kúria (sąd najwyższy, Węgry) w następujący sposób:

- 1) Prawo Unii nie sprzeciwia się krajowym przepisom proceduralnym uzależniającym prowadzenie powództwa o odszkodowanie od uprzedniego i ostatecznego stwierdzenia niezgodności z prawem decyzji instytucji zamawiającej przez organ mający niezbędny w tym celu status w rozumieniu art. 2 ust. 6 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.
- 2) Artykuł 2 ust. 6 dyrektywy 89/665 nie sprzeciwia się temu, aby państwa członkowskie przewidziały sytuacje, w których brak uprzedniego stwierdzenia nieważności nie jest podstawą niedopuszczalności powództwa o odszkodowanie opartego na nieprawidłowości decyzji instytucji zamawiającej.
- 3) Artykuł 47 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej sprzeciwia się uregulowaniu krajowemu uzależniającemu wniesienie powództwa w celu uzyskania odszkodowania za naruszenie przepisu prawa zamówień publicznych od uprzedniego stwierdzenia niezgodności z prawem rozpatrywanego postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, jeśli powód wnoszący powództwo o odszkodowanie nie miał rzeczywistej możliwości podniesienia przed sądem krajowym zarzutu, który zamierza podnieść na poparcie swojego powództwa o odszkodowanie.