



Zbiór Orzeczeń

WYROK TRYBUNAŁU (trzecia izba)

z dnia 7 sierpnia 2018 r. *

Odesłanie prejudycjalne – Zamówienia publiczne – Procedury odwoławcze – Dyrektywa 89/665/WE – Powództwo o odszkodowanie – Artykuł 2 ust. 6 – Uregulowanie krajowe uzależniające dopuszczalność powództwa o odszkodowanie od uprzedniego i ostatecznego stwierdzenia niezgodności z prawem decyzji instytucji zamawiającej leżącej u podstaw podnoszonej szkody – Skarga o stwierdzenie nieważności – Przesądowe odwołanie złożone przed komisją arbitrażową – Kontrola sądowa decyzji komisji arbitrażowej – Uregulowanie krajowe wykluczające przedstawienie zarzutów niepodniesionych przed komisją arbitrażową – Karta praw podstawowych Unii Europejskiej – Artykuł 47 – Prawo do skutecznej ochrony sądowej – Zasady skuteczności i równoważności

W sprawie C-300/17

mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Kúria (sąd najwyższy, Węgry) postanowieniem z dnia 11 maja 2017 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 24 maja 2017 r., w postępowaniu:

Hochtief AG

przeciwko

Budapest Főváros Önkormányzata,

TRYBUNAŁ (trzecia izba),

w składzie: L. Bay Larsen, prezes izby, J. Malenovský, M. Safjan, D. Šváby i M. Vilaras (sprawozdawca), sędziowie,

rzecznik generalny: M. Wathelet,

sekretarz: R. Şereş, administrator,

uwzględniając pisemny etap postępowania i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 30 kwietnia 2018 r.,

rozważywszy uwagi przedstawione:

- w imieniu Hochtief AG przez A. László, ügyvéd, i I. Vargé, konzulens,
- w imieniu rządu węgierskiego przez M.Z. Fehéra i G. Koósa, działających w charakterze pełnomocników,
- w imieniu rządu greckiego przez M. Tassopoulou, D. Tsagkaraki, E. Tsaousi i K. Georgiadisa, działających w charakterze pełnomocników,

* Język postępowania: węgierski.

- w imieniu rządu austriackiego przez M. Fruhmanna, działającego w charakterze pełnomocnika,
- w imieniu rządu polskiego przez B. Majczynę, działającego w charakterze pełnomocnika,
- w imieniu Komisji Europejskiej przez P. Ondrůška i A. Tokára, działających w charakterze pełnomocników,

po zapoznaniu się z opinią rzecznika generalnego na posiedzeniu w dniu 7 czerwca 2018 r.,
wydaje następujący

Wyrok

- 1 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 budowlane (Dz.U. 1989, L 395, s. 33 – wyd. spec. w jęz. polskim, rozdz. 6, t. 1, s. 246), zmienionej dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 r. (Dz.U. 2014, L 94, s. 1) (zwanej dalej „dyrektywą 89/665”).
- 2 Wniosek ów został złożony w ramach sporu pomiędzy spółką Hochtief AG a Budapest Főváros Önkormányzata (lokalnymi władzami Budapesztu, Węgry, zwanymi dalej „instytucją zamawiającą”) w ramach powództwa o odszkodowanie za szkodę, jaką miała ponieść spółka Hochtief w wyniku naruszenia przepisów dotyczących zamówień publicznych.

Ramy prawne

Prawo Unii

- 3 Artykuł 1 ust. 1 akapit czwarty dyrektywy 89/665 przewiduje:

„Państwa członkowskie przyjmują niezbędne środki, aby zapewnić – w odniesieniu do zamówień objętych zakresem stosowania dyrektywy [Parlamentu Europejskiego i Rady] 2014/24/UE [z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U. 2014, L 94, s. 65)] lub dyrektywy [2014/23] – 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”.

- 4 Artykuł 1 ust. 3 owej dyrektywy stanowi:

„Państwa członkowskie zapewniają dostępność procedur odwoławczych, w ramach szczegółowych przepisów, które państwa członkowskie mogą ustanowić, przynajmniej dla każdego podmiotu, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia i który poniósł szkodę lub może ponieść szkodę w wyniku domniemanego naruszenia”.

- 5 Artykuł 2 ust. 1, 2 i 6 rzeczony dyrektywy przewiduje:

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

[...]

b) uchylecia lub doprowadzenia do uchylecia bezprawnych decyzji, w tym usuniecia dyskryminujacych warunkow technicznych, ekonomicznych lub finansowych zawartych w zaproszeniu do skladania ofert, specyfikacji lub we wszelkich innych dokumentach zwiazanych z procedura udzielenia zamowienia;

c) przyznania odszkodowania podmiotom, ktore doznaly uszczerbku w wyniku naruszenia.

2. Uprawnienia, o ktorych mowa w ust. 1 oraz w art. 2d i 2e, moga zostac przyznane odrębnym organom odpowiedzialnym za poszczegolne aspekty procedury odwoławczej.

[...]

6. Państwa członkowskie moga przewidziec, ze w przypadku gdy wystapiono z roszczeniem o odszkodowanie w zwiazku z bezprawnie podjeta decyzja, przedmiotowa decyzja musi byc uprzednio uchylona przez organ majacy niezbedne uprawnienia”.

Prawo węgierskie

6 Artykul 108 ust. 3 közbeszerzésekról szóló 2003. évi CXXIX. törvény (ustawy nr CXXIX z 2003 r. o zamowieniach publicznych, *Magyar Közlöny*, 2003/157, zwanej dalej „ustawa o zamowieniach publicznych”) stanowi:

„Kandydat moze zmienic swój wniosek o dopuszczenie do udzialu do chwili uplywu terminu do jego zlozenia”.

7 Artykul 350 tej ustawy przewiduje:

„Możliwość dochodzenia roszczenia o charakterze cywilnym opartego na naruszeniu przepisów dotyczacych zamowien publicznych lub postepowan o udzielenie zamowienia publicznego jest uzalezniona od spełnienia przesłanki, by komisja arbitrazowa do spraw zamowien publicznych w ostatecznej decyzji lub – w ramach kontroli sądowej decyzji komisji arbitrazowej – sąd w prawomocnym orzeczeniu stwierdzily, ze nastapilo naruszenie przepisów”.

8 Artykul 351 rzeczony ustawy ma nastepujace brzmienie:

„Jeżeli oferent dochodzi od instytucji zamawiajacej odszkodowania ograniczonego wyłącznie do kosztów poniesionych w zwiazku z przygotowaniem oferty i udzialem w postepowaniu o udzielenie zamowienia publicznego, wystarczy, ze do celów dochodzenia takiego roszczenia odszkodowawczego wykaże, iż:

a) instytucja zamawiajaca naruszyła przepis prawa dotyczacego zamowien publicznych i postepowania o udzielenie zamowienia publicznego,

b) miał rzeczywista możliwość, ze zostanie mu udzielone zamowienie oraz

c) naruszenie zmniejszyło możliwość udzielenia mu zamowienia”.

9 Artykul 339/A Polgári perrendtartásról szóló 1952. évi III. törvény (ustawy nr III z 1952 r. ustanawiajacej kodeks postepowania cywilnego, zwanej dalej „kodeksem postepowania cywilnego”) przewiduje:

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

Okoliczności faktyczne leżące u podstaw sporu w postępowaniu głównym i pytania prejudycjalne

- 10 W dniu 5 lutego 2005 r. instytucja zamawiająca ogłosiła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji z uprzednią 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 spółkę Hochtief.
- 11 W dniu 19 lipca 2005 r. instytucja zamawiająca zawiadomiła konsorcjum, że jego wniosek jest nieważny ze względu na zakaz łączenia funkcji i że zostaje on odrzucony. Uzasadnia tę decyzję faktem, że konsorcjum mianowało na kierownika projektu eksperta, który brał udział w przygotowaniu przetargu ze strony instytucji zamawiającej.
- 12 Orzeczeniem z dnia 12 września 2005 r. Közbeszerzési Döntőbizottság (komisja arbitrażowa do spraw zamówień publicznych, Węgry, zwana dalej „komisją arbitrażową”) oddaliła odwołanie wniesione przez konsorcjum na tę decyzję. Komisja ta uznała, że wyznaczenia eksperta we wniosku o dopuszczenie do udziału nie można uznać za pomyłkę administracyjną, jak podnosiła spółka Hochtief. Gdyby spółka ta była upoważniona do poprawienia tego błędu, oznaczałoby to zmianę wniosku o dopuszczenie do udziału, niedopuszczalną w myśl art. 108 ust. 3 ustawy o zamówieniach publicznych. Komisja arbitrażowa uznała również, że instytucja zamawiająca nie naruszyła prawa poprzez dalsze prowadzenie postępowania z udziałem tylko dwóch kandydatów, gdyż zgodnie z art. 130 ust. 7 owej ustawy, 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.
- 13 Wyrokiem z dnia 28 kwietnia 2006 r. Fővárosi Bíróság (sąd w Budapeszcie, Węgry) oddalił skargę złożoną przez konsorcjum na decyzję z dnia 12 września 2005 r.
- 14 Orzeczeniem z dnia 13 lutego 2008 r. Fővárosi Ítéltábla (regionalny sąd apelacyjny dla miasta stołecznego Budapeszt, Węgry), rozpatrujący apelację wniesioną przez konsorcjum na wyrok z dnia 28 kwietnia 2006 r., zwrócił się do Trybunału 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 Także w 2008 r. Komisja Europejska ustaliła, w ramach badania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego rozpatrywanego w postępowaniu głównym, że instytucja zamawiająca naruszyła przepisy dotyczące zamówień publicznych, po pierwsze, poprzez ogłoszenie procedury negocjacyjnej oraz, po drugie, poprzez wykluczenie na etapie preselekcji kandydata, bez umożliwienia mu – zgodnie z wyrokiem z dnia 3 marca 2005 r., Fabricom (C-21/03 i C-34/03, EU:C:2005:127) – wykazania, że udział eksperta wyznaczonego jako kierownik projektu nie mógł zakłócić konkurencji.
- 16 W dniu 20 stycznia 2010 r., w następstwie wyroku z dnia 15 października 2009 r., Hochtief i Linde-Kca-Dresden (C-138/08, EU:C:2009:627), Fővárosi Ítéltábla (regionalny sąd apelacyjny dla miasta stołecznego Budapeszt) wydał wyrok utrzymujący w mocy wyrok z dnia 28 kwietnia 2006 r. Sąd ów wskazał w szczególności, że nie zbadał on kwestii, czy instytucja zamawiająca, stwierdzając złamanie zakazu łączenia funkcji w przypadku kandydatury konsorcjum, naruszyła prawo, nie umożliwiając konsorcjum przeprowadzenia obrony, ponieważ zarzut ów nie znajdował się w skardze w pierwszej instancji. Dopiero na etapie apelacji spółka Hochtief podniosła po raz pierwszy, iż zakaz, na który powołano się wobec konsorcjum, stanowił nieproporcjonalne ograniczenie jej prawa do przedstawienia kandydatury i złożenia oferty, sprzeczne z art. 220 WE, art. 6 dyrektywy Rady 93/37/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (Dz.U. 1993, L 199, s. 54 – wyd. spec. w jęz. polskim, rozdz. 6, t. 2, s. 163) i orzecznictwem Trybunału.

- 17 Wyrokiem z dnia 7 lutego 2011 r. Legfelsőbb Bíróság (dawna nazwa sądu najwyższego, Węgry) utrzymał w mocy wyrok Fővárosi Ítéltábla (regionalnego sądu apelacyjnego dla miasta stołecznego Budapeszt) z dnia 20 stycznia 2010 r.
- 18 W dniu 11 sierpnia 2011 r. spółka Hochtief, opierając się na ustaleniach Komisji, wniósł skargę kasacyjną od wyroku Fővárosi Ítéltábla (regionalnego sądu apelacyjnego dla miasta stołecznego Budapeszt).
- 19 Postanowieniem z dnia 6 czerwca 2013 r. Fővárosi Közigazgatási és Munkaügyi Bíróság (sąd administracyjny i 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.
- 20 Powołując się na ustalenia Komisji, spółka Hochtief wniosła zatem powództwo zmierzające do zasądzenia od instytucji zamawiającej odszkodowania w wysokości 24 043 685 forintów węgierskich (HUF) (ok. 74 000 EUR), odpowiadającej kosztom, jakie spółka ta poniosła z tytułu udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.
- 21 Jako że powództwo to zostało oddalone w pierwszej instancji i w apelacji, spółka Hochtief wniosła skargę kasacyjną do sądu odsyłającego, podnosząc w szczególności naruszenie art. 2 ust. 1 dyrektywy 89/665 i art. 2 ust. 1 dyrektywy Rady 92/13/EWG z dnia 25 lutego 1992 r. koordynującej przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz.U. 1992, L 76, s. 14 – wyd. spec. w jęz. polskim, rozdz. 6, t. 1, s. 315).
- 22 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 owej 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 w ramach postępowania negocjacyjnego zmierzającego do udzielenia zamówienia publicznego, takiemu jak spółka Hochtief, 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.
- 23 W powyższych okolicznościach Kúria (sąd najwyższy, Węgry) postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:
 - „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] w drodze ostatecznej decyzji lub – w ramach kontroli sądowej decyzji komisji arbitrażowej – sąd w drodze prawomocnego orzeczenia stwierdziły, że nastąpiło naruszenie tych przepisów?
 - 2) Czy przepis państwa członkowskiego, który dla tego, by można było dochodzić roszczenia odszkodowawczego, wprowadza wymóg uprzedniego stwierdzenia w drodze ostatecznej decyzji [komisji arbitrażowej] lub – w ramach kontroli sądowej decyzji komisji arbitrażowej – sąd

w drodze prawomocnego orzeczenia, że nastąpiło 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, 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 Sprawiedliwości Unii Europejskiej, 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?”

W przedmiocie wniosku o otwarcie na nowo ustnego etapu postępowania

- 24 Pismami złożonymi w sekretariacie Trybunału w dniach 12 i 27 lipca 2018 r. spółka Hochtief wniosła o ponowne otwarcie ustnego etapu postępowania na podstawie art. 83 regulaminu postępowania przed Trybunałem.
- 25 Na poparcie swojego wniosku spółka Hochtief wskazuje przede wszystkim wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Székesfehérvári Törvényszék (sąd w Székesfehérvár, Węgry) postanowieniem z dnia 6 grudnia 2017 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 5 czerwca 2018 r. i zostało zarejestrowane pod numerem sprawy C-362/18. Spółka ta podnosi w istocie, że odpowiedź na pytania przedstawione w niniejszej sprawie zależy od odpowiedzi, jaka zostanie udzielona na pytania przedstawione w sprawie C-362/18, oraz że w celu zapewnienia jednolitości orzecznictwa należy umożliwić stronom przedstawienie ich stanowiska co do tej ostatniej sprawy.
- 26 Spółka Hochtief stwierdza następnie, że aby Trybunał był w stanie rozstrzygnąć w przedmiocie niniejszego wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, należy uwzględnić elementy, które nie stanowiły przedmiotu dyskusji pomiędzy stronami. Spółka ta pragnie w szczególności mieć możliwość przedstawienia swoich uwag co do oświadczenia sformułowanego przez pełnomocnika rządu węgierskiego w trakcie rozprawy, zgodnie z którym to oświadczeniem wyrok z dnia 15 października 2009 r., Hochtief i Linde-Kca-Dresden (C-138/08, EU:C:2009:627), ogłoszony, gdy toczyło się postępowanie przed sądami węgierskimi, był przedmiotem orzeczenia tych sądów. Zdaniem tej spółki kluczowe znaczenie dla odpowiedzi na dwa pierwsze pytania przedstawione w ramach niniejszego odesłania prejudycjalnego ma ustalenie, jak wskazane sądy oceniły rzeczony wyrok.
- 27 Należy przypomnieć w tym względzie, że zgodnie z art. 83 regulaminu postępowania Trybunał może w każdej chwili, po zapoznaniu się ze stanowiskiem rzecznika generalnego, postanowić o otwarciu ustnego etapu postępowania na nowo, w szczególności jeśli uzna, że okoliczności zawisłej przed nim sprawy nie są wystarczająco wyjaśnione lub jeśli po zamknięciu ustnego etapu postępowania strona przedstawiła nowy fakt mogący mieć decydujące znaczenie dla rozstrzygnięcia Trybunału, lub też jeśli sprawa ma zostać rozstrzygnięta na podstawie argumentu, który nie był przedmiotem dyskusji między stronami lub podmiotami określonymi w art. 23 statutu Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.
- 28 W niniejszej sprawie, po wysłuchaniu opinii rzecznika generalnego, Trybunał stwierdza, że dysponuje wszelkimi danymi niezbędnymi do udzielenia odpowiedzi na zadane mu pytania prejudycjalne oraz że nie ma potrzeby udzielenia odpowiedzi na nie na podstawie argumentu, który nie był przedmiotem toczonej przed nim dyskusji.

- 29 Po pierwsze, w przeciwieństwie do twierdzeń spółki Hochtief, odpowiedź na pytania przedłożone w niniejszej sprawie nie zależy od odpowiedzi, jaka zostanie udzielona na pytania przedstawione w sprawie C-362/18. Otóż chociaż spory w postępowaniach głównych w niniejszej sprawie i sprawie C-362/18 wpisują się w podobny kontekst, to jednak pytania przedłożone w sprawie C-362/18, które – jak zauważyła sama spółka Hochtief we wniosku – dotyczą głównie odpowiedzialności państwa członkowskiego z tytułu naruszenia prawa Unii przez sąd krajowy, orzekający w ostatniej instancji, różnią się od pytań przedłożonych w niniejszej sprawie, które to pytania dotyczą przesłanek dopuszczalności powództwa o odszkodowanie wniesionego przeciwko instytucji zamawiającej.
- 30 Po drugie, nie wydaje się, aby rozpatrywany wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym musiał być badany w świetle elementu, który nie stanowił przedmiotu dyskusji pomiędzy stronami. W szczególności wyrok z dnia 15 października 2009 r., Hochtief i Linde-Kca-Dresden (C-138/08, EU:C:2009:627), przywołany przez spółkę Hochtief na poparcie jej wniosku o otwarcie na nowo ustnego etapu postępowania, został wskazany przez sąd odsyłający we wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym i strony postępowania głównego, jak i zainteresowane podmioty określone w art. 23 statutu Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, miały możliwość przedstawienia w tym względzie uwag zarówno pisemnych, jak i ustnych.
- 31 W świetle powyższych rozważań Trybunał uznał, że nie zachodzi potrzeba otwarcia ustnego etapu postępowania na nowo.

W przedmiocie pytań pierwszego i drugiego

- 32 Poprzez dwa pierwsze pytania, które należy zbadać łącznie, sąd odsyłający zmierza w istocie do ustalenia, czy art. 2 ust. 6 dyrektywy 89/665 należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie obowiązywaniu krajowego uregulowania proceduralnego takiego jak rozpatrywane w postępowaniu głównym, które uzależnia możliwość dochodzenia roszczenia cywilnego, opartego na naruszeniu przepisów dotyczących zamówień publicznych i postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, od spełnienia przesłanki, by komisja arbitrażowa w drodze ostatecznej decyzji lub – w ramach kontroli sądowej decyzji owej komisji arbitrażowej – sąd w drodze prawomocnego orzeczenia stwierdziły, że nastąpiło naruszenie tych przepisów.
- 33 Należy przypomnieć w pierwszej kolejności, iż zgodnie z art. 2 ust. 6 dyrektywy 89/665 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.
- 34 W konsekwencji z samego brzmienia tego przepisu wynika, że państwa członkowskie dysponują, co do zasady, uprawnieniem przyjęcia krajowego przepisu proceduralnego takiego jak art. 350 ustawy o zamówieniach publicznych, który uzależnia możliwość dochodzenia roszczenia cywilnego, opartego na naruszeniu przepisów dotyczących zamówień publicznych, od spełnienia przesłanki, by komisja arbitrażowa taka jak w postępowaniu głównym w drodze ostatecznej decyzji lub – w ramach kontroli sądowej decyzji wydanej przez taką komisję arbitrażową – sąd w drodze prawomocnego orzeczenia stwierdziły, że nastąpiło naruszenie tych przepisów (zob. analogicznie wyrok z dnia 26 listopada 2015 r., MedEval, C-166/14, EU:C:2015:779, pkt 36).
- 35 W drugiej kolejności należy przypomnieć, jak Trybunał wielokrotnie orzekał, że dyrektywa 89/665 ustanawia jedynie minimalne warunki, jakie muszą spełniać procedury odwoławcze ustanowione w krajowych porządkach prawnych w celu zapewnienia poszanowania prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych (zob. w szczególności wyrok z dnia 15 września 2016 r., Star Storage i in., C-439/14 i C-488/14, EU:C:2016:688, pkt 42 i przytoczone tam orzecznictwo).

- 36 Artykuł 2 ust. 6 dyrektywy 89/665 ogranicza się zatem do ustanowienia możliwości uzależnienia przez państwa członkowskie wytoczenia powództwa o odszkodowanie od uchylecia zaskarżonej decyzji przez właściwy w tym zakresie sąd, bez podania jakichkolwiek wskazówek co do warunków lub ograniczeń, z jakimi, w razie potrzeby, wiązałyby się transpozycja lub wdrożenie tego przepisu.
- 37 Wynika stąd, jak zauważył zasadniczo rzecznik generalny w pkt 39 opinii, że państwa członkowskie dysponują swobodą w zakresie określenia warunków, w jakich przepisy krajowe transponujące art. 2 ust. 6 dyrektywy 89/665 powinny być stosowane w ich porządkach prawnych, jak i ograniczeń, wyjątków i odstępstw, z którymi, w razie potrzeby, stosowanie to może się wiązać.
- 38 Prawdą jest, że – jak Trybunał orzekał wielokrotnie – do państw członkowskich należy, w przypadku określania zasad regulujących procedury odwoławcze, których celem jest zapewnienie ochrony uprawnień przyznanych przez prawo Unii kandydatom i oferentom poszkodowanym wskutek decyzji instytucji zamawiających, czuwać nad tym, by nie doszło do naruszenia ani skuteczności dyrektywy 89/665, ani praw przyznanych jednostkom przez prawo Unii (zob. podobnie wyrok z dnia 15 września 2016 r., *Star Storage i in.*, C-439/14 i C-488/14, EU:C:2016:688, pkt 43, 44).
- 39 Trybunał orzekł w tym względzie, że możliwość przyznana państwom członkowskim na mocy art. 2 ust. 6 dyrektywy 89/665 nie jest nieograniczona i pozostaje uzależniona od przesłanki, aby skarga o stwierdzenie nieważności poprzedzająca jakiekolwiek powództwo o odszkodowanie była skuteczna (zob. podobnie wyrok z dnia 26 listopada 2015 r., *MedEval*, C-166/14, EU:C:2015:779, pkt 36–44). W szczególności zgodnie z art. 47 akapity pierwszy i drugi Karty praw podstawowych Unii Europejskiej (zwanej dalej „kartą”) do państw członkowskich należy zapewnienie pełnego poszanowania prawa do skutecznego środka prawnego i dostępu do bezstronnego sądu (zob. 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).
- 40 W niniejszej sprawie należy stwierdzić, że krajowe uregulowanie proceduralne, które uzależnia możliwość dochodzenia roszczenia cywilnego, opartego na naruszeniu przepisów dotyczących zamówień publicznych lub postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, od spełnienia przesłanki, by naruszenie zostało uprzednio stwierdzone w sposób ostateczny, nie pozbawia danego oferenta prawa do skutecznego środka prawnego.
- 41 W konsekwencji na dwa pierwsze pytania sądu odsyłającego należy odpowiedzieć, że art. 2 ust. 6 dyrektywy 89/665 należy interpretować w ten sposób, że nie stoi on na przeszkodzie obowiązywaniu krajowego uregulowania proceduralnego takiego jak rozpatrywane w postępowaniu głównym, które uzależnia możliwość dochodzenia roszczenia cywilnego, opartego na naruszeniu przepisów dotyczących zamówień publicznych i postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, od spełnienia przesłanki, by komisja arbitrażowa w drodze ostatecznej decyzji lub – w ramach kontroli sądowej decyzji owej komisji arbitrażowej – sąd w drodze prawomocnego orzeczenia stwierdziły, że nastąpiło naruszenie tych przepisów.

W przedmiocie pytania trzeciego

- 42 Poprzez pytanie trzecie sąd odsyłający zmierza w istocie do ustalenia, czy prawo Unii należy interpretować w ten sposób, że w przypadku powództwa o odszkodowanie prawo to stoi na przeszkodzie krajowemu przepisowi proceduralnemu, który ogranicza kontrolę sądową decyzji wydanej przez komisję arbitrażową, zobowiązaną do kontroli w pierwszej instancji decyzji przyjętych przez instytucje zamawiające w ramach postępowań o udzielanie zamówień publicznych, do zbadania jedynie zarzutów podniesionych przed tą komisją.
- 43 W odniesieniu do sprawy w postępowaniu głównym należy zauważyć najpierw, że – jak wynika z wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym – sądy krajowe odpowiedzialne za kontrolę decyzji komisji arbitrażowej, wyznaczonej do zbadania w pierwszej instancji skarg o stwierdzenie

nieważności wniesionych na decyzje przyjęte przez instytucje zamawiające w ramach postępowań o udzielanie zamówień publicznych, muszą odrzucić, na mocy art. 339/A kodeksu postępowania cywilnego, jako niedopuszczalne wszystkie nowe zarzuty, które nie zostały podniesione przed rzeczoną komisją.

- 44 To na podstawie tego przepisu Fővárosi Ítéltábla (regionalny sąd apelacyjny dla miasta stołecznego Budapeszt) odrzucił apelację wniesioną przez stronę skarżącą w postępowaniu głównym na wyrok Fővárosi Bíróság (sądu w Budapeszcie) oddalający skargę na pierwotną decyzję komisji arbitrażowej. Również na podstawie tego przepisu Legfelsőbb Bíróság (dawna nazwa sądu najwyższego) odrzucił skargę kasacyjną złożoną przez stronę w postępowaniu głównym na wyrok Fővárosi Ítéltábla (regionalnego sądu apelacyjnego dla miasta stołecznego Budapeszt).
- 45 Zdaniem sądu odsyłającego łączne zastosowanie art. 339/A kodeksu postępowania cywilnego i art. 350 ustawy o zamówieniach publicznych może jednak wywołać skutki niezgodne z prawem Unii.
- 46 Sąd ów podkreśla w tym względzie, odwołując się do pkt 39 wyroku z dnia 26 listopada 2015 r., MedEval (C-166/14, EU:C:2015:779), że wymóg pewności prawa odnośnie do przesłanek dopuszczalności środka prawnego nie jest identyczny w przypadku powództw o odszkodowanie i powództw mających na celu uznanie umowy za nieskuteczną. Zasadne jest bowiem, w świetle wymogów pewności prawa, z której stosunki umowne powinny móc korzystać, restrykcyjne ukształtowanie środków prawnych mających na celu stwierdzenie nieskuteczności umów zawartych pomiędzy instytucjami zamawiającymi a wybranymi oferentami. Natomiast ze względu na to, że powództwa o odszkodowanie nie wywierają, co do zasady, żadnego wpływu na skutki już zawartej umowy, niezasadne byłoby objęcie ich tak samo surowymi wymogami, jak wymogi stosowane w stosunku do powództw dotyczących samego istnienia lub wykonania takich umów.
- 47 W tym względzie należy przypomnieć, iż prawdą jest, że Trybunał orzekł w pkt 41–44 wyroku z dnia 26 listopada 2015 r., MedEval (C-166/14, EU:C:2015:779), iż w pewnych okolicznościach zasada skuteczności sprzeciwia się krajowym przepisom proceduralnym uzależniającym dopuszczalność powództw o odszkodowanie wytoczonych w ramach postępowań o udzielenie zamówień publicznych od uprzedniego stwierdzenia niezgodności z prawem postępowania o udzielenie danego zamówienia.
- 48 Należy jednak podkreślić, iż Trybunał doszedł do tego wniosku w sytuacji bardzo specyficznej, wyróżniającej się okolicznością, że żądanie o uprzednie stwierdzenie niezgodności z prawem postępowania o udzielenie zamówienia, w związku z brakiem uprzedniego opublikowania ogłoszenia o zamówieniu, było obwarowane terminem zawitym sześciu miesięcy, którego bieg rozpoczyna się od dnia następującego po dniu udzielenia danego zamówienia publicznego, niezależnie od kwestii, czy poszkodowany mógł mieć wiedzę o istnieniu niezgodności z prawem, jaką była obarczona decyzja o udzieleniu zamówienia. Otóż w takiej sytuacji istnieje ryzyko, że termin sześciu miesięcy nie pozwoli poszkodowanemu na zebranie informacji koniecznych do skargi podważającej zgodność z prawem postępowania o udzielenie danego zamówienia, co stanowi zatem przeszkodę we wniesieniu tej skargi i może w związku z tym uczynić wykonanie prawa do wystąpienia z powództwem o odszkodowanie praktycznie niemożliwym lub nadmiernie utrudnionym.
- 49 Tymczasem rozpatrywana w sprawie w postępowaniu głównym sytuacja wyraźnie odróżnia się od tej rozpatrywanej w sprawie, w której zapadł wyrok z dnia 26 listopada 2015 r., MedEval (C-166/14, EU:C:2015:779).
- 50 Należy bowiem zauważyć, że w odróżnieniu od normy wprowadzającej prekluzję rozpatrywanej w sprawie, w której zapadł wyrok z dnia 26 listopada 2015 r., MedEval (C-166/14, EU:C:2015:779), norma proceduralna przewidziana w art. 339/A kodeksu postępowania cywilnego nie zagraża, jak zauważył rzecznik generalny w pkt 47–49 opinii, prawu do skutecznego środka prawnego i dostępu do bezstronnego sądu, zagwarantowanemu w art. 47 akapity pierwszy i drugi karty (zob. analogicznie wyrok z dnia 26 września 2013 r., Texdata Software, C-418/11, EU:C:2013:588, pkt 87).

- 51 Ponadto, o ile prawdą jest, że ta norma proceduralna wymaga ścisłej zgodności zarzutów podniesionych przed komisją arbitrażową z zarzutami podniesionymi przed sądami wezwanymi do kontroli decyzji tej komisji, wykluczając zatem jakąkolwiek możliwość na podniesienie przez podmiot prawa nowego zarzutu w trakcie postępowania, o tyle jednak norma ta przyczynia się, jak wskazał rzecznik generalny w pkt 49 opinii, do zachowania skuteczności (effet utile) dyrektywy 89/665, której celem jest, jak orzekł już Trybunał, zagwarantowanie, aby niezgodne z prawem decyzje wydane przez instytucję zamawiającą mogły być przedmiotem skutecznego i możliwie jak najszybszego środka zaskarżenia (zob. podobnie wyrok z dnia 15 września 2016 r., *Star Storage i in.*, C-439/14 i C-488/14, EU:C:2016:688, pkt 43 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 52 W tym względzie należy przypomnieć, iż Trybunał orzekł, że zasada, zgodnie z którą inicjatywa procesowa należy do stron, co oznacza, że sąd związany jest obowiązkiem trzymania się przedmiotu sporu, oparcia swego rozstrzygnięcia na przedstawionych mu okolicznościach oraz powstrzymania się od działania z urzędu, poza wyjątkowymi przypadkami w celu ochrony interesu publicznego, chroni prawo do obrony i zapewnia prawidłowy przebieg postępowania, w szczególności zapobiegając powstawaniu opóźnień wynikających z konieczności rozpatrzenia nowych zarzutów (zob. podobnie wyroki: z dnia 14 grudnia 1995 r., *van Schijndel i van Veen*, C-430/93 i C-431/93, EU:C:1995:441, pkt 20, 21; a także z dnia 7 czerwca 2007 r., *van der Weerd i in.*, od C-222/05 do C-225/05, EU:C:2007:318, pkt 34, 35).
- 53 W niniejszej sprawie, jak wynika z akt sprawy przedłożonych Trybunałowi, spółka Hochtief nie została postawiona w sytuacji, w której nie mogła złożyć środka zaskarżenia zmierzającego do stwierdzenia nieważności decyzji instytucji zamawiającej o wykluczeniu tej spółki z postępowania ani przed komisją arbitrażową, ani następnie przed sądami krajowymi zobowiązanymi do kontroli sądowej decyzji wydanej przez tę komisję.
- 54 Nie można również uznać, iż spółka Hochtief została postawiona w sytuacji, w której nie mogła podnieść w terminie zarzutu opartego w istocie na tym, że nie miała ona możliwości przedstawienia dowodu na to, iż w niniejszej sprawie udział eksperta, którego wyznaczyła jako kierownika projektu, a który pracował na rzecz instytucji zamawiającej, nie mógł zakłócić konkurencji zgodnie z wnioskami wynikającymi z pkt 33–36 wyroku z dnia 3 marca 2005 r., *Fabricom* (C-21/03 i C-34/03, EU:C:2005:127).
- 55 Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału wykładnia przepisu prawa Unii, dokonana przez Trybunał w ramach kompetencji przyznanej mu w art. 267 TFUE, wyjaśnia i precyzuje w miarę potrzeb znaczenie oraz zakres tego przepisu, tak jak powinien lub powinien być rozumiany i stosowany od chwili jego wejścia w życie (zob. w szczególności wyroki: z dnia 27 marca 1980 r., *Denkavit italiana*, 61/79, EU:C:1980:100, pkt 16; z dnia 13 stycznia 2004 r., *Kühne & Heitz*, C-453/00, EU:C:2004:17, pkt 21).
- 56 Wynika stąd, iż w sytuacji takiej jak rozpatrywana w postępowaniu głównym oferent, taki jak spółka Hochtief, mógł podnieść zarzut oparty na tym, że nie miał on możliwości wykazać, że wyznaczenie przez niego na stanowisko kierownika projektu eksperta, który brał udział w przygotowaniu przetargu ze strony instytucji zamawiającej, nie zakłóciło konkurencji, nawet wobec braku jakiegokolwiek orzecznictwa Trybunału w tym zakresie.
- 57 Ponadto, o ile prawdą jest, że wyrok z dnia 3 marca 2005 r., *Fabricom* (C-21/03 i C-34/03, EU:C:2005:127) stał się dostępny w języku węgierskim dopiero po wniesieniu przez spółkę Hochtief odwołania do komisji arbitrażowej, a nawet po złożeniu przez tę spółkę skargi na decyzję tej komisji do sądu krajowego pierwszej instancji, o tyle okoliczność ta, sama w sobie, nie umożliwia stwierdzenia, że podniesienie takiego zarzutu było dla tej spółki całkowicie niemożliwe.

58 Z powyższych rozważań wynika, że prawo Unii, a w szczególności art. 1 ust. 1 i 3 dyrektywy 89/665 w związku z art. 47 karty, należy interpretować w ten sposób, że w przypadku powództwa o odszkodowanie prawo to nie stoi na przeszkodzie krajowemu przepisowi proceduralnemu takiemu jak rozpatrywany w postępowaniu głównym, który ogranicza kontrolę sądową decyzji wydanej przez komisję arbitrażową, zobowiązaną do kontroli w pierwszej instancji decyzji przyjętych przez instytucje zamawiające w ramach postępowań o udzielanie zamówień publicznych, do zbadania jedynie zarzutów podniesionych przed tą komisją.

W przedmiocie kosztów

59 Dla stron w postępowaniu głównym niniejsze postępowanie ma charakter incydentalny, dotyczy bowiem kwestii podniesionej przed sądem odsyłającym, do niego zatem należy rozstrzygnięcie o kosztach. Koszty poniesione w związku z przedstawieniem uwag Trybunałowi, inne niż koszty stron w postępowaniu głównym, nie podlegają zwrotowi.

Z powyższych względów Trybunał (trzecia izba) orzeka, co następuje:

- 1) Artykuł 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, zmienionej dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 r., należy interpretować w ten sposób, że nie stoi on na przeszkodzie obowiązywaniu krajowego uregulowania proceduralnego, takiego jak rozpatrywane w postępowaniu głównym, które uzależnia możliwość dochodzenia roszczenia cywilnego, opartego na naruszeniu przepisów dotyczących zamówień publicznych i postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, od spełnienia przesłanki, by komisja arbitrażowa w drodze ostatecznej decyzji lub – w ramach kontroli sądowej decyzji owej komisji arbitrażowej – sąd w drodze prawomocnego orzeczenia stwierdziły, że nastąpiło naruszenie tych przepisów.
- 2) Prawo Unii, a w szczególności art. 1 ust. 1 i 3 dyrektywy 89/665, zmienionej dyrektywą 2014/23, w związku z art. 47 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej, należy interpretować w ten sposób, że w przypadku powództwa o odszkodowanie prawo to nie stoi na przeszkodzie krajowemu przepisowi proceduralnemu takiemu jak rozpatrywany w postępowaniu głównym, który ogranicza kontrolę sądową decyzji wydanej przez komisję arbitrażową, zobowiązaną do kontroli w pierwszej instancji decyzji przyjętych przez instytucje zamawiające w ramach postępowań o udzielanie zamówień publicznych, do zbadania jedynie zarzutów podniesionych przed tą komisją.

Podpisy