

WYROK TRYBUNAŁU (czwarta izba)

z dnia 5 kwietnia 2017 r.(1)

Odesłanie prejudycjalne – Zamówienia publiczne – Procedury odwoławcze –
Dyrektywa 89/665/EWG – Artykuł 1 ust. 1 – Artykuł 2 ust. 1 – Decyzja instytucji
zamawiającej dopuszczająca wykonawcę do udziału w przetargu – Decyzja, od której
zgodnie z mającymi zastosowanie przepisami krajowymi nie przysługuje środek
odwoławczy

W sprawie C-391/15

mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia
w trybie prejudycjalnym, złożony przez Tribunal Superior de Justicia de Andalucía
(wyższy trybunał sprawiedliwości Andaluzji, Hiszpania) postanowieniem z dnia 9 lipca
2015 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 20 lipca 2015 r., w postępowaniu:

Marina del Mediterráneo SL i in.

przeciwko

Agencia Pública de Puertos de Andalucía

przy udziale:

Consejería de Obras Públicas y Vivienda de la Junta de Andalucía,

Nassir Bin Abdullah and Sons SL,

Puerto Deportivo de Marbella SA,

Ayuntamiento de Marbella,

TRYBUNAŁ (czwarta izba),

w składzie: T. von Danwitz, prezes izby, E. Juhász (sprawozdawca), C. Vajda,
K. Jürimäe i C. Lycourgos, sędziowie,

rzecznik generalny: M. Bobek,

sekretarz: V. Giacobbo-Peyronnel, administrator,

uwzględniając pisemny etap postępowania i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu
29 czerwca 2016 r.,

rozważywszy uwagi przedstawione:

- w imieniu Marina del Mediterráneo SL i in. przez J.L. Torresa Beltrána,
procurador, oraz A. Jiménez-Blanca, abogado,
- w imieniu Agencia Pública de Puertos de Andalucía przez J.M. Rodrígueza
Gutiérreza, abogado,
- w imieniu Consejería de Obras Públicas y Vivienda de la Junta de Andalucía przez
I. Nieto Salas, abogada,
- w imieniu rządu hiszpańskiego przez M.A. Sampola Pucurulla
i M.J. Garcíę-Valdecasas Dorrego, działających w charakterze pełnomocników,
- w imieniu rządu włoskiego przez G. Palmieri, działającą w charakterze
pełnomocnika, wspieraną przez P. Pucciariella i F. Di Mattea, avvocati dello Stato,
- w imieniu rządu austriackiego przez M. Fruhmanna, działającego w charakterze
pełnomocnika,
- w imieniu Komisji Europejskiej przez E. Sanfrutos Cano i A. Tokára, działających
w charakterze pełnomocników,

po zapoznaniu się z opinią rzecznika generalnego na posiedzeniu w dniu 8 września 2016 r.,

wydaje następujący

Wyrok

- 1 Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni art. 1 ust. 1 i art. 2 ust. 1 dyrektywy Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz.U. 1989, L 395, s. 33), zmienionej dyrektywą 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. (Dz.U. 2007, L 335, s. 31) (zwanej dalej „dyrektywą 89/665”).
- 2 Wniosek ten został złożony w ramach sporu między Marina del Mediterráneo SL i in., tworzącymi konsorcjum o nazwie „Marina Internacional de Marbella”, a Agencia Pública de Puertos de Andalucía (urzędem portowym Andaluzji, zwanym dalej „urzędem”), w przedmiocie zgodności z prawem decyzji urzędu o dopuszczeniu innego konsorcjum do udziału w zorganizowanym przez urząd przetargu publicznym na koncesję na roboty budowlane.

Ramy prawne

Prawo Unii

- 3 Motyw drugi dyrektywy 89/665 stanowi:
„istniejące przepisy, zarówno na poziomie krajowym, jak i wspólnotowym, dla zapewnienia stosowania [mające zapewniać skuteczne stosowanie dyrektyw dotyczących zamówień publicznych] nie zawsze są odpowiednie, by zapewnić zgodność z odpowiednimi przepisami prawa wspólnotowego, w szczególności na etapie, na którym naruszenia tych przepisów mogą być skorygowane”.
- 4 Artykuł 1 tej dyrektywy, zatytułowany „Zakres zastosowania i dostępność procedur odwoławczych”, stanowi w ust. 1 i 3:
„1. Niniejsza dyrektywa ma zastosowanie do zamówień, o których mowa w dyrektywie 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. 2004, L 134, s. 114), chyba że takie zamówienia wyłączono zgodnie z art. 10–18 tej dyrektywy.
Zamówienia w rozumieniu niniejszej dyrektywy obejmują zamówienia publiczne, umowy ramowe, koncesje na roboty budowlane i dynamiczne systemy zakupów.
Państwa członkowskie przedsięwzięją niezbędne środki, aby zapewnić – w odniesieniu do zamówień objętych zakresem zastosowania dyrektywy 2004/18/WE – możliwość skutecznego, a w szczególności 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 wspólnotowego w dziedzinie zamówień publicznych lub naruszenia krajowych przepisów transponujących to prawo.
[...]
3. 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 tej dyrektywy, zatytułowany „Wymogi dotyczące procedur odwoławczych”, stanowi w ust. 1:

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

- a) przedsięwzięcia, w możliwie najkrótszym terminie, w drodze postanowienia, środków tymczasowych w celu naprawy domniemanego naruszenia lub zapobieżenia dalszym szkodom wobec podmiotów, których to dotyczy, w tym zawieszenia lub doprowadzenia do zawieszenia procedury udzielania zamówienia publicznego lub wykonania decyzji podjętych przez instytucję zamawiającą;
- b) uchylecia lub doprowadzenia do uchylecia bezprawnych decyzji, w tym usunięcia dyskryminujących specyfikacji technicznych, ekonomicznych lub finansowych zawartych w zaproszeniu do składania ofert, dokumentacji zamówienia lub we wszelkich innych dokumentach związanych z procedurą udzielania zamówienia;
- c) przyznania odszkodowania podmiotom, które doznały uszczerbku w wyniku naruszenia”.

6 Dyrektywa Rady 2004/17/EWG z dnia 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz.U. 2004, L 134, s. 1) została uchylona dyrektywą 2014/25/UE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 lutego 2014 r. koordynującą procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz.U. 2014, L 94, s. 243). W art. 3–7, zawartych w sekcji 2 rozdziału II w tytule I tej dyrektywy, wymieniono rodzaje działalności, do których ma ona zastosowanie.

7 Dyrektywa 2004/18 została uchylona dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych (Dz.U. 2014, L 94, s. 65). Artykuł 57 tej dyrektywy, zatytułowany: „Wyłączenia z zakresu obowiązywania”, zawarty w tytule III, zatytułowanym „Reguły dotyczące koncesji na roboty budowlane”, stanowił:

„Przepisy niniejszego tytułu nie mają zastosowania wobec koncesji na roboty budowlane przyznawanych:

- a) w przypadkach, o których mowa w art. 13, 14 i 15 niniejszej dyrektywy, w odniesieniu do zamówień publicznych na roboty budowlane;
- b) przez instytucje zamawiające prowadzące jeden lub wiele rodzajów działalności, o których mowa w art. 3–7 dyrektywy 2004/17/WE, w przypadku gdy koncesje te przyznawane są w celu prowadzenia tej działalności.

Jednakże niniejsza dyrektywa ma nadal zastosowanie do koncesji na roboty budowlane przyznawanych przez instytucje zamawiające prowadzące jeden lub więcej rodzajów działalności, o których mowa w art. 6 dyrektywy 2004/17/WE, w odniesieniu do takich działalności, w zakresie, w jakim dane państwo członkowskie korzysta z możliwości, o której mowa w drugim akapicie art. 71 wspomnianej dyrektywy w celu odroczenia w czasie zastosowania jej przepisów”.

Prawo hiszpańskie

8 Artykuł 25 ust. 1 Ley 29/1998 reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (ustawy 29/1998 o sądownictwie administracyjnym) z dnia 13 lipca 1998 r. (BOE nr 167 z dnia 14 lipca 1998 r., s. 23516) określa przedmiot skargi w postępowaniu administracyjno-sądowym, a dokładniej zaskarżalny akt administracyjny, w następujący sposób:

„skarga administracyjno-sądowa jest dopuszczalna w odniesieniu do przepisów o charakterze generalnym oraz wyraźnych i dorozumianych aktów administracji publicznej wyczerpujących tok instancji, zarówno ostatecznych, jak i przygotowawczych, jeżeli te ostatnie rozstrzygają bezpośrednio lub pośrednio co do istoty sprawy,

uniemożliwiają dalszy bieg postępowania, powodują brak możliwości obrony lub nieodwracalną szkodę dla uprawnień lub uzasadnionych interesów”.

- 9 Artykuł 107 ust. 1 Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (ustawy 30/1992 o ustroju organów administracji publicznej i zwykłym postępowaniu administracyjnym) z dnia 26 listopada 1992 r. (BOE nr 285 z dnia 27 listopada 1992 r., s. 40300), zmienionej ustawą 4/1999 z dnia 13 stycznia 1999 r. (BOE nr 12 z dnia 14 stycznia 1999 r., s. 1739) (zwanej dalej „ustawą nr 30/1992”), stanowi:

„Na decyzje i postanowienia podejmowane w toku postępowania, o ile rozstrzygają one bezpośrednio lub pośrednio co do istoty sprawy, uniemożliwiają dalszy bieg postępowania, powodują brak możliwości obrony lub nieodwracalną szkodę dla uprawnień lub uzasadnionych interesów, zainteresowani mogą wnieść środki odwoławcze w toku instancji lub fakultatywne o ponowne rozpatrzenie sprawy (potestativo de reposición), w oparciu o dowolną podstawę nieważności przewidzianą w art. 62 i 63 [ustawy 30/1992].

Zastrzeżenia wobec innych postanowień mogą zostać podniesione przez zainteresowanych w celu ich uwzględnienia w decyzji kończącej postępowanie”.

- 10 Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público (ustawa 30/2007 o zamówieniach publicznych) z dnia 30 października 2007 r. (BOE nr 261 z dnia 31 października 2007 r., s. 44336) (zwana dalej „ustawą nr 30/2007”) została zmieniona Ley 34/2010 (ustawą 34/2010) z dnia 5 sierpnia 2010 r. (BOE nr 192 z dnia 9 sierpnia 2010 r., s. 69400) w celu włączenia w art. 310–320 przepisów dotyczących szczególnego środka odwoławczego w sprawach zamówień publicznych.

- 11 Artykuł 310 ust. 2 ustawy 30/2007 jest przepisem szczególnym z dziedziny zamówień publicznych, wdrażającym ogólną zasadę z art. 107 ust. 1 ustawy 30/1992. Stanowi on:

„Przedmiotem środka odwoławczego mogą być następujące czynności:

- a) Ogłoszenia o przetargu, specyfikacje warunków zamówienia i dokumenty przetargowe określające warunki przetargu.
- b) Postanowienia wydane w toku postępowania przetargowego, o ile rozstrzygają one bezpośrednio lub pośrednio w przedmiocie udzielenia zamówienia, uniemożliwiają dalszy bieg postępowania lub powodują brak możliwości obrony lub nieodwracalną szkodę dla uprawnień lub uzasadnionych interesów. Za postanowienia uniemożliwiające dalszy bieg postępowania uważa się postanowienia komisji przetargowej o wykluczeniu oferentów.
- c) Decyzje o udzieleniu zamówienia podjęte przez zamawiających”.

Postępowanie główne i pytania prejudycjalne

- 12 W dniu 12 kwietnia 2011 r. Marina del Mediterráneo SL i in. wnieśli do właściwego organu administracji szczególny środek odwoławczy w sprawach zamówień publicznych od decyzji komisji przetargowej o dopuszczeniu konsorcjum złożonego z Nassir bin Abdullah and Sons SL, Puerto Deportivo de Marbella SA i Ayuntamiento de Marbella (rady miasta Marbella) (zwanego dalej „drugim konsorcjum”) do udziału w przetargu na koncesję na roboty budowlane pod nazwą „Rozbudowa portu »La Bajadilla« w Marbelli”.

- 13 Przetarg ogłosił urząd, który jest organem celowym, posiadającym niezależność funkcjonalną i osobowość prawną, należącym do Consejería de Obras Públicas y Vivienda de la Junta de Andalucía (ministerstwa robót budowlanych i mieszkalnictwa rządu Andaluzji, Hiszpania). Przetarg został ogłoszony w dniu 27 listopada 2010 r. Zgodnie z informacjami przekazanymi na rozprawie przed Trybunałem zamówienia ma wartość rządu 77 000 000 EUR.

- 14 Dwa obecne w sporze głównym konsorcja były jedynymi biorącymi udział w tym przetargu oferentami.
- 15 W odwołaniu Marina del Mediterráneo i in. podnoszą w istocie, że poprzez udział w przetargu drugiego konsorcjum naruszone zostały zarówno przepisy krajowe, jak i prawo Unii, ponieważ, po pierwsze, urząd miasta Marbella jest organem administracji publicznej, który nie jest uznawany za przedsiębiorcę w rozumieniu przepisów krajowych i którego nie można uznać za podmiot gospodarczy, nie wypaczając przy tym reguł wolnej konkurencji i równości oferentów, a po drugie, drugie konsorcjum nie spełnia wymaganych warunków wypłacalności gospodarczej i finansowej, gdyż podejmowane przez nie ryzyko finansowe ma pokrycie w budżecie tego miasta.
- 16 W drodze decyzji z dnia 3 maja 2011 r. dyrektor generalny urzędu oddalił to odwołanie. W decyzji tej odwołał się do orzecznictwa Trybunału, a konkretnie do wyroku z dnia 23 grudnia 2009 r., CoNISMa (C-305/08, EU:C:2009:807), uznającego, że podmiot publiczny lub grupa podmiotów, które oferują usługi na rynku, nawet okazjonalnie, mają status oferenta. Ponadto dyrektor urzędu uznał, że wypłacalność finansowa drugiego konsorcjum została wykazana z uwzględnieniem wpływów budżetowych miasta Marbella.
- 17 Jak wynika z akt sprawy znajdujących się w posiadaniu Trybunału, sporne w postępowaniu głównym zamówienie zostało udzielone w drodze decyzji z dnia 6 czerwca 2011 r. drugiemu konsorcjum. Odwołanie administracyjne, które Marina del Mediterráneo i in. wnieśli od tej decyzji, zostało oddalone decyzją z dnia 11 lipca 2011 r.
- 18 Pismem z dnia 5 lipca 2011 r. Marina del Mediterráneo i in. wnieśli skargę administracyjno-sądową do Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (wyższego trybunału sprawiedliwości Andaluzji, Hiszpania) na decyzję dyrektora generalnego urzędu z dnia 3 maja 2011 r. W skardze tej konsorcjum powtórzyło argumentację przedstawioną przed tym organem administracji w ramach szczególnego środka odwoławczego w sprawach zamówień publicznych, wniosek o stwierdzenie nieważności tej decyzji i w związku z tym stwierdzenie nieważności czynności późniejszych w stosunku do tej decyzji, w szczególności decyzji z dnia 6 czerwca 2011 r. o udzieleniu spornego zamówienia drugiemu konsorcjum.
- 19 Postanowieniem z dnia 19 lutego 2015 r. strony zostały poinformowane przez sąd krajowy o możliwości istnienia podstawy niedopuszczalności skargi administracyjno-sądowej, wynikającej z przepisów krajowych określających czynności, które mogą być przedmiotem szczególnego środka odwoławczego w sprawach zamówień publicznych. Zgodnie z tymi przepisami przedmiotem środka odwoławczego mogą być czynności przygotowawcze, które rozstrzygają bezpośrednio lub pośrednio w przedmiocie udzielenia zamówienia, uniemożliwiają dalszy bieg postępowania lub powodują brak możliwości obrony lub nieodwracalną szkodę dla uprawnień lub uzasadnionych interesów.
- 20 Zatem decyzja komisji przetargowej, która nie wyklucza oferenta, lecz przeciwnie, zezwala na udział oferenta w postępowaniu, nie stanowi decyzji, od której przysługuje środek odwoławczy, co nie wyklucza jednak możliwości zgłoszenia przez daną osobę zauważonych ewentualnie nieprawidłowości w celu podniesienia ich a posteriori, w drodze zakwestionowania czynności udzielenia danego zamówienia, która ma już charakter decyzji.
- 21 Sąd odsyłający ma wątpliwości co do zgodności tych przepisów z przepisami prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych w wykładni Trybunału, w szczególności wykładni dokonanej w wyroku z dnia 11 stycznia 2005 r., Stadt Halle i RPL Lochau (C-26/03, EU:C:2005:5).

22 Z związku z tym Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (wyższy trybunał sprawiedliwości Andaluzji) postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału Sprawiedliwości z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

- „1) Czy w świetle zasad lojalnej współpracy i skuteczności (effet utile) dyrektywy 89/665 jej art. 1 ust. 1 i art. 2 ust. 1 lit. a) i b) należy interpretować w ten sposób, że sprzeciwiają się one obowiązywaniu przepisów krajowych takich jak te zawarte w art. 310 ust. 2 ustawy 30/2007 [...], w zakresie, w jakim przepisy te bronią dostępu do szczególnego środka odwoławczego w sprawach zamówień publicznych w odniesieniu do aktów przygotowawczych instytucji zamawiającej, takich jak decyzja o dopuszczeniu oferty złożonej przez oferenta, co do którego został podniesiony zarzut niespełnienia wymogów dotyczących poświadczenia zdolności technicznych i wypłacalności ekonomicznej określonych w przepisach krajowych i w przepisach Unii?
- 2) Jeżeli na pierwsze pytanie zostanie udzielona odpowiedź twierdząca, to czy art. 1 ust. 1 i art. 2 ust. 1 lit. a) i b) dyrektywy 89/665 mają bezpośrednią skuteczność?”.

W przedmiocie pytań prejudycjalnych

Uwagi wstępne

23 Na wstępie należy przypomnieć, w odniesieniu do wątpliwości podnoszonych przez rząd hiszpański w kwestii dopuszczalności wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, że zgodnie z art. 1 ust. 1 akapity pierwszy i drugi dyrektywy 89/665, w świetle motywu 2 dyrektywy 2007/66, w kontekście takim jak w postępowaniu głównym dyrektywa 89/665 podlega stosowaniu wyłącznie do zamówień podlegających zakresowi przedmiotowemu dyrektywy 2004/18, z wyjątkiem jednak wypadków, gdy te zamówienia są wyłączone na podstawie art. 10–18 tej ostatniej dyrektywy. Poniższe rozważania oparte są zatem na przesłance, że dyrektywę 2004/18 stosuje się względem zamówienia analizowanego w postępowaniu głównym, a zatem dyrektywa 89/665 również ma zastosowanie do postępowania głównego, czego zbadanie stanowi jednak obowiązek sądu odsyłającego.

W przedmiocie pytania pierwszego

24 W pytaniu pierwszym sąd odsyłający zastanawia się w istocie, czy art. 1 ust. 1 oraz art. 2 ust. 1 lit. a) i b) dyrektywy 89/665 należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie obowiązywaniu przepisów krajowych, na mocy których decyzja o dopuszczeniu oferenta do przetargu, której zarzuca się naruszenie prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych lub transponujących je uregulowań krajowych, nie należy do czynności przygotowawczych instytucji zamawiającej, które mogą podlegać autonomicznemu zaskarżeniu do sądu.

25 O ile art. 310 ust. 2 lit. b) ustawy 30/2007 dopuszcza wniesienie autonomicznego środka odwoławczego od czynności przygotowawczych, które rozstrzygają bezpośrednio lub pośrednio w przedmiocie udzielenia zamówienia, uniemożliwiają dalszy bieg postępowania lub powodują brak możliwości obrony lub nieodwracalną szkodę dla uprawnień lub uzasadnionych interesów, pozostałe czynności przygotowawcze, takie jak decyzja o dopuszczaniu oferenta do udziału w przetargu, można, jak wynika z przedłożonych Trybunałowi akt, zakwestionować wyłącznie w ramach środka odwoławczego od decyzji o udzieleniu zamówienia publicznego.

26 Należy przypomnieć, że brzmienie art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665 wymaga, z racji użycia zwrotu „w odniesieniu do zamówień”, by każda decyzja instytucji zamawiającej podlegająca normom wywodzącym się z prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych, która może je naruszać, podlegała kontroli sądowej, o której mowa w art. 2 ust. 1 lit. a) i b) tejże dyrektywy. Przepis ten odnosi się więc ogólnie do decyzji instytucji zamawiających, bez ich rozróżnienia ze względu na treść lub chwilę przyjęcia (zob.

wyrok z dnia 11 stycznia 2005 r., Stadt Halle i RPL Lochau, C-26/03, EU:C:2005:5, pkt 28 i przytoczone tam orzecznictwo).

- 27 To szerokie rozumienie pojęcia „decyzji” instytucji zamawiającej znajduje potwierdzenie w fakcie, że przepis art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665 nie przewiduje żadnych ograniczeń co do charakteru i treści decyzji, których dotyczy. Ponadto zawężająca wykładnia tego pojęcia byłaby niezgodna z przepisem art. 2 ust. 1 lit. a) tej dyrektywy, który zobowiązuje państwa członkowskie do ustanowienia postępowań w przedmiocie środków tymczasowych w odniesieniu do wszelkich decyzji podejmowanych przez instytucje zamawiające (zob. podobnie wyrok z dnia 11 stycznia 2005, Stadt Halle i RPL Lochau, C-26/03, EU:C:2005:5, pkt 30 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 28 Wynika z tego, że decyzja o dopuszczeniu oferenta do przetargu takiego jak ten rozpatrywany w postępowaniu głównym stanowi decyzję w rozumieniu de art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665.
- 29 Takiej wykładni pojęcia „decyzji podjętych przez instytucje zamawiające” podlegających zaskarżeniu nie zmienia fakt, że Trybunał orzekł w pkt 35 wyroku z dnia 11 stycznia 2005 r., Stadt Halle i RPL Lochau (C-26/03, EU:C:2005:5), iż działania, które odbywają się w ramach wewnętrznych przygotowań instytucji zamawiającej, mające na celu udzielenie zamówienia publicznego, nie podlegają zaskarżeniu. Jeśli bowiem chodzi o dopuszczenie oferty jednego z oferentów rozpatrywane w postępowaniu głównym, należy uznać, że taka decyzja wykracza z samej swej natury poza ramy wewnętrznych przygotowań instytucji zamawiającej. Ponadto decyzja ta została doręczona Marina del Mediterraneo i in.
- 30 Jeśli chodzi o chwilę, od której powinien przysługiwać środek odwoławczy, należy przypomnieć, że jak wynika z motywu drugiego dyrektywy 89/665, ma ona na celu wzmocnienie istniejących mechanizmów, zarówno na poziomie krajowym, jak i wspólnotowym, mających zapewnić skuteczne stosowanie dyrektyw dotyczących zamówień publicznych, w szczególności na etapie, na którym naruszenie tych przepisów można jeszcze skorygować. W tym celu art. 1 ust. 1 akapit trzeci dyrektywy zobowiązuje państwa członkowskie do „zapewnienia możliwości skutecznego, a w szczególności możliwie szybkiego odwołania od decyzji podjętych przez instytucje zamawiające” (zob. wyrok z dnia 12 grudnia 2002 r., Universale-Bau i in., C-470/99, EU:C:2002:746, pkt 74).
- 31 Zaś jak już Trybunał orzekł, o ile dyrektywa 89/665 formalnie nie określa chwili, od której przysługuje środek odwoławczy, o którym mowa w art. 1 ust. 1 tej dyrektywy, o tyle cel tej dyrektywy, o którym mowa w poprzednim punkcie, nie upoważnia państw członkowskich do uzależnienia skorzystania z tego prawa od formalnego osiągnięcia przez dane postępowanie w sprawie udzielania zamówienia publicznego określonego etapu (zob. podobnie wyrok z dnia 11 stycznia 2005 r., Stadt Halle i RPL Lochau, C-26/03, EU:C:2005:5, pkt 38).
- 32 W braku uregulowań Unii określających chwilę, od której powinien przysługiwać środek odwoławczy, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem to prawo krajowe powinno uregulować zasady postępowania sądowego mającego zapewnić ochronę praw przysługujących jednostkom na podstawie prawa Unii. Te zasady postępowania nie mogą jednak być mniej korzystne niż w przypadku podobnych postępowań w zakresie ochrony uprawnień wywodzonych z wewnętrznego porządku prawnego (zasada równoważności) i nie mogą powodować w praktyce, że korzystanie z uprawnień wynikających z prawa Unii stanie się niemożliwe lub nadmiernie utrudnione (zasada skuteczności) (wyroki: z dnia 30 września 2010 r., Strabag i in., C-314/09, EU:C:2010:567, pkt 34; z dnia 6 października 2015 r., Orizzonte Salute, C-61/14, EU:C:2015:655, pkt 46; z dnia 26 listopada 2015 r., MedEval, C-166/14, EU:C:2015:779, pkt 32, 35, 37).
- 33 W szczególności normy proceduralne dotyczące skarg sądowych, których celem jest zapewnienie ochrony przyznanych przez prawo Unii kandydatom i oferentom uprawnień

naruszonych wskutek decyzji instytucji zamawiających, nie powinny stanowić zagrożenia dla skuteczności (effet utile) dyrektywy 89/665 (zob. podobnie wyroki: z dnia 3 marca 2005 r., *Fabricom*, C-21/03 i C-34/03, EU:C:2005:127, pkt 42; 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).

- 34 Co się tyczy konkretnie decyzji o dopuszczeniu oferenta do przetargu, takiej jak decyzja rozpatrywana w postępowaniu głównym, fakt, że sporne w postępowaniu głównym przepisy krajowe wymagają w każdym wypadku, by oferent zaczekał na decyzję o udzieleniu spornego zamówienia, zanim będzie mógł wnieść środek odwoławczy na dopuszczenie innego oferenta, narusza przepisy dyrektywy 89/665.
- 35 Wykładni tej nie podważa stwierdzenie, że pełna realizacja celu dyrektywy 89/665 byłaby zagrożona, gdyby pozwolono kandydatom i oferentom na powoływanie się na naruszenia reguł przetargowych na dowolnym etapie postępowania przetargowego, zmuszając w ten sposób instytucję zamawiającą do powtórzenia całego postępowania w celu naprawienia tych naruszeń (wyrok z dnia 12 marca 2015 r., *eVigilo*, C-538/13, EU:C:2015:166, pkt 51 i przytoczone tam orzecznictwo). Stwierdzenie to dotyczy bowiem uzasadnienia rozsądnych terminów przedawnienia dotyczących skarg na decyzje podlegające zaskarżeniu, a nie wykluczenia autonomicznej skargi na decyzję dopuszczającą oferenta do przetargu, takiego jak to wynikające z przepisów rozpatrywanych w postępowaniu głównym.
- 36 Ponadto sąd odsyłający powinien ustalić, czy spełnione są pozostałe warunki dotyczące dostępności postępowań odwoławczych określone w dyrektywie 89/665. W tym względzie należy wskazać, że zgodnie z przepisami art. 1 ust. 1 akapit trzeci i art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665 aby odwołania od decyzji podjętych przez instytucje zamawiające mogły zostać uznane za skuteczne, muszą być one dostępne co najmniej dla każdego, kto ma względnie miał interes w uzyskaniu określonego zamówienia i kto poniósł w związku z nim szkodę lub był narażony na jej poniesienie w wyniku podnoszonego naruszenia (zob. podobnie wyrok z dnia 5 kwietnia 2016 r., *PFE*, C-689/13, EU:C:2016:199, pkt 23). Zatem, dokładniej, sąd krajowy powinien ustalić w ramach sporu w postępowaniu głównym, czy *Marina del Mediterráneo i in.* mają lub mieli interes w uzyskaniu spornego zamówienia i ponieśli szkodę lub byli narażeni na jej poniesienie w związku z decyzją urzędu dopuszczającą ofertę drugiego konsorcjum.
- 37 Z całości powyższych wywodów wynika, że odpowiedź na pytanie pierwsze powinna brzmieć tak, iż art. 1 ust. 1 i art. 2 ust. 1 lit. a) i b) dyrektywy 89/665 należy interpretować w ten sposób, że w sytuacji takiej jak ta rozpatrywana w postępowaniu głównym stoją one na przeszkodzie obowiązywaniu przepisów krajowych, na mocy których decyzja o dopuszczeniu oferenta do przetargu, której zarzuca się naruszenie prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych lub transponujących je uregulowań krajowych, nie należy do czynności przygotowawczych instytucji zamawiającej, które mogą podlegać autonomicznemu zaskarżeniu do sądu.

W przedmiocie pytania drugiego

- 38 W pytaniu drugim sąd odsyłający zwraca się o wyjaśnienie, czy art. 1 ust. 1 i art. 2 ust. 1 lit. a) i b) dyrektywy 89/665 mają bezpośrednią skuteczność.
- 39 W tym względzie należy przypomnieć, że Trybunał orzekł już, iż przepisy art. 1 ust. 1 i art. 2 ust. 1 lit. b) tej dyrektywy są bezwarunkowe i wystarczająco precyzyjne, aby wynikało z nich prawo, na które jednostka może się w razie potrzeby powołać przeciwko instytucji zamawiającej (zob. wyrok z dnia 2 czerwca 2005 r., *Koppensteiner*, C-15/04, EU:C:2005:345, pkt 38).
- 40 Jak wskazał rzecznik generalny w pkt 70 opinii, ocena ta ma również zastosowanie do art. 2 ust. 1 lit. a) tej dyrektywy, ze względu na jasne i precyzyjne brzmienie tego przepisu oraz jego cel, zbliżony do art. 2 ust. 1 lit. b) tej dyrektywy.

- 41 Z całości powyższych wywodów wynika, że odpowiedź na drugie pytanie powinna brzmieć tak, iż art. 1 ust. 1 oraz art. 2 ust. 1 lit. a) i b) dyrektywy 89/665 mają bezpośrednią skuteczność.

W przedmiocie kosztów

- 42 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 (czwarta izba) orzeka, co następuje:

- 1) **Artykuł 1 ust. 1 i art. 2 ust. 1 lit. a) i b) 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 dostawę i roboty budowlane, zmienionej dyrektywą 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r., należy interpretować w ten sposób, że w sytuacji takiej jak ta rozpatrywana w postępowaniu głównym stoją one na przeszkodzie obowiązywaniu przepisów krajowych, na mocy których decyzja o dopuszczeniu oferenta do przetargu, której zarzuca się naruszenie prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych lub transponujących je uregulowań krajowych, nie należy do czynności przygotowawczych instytucji zamawiającej, które mogą podlegać autonomicznemu zaskarżeniu do sądu.**
- 2) **Artykuł 1 ust. 1 oraz art. 2 ust. 1 lit. a) i b) dyrektywy 89/665 zmienionej dyrektywą 2007/66 mają bezpośrednią skuteczność.**

Podpisy