ROZSUDEK SOUDNÍHO DVORA (čtvrtého senátu)

6. května 2010 *

Ve spojených věcech C-145/08 a C-149/08,

jejichž předmětem jsou dvě žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce na základě článku 234 ES, podané rozhodnutími Symvoulio tis Epikrateias (Řecko) ze dne 15. února 2008, došlými Soudnímu dvoru dne 9. dubna 2008, v řízeních

Club Hotel Loutraki AE,

Athinaïki Techniki AE,

Evangelos Marinakis

proti

Ethniko Symvoulio Radiotileorasis,

* Jednací jazyk: řečtina.

Ypourgos Epikrateias,

za přítomnosti:

Athens Resort Casino AE Symmetochon,

Ellaktor AE, dříve Elliniki Technodomiki TEB AE,

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

Leonidas Bombolas (C-145/08)

a

Aktor Anonymi Techniki Etaireia (Aktor ATE)

proti

Ethnico Symvoulio Radiotileorasis,

za přítomnosti:

Michaniki AE (C-149/08)**,**

SOUDNÍ DVŮR (čtvrtý senát),

ve složení K. Lenaerts, předseda třetího senátu a zastupující předseda čtvrtého senátu, R. Silva de Lapuerta, E. Juhász (zpravodaj), G. Arestis a J. Malenovský, soudci,

generální advokátka: E. Sharpston,
vedoucí soudní kanceláře: L. Hewlett, vrchní rada,

s přihlédnutím k písemné části řízení a po jednání konaném dne 11. června 2009,

s ohledem na vyjádření předložená:

– za Club Hotel Loutraki AE I. K. Theodoropoulosem a S. A. Pappasem, dikigoroi,

– za Athens Resort Casino AE Symmetochon a Regency Entertainment Psychagogiki kai Touristiki AE, dříve Hyatt Regency Xenodocheiaki kai Touristiki (Ellas) AE, P. Spyropoulosem, K. Spyropoulosem a I. Dryllerakisem, dikigoroi,

– za Ellaktor AE, dříve Elliniki Technodomiki TEB AE, V. Niatsou, dikigoros,

– za Aktor ATE K. Giannakopoulosem, dikigoros,

– za řeckou vládu A. Samoni-Rantou, E.-M. Mamouna a N. Marioli, jakož i I. Dionysopoulosem, jako zmocněnci,

– za Komisi Evropských společenství M. Patakia a D. Kukovcem, jako zmocněnci,

po vyslechnutí stanoviska generální advokátky na jednání konaném dne 29. října 2009,

vydává tento

Rozsudek

1 Žádosti o rozhodnutí o předběžných otázkách se týkají výkladu relevantních ustanovení, s ohledem na okolnosti sporů v původních řízeních, směrnice Rady 92/50/EHS ze dne 18. června 1992 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na služby (Úř. věst. L 209, s. 1; Zvl. vyd. 06/01, s. 322) a směrnice Rady 89/665/EHS ze dne 21. prosince 1989 o koordinaci právních a správních předpisů týkajících se přezkumného řízení při zadávání veřejných zakázek na dodávky a stavební práce (Úř. věst. L 395, s. 33; Zvl. vyd. 06/01, s. 246), ve znění směrnice 92/50 (dále jen „směrnice 89/665"), jakož i obecných zásad práva Unie v oblasti veřejných zakázek, zejména pak zásady účinné soudní ochrany.

2 Tyto žádosti byly podány v rámci sporů mezi, na jedné straně, soukromými společnostmi a fyzickými osobami a na straně druhé, Ethniko Symvoulio Radiotileorasis (Státní rada pro rozhlasové a televizní vysílání, dále jen „ESR"), která je podle vnitrostátní právní úpravy oprávněna a povinna kontrolovat, zda osoby, které mají postavení majitele, společníka, významného akcionáře, člena statutárního orgánu nebo vrcholového řídícího pracovníka podniku ucházejícího se v zadávacím řízení, vykazují určité neslučitelnosti stanovené touto právní úpravou a musejí být z tohoto důvodu z řízení automaticky vyloučeny.

Právní rámec

Právní úprava Unie

3 Podle čl. 1 ísm. a) směrnice 92/50:

„‚[*V*]*eřejnými zakázkami na služby*‘ se rozumí zakázky sjednané písemně úplatnou smlouvou mezi poskytovatelem služeb a zadavatelem […]

[…]“

4 Článek 2 této směrnice stanoví:

„Pokud má veřejná zakázka zahrnovat jak výrobky ve smyslu směrnice [Rady] 77/62/EHS [ze dne 21. prosince 1976 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na dodávky (Úř. věst. 1977, L 13, s. 1; *neoficiální překlad*)], tak služby ve smyslu příloh I A a I B této směrnice, vztahuje se na ni tato směrnice, pokud hodnota daných služeb převyšuje hodnotu výrobků, na něž se zakázka vztahuje.“

5 Článek 3 téže směrnice stanoví:

„1. Při zadávání veřejných zakázek nebo při organizování veřejné soutěže na určitý výkon používají zadavatelé postupy přizpůsobené ustanovením této směrnice.

2. Zadavatelé zajistí, aby nedocházelo k diskriminaci jednotlivých poskytovatelů služeb.

[…]“

6 Podle článku 8 směrnice 92/50:

„Zakázky, jejichž předmětem jsou služby uvedené v příloze I A, jsou zadávány v souladu s ustanoveními hlav III až VI.“

7 Článek 9 této směrnice stanoví:

„Zakázky, jejichž předmětem jsou služby uvedené v příloze I B, jsou zadávány v souladu s články 14 a 16.“

8 Článek 14 je součástí hlavy IV této směrnice, která se týká obecných technických předpisů a upravuje technické specifikace, které musejí být uvedené v obecné nebo zadávací dokumentaci spojené s každou zakázkou, a článek 16 je součástí hlavy V upravující obecná pravidla pro vyhlašování.

9 Příloha I B směrnice 92/50, nadepsaná „Služby ve smyslu článku 9“, obsahuje:

„[…]

17 Pohostinství a ubytovací služby

[…]

26 Rekreace, kultura a sport

27 Jiné služby“.

10 A konečně článek 26 téže směrnice stanoví ve svém odstavci 1:

„Nabídky mohou podávat skupiny [sdružení] poskytovatelů služeb. Od těchto skupin [sdružení] nelze vyžadovat, aby vytvořily zvláštní právní formu, aby mohly podat nabídku; lze to však vyžadovat, pokud byla takové skupině [takovému sdružení] zakázka zadána."

11 Článek 1 směrnice 89/665 stanoví:

„1. Členské státy přijmou nezbytná opatření, aby zajistily, že pokud jde o postupy při zadávání zakázek, na které se vztahují směrnice [Rady] 71/305/EHS [ze dne 26. července 1971 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce (Úř. věst. L 185, s. 5)], 77/62[…] a 92/50[…], rozhodnutí zadavatelů mohou být účinně přezkoumána, a to zejména co nejdříve v souladu s podmínkami stanovenými v dalších článcích, zejména v čl. 2 odst. 7, pokud taková rozhodnutí porušila právní předpisy Společenství upravující zadávání veřejných zakázek nebo vnitrostátní předpisy, které je provádějí.

2. Členské státy zajistí, aby nedocházelo k diskriminaci mezi podniky uplatňujícími nárok na náhradu škody, která jim vznikla v rámci postupu při udělování veřejné zakázky v důsledku toho, že tato směrnice rozlišuje mezi vnitrostátními předpisy provádějícími právo Společenství a jinými vnitrostátními předpisy.

3. Členské státy zajistí, aby přezkumné řízení bylo dostupné podle podrobných pravidel, která mohou stanovit členské státy, každé osobě, která má nebo měla zájem na získání určité veřejné zakázky na dodávky nebo stavební práce [nebo služby] a které

v důsledku domnělého protiprávního jednání vznikla škoda nebo jí hrozí. Členské státy mohou zejména požadovat, aby osoba usilující o přezkum nejprve oznámila zadavateli domnělé protiprávní jednání a svůj záměr podat návrh na přezkum."

12 Podle článku 2 této směrnice:

„1. Členské státy zajistí, aby opatření přijímaná v souvislosti s přezkumným řízením uvedeným v článku 1 zahrnovala následující ustanovení týkající se pravomoci:

a) přijímat co nejrychleji prostřednictvím předběžných postupů předběžná opatření s cílem napravit domnělé protiprávní jednání nebo zabránit dalšímu poškozování příslušných zájmů, včetně opatření vedoucích k pozastavení nebo zajištění pozastavení postupů vedoucích k zadání dané veřejné zakázky nebo výkonu rozhodnutí učiněného zadavatelem;

b) zrušit protiprávní rozhodnutí nebo zajistit jeho zrušení, včetně odstranění diskriminačních technických, hospodářských nebo finančních specifikací ve výzvě k účasti v soutěži, v zadávací dokumentaci nebo v jakýchkoliv dalších dokumentech souvisejících s postupem při zadávání veřejných zakázek;

c) přiznat náhradu škody osobám poškozeným protiprávním jednáním.

[…]

5. Členské státy mohou stanovit, že pokud je nárok na náhradu škody uplatňován na základě skutečnosti, že rozhodnutí bylo protiprávní, musí být napadené rozhodnutí nejprve zrušeno orgánem, který je k tomu oprávněn.

6. Účinky výkonu pravomocí uvedených v odstavci 1 na uzavření smlouvy po udělení zakázky se řídí vnitrostátními právními předpisy.

S výjimkou případu, kdy je třeba rozhodnutí před přiznáním náhrady škody zrušit, může členský stát dále stanovit, že poté, co byla uzavřena smlouva po udělení zakázky, je pravomoc orgánů příslušných k přezkumu omezena na přiznání náhrady škody osobám poškozeným protiprávním jednáním.

[…]“

Vnitrostátní právní úprava

13 Směrnice 89/665 byla do řeckého práva provedena zákonem č. 2522/1997 o soudní ochraně ve fázi před zadáním veřejné zakázky na stavební práce, dodávky a služby (FEK A’ 178).

14 Článek 2 tohoto zákona, nadepsaný „Rozsah soudní ochrany“, stanoví:

„1. Každá osoba, která má nebo měla zájem na získání určité veřejné zakázky na stavební práce, dodávky nebo služby a vznikla jí nebo jí může vzniknout škoda v důsledku porušení práva Společenství nebo vnitrostátního práva, má právo požadovat podle následujících článků dočasnou soudní ochranu, zrušení nebo prohlášení neplatnosti protiprávního aktu zadavatele a přiznání náhrady škody.

[…]“

15 Článek 4 uvedeného zákona, nadepsaný „Zrušení nebo prohlášení neplatnosti“, stanoví:

„1. Dotyčná osoba je oprávněna požadovat zrušení nebo prohlášení neplatnosti všech aktů nebo opomenutí zadavatele, které jsou v rozporu s právním předpisem Společenství nebo vnitrostátním právním předpisem týkajícím se postupu vedoucího k zadání zakázky. […]

2. Zruší-li soud nebo prohlásí-li za neplatný akt nebo opomenutí zadavatele po zadání zakázky, není tím zakázka dotčena, ledaže by před jejím zadáním byl postup vedoucí k zadání zakázky přerušen rozhodnutím stanovujícím předběžná opatření nebo předběžným usnesením. V takovém případě je dotyčná osoba oprávněna v souladu s ustanoveními následujícího článku vyžadovat náhradu škody.“

16 Článek 5 zákona 2522/1997, nadepsaný „Žádost o náhradu škody“, stanoví:

„1. Dotyčná osoba, která byla vyloučena z výběrového řízení na zadání veřejné zakázky na stavební práce, dodávky nebo služby nebo které nebyla tato zakázka zadána při porušení právního předpisu Společenství nebo vnitrostátního právního předpisu, má právo požadovat od zadavatele náhradu škody podle ustanovení článků 197 a 198 občanského zákoníku. Jakékoliv ustanovení, které by toto právo vylučovalo nebo omezovalo, se nepoužije.

2. Přiznání náhrady škody předpokládá předchozí zrušení nebo prohlášení neplatnosti nezákonného aktu nebo opomenutí příslušným soudem. Současné podání žaloby na náhradu škody a žaloby na prohlášení neplatnosti je možné, v souladu s obecně použitelnými předpisy.“

17 Články 197 a 198 občanského zákoníku, na které odkazuje předchozí ustanovení, stanovují „předsmluvní“ odpovědnost, a sice povinnost poskytnout náhradu škody v případě, že by dotyčné osoby měly v rámci postupu směřujícího k uzavření smlouvy neodůvodněné výdaje.

18 Prezidentské nařízení 18/1989 kodifikuje právní předpisy o Symvoulio tis Epikrateias (FEK A’ 8). Jeho článek 47, nadepsaný „Oprávněný zájem“, stanoví:

„1. Žalobu na neplatnost je oprávněn podat jednotlivec nebo právnická osoba, kterých se týká určitý správní akt nebo jejichž oprávněné zájmy, a to i nefinanční povahy, jsou tímto aktem dotčeny.

[…]“

19 Zákon 2206/1994 se týká „zakládání, řízení, provozování a kontroly kasin atd.“ (FEK A’ 62). Podle čl. 1 odst. 7 tohoto zákona, nadepsaného „Udělování licencí na provozování kasin“:

„Licence pro podniky provozující kasina jsou udělovány na základě rozhodnutí ministra turismu poté, co proběhne mezinárodní veřejné zadávací řízení před sedmičlennou komisí.“

20 Článek 3 tohoto zákona, nadepsaný „Fungování kasin“, stanoví:

„Fungování kasin podléhá státní kontrole.

[…]“

21 Článek 14 odst. 9 řecké ústavy a prováděcí zákon 3021/2002 (FEK A’ 143) zavádějí režim omezení při uzavírání veřejnoprávních smluv s osobami, které jsou činné nebo

mají účast v odvětví informačních prostředků. Tento režim zavádí domněnku neslučitelnosti postavení vlastníka, společníka, významného akcionáře nebo vrcholového řídícího pracovníka podniku působícího v odvětví sdělovacích prostředků s postavením vlastníka, společníka, významného akcionáře nebo vrcholového řídícího pracovníka podniku, který je státem nebo právnickou osobou veřejného sektoru v širokém smyslu pověřen výkonem stavebních prací, dodávkami nebo poskytnutím služeb. Tato neslučitelnost se vztahuje rovněž na fyzické osoby určitého stupně příbuzenského vztahu.

22 Zákon 3021/2002 v podstatě stanoví, že před zadáním nebo přidělením veřejné zakázky a každopádně před podpisem smlouvy musí dotčený zadavatel požádat ESR o vydání osvědčení dokládajícího, že nejsou naplněny podmínky neslučitelnosti uvedené v tomto zákoně, přičemž jinak je smlouva nebo veřejná zakázka neplatná. Rozhodnutí ESR je pro zadavatele závazné, ale může být předmětem žaloby na neplatnost ze strany osob, které prokáží právní zájem na podání žaloby, včetně veřejných orgánů.

23 Ve svém rozsudku ze dne 16. prosince 2008, Michaniki (C-213/07, Sb. rozh. s. I-9999, body 1 a 2 výroku), Soudní dvůr rozhodl, že nebrání-li právo Unie takové právní úpravě, která sleduje legitimní cíle rovného zacházení s uchazeči a transparentnosti v rámci výběrových řízení na veřejné zakázky, brání nicméně na základě zásady proporcionality takové nevyvratitelné domněnce neslučitelnosti, jaká je stanovena v dotčené vnitrostátní právní úpravě.

Spory v původních řízeních a předběžné otázky

Věc C-145/08

24 Z předkládacího rozhodnutí vyplývá, že rozhodnutím ze dne 10. října 2001 příslušná meziministerská komise rozhodla o privatizaci společnosti Elliniko Kazino Parnithas AE (dále jen „EKP"), dceřiné společnosti Ellinika Touristika Akinita AE (dále jen „ETA"), jejíž veškeré akcie drží řecký stát. Oznámení o zakázce zveřejněné v říjnu 2001 počítalo s první fází, jejímž účelem bylo vybrat mezi zájemci ty, kteří splňují podmínky uvedeného oznámení. Účelem další fáze bylo určit mezi zájemci toho, který předložil nejvýhodnější nabídku a se kterým by měla být podepsána smlouva. V průběhu první fáze bylo vybráno sdružení Koinopraxia Kazino Attikis a sdružení Hyatt Regency Xenodocheiaki kai Touristiki (Ellas) AE – Elliniki Technodomiki AE.

25 Na základě doplňkového oznámení zveřejněného v dubnu 2002 bylo znění smlouvy, která měla být podepsána, stanoveno následovně:

Smlouva má smíšenou povahu a zahrnuje:

– dohodu týkající se postoupení 49 % akcií EKP společností ETA „jednoúčelové akciové společnosti" (dále jen „AEAS"), která by měla být založena vybraným uchazečem;

– dohodu, na základě které se AEAS zavazuje vypracovat rozvojový plán, který musí být proveden ve lhůtě 750 kalendářních dní od získání nezbytných povolení. Tento rozvojový plán bude zahrnovat úpravu prostor kasina a zhodnocení možností nabízených licencí na jeho provozování, úpravu a modernizaci dvou hotelových jednotek náležejících do komplexu budov, jakož i úpravu okolních pozemků o výměře přibližně 280 hektarů. Provedení těchto prací představuje část ceny za získání 49 % akcií EKP;

– dohodu mezi ETA a AEAS, kterou posledně jmenovaná společnost získá právo jmenovat většinu členů správní rady EKP a spravovat tak společnost v souladu se smluvními podmínkami;

– dohodu, podle které převezme AEAS řízení kasina, za které mu ETA poskytne odměnu. V rámci této odměny obdrží AEAS částku, která nepřesáhne degresivní podíl na ročním provozním zisku (snižující se z 20 % u zisku do 30 milionů eur až na 5 % u zisku přesahujícího 90 milionů eur) a 2 % obratu;

– jakožto správce je AEAS povinna řídit kasino tak, aby mohlo i nadále nabízet luxusní prostředí a služby vysoké úrovně způsobem finančně výnosným pro EKP. Konkrétně hospodářský zisk před zdaněním nesmí být nižší než 105 milionů eur za prvních pět finančních roků po vstupu smlouvy v platnost. Čistý zisk bude rozdělován mezi společnosti ETA a AEAS v závislosti na podílu na kapitálu EKP drženém každou z nich;

– jelikož je EKP v současnosti jediným podnikem provozujícím kasina v oblasti Atiky, je smlouvou stanoveno, že v případě, že by se v této zeměpisné oblasti v průběhu deseti let po vstupu této smlouvy v platnost legálně usadilo jiné kasino, bude ETA povinna poskytnout AEAS náhradu škody ve výši 70 % ceny transakce. Výše náhrady škody se za každý rok uplynulý od vstupu smlouvy v platnost sníží o jednu desetinu;

– pokud jde o řízení podniku provozujícího kasino, doba platnosti smlouvy uplyne deset let po jejím vstupu v platnost.

26 Sdružení Hyatt Regency Xenodocheiaki kai Touristiki (Tessaloniki) AE – Elliniki Technodomiki AE, které v rámci dotčeného řízení předložilo nejvýhodnější nabídku, bylo vybráno jako úspěšný uchazeč. Před podepsáním smlouvy ETA sdělila ESR totožnost majitelů, společníků, významných akcionářů a vrcholových řídících pracovníků podniku úspěšného uchazeče, aby mohlo být potvrzeno, že ve vztahu k těmto osobám neexistuje žádný z případů neslučitelnosti uvedených v článku 3 zákona 3021/2002. Osvědčením vydaným dne 27. září 2002 ESR potvrdila, že v tomto případě nedochází u výše uvedených osob k výskytu neslučitelnosti.

27 Tento akt ESR se stal předmětem žaloby na neplatnost podané pouze třemi ze sedmi členů sdružení uchazečů Koinopraxia Kazino Attikis, kterému zakázka nebyla zadána. Žalobci tvrdili, že se na jednoho z členů sdružení, kterému byla zakázka zadána, vztahuje neslučitelnost stanovená vnitrostátní právní úpravou a že přidělení zakázky musí být z tohoto důvodu zrušeno.

28 Předkládající soud uvádí, že dotčená zakázka je smíšenou zakázkou, obsahující jednak část týkající se prodeje akcií ETA uchazeči, který předloží nejvýhodnější nabídku, na kterou se neuplatní pravidla Unie pro oblast veřejných zakázek, a dále část týkající se zakázky na služby, která má být zadána uchazeči, který předloží nejvýhodnější nabídku a který na sebe převezme povinnosti spojené s řízením podniku

provozujícího kasino. Část týkající se postoupení akcií je podle předkládajícího soudu nejdůležitější částí této smíšené smlouvy. Mimoto tato smlouva obsahuje rovněž část týkající se zakázky na stavební práce, jelikož úspěšný uchazeč na sebe přebírá povinnost uskutečnit práce, které jsou uvedeny v předkládacím rozhodnutí, jako formu částečné úhrady za postoupené akcie. Předkládající soud uvádí, že tato poslední část má k části „služby" zcela akcesorickou povahu.

29 V tomto kontextu se předkládající soud zabývá otázkou, zda lze mít za to, že část „služby" dotčené smlouvy představuje zakázku na koncesi na veřejné služby, která nepodléhá právní úpravě Unie. V tomto ohledu je třeba ověřit, v jakém rozsahu nese úspěšný uchazeč rizika spojená s organizováním a provozováním dotčených služeb, rovněž s ohledem na skutečnost, že se tyto služby týkají činností, které podle vnitrostátních pravidel, kterým podléhají, mohou být předmětem výhradních a zvláštních práv.

30 V případě, že by Soudní dvůr rozhodl, že část sporné smlouvy týkající se řízení kasina představuje veřejnou zakázku na služby, si předkládající soud klade otázku, zda se na žalobu na neplatnost podanou na vnitrostátní úrovni vztahují procesní záruky stanovené směrnicí 89/665, vzhledem k tomu, že hlavní předmět smlouvy, a sice prodej akcií EKP, nespadá do působnosti pravidel Společenství v oblasti veřejných zakázek a že zakázky, jejichž předmětem jsou takové služby, spadající do přílohy I B směrnice 92/50, musejí být zadávány podle článků 14 a 16 této směrnice, které obsahují pouze povinnosti procedurální povahy. Předkládající soud se nicméně zabývá otázkou, zda se navzdory této omezenosti daných povinností zásada rovného zacházení s účastníky zadávacího řízení, jejíž ochrana je cílem směrnice 89/665, uplatní rovněž v takových případech.

31 Měl-li by Soudní dvůr za to, že taková žaloba na neplatnost, o jakou se jedná v původním řízení, spadá do působnosti směrnice 89/665, zabývá se předkládající soud otázkou, zda právní předpisy Unie brání takovému vnitrostátnímu procesnímu pravidlu, jaké je uvedeno v čl. 47 odst. 1 prezidentského nařízení 18/1989, tak jak je vykládáno

tímto soudem, podle kterého osoby účastnící se zadávacího řízení prostřednictvím sdružení mohou podat žalobu na neplatnost proti aktům přijatým v rámci tohoto řízení pouze všechny společně a současně, přičemž při nesplnění této podmínky bude žaloba odmítnuta jako nepřípustná.

32 Předkládající soud se v tomto ohledu odvolává na rozsudek Soudního dvora ze dne 8. září 2005, Espace Trianon a Sofibail (C-129/04, Sb. rozh. s. I-7805, bod 22), podle kterého vnitrostátní procesní pravidlo, které vyžaduje, aby návrh na zrušení rozhodnutí zadavatele o udělení veřejné zakázky byl podán všemi členy tvořícími sdružení *ad hoc*, které podalo nabídku, neomezuje dostupnost takového přezkumu způsobem odporujícím čl. 1 odst. 3 směrnice 89/665.

33 Předkládající soud se nicméně zabývá tím, zda je tento závěr, který se v tomto rozsudku týkal návrhu na zrušení rozhodnutí zadavatele o udělení veřejné zakázky, platný rovněž pro veškeré formy soudní ochrany poskytované výše uvedenou směrnicí, a zejména pro žádosti o náhradu škody. Tato problematika souvisí s okolností, že v projednávaném případě podmínil vnitrostátní zákonodárce přijetím čl. 5 odst. 2 zákona 2522/1997, využívaje tak možnosti, kterou členským státům poskytuje čl. 2 odst. 5 směrnice 89/665, přiznání náhrady škody předchozím zrušením údajně protiprávního aktu.

34 Kombinace tohoto ustanovení s procesním pravidlem, které je uvedeno v čl. 47 odst. 1 prezidentského nařízení 18/1989, tak jak je vykládáno předkládajícím soudem, vede k tomu, že pro každého jednotlivého člena sdružení, které se neúspěšně účastnilo zadávacího řízení, je nemožné nejen dosáhnout zrušení aktu poškozujícího jeho zájmy, ale i obrátit se na příslušný soud za účelem náhrady újmy, kterou on sám utrpěl. Je třeba zdůraznit, že v projednávaném případě je soudem příslušným pro žaloby na neplatnost Symvoulio tis Epikrateias (státní rada), zatímco pro náhrady škody je příslušný jiný soud.

35 V tomto kontextu předkládající soud uvádí, že možnost každého z členů sdružení požádat příslušný soud o přiznání náhrady škody tedy bude záviset na ochotě všech ostatních členů sdružení podat žalobu na neplatnost, ve chvíli, kdy újma, kterou jednotliví členové sdružení utrpěli z důvodu nezískání zakázky, se může v závislosti na rozsahu výdajů vynaložených jednotlivými členy za účelem účasti na této zakázce lišit. V důsledku toho může být zájem každého z členů sdružení na zrušení rozhodnutí rovněž různý. Je tak možné položit si otázku, zda je v takovém procesním kontextu zachována zásada účinné soudní ochrany, požadovaná směrnicí 89/665.

36 A konečně, předkládající soud upozorňuje, že podle vnitrostátních procesních pravidel týkajících se obecného práva na náhradu újmy způsobené protiprávními akty státu nebo veřejných právnických osob přezkoumává v rámci žaloby na náhradu škody incidenčně legalitu správního aktu rovněž soud příslušný pro přiznání náhrady škody, a nikoliv jiný soud, jako je tomu v případě žalob na neplatnost podaných v rámci zadávacích řízení. Zabývá se tedy otázkou, zda jsou postupy určené k zajištění ochrany práv vyplývajících z práva Unie méně příznivé než postupy týkající se ochrany obdobných nebo stejných práv vyplývajících z vnitrostátních pravidel.

37 Nakonec předkládající soud uvádí, že jeho současný výklad čl. 47 odst. 1 prezidentského nařízení 18/1989 ve smyslu, že pouze společně jednající všichni členové sdružení mohou požadovat zrušení aktu přijatého v rámci postupu při zadávání veřejné zakázky, představuje zvrat v ustálené judikatuře, podle které mohli tito členové podávat žaloby i jednotlivě.

38 Současně zdůrazňuje zvláštní kontext věci v původním řízení, a sice že nejprve byla dotčená žaloba ke čtvrtému senátu Symvoulio tis Epikrateias podána sdružením jako takovým a jeho sedmi členy. Toto soudní kolegium prohlásilo žalobu za nepřípustnou, pokud jde o sdružení, jakož i o čtyři z jeho členů, jelikož řádně nezplnomocnili

svého advokáta k jednání před soudem, a co se týče zbývajících tří členů sdružení, postoupilo věc vzhledem k její závažnosti plénu tohoto soudu. Uvedený čtvrtý senát tak uplatnil do té doby ustálenou judikaturu, podle které byly přípustné rovněž žaloby podané některými členy sdružení.

39 Nicméně rozhodnutí tohoto čtvrtého senátu o nepřípustnosti žaloby sdružení jako takového a čtyř jeho členů je konečné, takže nemůže být v rámci řízení probíhajícího před plénem předkládajícího soudu změněno. Tento soud se tedy zabývá tím, zda je tento zvrat v jeho judikatuře v souladu se zásadou práva na spravedlivý proces, která představuje jednu ze základních zásad práva Unie a je rovněž uvedena v článku 6 Evropské úmluvy o lidských právech a základních svobodách, podepsané v Římě dne 4. listopadu 1950 (dále jen „EÚLP"), jakož i se zásadou ochrany legitimního očekávání.

40 S přihlédnutím k těmto úvahám se plénum Symvoulio tis Epikrateias rozhodlo přerušit řízení a položit Soudnímu dvoru následující předběžné otázky:

„1) Představuje smlouva, kterou zadavatel svěří úspěšnému uchazeči řízení podniku provozujícího kasino a realizaci plánu rozvoje spočívajícího v modernizaci prostor kasina a podnikatelském zhodnocení možností vyplývajících z licence týkající se tohoto kasina a ve které je zahrnuta doložka, na jejímž základě má zadavatel povinnost zaplatit úspěšnému uchazeči náhradu škody, jestliže by v široce určené oblasti dotčeného kasina zahájilo legálně provoz jiné kasino, koncesi neupravenou ustanoveními směrnice 92/50 […]?

2) V případě záporné odpovědi na první předběžnou otázku, spadá žaloba podaná účastníky výběrového řízení na zadání veřejné zakázky smíšeného charakteru,

která předpokládá zejména poskytování služeb spadajících do přílohy I B směrnice […] 92/50 […], v rámci které žalobci uplatňují porušení zásady rovného zacházení s účastníky zadávacího řízení (zásada potvrzená čl. 3 odst. 2 dotčené směrnice), do oblasti působnosti směrnice […] 89/665[…], nebo je toto použití vyloučeno, jelikož podle ustanovení článku 9 směrnice 92/50[…] se na postup při zadávání výše uvedené zakázky na poskytování služeb použijí pouze články 14 a 16 této směrnice?

3) V případě kladné odpovědi na druhou předběžnou otázku, bude-li připuštěno, že vnitrostátní právní předpis, podle kterého mohou pouze všichni členové sdružení bez právní subjektivity, které se neúspěšně zúčastnilo výběrového řízení na zadání veřejné zakázky, a nikoli jeho jednotliví členové, podat žalobu proti rozhodnutí o zadání zakázky, a to i v případě, byla-li žaloba původně podána všemi členy sdružení společně, ale ve vztahu k některým z nich byla prohlášena za nepřípustnou, není v zásadě v rozporu s právem Společenství, zejména se směrnicí 89/665[…], je z hlediska použití výše uvedené směrnice před prohlášením nepřípustnosti výše uvedené žaloby mimo jiné nutné posoudit, v jakém rozsahu těmto jednotlivým členům sdružení zůstává zachováno individuální právo obrátit se na jiný vnitrostátní soud za účelem získání náhrady škody, která je případně stanovena vnitrostátním právním předpisem?

4) V případě, že existovala ustálená judikatura vnitrostátního soudu, která připouštěla, že také jednotlivý člen sdružení mohl platně podat žalobu směřující proti aktu přijatému v rámci výběrového řízení na zadání veřejné zakázky, umožňují ustanovení směrnice 89/665[…], vykládané ve světle článku 6 [EÚLP], jakožto obecné zásady práva Společenství, odmítnout žalobu jako nepřípustnou z důvodu změny výše uvedené ustálené judikatury, aniž by byla žalobci předem dána možnost zhojit tuto nepřípustnost nebo každopádně možnost podat v souladu se zásadou kontradiktornosti své vyjádření k této otázce?“

Věc C-149/08

41 Město Soluň se rozhodlo zorganizovat výběrové řízení na zadání veřejné zakázky na stavební práce nazvané „Výstavba soluňské radnice a podzemního parkoviště". Rozhodnutím městské komise ze dne 1. července 2004 byla zakázka zadána sdružení tvořenému společnostmi Aktor ATE, Themeliodomi AE a Domotechniki AE. Pro účely uzavření smlouvy sdělil zadavatel v souladu s platnou vnitrostátní právní úpravou ESR totožnost osob v postavení vlastníka, společníka, významného akcionáře nebo vrcholového řídícího pracovníka společností, které byly členy výše uvedeného sdružení, aby mohlo být osvědčeno, že se mezi těmito osobami nevyskytují případy neslučitelnosti spadající pod ty, které jsou uvedeny v článku 3 zákona 3021/2002.

42 ESR konstatovala, že u jednoho z členů správní rady společnosti Aktor ATE jde o případ neslučitelnosti spadající pod ty, které jsou uvedeny ve výše uvedeném vnitrostátním ustanovení a aktem ze dne 1. listopadu 2004 odmítla vydat osvědčení představující nutnou podmínku pro podepsání smlouvy. Stížnost společnosti Aktor ATE podaná proti tomuto zamítavému aktu ESR byla zamítnuta rozhodnutím posledně uvedené ze dne 9. listopadu 2004. Společnost Aktor ATE podala jako jediná ze všech tří společností tvořících sdružení, jemuž byla zakázka zadána, k předkládajícímu soudu žalobu na neplatnost směřující proti oběma zamítavým rozhodnutím ESR, přičemž vycházela ze stávající judikatury tohoto soudu, která považovala žaloby podané jednotlivými členy sdružení *ad hoc* za přípustné.

43 Za těchto podmínek se plénum Symvoulio tis Epikrateias rovněž rozhodlo přerušit řízení a položit Soudnímu dvoru následující předběžné otázky:

„1) Bude-li připuštěno, že vnitrostátní právní předpis, podle kterého mohou pouze všichni členové sdružení bez právní subjektivity, které se neúspěšně zúčastnilo výběrového řízení na zadání veřejné zakázky, a nikoli jeho jednotliví členové, podat žalobu proti rozhodnutí o zadání zakázky, a to i v případě, byla-li žaloba původně podána všemi členy sdružení společně, ale ve vztahu k některým z nich byla prohlášena za nepřípustnou, není v zásadě v rozporu s právem Společenství, zejména se směrnicí 89/665[…], je z hlediska použití výše uvedené směrnice před

prohlášením nepřípustnosti výše uvedené žaloby mimo jiné nutné posoudit, v jakém rozsahu těmto jednotlivým členům sdružení zůstává zachováno individuální právo obrátit se na jiný vnitrostátní soud za účelem získání náhrady škody, která je případně stanovena vnitrostátním právním předpisem?

2) V případě, že existovala ustálená judikatura vnitrostátního soudu, která připouštěla, že také jednotlivý člen sdružení mohl platně podat žalobu směřující proti aktu přijatému v rámci výběrového řízení na zadání veřejné zakázky, umožňují ustanovení směrnice 89/665[…], vykládané ve světle článku 6 [EÚLP], jakožto obecné zásady práva Společenství, odmítnout žalobu jako nepřípustnou z důvodu změny výše uvedené ustálené judikatury, aniž by byla žalobci předem dána možnost zhojit tuto nepřípustnost nebo každopádně možnost podat v souladu se zásadou kontradiktornosti své vyjádření k této otázce?“

44 Usnesením předsedy Soudního dvora ze dne 22. května 2008 byly věci C-145/08 a C-149/08 spojeny pro účely písemné a ústní části řízení, jakož i rozsudku.

K předběžným otázkám

K otázkám položeným ve věci C-145/08

45 Podstatou otázek předkládajícího soudu týkajících se použitelnosti směrnice 92/50 na takovou smlouvu, jaká je dotčena v původním řízení, je, zda se směrnice 89/665 v projednávaném případě použije, vzhledem k tomu, že její použití předpokládá uplatnění jedné ze směrnic týkajících se veřejných zakázek uvedených v článku 1 této směrnice 89/665. Tyto otázky je tak třeba posoudit společně a určit, zda taková smlouva spadá do působnosti jedné ze směrnic uvedených v tomto článku.

46 Jak z podrobných a důkladných úvah v předkládacím rozhodnutí, tak z kvalifikace transakce dotčené v původním řízení, kterou provedl předkládající soud vyplývá, že tato transakce představuje smíšenou smlouvu.

47 Ta je totiž v podstatě tvořena dohodou týkající se postoupení 49 % akcií EKP společností ETA na AEAS (dále jen „část ‚prodej akcií'"), dohodou, podle které AEAS ze úplatu přebírá řízení podniku provozujícího kasino (dále jen „část ‚služby'"), a dohodou, na základě které se AEAS zavazuje vypracovat plán na modernizaci prostor kasina a přilehlých hotelových jednotek, jakož i úpravu okolních pozemků (dále jen „část ‚stavební práce'").

48 Z judikatury Soudního dvora vyplývá, že v případě smíšené smlouvy, jejíž jednotlivé části jsou podle oznámení o zakázce nerozlučně spjaty a tvoří tak nedílný celek, musí být dotčená transakce pro účely své právní kvalifikace přezkoumána celá jako jeden celek a musí být posuzována na základě pravidel, kterými se řídí část tvořící

hlavní předmět nebo převažující prvek smlouvy (viz v tomto smyslu rozsudky ze dne 5. prosince 1989, Komise v. Itálie, C-3/88, Recueil, s. 4035, bod 19; ze dne 19. dubna 1994, Gestión Hotelera Internacional, C-331/92, Recueil, s. I-1329, body 23 až 26; ze dne 18. ledna 2007, Auroux a další, C-220/05, Sb. rozh. s. I-385, body 36 a 37; ze dne 21. února 2008, Komise v. Itálie, C-412/04, Sb. rozh. s. I-619, bod 47, jakož i ze dne 29. října 2009, Komise v. Německo, C-536/07, Sb. rozh. s. I-10355, body 28, 29, 57 a 61).

49 Tento závěr je platný nezávisle na tom, zda část představující hlavní předmět smíšené smlouvy spadá do působnosti směrnic týkajících se veřejných zakázek, či nikoliv.

50 V důsledku toho je třeba posoudit, zda smíšená smlouva dotčená v původním řízení představuje nedílný celek a zda se na ni případně v celém jejím rozsahu vztahuje z důvodu jejího hlavního předmětu jedna ze směrnic uvedených v článku 1 směrnice 89/665, upravujících veřejné zakázky.

51 Zaprvé je třeba uvést, že tato smlouva spadá do rámce částečné privatizace veřejného podniku provozujícího kasino, o které rozhodla příslušná meziministerská komise na vnitrostátní úrovni a která byla zahájena vyhlášením jediné veřejné zakázky.

52 Ze spisu a zejména pak z podmínek doplňkového oznámení zveřejněného v dubnu 2002 vyplývá, že smíšená smlouva dotčená v původním řízení má formu jediné smlouvy týkající se současně postoupení akcií EKP, získání práva jmenovat většinu členů správní rady EKP, povinnosti převzít řízení podniku provozujícího kasino a nabízet služby vysoké úrovně finančně výnosným způsobem, jakož i povinnosti uskutečnit úpravu a modernizaci dotčených prostor, jakož i sousedících pozemků.

53 Tato konstatování jsou vyjádřením nutnosti uzavření uvedené smíšené smlouvy s jediným partnerem, který disponuje jak finančními možnostmi nezbytnými pro nákup dotčených akcií, tak odbornými zkušenostmi s provozováním kasina.

54 Z toho plyne, že jednotlivé části této smlouvy musejí být chápány jako tvořící nedílný celek.

55 Zadruhé, z konstatování učiněných předkládajícím soudem plyne, že hlavním předmětem smíšené smlouvy byl prodej 49 % akcií EKP předkladateli nejvýhodnější nabídky a že část „stavební práce" této transakce, jakož i část „služby" měly nezávisle na tom, zda posledně uvedená část představuje veřejnou zakázku na služby nebo koncesi na služby, akcesorickou povahu ve vztahu k hlavnímu předmětu smlouvy. Předkládající soud rovněž upozornil, že část „stavební práce" má zcela akcesorickou povahu ve vztahu k části „služby".

56 Toto posouzení je potvrzeno písemnostmi ve spisu předloženém Soudnímu dvoru.

57 Nelze totiž mít pochyb o tom, že v případě nákupu 49 % akcií takového veřejného podniku, jakým je EKP, představuje tato transakce hlavní předmět smlouvy. Je třeba uvést, že příjem, který by AEAS plynul jakožto akcionáři, zřejmě jasně převyšuje odměnu, kterou by dostávala jako poskytovatel služeb. AEAS by mimoto tyto příjmy plynuly bez omezení v čase, zatímco činnost spojená s řízením by po deseti letech skončila.

58 Z předchozích úvah vyplývá, že jednotlivé části smíšené smlouvy dotčené v původním řízení tvoří nedílný celek, přičemž část týkající se postoupení akcií představuje jeho hlavní předmět.

59 Na postoupení akcií uchazeči v rámci privatizace veřejného podniku se přitom nevztahují směrnice upravující veřejné zakázky.

60 To je ostatně náležitě připomenuto v bodě 66 Zelené knihy Komise o veřejno-soukromém partnerství a právu Společenství o veřejných zakázkách a veřejných koncesích [KOM(2004) 327 v konečném znění ze dne 30. dubna 2004].

61 Komise v bodě 69 své výše uvedené Zelené knihy Komise o veřejno-soukromém partnerství zdůrazňuje, že je třeba se přesvědčit, zda kapitálová operace ve skutečnosti nezakrývá zadání smluv, které by mohly být kvalifikovány jako veřejné zakázky nebo koncese, soukromému partnerovi. V projednávaném případě není nicméně ve spisu obsažen žádný poznatek, který by mohl zpochybnit povahu transakce dotčené v původním řízení, tak jak byla kvalifikována předkládajícím soudem.

62 S ohledem na předchozí úvahy je třeba dojít k závěru, že smíšená smlouva, jejímž hlavním předmětem je nabytí 49 % kapitálu veřejného podniku jiným podnikem a jejíž akcesorický předmět, nerozlučně spjatý s tímto hlavním předmětem, se týká dodávky služeb a provedení stavebních prací, nespadá jako celek do působnosti směrnic týkajících se veřejných zakázek.

63 Tento závěr nevylučuje skutečnost, že taková smlouva musí dodržovat základní pravidla a obecné zásady Smlouvy, zejména v oblasti svobody usazování a volného pohybu kapitálu. Nicméně v projednávaném případě není namístě zabývat se otázkou dodržení uvedených pravidel a zásad, jelikož výsledek takového přezkumu by nemohl žádným způsobem vést k použití směrnice 89/665.

64 S ohledem na výše uvedené tudíž není namístě odpovědět na ostatní otázky položené v rámci věci C-145/08.

K první otázce položené ve věci C-149/08

65 Podstatou této otázky předkládajícího soudu je, zda směrnice 89/665 brání vnitrostátní právní úpravě, tak jak je vykládána tímto soudem, podle které mohou podat žalobu proti rozhodnutí o udělení zakázky přijatému zadavatelem pouze společně všichni členové sdružení *ad hoc*, takže jednotliví členové uvedeného sdružení by byli nejen zbaveni možnosti dosáhnout zrušení takového rozhodnutí zadavatele, ale rovněž možnosti požadovat náhradu individuální škody způsobené následkem vad dotčeného zadávacího řízení.

66 Pro účely odpovědi na tuto otázku je třeba konstatovat, že akt, jehož zrušení je před předkládajícím soudem požadováno, byl vydán ESR, tedy jiným orgánem než zadavatelem, který organizoval zadávací řízení dotčené v původním řízení.

67 Ze znění směrnice 89/665, obecně nazývané „přezkumná“ směrnice, přitom vyplývá, že jí zamýšlená ochrana se týká aktů nebo opomenutí zadavatelů.

68 Z jejího znění tak zejména jasně vyplývá, že pátý bod odůvodnění a čl. 1 odst. 1 této směrnice se odvolávají na opatření, která je třeba přijmout ve vztahu k rozhodnutím

zadavatelů. Stejně tak podle odstavce 3 tohoto článku mohou členské státy stanovit, aby osoba zamýšlející využít přezkumné řízení nejprve oznámila zadavateli domnělé protiprávní jednání, aby ho tento mohl napravit. Mimoto čl. 3 odst. 2 uvedené směrnice poskytuje Komisi možnost oznámit dotčenému zadavateli důvody, na základě kterých rozhodla, že v zadávacím řízení došlo k protiprávnímu jednání, a požádat o jeho nápravu.

69 Je tudíž třeba dojít k závěru, že spory týkající se rozhodnutí takového orgánu, jakým je ESR, nespadají do systému přezkumu zavedeného směrnicí 89/665.

70 Rozhodnutí ESR mohou mít nicméně určitý dopad na průběh, či dokonce výsledek zadávacího řízení, jelikož mohou vést k vyloučení uchazeče, případně i úspěšného uchazeče, u něhož jde individuálně o některou z neslučitelností stanovených příslušnou vnitrostátní právní úpravou. Tato rozhodnutí tak nepostrádají význam s ohledem na řádné uplatňování práva Unie v této oblasti.

71 V projednávané věci z údajů poskytnutých předkládajícím soudem plyne, že rozhodnutí ESR, které odejmulo žalobkyni v původním řízení dotčenou veřejnou zakázku, přestože byla označena za úspěšného uchazeče, bylo dle názoru uvedené žalobkyně přijato v rozporu s ustanoveními směrnice Rady 93/37/EHS ze dne 14. června 1993 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce (Úř. věst. L 199, s. 54), jakož i se zásadami vyplývajícími z primárního práva Unie.

72 Žalobkyně v původním řízení přitom tvrdí, že na základě použití sporné vnitrostátní právní úpravy jí bylo nejen zabráněno napadnout údajně protiprávní rozhodnutí ESR, které vedlo k jejímu vyloučení z řízení dotčeného v původním řízení, a požadovat jeho

zrušení, ale rovněž požadovat náhradu újmy způsobené tímto rozhodnutím. Byla tak zbavena svého práva na účinnou soudní ochranu.

73 V tomto ohledu je třeba připomenout, že zásada účinné soudní ochrany představuje obecnou zásadu práva Unie (viz rozsudek ze dne 13. března 2007, Unibet, C-432/05, Sb. rozh. s. I-2271, bod 37 a citovaná judikatura).

74 Podle ustálené judikatury přísluší při neexistenci právní úpravy Společenství v dané oblasti každému členskému státu, aby určil příslušné soudy a upravil procesní podmínky soudních řízení určených k zajištění ochrany práv, která jednotlivcům vyplývají z práva Unie. Tyto procesní podmínky nesmějí být nicméně méně příznivé než ty, které se týkají obdobných řízení stanovených pro ochranu práv vyplývajících z vnitrostátního právního řádu (zásada rovnocennosti), a nesmějí v praxi znemožňovat nebo nadměrně ztěžovat výkon práv přiznaných právním řádem Unie (zásada efektivity) (viz v tomto smyslu rozsudek ze dne 15. dubna 2008, Impact, C-268/06, Sb. rozh. s. I-2483, body 44 a 46, jakož i citovaná judikatura).

75 Co se týče zásady rovnocennosti, z upřesnění poskytnutých předkládajícím soudem plyne, že podle vnitrostátního práva obecně upravujícího náhradu újmy způsobené protiprávními akty státu nebo právnických osob veřejného práva je soud příslušný pro přiznání náhrady škody příslušný rovněž pro incidenční přezkum legality správního aktu nepříznivě zasahujícího do právního postavení, což může vést, na základě žaloby podané individuálně jednotlivcem, k přiznání náhrady újmy, jsou-li splněny za tímto účelem stanovené hmotněprávní podmínky.

76 Naopak, v oblasti veřejných zakázek, která je upravena právem Unie, tyto dva druhy pravomocí, a sice pravomoc zrušit správní akt nebo prohlásit jeho neplatnost

a pravomoc přiznat náhradu utrpěné újmy, spadají v rámci vnitrostátního právního řádu dotčeného ve věci v původním řízení do věcné příslušnosti dvou různých soudů.

77 V oblasti veřejných zakázek tak kombinace čl. 5 odst. 2 zákona 2522/1997, který podmiňuje přiznání náhrady škody předchozím zrušením aktu nepříznivě zasahujícího do právního postavení, a čl. 47 odst. 1 prezidentského nařízení 18/1989, podle kterého mohou členové sdružení požadovat zrušení aktu přijatého v rámci zadávacího řízení pouze všichni společně, vede, jak podotýká předkládající soud, k tomu, že pro každého samostatně jednajícího člena sdružení je nemožné nejen dosáhnout zrušení aktu nepříznivě zasahujícího do jeho právního postavení, ale ani obrátit se na příslušný soud za účelem náhrady újmy, kterou on sám utrpěl, zatímco taková nemožnost se podle všeho dle vnitrostátních předpisů použitelných na žádosti o náhradu škody založené na újmě způsobené protiprávním aktem veřejného orgánu v jiných oblastech nevyskytuje.

78 Co se týče zásady efektivity, je třeba konstatovat, že na základě vnitrostátní právní úpravy dotčené v původním řízení je takový uchazeč, jako je žalobkyně v původním řízení, zbaven jakékoliv možnosti požadovat před příslušným soudem náhradu újmy, kterou utrpěl z důvodu porušení práva Unie správním aktem, který mohl ovlivnit průběh, a dokonce výsledek zadávacího řízení. Takový uchazeč je tak zbaven účinné soudní ochrany práv, která mu v dané oblasti vyplývají z práva Unie.

79 Jak uvedla generální advokátka v bodech 107 až 116 svého stanoviska, je třeba v tomto ohledu zdůraznit, že se tento kontext odlišuje od kontextu věci, jež vedla k vydání výše uvedeného rozsudku Espace Trianon a Sofibail. Zatímco se totiž posledně uvedená věc týkala žaloby na neplatnost směřující proti rozhodnutí o zadání zakázky, kterým nebyla dotčená zakázka zadána sdružení ucházejícímu se o zakázku jako celku, projednávaná věc se ve skutečnosti týká žádosti o náhradu újmy údajně způsobené protiprávním rozhodnutím správního orgánu, kterým byla konstatována existence neslučitelnosti ve smyslu relevantní vnitrostátní právní úpravy pouze ve vztahu k uchazeči, který podal žalobu .

80 S ohledem na výše uvedené je na první otázku položenou ve věci C-149/08 třeba odpovědět, že právo Unie, zejména pak právo na účinnou soudní ochranu, brání takové vnitrostátní právní úpravě, jaká je dotčena v původním řízení, vykládané v tom smyslu, že členové sdružení *ad hoc* vystupujícího jako uchazeč v zadávacím řízení jsou zbaveni možnosti požadovat jednotlivě náhradu újmy, kterou jim individuálně způsobilo rozhodnutí přijaté orgánem odlišným od zadavatele a vstupujícím do tohoto řízení v souladu s použitelnými vnitrostátními pravidly, které mohlo průběh tohoto řízení ovlivnit.

81 S ohledem na tuto odpověď není namístě odpovědět na druhou otázku položenou v rámci věci C-149/08.

K nákladům řízení

82 Vzhledem k tomu, že řízení má, pokud jde o účastníky původního řízení, povahu incidenčního řízení ve vztahu ke sporu probíhajícímu před předkládajícím soudem, je k rozhodnutí o nákladech řízení příslušný uvedený soud. Výdaje vzniklé předložením jiných vyjádření Soudnímu dvoru než vyjádření uvedených účastníků řízení se nenahrazují.

Z těchto důvodů Soudní dvůr (čtvrtý senát) rozhodl takto:

1) Smíšená smlouva, jejímž hlavním předmětem je nabytí 49 % kapitálu veřejného podniku jiným podnikem a jejíž akcesorický předmět, nerozlučně spjatý s tímto hlavním předmětem, se týká dodávky služeb a provedení

stavebních prací, nespadá jako celek do působnosti směrnic týkajících se veřejných zakázek.

2) Právo Unie, zejména pak právo na účinnou soudní ochranu, brání takové vnitrostátní právní úpravě, jaká je dotčena v původním řízení, vykládané v tom smyslu, že členové sdružení *ad hoc* vystupujícího jako uchazeč v zadávacím řízení jsou zbaveni možnosti požadovat jednotlivě náhradu újmy, kterou jim individuálně způsobilo rozhodnutí přijaté orgánem odlišným od zadavatele a vstupujícím do tohoto řízení v souladu s použitelnými vnitrostátními pravidly, které mohlo průběh tohoto řízení ovlivnit.

Podpisy.