ROZSUDOK SÚDNEHO DVORA (štvrtá komora)

zo 6. mája 2010 *

V spojených veciach C-145/08 a C-149/08,

ktorých predmetom sú návrhy na začatie prejudiciálneho konania podľa článku 234 ES, podané rozhodnutiami Symvoulio tis Epikrateias (Grécko) z 15. februára 2008 a doručené Súdnemu dvoru 9. apríla 2008, ktoré súvisia s konaniami:

Club Hotel Loutraki AE,

Athinaïki Techniki AE,

Evangelos Marinakis

proti

Ethniko Symvoulio Radiotileorasis,

* Jazyk konania: gréčtina.

Ypourgos Epikrateias,

za účasti:

Athens Resort Casino AE Symmetochon,

Ellaktor AE, predtým Elliniki Technodomiki TEB AE,

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

Leonidas Bombolas (C-145/08)

a

Aktor Anonymi Techniki Etaireia (Aktor ATE)

proti

Ethnico Symvoulio Radiotileorasis,

za účasti:

Michaniki AE (C-149/08),

SÚDNY DVOR (štvrtá komora),

v zložení: predseda tretej komory K. Lenaerts, vykonávajúci funkciu predsedu štvrtej komory, sudcovia R. Silva de Lapuerta, E. Juhász (spravodajca), G. Arestis a J. Malenovský,

generálna advokátka: E. Sharpston,
tajomník: L. Hewlett, hlavná referentka,

so zreteľom na písomnú časť konania a po pojednávaní z 11. júna 2009,

so zreteľom na pripomienky, ktoré predložili:

— Club Hotel Loutraki AE, v zastúpení: I. K. Theodoropoulos a S. A. Pappas, dikigoroi,

— Athens Resort Casino AE Symmetochon a Regency Entertainment Psychagogiki kai Touristiki AE, predtým Hyatt Regency Xenodocheiaki kai Touristiki (Ellas) AE, v zastúpení: P. Spyropoulos, K. Spyropoulos a I. Dryllerakis, dikigoroi,

— Ellaktor AE, predtým Elliniki Technodomiki TEB AE, v zastúpení: V. Niatsou, dikigoros,

— Aktor ATE, v zastúpení: K. Giannakopoulos, dikigoros,

— helénska vláda, v zastúpení: A. Samoni-Rantou, E.-M. Mamouna, N. Marioli a I. Dionysopoulos, splnomocnení zástupcovia,

— Komisia Európskych spoločenstiev, v zastúpení: M. Patakia a D. Kukovec, splnomocnení zástupcovia,

po vypočutí návrhov generálnej advokátky na pojednávaní 29. októbra 2009,

vyhlásil tento

Rozsudok

1 Návrhy na začatie prejudiciálneho konania sa vzhľadom na okolnosti konaní vo veci samej týkajú príslušných ustanovení smernice Rady 92/50/EHS z 18. júna 1992 o koordinácii postupov verejného obstarávania služieb (Ú. v. ES L 209, s. 1; Mim. vyd. 06/001, s. 322) a smernice Rady 89/665//EHS z 21. decembra 1989 o koordinácii zákonov, iných právnych predpisov a správnych opatrení týkajúcich sa uplatňovania postupov preskúmavania v rámci verejného obstarávania tovarov a prác (Ú. v. ES L 395, s. 33; Mim. vyd. 06/001, s. 246), zmenenej a doplnenej smernicou 92/50 (ďalej len „smernica č. 89/665“), ako aj všeobecných zásad práva Únie v oblasti verejného obstarávania a najmä zásady účinnej súdnej ochrany.

2 Tieto návrhy na začatie prejudiciálneho konania boli podané v rámci sporov vedených súkromnými podnikmi a fyzickými osobami proti Ethniko Symvoulio Radiotileorasis (Národná rada pre rozhlas a televíziu, ďalej len „ESR“), čo je orgán, ktorý má v súlade s vnútroštátnou právnou úpravou právomoc a povinnosť kontrolovať, či sa osoby v postavení vlastníka, spoločníka, hlavného akcionára, člena správneho orgánu alebo riadiaceho pracovníka podniku, ktorý je verejným obstarávateľom, nenachádzajú v niektorej zo situácií nezlučiteľnosti, stanovených touto právnou úpravou, čo by ich automaticky vylučovalo z verejného obstarávania.

Právny rámec

Právna úprava Únie

3 Podľa článku 1 písm. a) smernice 92/50:

„‚*Verejné zmluvy na poskytnutie služieb*‘ sú odplatné zmluvy uzavreté písomne medzi poskytovateľom služieb a obstarávateľom…

…“

4 Článok 2 tejto smernice stanovuje:

„Ak sú predmetom verejnej zmluvy tak tovary v zmysle smernice [Rady] 77/62/EHS [o koordinácii postupov verejného obstarávania dodania tovaru [*neoficiálny preklad*] (Ú. v. ES L 13, s. 1)], ako aj služby v zmysle prílohy I A a I B tejto smernice, spadá do pôsobnosti tejto smernice, ak hodnota príslušných služieb presiahne hodnotu tovarov pokrytej touto zmluvou.“

5 Článok 3 tej istej smernice stanovuje:

„1. Pri verejnom obstarávaní služieb alebo pri organizovaní súťaží návrhov uplatnia obstarávatelia postupy prispôsobené ustanoveniam tejto smernice.

2. Obstarávatelia zabezpečia, aby nedošlo k diskriminácii žiadneho z poskytovateľov služieb.

…“

6 Podľa článku 8 smernice 92/50:

„Zmluvy, ktorých predmetom sú služby uvedené v prílohe I A, sa uzatvárajú v súlade s ustanoveniami kapitol III až VI.“

7 Článok 9 tejto smernice stanovuje:

„Zmluvy, ktorých predmetom sú služby uvedené v prílohe I B, sa uzatvárajú v súlade s článkami 14 a 16.“

8 Článok 14, ktorý je súčasťou hlavy IV tejto smernice týkajúcej sa spoločných pravidiel v technickej oblasti, sa venuje technickým špecifikáciám, ktoré musia byť uvedené vo všeobecných dokumentoch alebo v zmluvných dokumentoch pre každé verejné obstarávanie a článok 16, ktorý je súčasťou hlavy V, upravuje spoločné pravidlá oznamovania.

9 Príloha I B smernice 92/50 s názvom „Služby v zmysle článku 9“ zahŕňa:

„…

17 Hotelové a reštauračné služby

…

26 Služby v oblasti rekreácie, kultúry a športu

27 Iné služby“.

10 Napokon článok 26 tej istej smernice stanovuje v odseku 1:

„Ponuky môžu predkladať skupiny poskytovateľov služieb. Od týchto skupín nemožno požadovať, aby na účely predloženia ponuky nadobudli určitú právnu formu. Avšak splnenie tejto požiadavky možno požadovať od vybranej skupiny, ktorej bola objednávka zadaná."

11 Článok 1 smernice 89/665 stanovuje:

„1. Členské štáty prijmú potrebné opatrenia, aby zabezpečili, že v oblasti postupov verejného obstarávania, na ktoré sa vzťahujú smernice [Rady] 71/305/EHS [z 26. júla 1971 o koordinácii postupov verejného obstarávania prác [*neoficiálny preklad*] (Ú. v. ES L 185, s. 5)], 77/62… a 92/50…, môžu byť rozhodnutia obstarávateľov účinne a predovšetkým tak rýchlo, ako je to možné, preskúmané v súlade s podmienkami stanovenými v nasledujúcich článkoch, najmä v článku 2 ods. 7, ak tieto rozhodnutia porušili právo spoločenstva v oblasti verejného obstarávania, alebo vnútroštátne právne predpisy prijaté na jeho vykonanie.

2. Členské štáty zabezpečia, aby neexistovala žiadna diskriminácia medzi podnikmi, ktoré sa domnievajú, že boli poškodené v súvislosti s postupom verejného obstarávania, čo vyplýva z rozlišovania medzi vnútroštátnymi právnymi predpismi, ktoré vykonávajú právo spoločenstva, a ostatnými vnútroštátnymi právnymi predpismi v tejto smernici.

3. Členské štáty zabezpečia, aby aspoň každá osoba, ktorá má alebo mala záujem o uzavretie zmluvy na základe verejného obstarávania dodávky tovaru alebo prác

[alebo služieb], mohla uplatniť postupy preskúmavania na základe podrobných pravidiel, ktoré môžu členské štáty stanoviť, ktorá bola alebo je poškodená údajným porušením. Členské štáty môžu najmä požadovať, aby osoba ktorá sa snaží o preskúmanie, musela vopred informovať obstarávateľa o údajnom porušení a o svojom úmysle požiadať o preskúmanie."

12 Podľa článku 2 tejto smernice:

„1. Členské štáty zabezpečia, aby prijaté opatrenia týkajúce sa postupov preskúmavania uvedených v článku 1 zahŕňali právomoc:

a) prijať pri najbližšej príležitosti a formou predbežných konaní, dočasných opatrení s cieľom nápravy údajného porušenia, alebo prevencie voči ďalšiemu poškodeniu príslušných záujmov, vrátane opatrení na zastavenie alebo na zabezpečenie zastavenia pokračovania verejného obstarávania, alebo vykonávania akéhokoľvek rozhodnutia prijatého obstarávateľom;

b) zrušiť alebo zabezpečiť zrušenie rozhodnutí prijatých protiprávne, vrátane odstránenia diskriminačných technických, hospodárskych alebo finančných kritérií uvedených vo výzvach na predkladanie ponúk, zmluvných dokumentoch alebo v ktorýchkoľvek iných dokumentoch týkajúcich sa postupu verejného obstarávania;

c) odškodniť osoby poškodené porušením.

…

5. Členské štáty môžu stanoviť, že v prípadoch, keď požadovaná náhrada škody spôsobenej protiprávnym rozhodnutím, musí byť napadnuté rozhodnutie najprv zrušené orgánom, ktorý má potrebnú právomoc.

6. Účinky výkonu právomocí uvedených v odseku 1, na zmluvu uzavretú na základe verejného obstarávania, stanovia vnútroštátne právne predpisy.

S výnimkou prípadu, keď rozhodnutie musí byť zrušené pred priznaním náhrady škody, členský štát môže ďalej stanoviť, že po uzavretí zmluvy na základe verejného obstarávania, bude právomoc orgánu príslušného pre preskúmavanie limitovaná na priznanie náhrady ktorejkoľvek osobe poškodenej porušením.

…“

Vnútroštátna právna úprava

13 Smernica 89/665 bola prebratá do gréckeho práva zákonom č. 2522/1997 o súdnej ochrane v priebehu fázy pred zadaním zákazky v rámci verejného obstarávania prác, tovarov a služieb (FEK A’ 178).

14 Článok 2 tohto zákona pod názvom „Rozsah súdnej ochrany“ stanovuje:

„1. Každá osoba, ktorá má alebo mala záujem na tom, aby jej bola zadaná verejná zákazka na zhotovenie prác, dodanie tovaru alebo poskytnutie služieb a bola alebo mohla byť nepriaznivo ovplyvnená porušením práva Spoločenstva alebo vnútroštátneho práva, sa môže v súlade s podmienkami definovanými v ďalších ustanoveniach na súde domáhať predbežného opatrenia, zrušenia alebo vyhlásenia neplatnosti protiprávneho aktu prijatého obstarávateľom a priznania náhrady škody.

…“

15 Článok 4 uvedeného zákona pod názvom „Zrušenie alebo určenie neplatnosti“ stanovuje:

„1. Dotknutá osoba má právo domáhať sa zrušenia alebo určenia neplatnosti ktoréhokoľvek aktu alebo opomenutia konať obstarávateľa, ktoré je v rozpore s pravidlom práva Spoločenstva alebo vnútroštátnym pravidlom týkajúcim sa konania pred zadaním zákazky v rámci verejného obstarávania. …

2. Ak súd zruší alebo určí neplatnosť aktu alebo opomenutia konať obstarávateľa po zadaní zákazky v rámci verejného obstarávania, obstarávateľ tým nie je dotknutý, ibaže by pred zadaním zákazky bolo výberové konanie prerušené rozhodnutím ukladajúcim predbežné opatrenia alebo predbežným uznesením. V takomto prípade dotknutá osoba má právo požadovať náhradu škody v súlade s ustanoveniami nasledujúceho článku.“

16 Článok 5 zákona č. 2522/1997 pod názvom „Návrh na priznanie náhrady škody“ stanovuje:

„1. Dotknutá osoba, ktorá bola vylúčená z účasti na verejnom obstarávaní prác, tovarov alebo služieb alebo jej nebola táto zákazka pridelená v rozpore s pravidlom práva Spoločenstva alebo vnútroštátnym pravidlom, má právo požadovať náhradu škody od obstarávateľa, a to na základe ustanovení článkov 197 a 198 Občianskeho zákonníka. Akékoľvek ustanovenie, ktoré vylučuje alebo obmedzuje toto právo, je neuplatniteľné.

2. Náhrada škody môže byť priznaná až po tom, ako príslušný súd zruší toto sporné protiprávne konanie alebo jeho opomenutie alebo vyhlási jeho neplatnosť. Je povolené skombinovať návrh na určenie neplatnosti s návrhom na náhradu škody v súlade so všeobecne uplatniteľnými pravidlami.“

17 Články 197 a 198 Občianskeho zákonníka, na ktoré odkazuje predchádzajúce ustanovenie, stanovujú zodpovednosť „z dôvodu vyjednávania“, teda povinnosť zaplatiť náhradu škody v prípade, keď dotknuté osoby museli znášať neodôvodnené výdavky v rámci verejného obstarávania na účely uzatvorenia verejnej zmluvy.

18 Prezidentský dekrét č. 18/1989 upravoval kodifikáciu zákonov týkajúcich sa Simvoulio tis Epikratias (FEK A’ 8). Jeho článok 47 s názvom „Legitímny záujem“ stanovuje:

„1. Právo podať žalobu o neplatnosť má fyzická osoba alebo právnická osoba, ktoré sú dotknuté správnym aktom alebo ktorých legitímne záujmy, aj nefinančné, sú dotknuté týmto aktom.

…“

19 Zákon č. 2206/1994 sa týka „vytvorenia, organizácie, prevádzkovania, kontroly kasín atď.“ (FEK A’ 62). Podľa článku 1 ods. 7 tohto zákona nazvaného „Vydanie licencií kasínu“:

„Licencie pre kasína vydáva vo forme rozhodnutia ministerstva cestovného ruchu na základe medzinárodného verejného obstarávania sedemčlenná komisia.“

20 Článok 3 tohto zákona s názvom „Prevádzka kasín“ stanovuje:

„Prevádzka kasín podlieha kontrole štátu.

…“

21 Článok 14 ods. 9 gréckej ústavy a ten istý článok zákona na jej uplatnenie č. 3021/2002 (FEK A’ 143) zavádzajú režim obmedzení uplatniteľných na uzatváranie verejných

zmlúv s osobami, ktoré sú činné alebo vlastnia obchodné podiely v podnikoch v odvetví hromadných informačných prostriedkov. Tento režim zavádza domnienku nezlučiteľnosti medzi postavením vlastníka, spoločníka, hlavného akcionára alebo riadiaceho pracovníka podniku, ktorý vykonáva činnosť v odvetví hromadných informačných prostriedkov, a postavením vlastníka, spoločníka, hlavného akcionára alebo riadiaceho pracovníka podniku, ktorý bol zo strany štátu alebo právnickej osoby z verejného sektora v širšom zmysle poverený vykonaním zákaziek na práce, dodanie tovaru alebo poskytnutie služieb. Táto nezlučiteľnosť sa vzťahuje takisto na fyzické osoby, medzi ktorými je určitý stupeň príbuzenstva.

22 Zákon č. 3021/2002 v podstate stanovuje, že pred zadaním zákazky alebo rozhodnutím o uzavretí verejnej zmluvy a v každom prípade pred podpisom verejnej zmluvy musí dotknutý verejný obstarávateľ pod hrozbou neplatnosti zmluvy alebo verejného obstarávania požiadať ESR o vystavenie osvedčenia, ktoré potvrdzuje, že podmienky nezlučiteľnosti uvedené v tomto zákone nie sú splnené. Rozhodnutie ESR je záväzné pre obstarávateľa, ale môžu ho napadnúť žalobou o neplatnosť osoby, ktoré odôvodnia svoj záujem na konaní, vrátane verejných orgánov.

23 Súdny dvor rozsudkom zo 16. decembra 2008, Michaniki (C-213/07, Zb. s. I-9999, body 1 a 2 výroku), rozhodol, že hoci nie je v rozpore s právom Únie taká právna úprava, ktorá sleduje legitímne ciele rovnosti zaobchádzania s uchádzačmi a transparentnosti v rámci verejného obstarávania, v rozpore s právom Únie je z hľadiska zásady proporcionality zriadenie nevyvrátiteľnej domnienky takej nezlučiteľnosti, o akú ide v predmetnej vnútroštátnej právnej úprave.

Spory vo veci samej a prejudiciálne otázky

Vec C-145/08

24 Z rozhodnutia vnútroštátneho súdu vyplýva, že rozhodnutím z 10. októbra 2001 príslušná medziministerská komisia rozhodla o privatizácii spoločnosti Elliniko Kazino Parnithas AE (ďalej len „EKP"), dcérskej spoločnosti Ellinika Touristika Akinita AE (ďalej len „ETA"), ktorej všetky akcie vlastní grécky štát. Oznámenie o vyhlásení verejného obstarávania v októbri 2001 stanovilo prvú fázu, ktorej cieľom bolo urobiť výber tých spomedzi dotknutých osôb, ktoré spĺňali podmienky uvedené v tomto oznámení. Neskoršia fáza mala umožniť určiť tú spomedzi dotknutých osôb, ktorá bude vyzvaná na podpísanie zmluvy. V priebehu prvej fázy bola vybraná skupina podnikov Koinopraxia Kazino Attikis a skupina podnikov Hyatt Regency Xenodocheiaki kai Touristiki (Ellas) AE – Elliniki Technodomiki AE.

25 Dodatočným oznámením uverejneným v apríli 2002 boli objasnené podmienky zmluvy, ktorá sa mala uzatvoriť:

Ide o zmiešanú zmluvu, ktorá zahŕňa:

— dohodu týkajúcu sa toho, že ETA postúpi 49 % akcií EKP „akciovej spoločnosti zriadenej na jediný účel" (ďalej len „AEAS"), ktorú má založiť uchádzač, ktorý bude vybratý,

— dohodu, na základe ktorej sa AEAS zaväzuje vykonať plán rozvoja, ktorý sa má zrealizovať do 750 kalendárnych dní odo dňa získania potrebných povolení. Tento plán rozvoja má zahŕňať úpravu priestorov kasína a zhodnotenie možností ponúkaných licenciou na jeho prevádzku, úpravu a modernizáciu dvoch hotelových jednotiek prináležiacich do komplexu budov, ako aj úpravu okolitých pozemkov o výmere približne 280 hektárov. Vykonanie týchto prác predstavuje časť ceny za získanie 49 % akcií EKP,

— dohodu medzi ETA a AEAS, ktorou AEAS získa právo zvoliť väčšinu členov predstavenstva EKP, a teda spravovať spoločnosť v súlade s podmienkami zmluvy,

— dohodu, podľa ktorej prevezme AEAS riadenie kasína, za ktoré mu ETA poskytne odmenu. V rámci tejto odmeny získa AEAS sumu, ktorá nepresiahne degresívny podiel na ročnom prevádzkovom zisku (klesajúc z 20 % zo zisku do 30 000 000 eur až po 5% zo zisku nad 90 000 000 eur) a 2 % z obratu,

— ako správca je AEAS povinná riadiť kasíno tak, aby mohlo i naďalej ponúkať luxusné prostredie a služby na vysokej úrovni finančne výnosným spôsobom pre EKP. Konkrétne, hospodársky zisk pred zdanením nesmie byť nižší ako 105 miliónov eur za prvých päť finančných rokov po nadobudnutí platnosti zmluvy. Čistý zisk bude rozdelený medzi spoločnosti ETA a AEAS v závislosti na podielu na základnom imaní EKP, ktorý bude mať každá z nich,

— keďže je EKP v súčasnosti jediným podnikom prevádzkujúcim kasína v oblasti Atiky, je zmluvou stanovené, že v prípade, že by sa v tejto zemepisnej oblasti v priebehu desiatich rokov po nadobudnutí platnosti tejto zmluvy legálne usadilo iné kasíno, bude ETA povinná poskytnúť AEAS náhradu škody vo výške 70 % ceny transakcie. Výška náhrady škody sa za každý rok uplynutý od nadobudnutia platnosti zmluvy zníži o jednu desatinu,

— pokiaľ ide o riadenie podniku prevádzkujúceho kasíno, doba platnosti zmluvy uplynie desať rokov po jej nadobudnutí platnosti.

26 Združenie Hyatt Regency Xenodocheiaki kai Touristiki (Ellas) AE – Elliniki Technodomiki AE predložilo najlepšiu ponuku v rámci predmetného verejného obstarávania a bolo určené za úspešného uchádzača. Pred podpísaním zmluvy ETA oznámila ESR identitu vlastníkov, spoločníkov, hlavných akcionárov a riadiacich pracovníkov úspešného uchádzača, na účely potvrdenia, že v ich prípade neexistuje ani jeden z prípadov nezlučiteľnosti uvedených v článku 3 zákona č. 3021/2002. Potvrdením vydaným 27. septembra 2002 ESR potvrdil, že neexistuje v predmetnom prípade nezlučiteľnosť, pokiaľ ide o vyššie uvedené osoby.

27 Tento akt ESR bol napadnutý žalobou o neplatnosť podanou troma zo siedmich členov, z ktorých sa skladalo združenie – uchádzač „Koinopraxia Kazino Attikis“, ktorému nebola zákazka pridelená. Žalobcovia tvrdia, že na člena združenia, ktorému bola zákazka pridelená, sa vzťahuje jeden z prípadov nezlučiteľnosti stanovených vnútroštátnou právnou úpravou, a že pridelenie zákazky je preto potrebné zrušiť.

28 Vnútroštátny súd uvádza, že predmetná zákazka je zmiešanou zákazkou, obsahujúcou na jednej strane časť týkajúcu sa predaja akcií zo strany ETA úspešnému uchádzačovi, čo je časť, na ktorú sa ako takú, nevzťahujú pravidlá Únie v oblasti verejného obstarávania, a na druhej strane časť týkajúcu sa zákazky na služby, ktorá sa pridelí

úspešnému uchádzačovi, ktorý preberie povinnosti týkajúce sa riadenia kasína. Časť týkajúca sa postúpenia akcií je podľa vnútroštátneho súdu z tejto zmiešanej zmluvy najdôležitejšia. Okrem toho táto zmluva zahŕňa takisto časť týkajúcu sa zákazky na práce, keďže úspešný uchádzač prevezme povinnosť vykonať práce uvedené v rozhodnutí vnútroštátneho súdu ako čiastočnú protihodnotu za postúpené akcie. Vnútroštátny súd uvádza, že posledná uvedená časť má akcesorickú povahu vo vzťahu k časti „služby“.

29 V tejto súvislosti sa vnútroštátny súd pýta, či je možné sa domnievať, že časť „služby“ predmetnej zmluvy predstavuje koncesiu na verejné služby, ktorá nepodlieha právnej úprave Únie. V tejto súvislosti je potrebné preveriť, v akom rozsahu úspešný uchádzač znáša riziká spojené s organizáciou a prevádzkou predmetných služieb, takisto vzhľadom na to, že tieto služby sa týkajú činností, ktoré v súlade s vnútroštátnymi pravidlami, ktorým podliehajú, môžu byť predmetom výlučných alebo osobitných práv.

30 V prípade, že by Súdny dvor rozhodol, že časť spornej zmluvy týkajúca sa riadenia kasína predstavuje verejnú zákazku na služby, vnútroštátny súd sa pýta, či sa žalôb o neplatnosť podaných na vnútroštátnej úrovni týkajú procesné záruky stanovené smernicou 89/665, vzhľadom na to, že hlavný predmet zmluvy, teda predaj akcií EKP, nepatrí do oblasti pôsobnosti pravidiel Spoločenstva v oblasti verejného obstarávania a že zákazky, ktorých predmetom sú takéto služby patriace do prílohy I B smernice 92/50, musia byť zadávané v súlade s článkami 14 a 16 tejto smernice, ktoré uvádzajú len povinnosti procesného charakteru. Vnútroštátny súd si však kladie otázku, či napriek tomuto obmedzenému aspektu povinností zásada rovnosti zaobchádzania účastníkov výberového konania, ktorú má smernica 89/665 chrániť, sa uplatňuje aj v takýchto prípadoch.

31 Keby Súdny dvor dospel k záveru, že žaloba o neplatnosť, o akú ide vo veci samej, patrí do pôsobnosti smernice 89/665, vnútroštátny súd sa pýta, či je v rozpore s pravidlami práva Únie vnútroštátne procesné pravidlo, aké sa nachádza v článku 47 ods. 1 prezidentského dekrétu č. 18/1989, ako ho vykladá tento súd, podľa ktorého tí,

ktorí sa zúčastňujú na verejnom obstarávaní vo forme združenia, môžu podať žalobu o neplatnosť proti aktom patriacim do rámca tohto konania iba všetci spolu a spoločne, v opačnom prípade sa žaloba zamietne ako neprípustná.

32 Vnútroštátny súd v tejto súvislosti odkazuje na rozsudok Súdneho dvora z 8. septembra 2005, Espace Trianon a Sofibail (C-129/04, Zb. s. I-7805, bod 22), podľa ktorého vnútroštátna procesná norma, ktorá vyžaduje, aby návrh na zrušenie rozhodnutia obstarávateľa uzavrieť zmluvu na základe verejného obstarávania podali všetci členovia združenia *ad hoc*, ktoré podalo ponuku, neobmedzuje prístup k takémuto preskúmaniu spôsobom, ktorý by bol v rozpore s článkom 1 ods. 3 smernice 89/665.

33 Vnútroštátny súd sa však pýta, či tento záver, ktorý sa v tomto rozsudku týkal žaloby o neplatnosť proti rozhodnutiu obstarávateľa prideliť verejnú zákazku, platí takisto pre akúkoľvek formu súdnej ochrany poskytovanú vyššie uvedenou smernicou a najmä pre priznanie náhrady škody. Táto problematika je spojená s tým, že v predmetnom prípade národný normotvorca vykonávajúci možnosť zverenú členským štátom článkom 2 ods. 5 smernice 89/665, podriadil prijatím článku 5 ods. 2 zákona č. 2522/1997 poskytnutie náhrady škody predchádzajúcemu zrušeniu údajne protiprávneho aktu.

34 Spojenie tohto ustanovenia s procesným pravidlom uvedeným v článku 47 ods. 1 prezidentského dekrétu č. 18/1989, tak ako ho vykladá vnútroštátny súd, vedie k nemožnosti akéhokoľvek iného jednotlivého člena združenia, ktoré sa neúspešne zúčastnilo verejného obstarávania, nielen domáhať sa zrušenia aktu poškodzujúceho jeho záujmy, ale takisto obrátiť sa na príslušný súd s cieľom dosiahnuť nápravu individuálne vzniknutej škody. Je potrebné zdôrazniť, že v predmetnom prípade príslušným súdom pre žalobu o neplatnosť je Symvoulio tis Epikrateias (štátna rada), kým pre náhradu škody je príslušným iný súd.

35 V tejto súvislosti vnútroštátny súd uvádza, že možnosť každého z členov združenia žiadať príslušný súd o priznanie náhrady škody závisí od vôle všetkých ostatných členov združenia podať žalobu o neplatnosť v čase, keď škoda, ktorú členovia združenia utrpeli, individuálne, z dôvodu nepridelenia zákazky, môže byť odlišná v závislosti od miery úsilia, ktoré vynaložili členovia na účely účasti na tomto obstarávaní. V dôsledku toho záujem každého z členov združenia na napadnutí s cieľom zrušiť rozhodnutie, môže byť takisto rôzny. Je teda možné pýtať sa, v danom procesnom kontexte, či je zabezpečená účinná súdna ochrana zamýšľaná smernicou 89/665.

36 Vnútroštátny súd napokon uvádza, že podľa vnútroštátnych procesných pravidiel týkajúcich sa všeobecného práva na náhradu škody spôsobenej protiprávnymi aktmi štátu alebo právnických osôb zriadených podľa verejného práva, súd príslušný v oblasti priznania náhrady škody incidenčne takisto preveruje zákonnosť správneho aktu, o ktorý ide v žalobe o náhradu škody, a nerobí to iný súd, ako je to v prípade žalôb o neplatnosť podaných v rámci verejného obstarávania. Pýta sa teda, či postupy určené na zabezpečenie ochrany práv vyplývajúcich z práva Únie sú menej výhodné ako tie, ktoré sa týkajú ochrany podobných alebo analogických práv vyplývajúcich z vnútroštátnych pravidiel.

37 Vnútroštátny súd uvádza napokon, že jeho súčasný výklad článku 47 ods. 1 prezidentského dekrétu č. 18/1989 v tom zmysle, že iba všetci členovia združenia spoločne môžu navrhovať zrušenie aktu prijatého v rámci verejného obstarávania, predstavuje prehodnotenie jeho ustálenej judikatúry, podľa ktorej členovia môžu podať individuálne žaloby.

38 Zdôrazňuje popri tom osobitný kontext, v akom sa nachádza spor vo veci samej, teda to, že pôvodne bola predmetná žaloba podaná združením ako takým a jeho siedmimi členmi, a vo veci konala štvrtá komora Symvoulio tis Epikrateias. Toto zloženie tohto súdu vyhlásilo za neprípustnú žalobu týkajúcu sa združenia, ako aj štyroch z jeho

členov preto, lebo riadne nesplnomocnili svojho advokáta na účely vystupovania pred súdom a pokiaľ ide o zvyšných troch členov združenia, bola vec pridelená, vzhľadom na svoju dôležitosť, úplnému zloženiu tohto súdu. Takto teda uvedená štvrtá komora uplatnila doteraz ustálenú judikatúru, podľa ktorej bola prípustná aj žaloba podaná len niektorými členmi združenia.

39 Rozhodnutie o neprípustnosti vydané touto štvrtou komorou, týkajúce sa žaloby združenia ako takého a štyroch jeho členov, je právoplatné, takže ho nemožno napraviť v rámci vnútroštátneho konania pred úplným zložením vnútroštátneho súdu. Tento súd sa teda pýta, či toto prehodnotenie jeho judikatúry je v súlade so zásadou spravodlivého procesu, ktorá je všeobecnou zásadou práva Únie a uvádza sa aj v článku 6 Európskeho dohovoru o ochrane ľudských práv a základných slobôd, podpísaného v Ríme 4. novembra 1950 (ďalej len „EDĽP"), ako aj so zásadou ochrany legitímnej dôvery.

40 Vzhľadom na tieto úvahy Symvoulio tis Epikrateias, zasadajúci v úplnom zložení, rozhodol prerušiť konanie a položil Súdnemu dvoru tieto prejudiciálne otázky:

„1. Predstavuje verejnú koncesiu, ktorá nepatrí do pôsobnosti smernice... 92/50…, taká verejná zmluva, prostredníctvom ktorej zverí verejný obstarávateľ úspešnému uchádzačovi správu kasína, realizáciu plánu rozvoja spočívajúceho v obnove budov kasína a v podnikateľskom zhodnotení možností vyplývajúcich z povolenia na prevádzku tohto kasína a ktorej súčasťou je ustanovenie, z ktorého vyplýva, že ak v širšej oblasti, kde sa nachádza predmetné kasíno, začne prevádzku v súlade s právom ďalšie kasíno, verejný obstarávateľ bude povinný zaplatiť poskytovateľovi náhradu škody?

2. V prípade zápornej odpovede na prvú prejudiciálnu otázku: patrí návrh podaný účastníkmi verejného obstarávania na uzatvorenie verejnej zmluvy zmiešanej

povahy, ktorá sa, okrem iného, týka poskytovania služieb uvedených v prílohe I B smernice... 92/50…, v ktorom sa namieta porušenie zásady rovnosti zaobchádzania s účastníkmi verejného obstarávania (zásada potvrdená článkom 3 ods. 2 tejto smernice), do pôsobnosti smernice... 89/665… alebo je jej uplatnenie vylúčené preto, lebo v súlade s článkom 9 smernice... 92/50… sa na postup vyššie uvedeného verejného obstarávania na poskytnutie služieb uplatňujú iba články 14 a 16 poslednej uvedenej smernice?

3. V prípade kladnej odpovede na druhú prejudiciálnu otázku: ak sa pripustí, že právu Spoločenstva a osobitne ustanoveniam smernice... 89/665… v zásade neodporuje vnútroštátne ustanovenie, v súlade s ktorým môžu iba všetci členovia združenia bez právnej subjektivity, ktoré sa neúspešne zúčastnilo postupu verejného obstarávania, a nie jeho jednotliví členovia, podať návrh na zrušenie verejnej zmluvy, a to aj v prípade, keď bol návrh pôvodne podaný spoločne všetkými členmi združenia, ale vo vzťahu k niektorým z nich bol nakoniec vyhlásený za neprípustný, je na účely vyhlásenia neprípustnosti potrebné z hľadiska uplatnenia tejto smernice preskúmať, či jednotlivým členom potom ostáva zachované právo obrátiť sa na iný vnútroštátny súd s cieľom získať náhradu škody, ktorá môže byť stanovená ustanovením vnútroštátneho práva?

4. Ak sa ustálenou judikatúrou vnútroštátneho súdu rozhodlo, že jednotlivý člen združenia môže taktiež podať prípustný návrh proti aktu, ktorý patrí do pôsobnosti verejného obstarávania, je zlučiteľné so smernicou... 89/665…, vykladanej s ohľadom na článok 6 [EDĽP] ako všeobecnou zásadou práva Spoločenstva, zamietnuť nárok ako neprípustný z dôvodu zmeny v ustálenej judikatúre bez toho, aby sa navrhovateľovi najprv poskytla možnosť odstrániť dôvody tejto neprípustnosti alebo, v každom prípade, poskytla možnosť vyjadriť sa v súlade so zásadou kontradiktórnosti k tejto otázke?“

41 Mesto Solún sa rozhodlo zorganizovať verejné obstarávanie na zadanie diela nazvaného „Výstavba radnice Solúna a podzemného parkoviska“. Rozhodnutím mestskej komisie z 1. júla 2004 bola zákazka pridelená združeniu zloženému zo spoločností Aktor ATE, Themeliodomi AE a Domotechniki AE. Na účely uzatvorenia zmluvy oznámil obstarávateľ ESR v súlade s platnou vnútroštátnou právnou úpravou identitu osôb, ktoré boli vlastníkom, spoločníkom, hlavným akcionárom alebo riadiacim pracovníkom spoločností, ktoré boli členmi uvedeného združenia, aby mohlo byť vydané potvrdenie, že medzi týmito osobami neexistujú prípady nezlučiteľnosti uvedené v článku 3 zákona č. 3021/2002.

42 ESR po tom, ako konštatoval, že člen predstavenstva spoločnosti Aktor ATE sa nachádza v situácii nezlučiteľnosti uvedenej vo vyššie citovanom ustanovení, aktom z 1. novembra 2004 odmietol vydať potvrdenie, ktoré je nevyhnutnou podmienkou pre podpísanie zmluvy. Námietka spoločnosti Aktor ATE proti tomuto zápornému aktu ESR bola zamietnutá rozhodnutím ESR z 9. novembra 2004. Práve proti týmto dvom záporným rozhodnutiam ESR spoločnosť Aktor ATE ako jediná spomedzi troch spoločností, z ktorých sa skladá združenie, ktorému bola pridelení zákazka, podala žalobu o neplatnosť na vnútroštátny súd, pričom vychádzala z existujúcej judikatúry tohto súdu, ktorý považoval za prípustné žaloby podané jednotlivými členmi združenia *ad hoc*.

43 Za týchto okolností Symvoulio tis Epikrateias, zasadajúci tiež v úplnom zložení, rozhodol prerušiť konanie a položil Súdnemu dvoru tieto prejudiciálne otázky:

„1. Ak sa pripustí, že právu Spoločenstva a osobitne ustanoveniam smernice... 89/665… v zásade neodporuje vnútroštátne ustanovenie, v súlade s ktorým môžu iba všetci členovia združenia bez právnej subjektivity, ktoré sa neúspešne

zúčastnilo postupu verejného obstarávania, a nie jeho jednotliví členovia, podať návrh na zrušenie verejnej zmluvy, a to aj v prípade, keď bol návrh pôvodne podaný spoločne všetkými členmi združenia, ale vo vzťahu k niektorým z nich bol nakoniec vyhlásený za neprípustný, je na účely vyhlásenia neprípustnosti potrebné z hľadiska uplatnenia tejto smernice preskúmať, či jednotlivým členom potom ostáva zachované právo obrátiť sa na iný vnútroštátny súd s cieľom získať náhradu škody, ktorá môže byť stanovená ustanovením vnútroštátneho práva?

2. Ak sa ustálenou judikatúrou vnútroštátneho súdu rozhodlo, že jednotlivý člen združenia môže taktiež podať prípustný návrh proti aktu, ktorý patrí do pôsobnosti verejného obstarávania, je zlučiteľné so smernicou... 89/665…, vykladanej s ohľadom na článok 6 [EDĽP] ako všeobecnou zásadou práva Spoločenstva, zamietnuť nárok ako neprípustný z dôvodu zmeny v ustálenej judikatúre bez toho, aby sa navrhovateľovi najprv poskytla možnosť odstrániť dôvody tejto neprípustnosti alebo, v každom prípade, poskytla možnosť vyjadriť sa v súlade so zásadou kontradiktórnosti k tejto otázke?“

44 Uznesením predsedu Súdneho dvora z 22. mája 2008 boli veci C-145/08 a C-149/08 spojené na účely písomnej a ústnej časti konania, ako aj rozsudku.

O prejudiciálnych otázkach

O otázkach položených vo veci C-145/08

45 Otázkami týkajúcimi sa uplatniteľnosti smernice 92/50 na takú zmluvu, o akú ide vo veci samej, chce vnútroštátny súd zistiť, či sa má smernica 89/665 v predmetnom prípade uplatniť, keďže jej uplatnenie predpokladá uplatniteľnosť jednej zo smerníc týkajúcich sa verejného obstarávania uvedených v článku 1 tejto smernice 89/665. Je teda potrebné skúmať tieto otázky spoločne a určiť, či takáto zmluva patrí do pôsobnosti jednej zo smerníc uvedených v tom článku.

46 Z podrobného a dôkladného opisu v rozhodnutí vnútroštátneho súdu, ako aj z kvalifikácie takej transakcie, o akú ide vo veci samej, vnútroštátnym súdom, vyplýva, že ide o zmiešanú zmluvu.

47 Táto sa totiž skladá v podstate z dohody týkajúcej sa postúpenia zo strany ETA 49 % akcií EKP v prospech AEAS (ďalej len „časť ‚predaj akcií'"), dohody, podľa ktorej AEAS prevezme riadenie kasína za odmenu (ďalej len „časť ‚služby'"), a dohody, podľa ktorej sa AEAS zaväzuje vykonať plán modernizácie priestorov kasína a priľahlých hotelových priestorov, ako aj úpravu okolitých pozemkov (ďalej len „časť ‚práce'").

48 Z judikatúry Súdneho dvora vyplýva, že v prípade zmiešanej zmluvy, ktorej rôzne časti sú podľa oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania spojené neoddeliteľne, a teda tvoria nedeliteľný celok, musí byť predmetná transakcia skúmaná na účely právneho posúdenia ako celok jednotne a musí byť posudzovaná na základe pravidiel upravujúcich časť, ktorá predstavuje hlavný predmet alebo prevažujúci prvok zmluvy

(pozri v tomto zmysle rozsudky z 5. decembra 1989, Komisia/Taliansko, C-3/88, Zb. s. 4035, bod 19; z 19. apríla 1994, Gestión Hotelera Internacional, C-331/92, Zb. s. I-1329, body 23 až 26; z 18. januára 2007, Auroux a i., C-220/05, Zb. s. I-385, body 36 a 37; z 21. februára 2008, Komisia/Taliansko, C-412/04, Zb. s. I-619, bod 47, ako aj z 29. októbra 2009, Komisia/Nemecko, C-536/07, Zb. s. I-10355, body 28, 29, 57 a 61).

49 Tento záver platí nezávisle od otázky, či časť predstavujúca hlavný predmet zmiešanej zmluvy patrí alebo nepatrí do pôsobnosti smernice týkajúcej sa verejného obstarávania.

50 V dôsledku toho je potrebné skúmať, či predmetná zmiešaná zmluva vo veci samej predstavuje nedeliteľný celok a prípadne, či patrí ako celok z dôvodu svojho hlavného predmetu pod jednu zo smerníc uvedených v článku 1 smernice 89/665, ktorými sa spravuje verejné obstarávanie.

51 V prvom rade je potrebné uviesť, že táto zmluva sa zaraďuje do rámca čiastočnej privatizácie verejného podniku kasína, o ktorej rozhodla príslušná medziministerská komisia na vnútroštátnej úrovni, a v nadväznosti na to bolo vyhlásené jedno verejné obstarávanie.

52 Zo spisu, najmä z podmienok dodatočného oznámenia uverejneného v apríli 2002, vyplýva, že zmiešaná zmluva, o ktorú ide vo veci samej, sa javí ako jedna zmluva týkajúca sa spoločne postúpenia akcií EKP, nadobudnutia práva zvoliť väčšinu členov predstavenstva EKP, povinnosti prevziať riadenie kasína a ponúkať služby na vysokej úrovni a to finančne rentabilným spôsobom, a napokon povinnosti vykonať úpravy a modernizáciu dotknutých priestorov, ako aj priľahlých pozemkov.

53 Tieto konštatovania sú prejavom nevyhnutnosti uzavrieť uvedenú zmiešanú zmluvu s jedným partnerom, ktorý má súčasne finančnú kapacitu na kúpu predmetných akcií a profesionálne skúsenosti v oblasti prevádzky kasín.

54 Z toho vyplýva, že rôzne časti tejto zmluvy sa musia chápať ako jeden nedeliteľný celok.

55 V druhom rade z konštatovaní vnútroštátneho súdu vyplýva, že hlavným predmetom zmiešanej zmluvy je predaj, úspešnému uchádzačovi, 49 % akcií EKP a že časť „práce“ tejto transakcie, ako aj časť „služby“, nezávisle od toho, či posledná uvedená časť predstavuje verejnú zákazku na služby alebo koncesiu na služby, je akcesorickej povahy vo vzťahu k hlavnému predmetu zmluvy. Vnútroštátny súd takisto uviedol, že časť „práce“ má akcesorickú povahu vo vzťahu k časti „služby“.

56 Toto posúdenie potvrdzujú prvky v spise predloženom Súdnemu dvoru.

57 Nemožno totiž pochybovať, že v prípade kúpy 49 % akcií verejného podniku, akým je EKP, táto transakcia predstavuje hlavný cieľ zmluvy. Je potrebné uviesť, že príjem, ktorý AEAS bude mať ako akcionár, sa javí byť zjavne väčší ako odmena, ktorú dostane ako poskytovateľ služieb. Navyše, AEAS bude dosahovať príjmy bez obmedzenia času, kým činnosť správy sa skončí po desiatich rokoch.

58 Z vyššie uvedených úvah vyplýva, že rôzne časti zmiešanej zmluvy vo veci samej tvoria nedeliteľný celok, ktorého časť týkajúca sa postúpenia akcií predstavuje hlavný predmet zmluvy.

59 Na postúpenie akcií úspešnému uchádzačovi v rámci privatizácie verejného podniku sa teda nevzťahuje smernica v oblasti verejného obstarávania.

60 Relevantným spôsobom to navyše potvrdzuje bod 66 Zelenej knihy Komisie o verejno-súkromných partnerstvách a práve Spoločenstva v oblasti verejného obstarávania a koncesií [KOM(2004) 327 v konečnom znení].

61 Komisia v bode 69 svojej vyššie uvedenej Zelenej knihy o o verejno-súkromných partnerstvách zdôrazňuje, že je potrebné sa ubezpečiť, že kapitálová transakcia nezakrýva v skutočnosti pridelenie zmluvy, ktorú by bolo možné považovať za verejnú zmluvu alebo koncesiu, súkromnému partnerovi. V predmetnom prípade však v spise nie je žiadny prvok, ktorý by mohol spochybniť povahu transakcie vo veci samej v tom zmysle, ako ju kvalifikoval vnútroštátny súd.

62 Vzhľadom na vyššie uvedené úvahy je potrebné dospieť k záveru, že zmiešaná zmluva, ktorej hlavným predmetom je to, že podnik nadobudne 49 % základného imania verejného podniku, a ktorej akcesorickým predmetom, neoddeliteľne spojeným s týmto hlavným predmetom, je poskytovanie služieb a výkon prác, nepatrí ako celok do pôsobnosti smernice týkajúcej sa verejného obstarávania.

63 Tento záver nevylučuje, že takáto zmluva musí dodržiavať základné pravidlá a všeobecné zásady Zmluvy, najmä v oblasti slobody usadiť sa a voľného pohybu kapitálu. Nie je však potrebné riešiť v predmetnom prípade otázku dodržiavania uvedených pravidiel a zásad, keďže výsledok takéhoto skúmania nemôže viesť k uplatneniu smernice 89/665.

64 Preto vzhľadom na vyššie uvedené nie je potrebné odpovedať na ostatné otázky položené v rámci veci C-145/08.

O prvej otázke položenej vo veci C-149/08

65 Touto otázkou sa vnútroštátny súd v podstate pýta, či je v rozpore so smernicou 89/665 vnútroštátna právna úprava, tak ako ju vykladá tento súd, v súlade s ktorou iba všetci členovia združenia *ad hoc*, ktoré je uchádzačom, môžu podať žalobu proti rozhodnutiu o pridelení zákazky prijatému obstarávateľom, takže členovia uvedeného združenia individuálne nemôžu nielen navrhovať zrušenie takéhoto rozhodnutia obstarávateľa, ale takisto sa ani nemôžu domáhať náhrady škody vzniknutej individuálne v dôsledku protiprávností vzniknutých v rámci predmetného verejného obstarávania.

66 Na účely odpovede na túto otázku je potrebné konštatovať, že akt, ktorého zrušenie sa navrhuje na vnútroštátnom súde, vydal ESR, teda iný orgán než obstarávateľ, ktorý organizoval predmetné verejné obstarávanie.

67 Zo znenia smernice 89/665, nazývanej zvyčajne smernica o opravných prostriedkoch, vyplýva, že ochrana zamýšľaná smernicou sa týka aktov alebo opomenutí obstarávateľov konať.

68 Teda z jej znenia najmä vyplýva, že jej odôvodnenie č. 5 a článok 1 ods. 1 tejto smernice odkazujú na opatrenia, ktoré sa majú prijať vzhľadom na rozhodnutia obstarávateľov.

Takisto podľa odseku 3 tohto článku členské štáty môžu stanoviť, že osoba, ktorá chce využiť opravný prostriedok, musí predtým informovať obstarávateľa o údajnom porušení, aby ho tento mohol napraviť. Okrem toho článok 3 ods. 2 uvedenej smernice priznáva Komisii možnosť oznámiť dotknutému obstarávateľovi dôvody, pre ktoré sa domnieva, že v rámci verejného obstarávania došlo k jasnému a zrejmému porušeniu, a možnosť vyžadovať nápravu.

69 Preto je potrebné dospieť k záveru, že spory týkajúce sa rozhodnutí orgánu, akým je ESR, nepatria do systému opravných prostriedkov stanoveného smernicou 89/665.

70 Rozhodnutia ESR však môžu mať istý vplyv na priebeh, ba dokonca výsledok verejného obstarávania, keďže môžu viesť k vylúčeniu uchádzača, alebo úspešného uchádzača, ktorý individuálne je v jednej zo situácií nezlučiteľnosti stanovených relevantnou vnútroštátnou právnou úpravou. Tieto rozhodnutia sú teda významné vzhľadom na riadne uplatňovanie práva Únie v danej oblasti.

71 V tejto veci vyplýva z informácií poskytnutých vnútroštátnym súdom, že rozhodnutie ESR, ktoré viedlo k tomu, že žalobcovi vo veci samej nebola pridelená predmetná zákazka, hoci bol úspešným uchádzačom, bolo podľa žalobcu prijaté v rozpore s ustanoveniami smernice Rady 93/37/EHS zo 14. júna 1993 o koordinácii postupov verejného obstarávania prác (Ú. v. ES L 199, s. 54; Mim. vyd. 06/002, s. 163), ako aj so zásadami vyplývajúcimi z primárneho práva Únie.

72 Žalobca vo veci samej však tvrdí, že uplatnením spornej vnútroštátnej právnej úpravy mu bolo zabránené nielen napadnúť údajne protiprávne rozhodnutie ESR, ktoré viedlo k jeho vylúčeniu z verejného obstarávania, a žiadať jeho zrušenie, ale taktiež

žiadať o náhradu škody spôsobenej týmto rozhodnutím. Bol takto zbavený svojho práva na účinnú súdnu ochranu.

73 V tejto súvislosti je potrebné pripomenúť, že zásada účinnej súdnej ochrany predstavuje všeobecnú zásadu práva Únie (pozri rozsudok z 13. marca 2007, Unibet, C-432/05, Zb. s. I-2271, bod 37 a citovanú judikatúru).

74 V súlade s ustálenou judikatúrou v prípade neexistencie právnej úpravy v danej oblasti na úrovni Spoločenstva má každý členský štát určiť príslušné súdy a upraviť procesné náležitosti týkajúce sa žalôb určených na zabezpečenie ochrany práv, ktoré osobám podliehajúcim súdnej právomoci vyplývajú z práva Únie. Tieto procesné podmienky žalôb však nemôžu byť menej výhodné ako procesné podmienky týkajúce sa podobných žalôb na ochranu práv vyplývajúcich z vnútroštátneho právneho poriadku (zásada ekvivalencie) a nesmú prakticky znemožniť alebo nadmerne sťažiť výkon práv, ktoré priznáva právny poriadok Únie (zásada efektivity) (pozri v tomto zmysle rozsudok z 15. apríla 2008, Impact, C-268/06, Zb. s. I-2483, body 44 a 46, ako aj citovanú judikatúru).

75 Pokiaľ ide o zásadu ekvivalencie, z upresnení vnútroštátneho súdu vyplýva, že v súlade s vnútroštátnym právom upravujúcim všeobecne náhradu škody spôsobenej protiprávnymi aktmi štátu alebo právnických osôb zriadených podľa verejného práva, súd príslušný v oblasti priznania náhrady škody je oprávnený incidenčne takisto preverovať zákonnosť správneho aktu spôsobujúceho ujmu, čo môže viesť na základe žaloby podanej individuálne určitým subjektom k poskytnutiu náhrady škody, ak sú splnené na tento účel stanovené hmotnoprávne podmienky.

76 Ďalej, v oblasti verejného obstarávania, čo je doména upravená právom Únie, patria tieto dva typy právomocí, teda na jednej strane právomoc zrušiť alebo konštatovať neplatnosť správneho aktu a na druhej strane právomoc priznať náhradu vzniknutej

škody, v rámci vnútroštátneho právneho poriadku, o ktorý ide vo veci samej, rôznym súdom.

77 Tak teda v oblasti verejného obstarávania článok 5 ods. 2 zákona č. 2522/1997, ktorý podriaďuje poskytnutie náhrady škody predchádzajúcemu zrušeniu aktu spôsobujúceho ujmu v spojení s článkom 47 ods. 1 prezidentského dekrétu č. 18/1989, podľa ktorého iba všetci členovia združenia spoločne môžu navrhovať zrušenie aktu prijatého v rámci verejného obstarávania, vedie ako poznamenáva vnútroštátny súd, k tomu, že člen združenia konajúci individuálne sa nemôže nielen domáhať zrušenia aktu spôsobujúceho mu ujmu, ale tiež obrátiť sa na príslušný súd s cieľom domáhať sa náhrady škody, ktorá mu individuálne vznikla, a to napriek tomu, že sa nezdá, že by táto nemožnosť neexistovala v iných oblastiach podľa pravidiel vnútroštátneho práva uplatniteľných na návrhy na náhradu škody založené na ujme vzniknutej protiprávnym aktom verejného orgánu.

78 Pokiaľ ide o zásadu efektivity, je potrebné konštatovať, že z dôvodu uplatnenia vnútroštátnej právnej úpravy vo veci samej uchádzač, akým je žalobca vo veci samej, je zbavený možnosti domáhať sa na príslušnom súde náhrady škody vzniknutej porušením práva Únie, ku ktorému došlo správnym aktom, ktorý môže ovplyvniť priebeh a samotný výsledok verejného obstarávania. Takýto uchádzač je teda zbavený účinnej súdnej ochrany práv, ktoré mu vyplývajú v danej oblasti z práva Únie.

79 Ako aj uviedla generálna advokátka v bodoch 107 až 116 svojich návrhov, v tejto súvislosti je potrebné zdôrazniť, že tento kontext je odlišný od kontextu veci, v ktorej bol vydaný už citovaný rozsudok Espace Trianon a Sofibail. Kým táto posledná uvedená vec sa totiž týkala žaloby o neplatnosť podanej proti rozhodnutiu o pridelení zákazky, ktorým nebola táto zákazka pridelená uchádzačovi, združeniu ako celku, táto vec sa týka v skutočnosti návrhu na priznanie náhrady škody údajne vzniknutej protiprávnym rozhodnutím správneho orgánu, ktorý konštatoval existenciu nezlučiteľnosti v zmysle relevantnej vnútroštátnej právnej úpravy v prípade samotného uchádzača, žalobcu vo veci samej.

80 Vzhľadom na vyššie uvedené je potrebné odpovedať na prvú otázku položenú vo veci C-149/08 tak, že taká vnútroštátna právna úprava, o akú ide vo veci samej, vykladaná v tom zmysle, že členovia združenia *ad hoc*, ktoré je uchádzačom vo verejnom obstarávaní, sú zbavení možnosti individuálne sa domáhať náhrady škody, ktorá im individuálne vznikla v dôsledku rozhodnutia takej povahy, že môže ovplyvniť vývoj verejného obstarávania, prijatého iným orgánom než obstarávateľom, ktorý je do tohto verejného obstarávania zapojený podľa uplatniteľných vnútroštátnych pravidiel, je v rozpore s právom Únie, najmä s právom na účinnú súdnu ochranu.

81 Vzhľadom na túto odpoveď nie je potrebné odpovedať na druhú otázku položenú v rámci veci C-149/08.

O trovách

82 Vzhľadom na to, že konanie pred Súdnym dvorom má vo vzťahu k účastníkom konania vo veci samej incidenčný charakter a bolo začaté v súvislosti s prekážkou postupu v konaní pred vnútroštátnym súdom, o trovách konania rozhodne tento vnútroštátny súd. Iné trovy konania, ktoré vznikli v súvislosti s predložením pripomienok Súdnemu dvoru a nie sú trovami uvedených účastníkov konania, nemôžu byť nahradené.

Z týchto dôvodov Súdny dvor (štvrtá komora) rozhodol takto:

1. **Zmiešaná zmluva, ktorej hlavným predmetom je to, že podnik nadobudne 49 % základného imania verejného podniku, a ktorej akcesorickým predmetom, neoddeliteľne spojeným s týmto hlavným predmetom, je poskytovanie**

služieb a výkon prác, nepatrí ako celok do pôsobnosti smernice týkajúcej sa verejného obstarávania.

2. Taká vnútroštátna právna úprava, o akú ide vo veci samej, vykladaná v tom zmysle, že členovia združenia ad hoc, ktoré je uchádzačom vo verejnom obstarávaní, sú zbavení možnosti individuálne sa domáhať náhrady škody, ktorá im individuálne vznikla v dôsledku rozhodnutia takej povahy, že môže ovplyvniť vývoj verejného obstarávania, prijatého iným orgánom než obstarávateľom, ktorý je do tohto verejného obstarávania zapojený podľa uplatniteľných vnútroštátnych pravidiel, je v rozpore s právom Únie, najmä s právom na účinnú súdnu ochranu.

Podpisy