STANOVISKO GENERÁLNÍ ADVOKÁTKY CHRISTINE STIX-HACKL

přednesené dne 15. března 2005 [1]

I – Úvodní poznámky

1. Tato žádost o rozhodnutí o předběžné otázce se týká kontroly rozhodnutí zadavatele týkajících se zadávání veřejných zakázek, a konkrétněji způsobilosti podat samostatně návrh členy sdružení *ad hoc* podle belgického práva, které je nutno kvalifikovat jako sdružení zhotovitelů ve smyslu práva Společenství o zadávání veřejných zakázek (nebo jako „skupinu hospodářských subjektů" podle terminologie užívané v nových směrnicích o zadávání veřejných zakázek [2]).

II – Právní rámec

A – *Právo společenství*

2. Článek 1 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 [3] stanoví mimo jiné:

„1. Členské státy přijmou nezbytná opatření, aby zajistily, že pokud jde o postupy při zadávání veřejných zakázek, na které se vztahují směrnice 71/305/EHS, 77/62/EHS a 92/50/EHS, rozhodnutí zadavatelů mohou být účinně přezkoumána, a to zejména co nejdříve v souladu s podmínkami stanovenými v dalších článcích, zejména v čl. 2

1 — Původní jazyk: němčina.

2 — Článek 4 odst. 2 směrnice Evropského Parlamentu a Rady 2004/18/ES ze dne 31. března 2004 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby (Úř. věst. L 134, s. 114; Zvl. vyd. 06/07, s. 132) a čl. 11 odst. 2 směrnice Evropského Parlamentu a Rady 2004/17/ES ze dne 31. března 2004 o koordinaci postupů při zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb (Úř. věst. L 134, s. 1; Zvl. vyd. 06/07, s. 19).

3 — [3]–Úř. věst. L 395, s. 33; Zvl. vyd. 06/01, s. 246, ve znění 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, dále jen „směrnice").

odst. 7, pokud taková rozhodnutí porušila právní předpisy Společenství upravující zadávání veřejných zakázek nebo vnitrostátní předpisy, které je provádějí.

[...]

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 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."

3. Článek 2 odst. 1 směrnice 89/665 mimo jiné stanoví:

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

[...]

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;

[...]"

4. Článek 21 směrnice Rady 93/37/EHS ze dne 14. června 1993 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce [4] stanoví:

„Nabídky mohou podávat skupiny zhotovitelů. Od těchto skupin nelze vyžadovat, aby vytvořily zvláštní právní formu k podání nabídky; lze to však vyžadovat, pokud byla takové skupině zakázka zadána."

4 — Úř. věst. L199, s. 154; Zvl. vyd. 06/02, s. 163; poté změněno.

B – *Vnitrostátní právo*

5. Příslušnými ustanoveními jsou ustanovení čl. 19 odst. 1 koordinovaných zákonů o Conseil d'État ze dne 12. ledna 1973, která mimo jiné upravují způsobilost podat návrh na zrušení.

6. Článek 53 zákoníku o společnostech upravuje podstatné náležitosti vztahů „sdružení *ad hoc*" s třetími osobami.

7. Článek 522 odst. 2 zákoníku o společnostech stanoví, že „akciovou společnost" zejména před soudy zastupuje představenstvo. Uvedený článek mimoto umožňuje, aby ve stanovách bylo upraveno zastupování jedním nebo více členy představenstva.

III – Skutkový stav, původní řízení a předběžné otázky

8. Dne 30. září 1997 bylo v *Úředním věstníku Evropských společenství* zveřejněno oznámení o zadání zakázky Office communautaire et régional de la formation professionnelle et de l'emploi (dále jen „FOREM"), ve kterém byl předmět veřejné zakázky popsán následujícím způsobem: „koncepce, provedení a financování budovy o rozloze přibližně 6 500 m^2 (netto) k využití pro správní útvary Office régional de l'emploi (generální ředitelství v Liège)"; rovněž bylo upřesněno, že jsou povoleny libovolné varianty. Následně byla zveřejněna čtyři opravná oznámení.

9. Dne 20. února 1998 se uskutečnilo otevření nabídek. Bylo podáno pět nabídek, mezi nimiž byly nabídky sdružení zhotovitelů (sdružení *ad hoc*) Espace Trianon-Sofibail a CIDP-BPC Sdružení zhotovitelů Espace Trianon-Sofibail bylo tvořeno Espace Trianon SA (dále jen „Espace") a Société wallone de location-financement SA (dále jen „Sofibail").

10. Dne 22. prosince 1998 byla řídícím výborem FOREM zakázka týkající se koncepce, provedení a financování budovy o rozloze přibližně 6 500 m^2 netto k využití pro správní útvary FOREM generálního ředitelství v Liège udělena sdružení *ad hoc* CIDP-BPC.

11. Dne 8. ledna 1999 řídící výbor FOREM „potvrdil své odůvodněné rozhodnutí, tak jak

bylo přijato na zasedání dne 22. prosince 1998".

12. Dne 25. ledna 1999 bylo rozhodnutí o udělení zakázky doručeno Espace a Sofibail.

13. Dne 19. února 1999 podaly Espace a Sofibail u Conseil d'Etat návrh na zrušení rozhodnutí o udělení zakázky.

14. Dne 8. března 1999 tyto společnosti podaly u Conseil d'Etat návrh na zrušení potvrzení rozhodnutí ze dne 8. ledna 1999.

15. V rámci přezkoumání přípustnosti návrhů dospěl Conseil d'État k závěru, že rozhodnutí podat návrh k soudu přijatá jménem Espace jsou neplatná vzhledem k tomu, že nebyla přijata jeho představenstvem, jak to vyžadují jeho stanovy. Naopak rozhodnutí přijatá Sofibail byla platná.

16. Vzhledem k tomu, že nabídka byla podána jménem sdružení zhotovitelů Espace-Sofibail a že rozhodnutí jednoho z jeho členů bylo neplatné, Conseil d'État zkoumal, jaký to má dopad na přípustnost návrhů.

17. Rozsudkem ze dne 25. února 2004 se Conseil d'Etat rozhodl přerušit řízení a položit Soudnímu dvoru následující předběžné otázky:

„1. Brání článek 1 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 takovému ustanovení vnitrostátních právních předpisů, jako je čl. 19 první pododstavec koordinovaných zákonů o Conseil d'État ze dne 12. ledna 1973, které je vykládáno tak, že zavazuje členy sdružení *ad hoc*, bez právní subjektivity, které se jako takové účastnilo postupu při udělování veřejné zakázky a kterému uvedená zakázka nebyla udělena, aby za účelem podání návrhu na přezkum rozhodnutí o udělení uvedené zakázky jednali jako společníci nebo svým vlastním jménem všichni společně?

2. Je odpověď na otázku odlišná v případě, kdy by členové sdružení *ad hoc* podali návrh na přezkum všichni společně, avšak návrh jednoho z jeho členů by byl nepřípustný?

3. Brání článek 1 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 takovému ustanovení vnitrostátních právních předpisů, jako je čl. 19 první pododstavec koordinovaných zákonů o Conseil d'État ze dne 12. ledna 1973, které je vykládáno tak, že zakazuje členu takového sdružení *ad hoc* podat návrh na přezkum rozhodnutí o udělení zakázky samostatně buď jako společník, nebo svým vlastním jménem?"

IV – Posouzení

A – *Obecné poznámky*

18. Všechny tři předběžné otázky se v podstatě týkají požadavků, které ukládá právo Společenství, pokud se týká přípustnosti návrhů podaných členy sdružení zhotovitelů, v konkrétním případě sdružení *ad hoc* podle belgického práva.

19. Vzhledem ke znění předběžných otázek je nutno připomenout, že slučitelnost vnitrostátního práva s právem Společenství nemůže být podle článku 234 ES předmětem žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce. Proto je nutné chápat předběžné otázky položené v tomto řízení tak, že se týkají výkladu práva Společenství.

20. Zatímco se první a třetí předběžná otázka týkají samotné zásady způsobilosti podat návrh členy sdružení zhotovitelů samostatně, vztahuje se druhá předběžná otázka na konkrétní faktické okolnosti, kdy členové sdružení zhotovitelů podali návrh všichni společně, ale kdy návrh jednoho z jeho členů je nepřípustný.

21. Nastolené právní problémy je však nutno odlišovat od otázky – která není předmětem tohoto řízení – zda a za jakých podmínek právo Společenství ukládá přiznat sdružení zhotovitelů způsobilost podat návrh v rámci přezkumných řízení zavedených směrnicí.

22. Z procesních důvodů se bude muset dále uvedené posouzení přesto omezit na zvláštnosti této žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce ještě z jiného hlediska.

23. Původní řízení, tedy vnitrostátní řízení o návrhu, se tak týká kontroly rozhodnutí zadavatele týkajícího se zadávání zakázky, tedy jejího udělení. Odpovědi poskytnuté v tomto řízení o předběžné otázce však nemohou být jednoduše použity na návrhy podané proti jiným rozhodnutím zadavatele, jako například na skutečnost, že účastníci nebyli vybráni jako uchazeči, tedy že nebyli vyzváni k podání nabídky nebo na vyřazení nabídek. Je třeba rovněž zdůraznit, že v rámci původního řízení je usilováno o zrušení rozhodnutí.

24. Zodpovězení položených otázek se tedy musí omezit na okolnosti, jaké jsou v původním řízení. Je možné, že právo Společenství ukládá jiné povinnosti, pokud se týká pouhého konstatování protiprávnosti a poskytnutí náhrady škody.

25. Nadto bylo sdružení zhotovitelů dotčené v původním řízení založeno smlouvou a – přinejmenším to vyplývá ze spisu – nemá podle vnitrostátního práva právní subjektivitu.

26. V této souvislosti si však dovoluji poznamenat, že směrnice v oblasti zadávání veřejných zakázek, staré i nové, výslovně upravují podávání nabídek „sdruženími zhotovitelů" nebo „skupinami hospodářských subjektů". Tím přiznává právo Společenství takovému druhu zájemců a uchazečů určitá práva, zvláště právo účastnit se postupu při zadávání veřejných zakázek. Z tohoto rámce zřízeného právem Společenství tak vyplývá, že sdružení zhotovitelů mají částečnou právní subjektivitu.

27. Kromě toho bude v rámci tohoto řízení o předběžné otázce pouze přezkoumávána otázka pravidla jednomyslnosti nebo jinými slovy vyloučení způsobilosti podat návrh členy sdružení zhotovitelů samostatně; nikoli naopak slučitelnost jiných existujících či zamýšlených vnitrostátních pravidel ohledně podávání návrhů na přezkum členy sdružení zhotovitelů.

28. Konečně musí být upřesněno, že ukládá-li právo Společenství členským státům přiznat způsobilost podat návrh samotnému sdružení zhotovitelů, nebude již k zajištění účinného přezkumu potřeba, aby měli společníci způsobilost podat návrh. V takovémto případě se právní problém, který je předmětem tohoto řízení, omezí na otázku, kdo může jednat jménem sdružení zhotovitelů, které má způsobilost podat návrh.

B – *K první a třetí předběžné otázce*

29. První a třetí předběžná otázka vycházejí obě z vnitrostátního pravidla použitého ve sporu v původním řízení, na základě kterého pouze všichni členové sdružení *ad hoc* mohou nechat kontrolovat rozhodnutí zadavatele při zadávání zakázky, tzn. podat návrh na přezkum rozhodnutí, ale nikoli člen samostatně. Jeví se tedy jako vhodné odpovědět na první a třetí předběžnou otázku společně.

1. Výchozí bod: „zájem" ve smyslu směrnice

30. Výchozím bodem mé úvahy jsou podmínky, kterým čl. 1 odst. 3 směrnice podřizuje způsobilost podat návrh. Podle těchto ustanovení zajistí členské státy, 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 a které v důsledku domnělého protiprávního jednání vznikla škoda nebo jí hrozí.

31. Soudní dvůr ve své judikatuře týkající se způsobilosti podat návrh pravidelně zdůrazňuje, že podle práva Společenství je rozhodující, zda jsou tyto podmínky splněny [5].

32. Rozsudek Makedoniko Metro a Michaniki poskytuje pro toto řízení o rozhodnutí o předběžné otázce cennou informaci týkající se sdružení zhotovitelů. V uvedeném rozsudku Soudní dvůr uvedl, že „s ohledem" na podmínky uvedené v čl. 1 odst. 3 směrnice „je nutno přezkoumat otázku, zda sdružení zhotovitelů [...] musí [...] mít přístup k procesním prostředkům stanoveným směrnicí 89/665" [6].

33. Podle Soudního dvora je tedy rozhodující, zda sdružení zhotovitelů má nebo mělo zájem na získání zakázky dotčené v původním řízení a v důsledku rozhodnutí zadavatele mu vznikla škoda nebo mu hrozí ve smyslu čl. 1 odst. 3 směrnice [7].

34. Toto může být použito na otázku položenou v tomto řízení o rozhodnutí o předběžné otázce, která se týká způsobi-

5 — Rozsudky ze dne 23. ledna 2003, Makedoniko Metro a Michaniki, C-57/01, Recueil, s. I-1091, bod 65, a ze dne 12. února 2004, Grossmann Air Service, C-230/02, Recueil, s. I-1791, bod 25.

6 — Výše uvedený rozsudek Metro a Michaniki v poznámce 5, bod 66.

7 — Tamtéž, bod 72.

losti podat návrh nikoli sdružením zhotovitelů jako takovým, nýbrž způsobilosti podat návrh jeho členy.

35. Způsobilost podat návrh tedy musí být podle směrnice přiznána osobě, která má zájem na získání zakázky, která je předmětem dotčeného přezkumu. Ohledně způsobilosti podat návrh a k tomu účelu vyžadovaného zájmu dodávám, že pro přípustnost návrhu na přezkum nestačí jakýkoliv zájem.

36. Na tomto bodě je třeba trvat rovněž v souvislosti se sdruženími zhotovitelů. Poskytuji toto objasňující upřesnění, neboť, jak to Komise ostatně také připomíná, se zájmy sdružení zhotovitelů a zájmy jeho členů mohou lišit, stejně tak jako zájmy jednotlivých členů mezi sebou.

37. Členové sdružení zhotovitelů mají zajisté zájem na hospodářském úspěchu sdružení zhotovitelů, ke kterému náleží. Člen sdružení zhotovitelů má ale zájem pouze na tom, aby byla zakázka udělena *sdružení zhotovitelů*, nikoli však, aby zakázku získal *sám*.

38. Otázka, zda v tomto případě existuje zájem *ve smyslu* čl. 1 odst. 3 směrnice, je nutno posuzovat na základě činností sdružení zhotovitelů, které jsou relevantní s ohledem na právo o zadávání veřejných zakázek.

39. V rozporu s vyjádřením Komise totiž členské státy v zásadě musí přiznat způsobilost podat návrh zhotoviteli, který se skutečně zúčastnil postupu při zadávání veřejných zakázek, který je předmětem návrhu na přezkum [8].

40. Je pravda, že z tohoto pravidla existují výjimky, avšak tyto výjimky platí pouze v určitých případech: účast na postupu při zadávání veřejných zakázek tak nelze stanovit jako podmínku v případě, kdy zadavatel neprovedl žádné formální řízení při zadávání veřejných zakázek [9]. Procesní prostředky zavedené směrnicí jsou dokonce poskytnuty podniku, který se řízení nezúčastnil jen proto, že podle podmínek ve vyhlášení veřejné zakázky se v případě účasti naděje na úspěch jevily jako nulové [10].

41. Podle judikatury Soudního dvora je tak namístě upustit od podmínky účasti na

8 — Výše uvedený rozsudek Grossman Air Service v poznámce 5, bod 27.

9 — Rozsudek ze dne 11. ledna 2005, Stadt Halle a RPL Lochau, C-26/03, Sb. rozh. s. I-1, body 34 a 41 a násl.

10 — Výše uvedený rozsudek Grossman Air Service v poznámce 5, body 28 a násl.

postupu při zadávání veřejných zakázek pouze v těch případech, kdy účast nebyla možná nebo přinejmenším neměla naději na úspěch. Rozhodující skutečnost je tedy nemožnost úspěšné účasti na postupu při zadávání veřejných zakázek, nemožnost, která má svůj původ v chování zadavatele. Od *nemožnosti* je však nutno odlišovat případ, kdy se podnik jednoduše *nechce* zúčastnit postupu při zadávání veřejných zakázek. To je případ týkající se členů sdružení zhotovitelů, kteří se *nechtějí* samostatně zúčastnit postupu při zadávání veřejných zakázek.

42. Pokud se týká podniků, které se spojují v rámci sdružení zhotovitelů, protože by nemohly uspět, pokud by se účastnily samostatně, je nutno zdůraznit, že tato jejich nezpůsobilost není zaviněna chováním zadavatele.

43. Existuje tedy ještě jiný bod, ve kterém se okolnosti, které jsou základem původního řízení odlišují od případů nemožnosti, kdy nesmí být účast vyžadována: došlo k účasti a dokonce byla podána nabídka. To, že tak bylo učiněno sdružením zhotovitelů a nikoli jeho členy, není rozhodující. Členové totiž nevystupují v přezkumném řízení jako podniky, které nemají žádný vztah s uchazečem, tedy se sdružením zhotovitelů, nýbrž jako jeho členové. Protože se však podniky podávající návrh samostatně dovolávají svého členství ve sdružení zhotovitelů, je také třeba, aby jim bylo možno přičítat nebo vytýkat chování uvedeného sdružení.

2. Dopad hmotného práva na způsobilost podat návrh

44. Procesní právo na podání návrhu na přezkum tedy vyplývá z faktické účasti na postupu při zadávání veřejných zakázek, např. jako zájemce nebo jako v původním řízení jako uchazeč.

45. Tato souběžnost je vyjádřena také v rozsudku Makedoniko Metro, podle kterého „jelikož rozhodnutí zadavatele poškozuje práva, která sdružení zhotovitelů vyvozuje z práva Společenství v rámci postupu při zadávání veřejných zakázek, musí mít toto sdružení přístup k procesním prostředkům stanoveným směrnicí 89/665“ [11].

11 — Výše uvedený rozsudek v poznámce 5, bod 73.

46. Způsobilost podat návrh musí být tedy podle práva Společenství přiznána osobě, která disponuje hmotnými právy. Práva přiznaná v hmotněprávních směrnicích o zadávání veřejných zakázek náležejí ale v případě sdružení zhotovitelů samotným uvedeným sdružením. Připomeňme, že je to sdružení zhotovitelů, které v rámci postupu při zadávání veřejných zakázek vystupuje jako takové vůči třetím osobám. Rovněž pouze jemu samotnému je případně zasíláno rozhodnutí o udělení zakázky.

47. Stejně tak okolnost, že vnitrostátní právo ukládá určité povinnosti – případně dokonce vůči třetím osobám – členům sdružení zhotovitelů, může být rozhodující pro vnitrostátní procesní pravidla. Zásada souběžnosti jednak mezi hmotnými právy a povinnostmi a jednak procesními prostředky tak může získat normativní hodnotu rovněž ve vnitrostátním právu.

48. Odpověď na předběžné otázky se tedy musí z hlediska práva Společenství zaměřit na zásadu, podle níž je cílem směrnice zavedení práv vyplývajících z hmotněprávních směrnic o zadávání veřejných zakázek.

49. Výsledkem použití této zásady na původní řízení je to, že směrnice zajišťuje pouze procesní prostředky *uchazečů*, v projednávaném případě sdružení zhotovitelů. Původní řízení je typickým příkladem situace sdružení zhotovitelů, kdy by jeho členové nebyli vzhledem ke své specializaci ani schopni celou zakázku vykonat samostatně. Je třeba zdůraznit, že to ostatně neměli v úmyslu učinit.

50. Zásada souběžnosti tedy dokonce svědčí spíše proti analýze, podle které je cílem směrnice, aby byla přiznána způsobilost podat návrh také členům, kteří podali návrh samostatně.

51. Ze směrnice se dá tedy pouze vyvodit způsobilost podat návrh sdružením zhotovitelů jako takovým. Z toho zase vyplývá, že právo Společenství nepřiznává členům sdružení zhotovitelů samostatné právo, aby mohli nechat *vlastním* jménem kontrolovat rozhodnutí při zadávání zakázky.

52. Zbývá tak ještě určit, mohou-li členové sdružení zhotovitelů podat alespoň samostatně takový návrh na přezkum jménem sdružení.

53. V tomto rámci je namístě připomenout, jako ohledně jakéhokoli vnitrostátního procesního pravidla, zásady rovnocennosti a účinnosti.

54. Tyto zásady práva Společenství, pokud se týká návrhů na přezkum v oblasti zadávání veřejných zakázek, jsou dokonce výslovně uvedeny v článku 1 směrnice. Pokud jde o zásadu účinnosti, čl. 1 odst. 1 směrnice ukládá členským státům zajistit, aby bylo možno *účinně* a zejména co nejdříve přezkoumat rozhodnutí přijatá zadavateli. Zásada účinnosti dotčená v projednávané věci však neposkytuje absolutní měřítko pro posouzení.

55. Soudní dvůr tak zdůraznil ve věci týkající se návrhů na přezkum v oblasti zadávání veřejných zakázek, že pro „použití zásady účinnosti je nutno analyzovat každý případ, ve kterém se klade otázka, zda vnitrostátní procesní předpis znemožňuje nebo nadměrně ztěžuje použití práva Společenství, zejména s ohledem na postavení tohoto předpisu v rámci celého řízení, na jeho průběh a jeho zvláštnosti“ [12].

56. V rozsudku Fritsch, Chiari & Partner a další zdůraznil Soudní dvůr jinou zásadu:

„Je třeba dodat, že skutečnost, že čl. 1 odst. 3 směrnice 89/665 umožňuje výslovně členským státům, aby stanovily pravidla, podle kterých musí zajistit, aby byla přezkumná řízení stanovená uvedenou směrnicí dostupná každé osobě, která má nebo měla zájem na získání určité veřejné zakázky a které v důsledku domnělého protiprávního jednání vznikla škoda nebo jí hrozí, je nicméně neopravňuje, aby pojem ‚zájem na získání veřejné zakázky' vykládaly způsobem, který může narušit užitečný účinek uvedené směrnice“ [13].

57. V rozsudku Grossmann Air Service Soudní dvůr dokonce uznal, že vnitrostátní předpisy mohou v zásadě platně vymezit „zájem“ podrobněji a omezit tak způsobilost podat návrh:

„Za těchto podmínek odmítnutí přiznat zájem na získání dotčené zakázky a tedy práva na přístup k přezkumným řízením stanoveným směrnicí 89/665 osobě, která se nezúčastnila postupu při zadávání zakázky ani nenapadla rozhodnutí zadavatele stanovující specifikaci veřejné zakázky, nemůže

12 — Rozsudek ze dne 27. února 2003, Santex, C-327/00, Recueil, s. I-1877, bod 56; viz rozsudek ze dne 14. prosince 1995, Peterbroeck, C-312/93, Recueil, s. I-4599, bod 14.

13 — Rozsudek ze dne 19. června 2003, C-410/01, Recueil, s. I-6413, bod 34.

narušit užitečný účinek uvedené směrnice“ [14].

58. Z této judikatury lze tedy vyvodit, že pouze sdružení zhotovitelů má nezbytný zájem pro účely způsobilosti podat návrh, nikoli člen samostatně.

3. Posouzení účinků pravidla jednomyslnosti

59. Účinky pravidla jednomyslnosti je nutno také posuzovat podle zásad rovnocennosti a účinnosti.

60. To se týká především účinku uplatňovaného Komisí, podle kterého pravidlo jednomyslnosti omezuje možnosti podat návrh na přezkum a toto omezení je o to závažnější, že přezkumy v oblasti zadávání veřejných zakázek musí být provedeny co nejdříve.

61. Jiní uchazeči jsou však také jako sdružení zhotovitelů povinni splnit srovnatelné podmínky přípustnosti, a sice podmínku zajistit své zastoupení odpovídající konkrétně přijaté právní formě. Konkrétněji je tedy dotčený pouze takový proces interního rozhodování v rámci sdružení zhotovitelů, který je rovněž vyžadován od ostatních uchazečů.

62. Jediná skutečnost, že pravidlo jednomyslnosti může vést mimo jiné k tomu, že ochrana zájmů sdružení zhotovitelů bude záviset na jediné osobě, sama o sobě neznamená porušení výše připomenutých zásad. Spolupráce jednotlivých členů sdružení zhotovitelů není totiž zvláštností procesních pravidel; naopak je spolupráce nutná již před účastí na postupu při zadávání veřejných zakázek, *a fortiori* před podáním nabídky, zejména při zakládání sdružení.

63. Skutečnost, že se zájmy jednotlivých členů mohou lišit, může zajisté v případě použití pravidla jednomyslnosti ztížit podání návrhu na přezkum, nesmí být však přehlédnuto, že většina členů může mít jiné zájmy než zájmy některých členů, i co se týče otázky návrhu na přezkum.

14 — Výše uvedený rozsudek v poznámce 5, bod 39.

64. Podle Komise pravidlo jednomyslnosti téměř nutí sdružení zhotovitelů k tomu, aby byla založena v určité právní formě. K tomu je nutno poznamenat, že toto pravidlo by mělo vést zhotovitele spíše k tomu, aby od určité právní formy upustili.

65. Mimoto musí každé sdružení zhotovitelů vymezit konkrétní pravidla spolupráce, zpravidla uzavřít společenskou smlouvu. V tom nemůže být spatřováno, v rozporu s analýzou Komise, porušení článku 21 směrnice 93/37. Z toho totiž ještě nevyplývá donucení přijmout určitou právní formu. Rozhodnutí založit sdružení zhotovitelů je přijato vědomě s vědomím z toho plynoucích výhod a nevýhod.

66. Taková dohoda může rovněž upravovat výkon práva na přezkum. Výhody, které pro jednotlivé členy sdružení zhotovitelů vyplývají z tohoto druhu dohody, však nemohou být považovány za povinnost přijímat určitou právní formu.

67. Komise konečně prohlašuje, že pravidlo jednomyslnosti má odrazující účinek již v okamžiku zakládání sdružení zhotovitelů; přehlíží tedy, že právě vědomí možných potíží v okamžiku uplatnění procesních prostředků umožňuje ve společenské smlouvě přijmout nezbytná opatření. Tento akt může např. stanovit zastoupení jedním členem nebo zavést pravidlo většiny.

68. Navíc není možné analyzovat zásadu jednomyslnosti jako diskriminaci vůči jiným formám společností. Uchazeči, kteří nevystupují ve formě sdružení zhotovitelů, totiž musí také dodržovat pravidla práva obchodních společností a procesní pravidla, která se na ně vztahují. To je zejména případ pravidel týkajících se zastupování společností k tomu pověřenými orgány. Charakteristiky sdružení zhotovitelů jenom dokládají, že se každá právní forma vyznačuje svými zvláštnostmi.

69. Jak již bylo uvedeno, ve vnitrostátních právních řádech, v nichž má uvedené pravidlo čistě pomocný charakter, zákonodárce nabízí možnost předejít ochromení vyplývajícímu z pravidla jednomyslnosti, na které Komise několikrát odkazuje. Je tedy možné přijmout odlišná řešení odpovídajícím vyhotovením stanov nebo případně rozhodnutím členů bezprostředně na základě použitelných ustanovení vnitrostátního práva o obchodních společnostech.

70. V projednávané věci byla několikrát zdůrazněna možnost dohodnout se na pravidlu většiny nebo stanovit zastoupení jedním členem, např. prostřednictvím takového „pověření", které existuje v belgickém právním řádu.

71. Byl by však narušen snadnější přístup k účinným procesním prostředkům, který zákonodárce Společenství zamýšlel zajistit, pokud by např. vnitrostátní právo obsahovalo pravidla pro zastupování, která by v konečném výsledku znamenala znevýhodnění zahraničních sdružení zhotovitelů nebo by *de facto* nebylo možné jejich naplnění.

72. Skutečnost, že v některých členských státech je možnost podat návrh na přezkum rovněž poskytnuta členům sdružení zhotovitelů samostatně, nemění nic na tom, že to směrnice nevyžaduje. Členské státy mohou zajisté v zásadě překročit minimální podmínky [15] stanovené směrnicemi. V takovém případě ovšem vyvstává otázka, zda je tento druh velkorysé a pro uchazeče příznivé právní úpravy slučitelný s právem Společenství. Tato otázka však není předmětem projednávané žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce.

73. Proti povinnosti členských států přiznat způsobilost podat návrh také členům sdružení zhotovitelů samostatně konečně svědčí skutečnost, že ostatní členové musí být rovněž chráněni.

74. Přiznat způsobilost podat návrh členům samostatně by mohlo mít např. za následek, že by – dokonce – většina členů byla proti své vůli nucena účastnit se přezkumného řízení a v případě úspěchu nového postupu při zadávání veřejných zakázek (nebo pokračujícího řízení), na němž už možná nemají zájem, např. proto, že už mezitím uzavřeli jiné smlouvy.

75. Není zde namístě přezkoumávat otázku, zda právo Společenství zakazuje *a contrario* přiznat členu sdružení zhotovitelů způsobilost podat návrh samostatně. V projednávané věci zbývá odpovědět na otázku, zda právo Společenství brání zvláštnímu vnitrostátnímu zákazu nebo – jinak řečeno – dovoluje omezit způsobilost podat návrh na všechny členy sdružení zhotovitelů.

76. Právo Společenství tedy zásadně neukládá členským státům, aby přiznaly členům sdružení zhotovitelů způsobilost podat návrh na přezkum samostatně vlastním jménem. Navíc právo Společenství nevyžaduje, aby členové mohli podat návrh na přezkum

15 — Rozsudek ze dne 19. června 2003, GAT, C-315/01, Recueil, s. I-6351, bod 45.

jménem sdružení zhotovitelů. V každém případě neexistuje požadavek tohoto druhu, pokud se týká členských států, jejichž vnitrostátní právo není omezující v tom rozsahu, v němž umožňuje, aby sdružení zhotovitelů, tedy jeho členové, přijali odlišné pravidlo, např. již ve stanovách nebo později rozhodnutím.

C – *Ke druhé předběžné otázce*

78. Druhá předběžná otázka se týká způsobilosti podat návrh za určitých okolností konkrétněji v případě, kdy členové sdružení zhotovitelů podali návrh na přezkum společně, avšak návrh jednoho z jeho členů je nepřípustný.

77. Na první a třetí předběžnou otázku je tedy namístě odpovědět tak, že článek 1 směrnice je nutno vykládat v tom smyslu, že nebrání vnitrostátnímu právnímu předpisu, který zavazuje členy sdružení *ad hoc*, bez právní subjektivity, které se jako takové účastnilo postupu při udělování veřejné zakázky a kterému uvedená zakázka nebyla udělena, aby za účelem podání návrhu na přezkum rozhodnutí o udělení uvedené zakázky jednali jako společníci nebo svým vlastním jménem všichni společně a zakazuje členu takového sdružení *ad hoc* podat návrh na přezkum rozhodnutí o udělení zakázky samostatně buď jako společník, nebo svým vlastním jménem. Vnitrostátní právní předpis však nesmí znemožnit použití práva Společenství, ani jej nadměrně ztížit. Tak je tomu v případě, kdy vnitrostátní právo dovoluje, aby členové sdružení zhotovitelů přijímali odlišná řešení.

79. Je tak vznesena otázka, zda právo Společenství ukládá rozlišovat posouzení vnitrostátního pravidla jednomyslnosti podle příčiny chybějící jednomyslnosti.

80. Komise a FOREM se domnívají, i když každý z jiných důvodů, že odpověď musí být záporná.

81. Jak Rakouská republika správně zdůrazňuje, je nutno odpovědět na druhou předběžnou otázku ve světle zásad rovnocennosti a účinnosti – nebo, jak bylo uvedeno výše, podle zásady co nejdříve provedeného a účinného přezkumu výslovně stanovené v článku 1 směrnice.

82. Tyto zásady mohou být porušeny v určitých situacích nebo určitými vnitrostátními právními předpisy. V tomto řízení o rozhodnutí o předběžné otázce se jedná o otázku, jaké meze tyto dvě zásady stanoví pro účinky vyplývající z použití pravidla jednomyslnosti za takových okolností, jaké jsou ve věci v původním řízení.

83. Jak jasně vyplývá z rozsudku Santex [16], v protikladu k rozsudku Universale-Bau a další [17], posuzování legality vnitrostátního procesního pravidla ve světle obou zásad musí rovněž zohlednit konkrétní skutkové okolnosti. Rozpor práva Společenství a pravidla, které na první pohled splňuje požadavky práva Společenství, totiž může vyjít najevo teprve za určitých okolností.

84. V rámci řízení o rozhodnutí o předběžné otázce podle článku 234 ES se Soudní dvůr musí nicméně omezit na odpovědi na položené otázky a nesmí poskytovat právní posudky. Proto není namístě přezkoumávat jiné okolnosti než okolnosti dotčené v původním řízení, ani je posuzovat s ohledem na právo Společenství.

85. Vnitrostátní pravidlo dotčené v projednávané věci, které ukládá dodržovat právní předpisy upravující proces interního rozhodování v takové situaci jako v situaci v původním řízení, v každém případě neporušuje zásadu rychlého a účinného procesního prostředku.

86. Na druhou předběžnou otázku je tudíž třeba odpovědět tak, že odpověď na první předběžnou otázku není odlišná v případě, kdy členové sdružení *ad hoc* podali návrh na přezkum všichni společně, avšak návrh jednoho z jeho členů je nepřípustný.

16 — Rozsudek výše uvedený v poznámce 12.

17 — Rozsudek ze dne 12. prosince 2002, C-470/99, Recueil, s. I-11617.

V – Závěry

87. S ohledem na předcházející úvahy navrhuji Soudnímu dvoru, aby na předběžné otázky odpověděl následujícím způsobem:

„1) Článek 1 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 je nutno vykládat v tom smyslu, že nebrání vnitrostátnímu právnímu předpisu, který:

— zavazuje členy sdružení ad hoc, bez právní subjektivity, které se jako takové účastnilo postupu při udělování veřejné zakázky a kterému uvedená zakázka nebyla udělena, aby za účelem podání návrhu na přezkum rozhodnutí o udělení uvedené zakázky jednali jako společníci nebo svým vlastním jménem všichni společně;

— zakazuje členu takového sdružení ad hoc podat návrh na přezkum rozhodnutí o udělení zakázky samostatně buď jako společník, nebo svým vlastním jménem.

Vnitrostátní právní předpis však nesmí znemožnit použití práva Společenství ani jej nadměrně ztížit. Tyto zásady jsou v každém případě dodrženy, dovoluje-li vnitrostátní právo, aby členové sdružení zhotovitelů přijímali odlišná řešení.

2) Odpověď na otázku není odlišná v případě, kdy členové sdružení *ad hoc* podali návrh na přezkum všichni společně, avšak návrh jednoho z jeho členů je nepřípustný."