NÁVRHY GENERÁLNEJ ADVOKÁTKY CHRISTINE STIX-HACKL

prednesené 15. marca 2005 [1]

I — Úvodné poznámky

1. V tomto návrhu na začatie prejudiciálneho konania ide o preskúmanie rozhodnutí obstarávateľa o uzavretí zmluvy, a síce o aktívnu legitimáciu jednotlivých členov združenia *ad hoc* podľa belgického práva, ktoré sa posudzuje ako skupina zhotoviteľov v zmysle práva Spoločenstva týkajúceho sa verejného obstarávania (respektíve ako „skupiny hospodárskych subjektov" podľa novej smernice o verejnom obstarávaní [2]).

II — Právny rámec

A — *Právo Spoločenstva*

2. Článok 1 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 [3] (ďalej len „smernica") okrem iného stanovuje:

„(1) Členské štáty prijmú potrebné opatrenia, aby zabezpečili, že v oblasti postupov verejného obstarávania, na ktoré sa vzťahujú smernice 71/305/EHS, 77/62/ES a 92/50/EHS, môžu byť rozhodnutia obstarávateľov účinne a predovšetkým tak rýchlo, ako je to možné, preskúmané v súlade s podmienkami stanovenými v nasledujúcich článkoch,

1 — Jazyk prednesu: nemčina.

2 — Článok 4 ods. 2 smernice Európskeho parlamentu a Rady 2004/18/ES z 31. marca 2004 o koordinácii postupov zadávania verejných zákaziek na práce, verejných zákaziek na dodávku tovaru a verejných zákaziek na služby (Ú. v. EÚ L 134, s. 114; Mim. vyd. 06/007, s. 132) a článok 11 ods. 2 smernice Európskeho parlamentu a Rady 2004/17/ES z 31. marca 2004 o koordinácii postupov obstarávania subjektov pôsobiacich v odvetviach vodného hospodárstva, energetiky, dopravy a poštových služieb (Ú. v. EÚ L 134, s. 1; Mim. vyd. 06/007, s. 19).

3 — Ú. v. ES L 395, s. 33; Mim. vyd. 06/001, s. 246, zmenená a doplnená smernicou 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).

najmä v článku 2 ods. 7, ak tieto rozhodnutia porušili právo spoločenstva v oblasti verejného obstarávania, alebo vnútroštátne právne predpisy prijaté na jeho vykonanie.

...

(3) Členské štáty zabezpečia, aby aspoň každá osoba, ktorá má alebo mala záujem o uzavretie zmluvy na základe verejného obstarávania dodávky tovaru alebo prác, mohla uplatniť postupy preskúmavania na základe podrobných pravidiel, ktoré môžu členské štáty stanoviť, ktorá bola alebo je poškodená údajným porušením [každá osoba, ktorá má alebo mala záujem o uzavretie zmluvy na základe verejného obstarávania dodávky tovaru alebo prác, alebo ktorej vznikla škoda alebo hrozí vznik škody v dôsledku údajného porušenia práva mohla uplatniť postupy preskúmavania na základe podrobných pravidiel, ktoré môžu členské štáty stanoviť — *neoficiálny preklad*]. 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."

3. Článok 2 smernice 89/665 odsek 1 okrem iného stanovuje:

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

...

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;

..."

4. Článok 21 smernice Rady 93/37/EHS zo 14. júna 1993 o koordinácii postupov verejného obstarávania prác [4] stanovuje:

„Ponuky môžu predkladať skupiny zhotoviteľov. Od týchto skupín nemožno vyžadovať, aby vytvorili zvláštnu právnu formu na predloženie ponuky; avšak splnenie tejto požiadavky sa môže vyžadovať od vybranej skupiny, s ktorou bola uzavretá zmluva."

4 — Ú. v. ES L 199, s. 54; Mim. vyd. 06/002, s. 163; v znení zmien a doplnení.

B — *Vnútroštátna právna úprava*

5. Príslušné sú ustanovenia článku 19 odseku 1 konsolidovaných zákonov z 12. januára 1973 o Štátnej rade, ktorý upravuje okrem iného spôsobilosť konať v súvislosti s návrhmi na zrušenie.

6. Článok 53 code des sociétés upravuje podstatné aspekty vonkajších vzťahov „association momentanée".

7. Článok 522 odsek 2 code des sociétés stanovuje, že „société anonyme" zastupuje – okrem iného pred súdom — správna rada. Okrem toho tento predpis pripúšťa, aby stanovy mohli zveriť zastupovanie spoločnosti jednému alebo viacerým správcom.

III — Skutkový stav vo veci samej a prejudiciálne otázky

8. Dňa 30. septembra 1997 bolo v *Úradnom vestníku Európskych spoločenstiev* uverejnené oznámenie o vyhlásení verejného obstarávania Office communautaire et régional de la formation professionnelle et de l'emploi (ďalej len „FOREM"), ktorého predmetom bolo: „návrh, realizácia a financovanie nehnuteľnosti pre potreby jeho Office régional de l'emploi oblastného riaditeľstva v Liège s rozlohou približne 6 500 m^2 (netto)"; pritom bolo poukázané na to, že sú prípustné vedľajšie ponuky. Následne boli zverejnené štyri opravné oznámenia.

9. Dňa 20. februára 1998 došlo k otvoreniu ponúk. Predložených bolo päť ponúk vrátane ponúk skupín zhotoviteľov (associations momentanées; združenia *ad hoc*) Espace Trianon — SOFIBAIL, ako aj C.I.D.P.-B.P.C. Skupina zhotoviteľov Espace Trianon — SOFIBAIL pozostáva z Espace Trianon SA (ďalej len „Espace") a spoločnosti Société Wallone de Location-Financement SA (ďalej len „SOFIBAIL").

10. Dňa 22. decembra 1998 správcovský výbor FOREM rozhodol uzavrieť zmluvu týkajúcu sa návrhu, realizácie a financovania prostredníctvom správneho miesta FOREM, regionálneho riaditeľstva Liège, na nehnuteľnosti s rozlohou približne 6 500 m^2 netto so združením *ad hoc* C.I.D.P.-B.P.C.

11. Dňa 8. januára 1999 správcovský výbor FOREM potvrdil svoje „odôvodnené roz-

hodnutie prijaté na schôdzi 22. decembra 1998".

12. Dňa 25. januára 1999 bolo rozhodnutie o uzatvorení zmluvy doručené Espace a „SOFIBAIL".

13. Dňa 19. februára 1999 podal Espace a „SOFIBAIL" na Conseil d'État návrh na zrušenie rozhodnutia o uzatvorení zmluvy.

14. Dňa 8. marca 1999 podala Espace a „SOFIBAIL" na Conseil d'État návrh na zrušenie potvrdenia z 8. januára 1998.

15. V rámci preskúmania prípustnosti došiel Conseil d'État k záveru, že rozhodnutia prijaté v mene Espace podniknúť súdne kroky neboli prípustné, pretože neboli prijaté správnym výborom, ako to upravovali stanovy. Naproti tomu boli rozhodnutia „SOFIBAIL" platné.

16. Keďže ponuka bola podaná v mene spoločnosti Espace-SOFIBAIL, ale rozhodnutie jedného jej člena nebolo platné, preskúmal Conseil d'État dôsledky pre prípustnosť návrhu na zrušenie rozhodnutia.

17. Rozsudkom z 25. februára 2004 rozhodol Conseil d'État o predložení týchto prejudiciálnych otázok na Súdny dvor:

„1. Odporuje článok 1 smernice Rady 89/665/EHS 21. decembra 1989 o koordinácii zákonov, iných právnych predpisov a správnych opatrení týkajúcich sa uplatňovania postupov preskúmavania v rámci verejného obstarávania tovarov a prác takému ustanoveniu vnútroštátnych právnych predpisov, akým je článok 19 ods. 1 zákonov o Conseil d'État, konsolidovaných 12. januára 1973, vykladanému tak, že členom združenia *ad hoc*, ktoré nemá právnu subjektivitu a ktoré sa ako také zúčastnilo postupu verejného obstarávania a nebola s ním uzavretá zmluva, ukladá pri podaní návrhu proti rozhodnutiu o uzavretí uvedenej zmluvy povinnosť, aby konali všetci spoločne, a to buď ako spoločníci, alebo vo vlastnom mene?

2. Bola by odpoveď na túto otázku odlišná, ak by členovia združenia *ad hoc* konali všetci spoločne, no úkon jedného z jeho členov by bol neprípustný?

3. Je článok 1 smernice Rady 89/665/EHS 21. decembra 1989 o koordinácii záko-

nov, iných právnych predpisov a správnych opatrení týkajúcich sa uplatňovania postupov preskúmavania v rámci verejného obstarávania tovarov a prác prekážkou takého ustanovenia vnútroštátnych právnych predpisov, akým je článok 19 ods. 1 zákonov o Conseil d'État, konsolidovaných 12. januára 1973, vykladaný v tom zmysle, že členovi takéhoto združenia *ad hoc* zakazuje podať samostatný návrh proti rozhodnutiu o uzavretí zmluvy buď ako spoločníkovi, alebo vo vlastnom mene?"

konania podľa článku 234 ES. Prejudiciálnym otázkam položeným v tomto konaní teda treba rozumieť tak, že smerujú k výkladu práva Spoločenstva.

20. Zatiaľ čo prvá a tretia prejudiciálna otázka sa týkajú zásadného problému aktívnej legitimácie jednotlivých členov skupiny zhotoviteľov, druhá otázka sa vzťahuje len na konkrétny prípad, konkrétne na to, že všetci členovia skupiny zhotoviteľov podali návrh na preskúmanie spoločne, ale návrh jedného jej člena bol neprípustný.

IV — Právne posúdenie

A — *Všeobecné poznámky*

18. Všetky tri prejudiciálne otázky sa v podstate týkajú podmienok prípustnosti, podľa práva Spoločenstva, návrhov na preskúmanie podaných členmi skupiny zhotoviteľov, v tomto prípade združenia *ad hoc* podľa belgického práva.

21. Takto vyjadrené právne problémy však treba odlíšiť od otázky — ktorá nie je predmetom tohto konania —, či a za akých podmienok je skupine zhotoviteľov podľa práva Spoločenstva priznaná aktívna legitimácia v súvislosti s postupom preskúmania podľa smernice.

19. Vzhľadom na znenie prejudiciálnych otázok treba pripomenúť, že zlučiteľnosť vnútroštátneho práva s právom Spoločenstva nemôže byť predmetom prejudiciálneho

22. Nasledujúce právne posúdenie sa však z procesných dôvodov musí aj v inom smere obmedziť na osobitosti prejednávaného prejudiciálneho konania.

23. V konaní vo veci samej, t. j. vnútroštátnom postupe preskúmania, totiž ide o preskúmanie rozhodnutia obstarávateľa o uzatvorení zmluvy, teda o zákazke. Odpovede z tohto prejudiciálneho konania však nie je možné bezprostredne použiť na návrhy na preskúmanie, ktoré sa týkajú iných rozhodnutí, ako napríklad nezvolenie účastníkov za uchádzačov, t. j. nevyzvanie na predloženie ponuky alebo vylúčenie ponúk. Treba poukázať aj na to, že konanie vo veci samej sa týka zrušenia rozhodnutia.

24. Zodpovedanie prejudiciálnych otázok sa teda musí obmedziť na také okolnosti, aké sú v konaní vo veci samej. To znamená, že v súvislosti s určením neplatnosti a priznania náhrady škody by z práva Spoločenstva mohli vyplynúť úplne iné povinnosti.

25. K tomu pristupuje skutočnosť, že skupina zhotoviteľov, o ktorú ide v konaní vo veci samej, bola založená na základe zmluvy a — aspoň podľa spisu — nemá právnu subjektivitu podľa vnútroštátneho práva.

26. V tejto súvislosti je však možné poukázať na to, že hmotnoprávne smernice o verejnom obstarávaní, stará, ako aj nová, predvídajú výslovne predloženie ponúk „skupinami zhotoviteľov", respektíve „skupinami hospodárskych subjektov". Právo Spoločenstva teda preto priznáva takýmto uchádzačom a zhotoviteľom určité práva, predovšetkým právo na účasť na postupe verejného obstarávania. Z týchto predpisov práva Spoločenstva vyplýva len čiastočná právna spôsobilosť skupín zhotoviteľov.

27. Toto prejudiciálne konanie sa má ďalej zaoberať len otázkou pravidla jednomyseľnosti, respektíve vylúčenia aktívnej legitimácie jednotlivých členov skupiny zhotoviteľov, nie však otázkou súladu iných existujúcich alebo mysliteľných právnych úprav v členských štátoch týkajúcich sa podávania návrhov na preskúmanie členov skupiny zhotoviteľov.

28. Nakoniec je treba uviesť, že v prípade, že právo Spoločenstva zaväzuje členské štáty k tomu, aby priznala aktívnu legitimáciu samotnej skupine zhotoviteľov, na zaručenie účinnej právnej ochrany už nie je potrebná aktívna legitimácia spoločníkov. V takomto prípade by sa právny problém, ktorý je predmetom konania, obmedzil na otázku, kto môže konať za skupinu zhotoviteľov, ktorá má aktívnu legitimáciu.

B — *O prvej a tretej prejudiciálnej otázke*

29. Tak prvá, ako aj tretia prejudiciálna otázka vyplývajú z vnútroštátnej úpravy uplatniteľnej v konaní vo veci samej, v zmysle ktorej len všetci členovia združenia *ad hoc*, a nie jednotlivý člen môžu nechať preskúmať rozhodnutie obstarávateľa o uzavretí zmluvy, t. j. napadnúť ho žalobou. Preto sa odporúča spoločné zodpovedanie prvej a tretej prejudiciálnej otázky.

1. Východisko: „záujem" v zmysle smernice

30. Východisko preto predstavujú predpoklady na priznanie aktívnej legitimácie upravené v článku 1 ods. 3 smernice. Podľa tohto ustanovenia členské štáty zabezpečia, „aby aspoň každá osoba, ktorá má alebo mala záujem o uzavretie zmluvy na základe verejného obstarávania dodávky tovaru alebo prác, 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.

31. Súdny dvor vo svojej judikatúre týkajúcej sa aktívnej legitimácie opakovane zdôraznil dôležitosť splnenia týchto predpokladov podľa práva Spoločenstva [5].

32. Cennú pripomienku pre toto konanie o prejudiciálnej otázke, v ktorej ide o združenie poskytovateľov, poskytuje rozsudok vo veci Makedoniko. V ňom Súdny dvor odkázal na to, že predpoklady podľa článku 1 ods. 3 smernice „sa majú zohľadniť pri preskúmaní otázky, či skupina zhotoviteľov... musí mať prístup k opravným prostriedkom upraveným v smernici 89/665/EHS" [6].

33. Pre Súdny dvor je teda rozhodujúce, či skupina zhotoviteľov má alebo mala záujem na obstarávaní, ktoré je predmetom konania vo veci samej, a či rozhodnutím objednávateľa vznikla škoda alebo jej vznik hrozí v zmysle článku 1 ods. 3 smernice 89/665/EHS [7].

34. To je možné preniesť na problematiku tohto prejudiciálneho konania, v ktorom

5 — Rozsudky z 23. januára 2003, Makedoniko Metro, C-57/01, Zb. I-1091, bod 65, a z 12. februára 2004, Grossmann Air Service, C-230/02, Zb. I-1829, bod 25.

6 — Rozsudok Makedoniko Metro,už citovaný v poznámke pod čiarou 5, bod 66.

7 — Tamže, bod 72.

nejde o aktívnu legitimáciu skupiny zhotoviteľov ako takej, ale jej členov.

35. Aktívna legitimácia je podľa smernice teda priznaná tomu, kto má záujem na obstarávaní, ktoré má byť predmetom postupu preskúmania. V súvislosti s aktívnou legitimáciou a potrebným záujmom je potrebné doplniť, že na prípustnosť návrhu na preskúmanie nepostačuje akýkoľvek záujem.

36. To je potrebné zdôrazniť aj v súvislosti so skupinami zhotoviteľov. Tento objasňujúci odkaz je potrebné uviesť preto, lebo medzi záujmami skupiny zhotoviteľov a jej členmi, ako aj medzi záujmami jednotlivých členov môže existovať rozdiel, čo napokon zdôraznila aj Komisia.

37. Členovia skupiny zhotoviteľov majú síce záujem na tom, aby skupina zhotoviteľov, ku ktorej patria, dosiahla hospodársky úspech. Člen skupiny zhotoviteoľv má však záujem iba na tom, aby zmluvu získala *skupina zhotoviteľov* a nie on *sám*.

38. Otázka, či je tu záujem *v zmysle* článku 1 ods. 3 smernice, sa má posudzovať podľa relevantných aktivít skupiny zhotoviteľov.

39. Oproti tvrdeniu Komisie musia totiž členské štáty v zásade priznať aktívnu legitimáciu len tomu podniku, ktorý sa zúčastnil na postupe verejného obstarávania, ktorého preskúmanie požaduje [8].

40. Z tohto pravidla existujú síce výnimky, avšak platia len v určitých prípadoch: účasť na postupe obstarávania nesmie byť požadovaná ako predpoklad, keď obstarávateľ neuskutočnil žiadny formálny postup obstarávania [9]. Podobne má prístup k opravným prostriedkom podľa smernice podnik, ktorý sa nezúčastnil len preto, lebo podmienky výberového konania účasti sa zdali byť beznádejné [10].

41. Podľa judikatúry Súdneho dvora sa teda od účasti na postupe obstarávania má

8 — Rozsudok Grossmann Air Service, už citovaný v poznámke pod čiarou 5, bod 27.

9 — Rozsudok z 11. januára 2005, Stadt Halle a RPL Lochau, C-26/03, Zb. s. I-1, body 34 a 41 a nasl.

10 — Rozsudok Grossmann Air Service, už citovaný v poznámke pod čiarou 5, body 28 a nasl.

odhliadnuť len v takých prípadoch, keď účasť na postupe obstarávania nebola možná alebo bola aspoň beznádejná. Rozhodujúca je teda nemožnosť úspešnej účasti na postupe obstarávania, ktorej príčina spočíva v správaní sa obstarávateľa. Od *nemožnosti* je však potrebné odlíšiť prípady, v ktorých sa podnik na postupe obstarávania vôbec *nechcel* zúčastniť. To sa týka aj jednotlivých členov skupiny zhotoviteľov, ktorí sa *nechcú* zúčastniť na postupe obstarávania samostatne.

42. V súvislosti s podnikmi, ktoré sa spojili do skupiny zhotoviteľov, pretože sa samostatne nemohli úspešne zúčastniť, treba poukázať na to, že príčina tejto nemožnosti nespočívala v správaní obstarávateľa.

43. Okolnosti konania vo veci samej sa teda odlišujú od prípadov nemožnosti, v ktorej nesmie byť vyžadovaná účasť, ešte v inom smere: k účasti došlo a dokonca bola predložená ponuka. Nie je rozhodujúce, že tak urobila skupina zhotoviteľov a nie jej členovia. Členovia totiž nevystupujú v konaní o postupe preskúmania ako podniky, ktoré nepreukazujú žiadny vzťah k zhotoviteľovi, t. j. ku skupine zhotoviteľov, ale ako jej členovia. Keďže sa jednotlivé podniky odvolávajú na svoj status členov skupiny zhotoviteľov, musí im byť pričítané alebo môže im byť namietané aj konanie skupiny.

2. Význam hmotného práva pre aktívnu legitimáciu

44. Procesné právo na mieste návrhu na preskúmanie teda vyplýva z hmotnoprávnej účasti na postupe obstarávania, a síce ako záujemca, alebo ako je to v konaní vo veci samej, ako uchádzač.

45. Táto paralela je vyjadrená aj v rozsudku vo veci Makedoniko, podľa ktorého „skupine zhotoviteľov musia byť k dispozícii opravné prostriedky upravené v smernici 89/665/EHS, pokiaľ rozhodnutie obstarávateľa poruší práva, ktoré jej podľa práva Spoločenstva prislúchajú v postupe verejného obstarávania“ [11].

11 — Rozsudok už citovaný v poznámke pod čiarou 5, bod 73.

46. Aktívna legitimácia je teda podľa práva Spoločenstva priznaná tomu, kto má aj hmotné právo. Práva z hmotnoprávnej smernice o verejnom obstarávaní ale v prípade skupine zhotoviteľov prislúchajú týmto skupinám. Je to práve skupina zhotoviteľov, ktorá vystupuje v tomto postupe obstarávania ako externá spoločnosť. Len ona je v každom prípade adresátom rozhodnutia o uzavretí zmluvy.

47. Práve tak môže byť pre vnútroštátne procesné právo rozhodujúca okolnosť, že podľa vnútroštátneho práva aj členovia skupiny zhotoviteľov preberajú — možno aj smerom navonok — určité povinnosti. Preto môže mať zásada paralelnosti medzi hmotnými právami a povinnosťami na jednej strane a právnou ochranou na strane druhej význam aj vo vnútroštátnom práve.

48. Zodpovedanie prejudiciálnych otázok sa teda má, pokiaľ ide o právo Spoločenstva, orientovať podľa zásady, v zmysle ktorej smernica slúži na presadenie práv odvoditeľných z hmotnoprávnych smerníc o verejnom obstarávaní.

49. Ak sa použije táto zásada na konanie vo veci samej, má to za následok, že smernica zaručuje právnu ochranu iba *uchádzačovi*, v tomto prípade teda skupine zhotoviteľov. Práve konanie vo veci samej ukazuje situáciu typickú pre skupiny zhotoviteľov, t. j. že jej členovia by z dôvodu svojej špecializácie vôbec neboli schopní vykonať celú zákazku. Treba zdôrazniť, že ani nemali zámer tak urobiť.

50. Zásada paralelnosti je teda skôr proti tomu, aby bola podľa smernice priznaná aktívna legitimácia aj jednotlivým členom.

51. Zo smernice možno teda odvodiť len aktívnu legitimáciu skupiny zhotoviteľov ako takej. Z toho opäť vyplýva, že jednotlivým členom skupiny poskytovateľov neprislúcha podľa práva Spoločenstva žiadne právo, aby *vo vlastnom* mene nechali preskúmať rozhodnutie o uzavretí zmluvy.

52. Ostáva ešte vysvetliť, či jednotliví členovia skupiny zhotoviteľov môžu aspoň v jej mene požadovať zodpovedajúci postup preskúmania.

53. V tomto prípade, ako v prípade všetkých vnútroštátnych procesných predpisov, treba pripomenúť zásady ekvivalencie a efektivity.

54. Tieto zásady práva Spoločenstva, pokiaľ ide o právnu ochranu v oblasti verejného obstarávania, sú v článku 1 smernice aj výslovne zakotvené. S ohľadom na príkaz zásady efektivity sú členské štáty podľa článku 1 ods. 1 smernice povinné prijať potrebné opatrenia týkajúce sa postupov verejného obstarávania, ktoré umožnia *účinne* a čo možno najskôr preskúmať rozhodnutia obstarávateľov. Meradlo vyplývajúce z tu rozhodujúceho príkazu zásady efektivity však nie je absolútne.

55. Súdny dvor tak vo veci týkajúcej sa právnej ochrany v oblasti verejného obstarávania zdôraznil, že na „použitie príkazu efektivity... treba v každom prípade, v ktorom vznikne otázka, či vnútroštátne procesné právne predpisy znemožnia alebo príliš sťažia použitie práva Spoločenstva, skúmať postavenia tohto predpisu v celom konaní, priebeh konania a osobitosti konania“ [12].

56. Vo veci Fritsch zdôraznil Súdny dvor ďalšiu zásadu:

„Aj keď článok 1 ods. 3 smernice 89/665/EHS výslovne zveruje členským štátom úpravu podmienok, za ktorých budú každej osobe, ktorá má alebo mala záujem o uzavretie zmluvy na základe verejného obstarávania a ktorej z dôvodu tvrdeného porušenia práva vznikla škoda, resp. hrozí vznik škody, dostupné postupy preskúmavania na základe smernice, predsa len nedovoľuje členským štátom, aby pojem „záujem na verejnom obstarávaní“ vykladali spôsobom, ktorý môže mariť praktickú účinnosť smernice.“ [13]

57. Vo veci Grossmann však Súdny dvor v zásade uznal prípustnosť vnútroštátnych predpisov, ktoré bližšie definujú „záujem“, a tým obmedzujú aktívnu legitimáciu:

„Praktická účinnosť smernice 89/665/EHS nie je obmedzená tým, ak sa osobe, ktorá sa nezúčastnila postupu obstarávania ani nepodala návrh na preskúmanie rozhodnutia obstarávateľa, ktorým boli stanovené špecifikácie verejného obstarávania, nepriznal záujem o uzavretie predmetnej zmluvy,

12 — Rozsudok z 27. februára 2003, Santex, C-327/00, Zb. s. I-1877, bod 56; porovnaj rozsudok zo 14. decembra 1995, Peterbroeck, C-312/93, Zb. s. I-4599, bod 14.

13 — Rozsudok z 19. júna 2003, Fritsch a i., C-410/01, Zb. s. I-6413, bod 34.

a preto sa jej nezaručil prístup k postupu preskúmania upraveného v smernici.“ [14]

58. Z tejto judikatúry možno preto vyvodiť, že potrebný záujem podmieňujúci aktívnu legitimáciu má len skupina zhotoviteľov, nie však jednotlivý člen.

3. Posúdenie účinku pravidla jednomyseľnosti

59. Na základe takto chápaných zásad ekvivalencie a efektivity treba hodnotiť aj účinky vyplývajúce z pravidla jednomyseľnosti.

60. To platí pre účinok uvedený Komisiou, podľa ktorého pravidlo jednomyseľnosti obmedzuje možnosti podania návrhu na preskúmanie, a toto obmedzenie je ešte závažnejšie z dôvodu požadovanej rýchlosti pri ochrane podľa práva verejného obstarávania.

61. Aj iní uchádzači považovaní za skupiny zhotoviteľov však musia splniť porovnateľné procesné predpoklady, t. j. zabezpečiť si zastúpenie zodpovedajúce príslušnej právnej forme. Aj v prípade skupiny zhotoviteľov ide presne len o vnútrornú tvorbu vôle, čo sa musí urobiť aj v prípade iných uchádzačov.

62. Skutočnosť, že pravidlo jednomyseľnosti môže okrem toho viesť k tomu, že ochrana záujmov skupiny závisí od jednotlivca, nevedie preto už samo osebe k porušeniu vyššie uvedenej zásady. Spolupôsobenie jednotlivých členov skupiny zhotoviteľov totiž nepredstavuje žiadnu zvláštnosť procesného práva; naopak, spolupôsobenie je potrebné už pred účasťou na postupe obstarávania, a tým viac pred predložením ponuky, a to napr. pri vytvorení skupiny zhotoviteľov.

63. Skutočnosť, že záujmy jednotlivých členov sa môžu rozchádzať, síce môže pri použití pravidla jednomyseľnosti sťažiť podanie návrhu na preskúmanie, nemožno však prehliadnuť, že väčšina členov, čo sa týka aj otázky preskúmania, môže mať iné záujmy ako jednotlivý člen.

14 — Rozsudok Grossmann Air Service, už citovaný v poznámke pod čiarou 5, bod 39.

64. Podľa stanoviska Komisie núti práve pravidlo jednomyseľnosti skupiny zhotoviteľov k tomu, aby prijali určitú právnu formu. K tomu treba poznamenať, že tieto pravidlá by mohli viesť skôr k tomu, aby sa od určitej právnej formy upustilo.

65. Ostatne, každá skupina zhotoviteľov má právo vytvoriť si konkrétnu úpravu spolupráce, spravidla uzatvoriť spoločenskú zmluvu. V tom nemožno oproti názoru Komisie vidieť žiadne porušenie článku 21 smernice 93/37/EHS. Nevzniká tým totiž ešte tlak na prijatie určitej právnej formy. Rozhodnutie vytvoriť skupinu zhotoviteľov vzniká vedome a so znalosťou s tým spojených výhod a nevýhod.

66. Predmetom takejto dohody môže byť aj výkon práva na preskúmanie. Výhody vyplývajúce z takejto dohody pre jednotlivých členov skupiny zhotoviteľov však nemôžu byť považované za povinnosť prijať určitú právnu formu.

67. Ak Komisia nakoniec uvádza, že pravidlo jednomyseľnosti pôsobí odstrašujúco dokonca už pri utvorení skupiny zhotoviteľov, potom prehliada skutočnosť, že práve vedomosť o možných ťažkostiach pri uplatňovaní právnej ochrany spôsobuje, že v spoločenskej zmluve môžu byť prijaté zodpovedajúce opatrenia. Tieto úpravy by mohli stanoviť napríklad zastupovanie určitým členom alebo určité pravidlo väčšiny.

68. Práve tak nemôže pravidlo jednomyseľnosti znamenať diskrimináciu oproti iným formám spoločností. Totiž aj uchádzači, ktorí nevystupujú vo forme skupiny zhotoviteľov, musia dodržiavať pre nich platné predpisy práva Spoločenstva a procesného práva. To sa týka síce dodržiavania ustanovení o zastupovaní spoločností k tomu povolanými orgánmi. Charakteristické znaky skupiny zhotoviteľov len dokazujú, že každá právna forma sa vyznačuje určitými osobitosťami.

69. Ochromeniu, ktoré uviedla Komisia vo viacerých ohľadoch v dôsledku pravidla jednomyseľnosti, môže zákonodarca, ako už bolo vysvetlené, vo vnútroštátnej právnej úprave zabrániť tým, ak v nej pravidlo jednomyseľnosti platí len ako dispozitívne právo. V tomto prípade by mohli byť prijaté odlišné riešenia zodpovedajúcou úpravou spoločenskej zmluvy alebo — ak by to bolo navrhnuté — priamo rozhodnutím členov na základe príslušných ustanovení vnútroštátneho práva obchodných spoločností.

70. V tomto konaní bolo viackrát poukázané na možnosti dohodnúť si pravidlo väčšiny alebo zastúpenie prostredníctvom člena, napríklad vo forme „mandátu" podľa vnútroštátneho právneho poriadku, ktorým sa riadi konanie vo veci samej.

71. Ľahší prístup k účinnej ochrane, ktorý zamýšľal zákonodarca Spoločenstva, by však bol porušený, ak by vnútroštátna úprava obsahovala pravidlá zastupovania, ktoré by smerovali k znevýhodneniu zahraničných skupín zhotoviteľov, alebo ich splnenie bolo prakticky nemožné.

72. Ani skutočnosť, že v niektorých členských štátoch môžu aj jednotliví členovia skupiny zhotoviteľov podať návrh na preskúmanie, nemení nič na tom, že smernica to nevyžaduje. Pravdaže členské štáty môžu v zásade prekročiť rámec minimálneho štandardu upraveného smernicou [15]. Potom však vzniká otázka, či by takáto na prvý pohľad voči uchádzačom veľkorysá vnútroštátna úprava bola v súlade s právom Spoločenstva. Táto právna otázka však nie je predmetom tohto prejudiciálneho konania.

73. Proti povinnosti členských štátov priznať aj jednotlivým členom aktívnu legitimáciu na podanie návrhu na preskúmanie hovorí nakoniec okolnosť, že je potrebné chrániť aj ostatných členov skupiny zhotoviteľov.

74. Priznanie aktívnej legitimácie jednotlivým členom by totiž mohlo viesť k tomu, že dokonca väčšina členov bude nútená proti svojej vôli pokračovať v konaní o preskúmaní a pri víťazstve v novom alebo pokračujúcom postupe obstarávania, o ktorý už možno nemajú záujem, pretože už medzitým napríklad uzatvorili iné zmluvy.

75. Na tomto mieste nie je potrebné zaoberať sa otázkou, či právo Spoločenstva naopak zakazuje priznať aktívnu legitimáciu jednotlivému členovi skupiny zhotoviteľov. V tomto konaní sa má iba objasniť, či právo Spoločenstva odporuje konkrétnemu vnútroštátnemu zákazu alebo — povedané inak — či dovoľuje obmedzenie aktívnej legitimácie na všetkých členov skupiny zhotoviteľov.

76. Právo Spoločenstva teda v zásade neprikazuje, aby členské štáty priznali jednotlivým členom skupiny zhotoviteľov aktívnu legitimáciu na podanie návrhu na preskúmanie vo vlastnom mene. Rovnako právo Spoločenstva neprikazuje, aby jednotlivý člen mohol podať

15 — Rozsudok z 19. júna 2003, GAT, C-315/01, Zb. 2003, I-6351, bod 45.

návrh na preskúmanie v mene skupiny zhotoviteľov. V každom prípade neplatí takýto príkaz pre tie štáty, ktorých vnútroštátne právo nie je donucujúce v tom rozsahu, že dovoľuje odchylnú úpravu pre skupiny zhotoviteľov, t. j. ich členov, buď už v spoločenskej zmluve, alebo neskôr na základe rozhodnutia.

77. Na prvú a tretiu prejudiciálnu otázku treba teda odpovedať, že článok 1 smernice 89/665/EHS sa má vykladať tak, že neodporuje vnútroštátnej úprave, podľa ktorej členovia združenia *ad hoc* bez právnej subjektivity, ktoré sa ako také zúčastnilo na postupe verejného obstarávania a nebola s ním uzavretá zmluva, podali len všetci spolu — ako spoločníci alebo len vo svojom mene — návrh proti rozhodnutiu o uzavretí uvedenej zmluvy, a podľa ktorej jednotlivý člen takéhoto združenia *ad hoc* nemôže ako jednotlivec nechať preskúmať rozhodnutie o zákazke ani ako spoločník, ani vo vlastnom mene. To platí za predpokladu, že táto vnútroštátna úprava neznemožňuje použitie práva Spoločenstva alebo nadbytočne nezaťažuje. To je prípad, keď vnútroštátna úprava povoľuje odlišné riešenie pre členov združenia *ad hoc*.

C — *O druhej prejudiciálnej otázke*

78. Druhá prejudiciálna otázka sa týka aktívnej legitimácie za konkrétnych okolností prípadu, a síce keď členovia združenia *ad hoc* žalovali všetci spoločne, ale žaloba jedného člena je neprípustná.

79. Tým je nastolená právna otázka, či sa má podľa práva Spoločenstva v súvislosti s vnútroštátnym pravidlom jednomyseľnosti rozlišovať na základe príčiny chýbajúcej jednomyseľnosti.

80. Podľa stanoviska Komisie, ako aj FOREM je odpoveď, hoci z odlišných dôvodov, záporná.

81. Ako Rakúsko právom zdôraznilo, druhá prejudiciálna otázka sa má zodpovedať vo svetle zásady ekvivalencie a účinnosti — alebo ako bolo uvedené vyššie, na základe zásady rýchlej a účinnej právnej ochrany výslovne upravenej v článku 1 smernice.

82. Tieto zásady by mohli byť porušené za určitých skutkových okolností alebo s ohľadom na určité vnútroštátne predpisy. V tomto prejudiciálnom konaní ide o otázku, aké hranice určujú tieto zásady pre účinky vyplývajúce z použitia pravidla jednomyseľnosti v situácii, aká nastala v konaní vo veci samej.

83. Ako jasne ukazuje rozsudok vo veci Santex [16], a na rozdiel od veci Universale Bau [17] pri posudzovaní zákonnosti vnútroštátnych procesných predpisov vo svetle oboch zásad sa majú zohľadniť aj okolnosti konkrétneho skutkového stavu. Protiprávnosť pravidla, ktoré na prvý pohľad zodpovedá obstarávaniu podľa práva Spoločenstva, môže vyjsť najavo až za určitých konkrétnych okolností.

84. V konaní o prejudiciálnej otázke podľa článku 234 ES sa však Súdny dvor musí obmedziť na zodpovedanie prejudiciálnych otázok a nerobiť žiadne všeobecné znalecké výroky. Preto nie je namieste rozoberať iné situácie ako tú, ktorá nastala v konaní vo veci samej, ani ich právne posúdenie podľa práva Spoločenstva.

85. Vnútroštátny príkaz, ktorý je predmetom konania a ktorý prikazuje dodržať predpisy o tvorbe vôle v situácii, aká vznikla v konaní vo veci samej, nie je v rozpore s príkazom rýchlej a účinnej právnej ochrany.

86. Na druhú otázku treba preto odpovedať, že odpoveď na prvú prejudiciálnu by nebola odlišná, ak by členovia združenia *ad hoc* žalovali síce všetci spolu, ale žaloba jedného jej člena by bola neprípustná.

16 — Už citovaný v poznámke pod čiarou 12.

17 — Rozsudok z 12. decembra 2002, Universale-Bau a i., C-470/99, Zb. s. I-11617.

V — Návrh

87. S ohľadom na vyššie uvedené navrhujem Súdnemu dvoru, aby na prejudiciálne otázky odpovedal takto:

1. Článok 1 smernice 89/665/EHS Rady 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 sa má vykladať v tom zmysle, že neodporuje vnútroštátnej úprave, ktorá

   — členom združenia *ad hoc*, ktoré nemá právnu subjektivitu a ktoré sa ako také zúčastnilo postupu verejného obstarávania a nebola s ním uzavretá zmluva, ukladá povinnosť, aby pri podaní návrhu proti rozhodnutiu o uzavretí uvedenej zmluvy konali všetci spoločne, a to buď ako spoločníci, alebo vo vlastnom mene,

   — jednotlivému členovi takéhoto združenia *ad hoc* neumožňuje ako jednotlivcovi podať návrh na preskúmanie rozhodnutia o uzatvorení zmluvy ani ako spoločníkovi, ani vo vlastnom mene.

   To platí za predpokladu, že táto vnútroštátna úprava neznemožňuje alebo nadbytočne nezaťažuje použitie práva Spoločenstva. Týmto zásadám je v každom prípade vyhovené, ak vnútroštátna úprava dovoľuje odlišné riešenie členom skupiny zhotoviteľov.

2. Odpoveď na otázku by nebola odlišná, ak by členovia združenia *ad hoc* žalovali síce všetci spolu, ale žaloba jedného jej člena by bola podľa vnútroštátneho práva neprípustná.