

STANOVISKO GENERÁLNÍ ADVOKÁTKY

CHRISTINE STIX-HACKL

přednesené dne 16. prosince 2004¹

I – Úvod

II – Právní rámec

A – Právní úprava Společenství

2. Článek 1 odst. 1 zní:

1. Toto řízení o předběžné otázce se týká právního problému přezkoumatelnosti zrušení zadávacího řízení. Otázkou konkrétně je, zda 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 práce² (dále jen „Směrnice“) zavazuje členské státy k zakotvení možnosti neplatnosti též pro zrušení řízení nebo přinejmenším pro rozhodnutí zadavatele přistoupit ke zrušení.

„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, mohou být rozhodnutí zadavatelů přezkoumána účinně a co možná nejdříve podle ustanovení dalších článků, zejména čl. 2 odst. 7, pokud taková rozhodnutí porušila právní předpisy Společenství upravující zadávání veřejných zakázek nebo vnitrostátní předpisy, které je provádějí.“

3. Článek 2 odst. 1, který uvádí opatření přijímaná členskými státy pro možnosti přezkumu, uvádí zejména:

1 — Původní jazyk: němčina.

2 — Úř. věst. L 395, s. 33; Zvl. vyd. 06/01, s. 246.

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

rozdlišuje mezi rozhodnutími, která lze napadnout odděleně, a těmi, která takto napadnout nelze. Rozhodnutí, která nelze napadnout odděleně, lze napadnout pouze společně s následujícími, odděleně napadnutelnými rozhodnutími.

[...]

- 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;

5. Podle čl. 20 odst. 13 písm. a) bodu aa) BVergG jsou odděleně napadnutelnými rozhodnutími ve veřejném nabídkovém řízení: vyhlášení nabídkového řízení, rozličná zjištění provedená během lhůty pro podání nabídek a rozhodnutí o zadání zakázky. Z toho vyplývá, že zrušení vyhlášení veřejné zakázky po otevření nabídek tedy není rozhodnutím, které lze napadnout odděleně.

[...]“

B – Vnitrostátní právní předpisy

4. Systém přezkumného řízení podle Bundesvergabegesetz 2002³ (dále jen „BVergG“)

6. Ustanovení článku 105 upravuje zrušení po uplynutí lhůty pro podávání nabídek. Podle jeho odstavce 2 může zadavatel ze závažných věcných důvodů přistoupit ke zrušení. Zrušení pouze za účelem umožnění nové výzvy k účasti v soutěži pro snížení nabídkové ceny není objektivně odůvodněné.

³ – BGBl I, č. 99/2002.

7. Podle čl. 162 odst. 2 bodu 2 BVergG je Bundesvergabeamt (dále jen „BVA“) až do zadání zakázky příslušný prohlásit za neplatná protiprávní rozhodnutí zadavatele, z důvodů, kterých se dovolává navrhovatel, a za tímto účelem ukončit porušování spolkového zákona a jeho prováděcích vyhlášek.

BVA po zrušení vyhlášení veřejné zakázky (pouze) příslušný k určení, zda zrušení bylo protiprávní v důsledku porušení tohoto spolkového zákona. Takové rozhodnutí BVA je předpokladem pro uplatnění náhrady škody podniky vůči zadavateli z titulu protiprávnosti zrušení vyhlášení veřejné zakázky.

8. Podle čl. 166 odst. 2 bodu 1 BVergG je žaloba nepřipustná, pokud nesměřuje proti rozhodnutí, které lze napadnout odděleně.

III – Skutkový stav, původní řízení a předběžné otázky

9. Podle předkládajícího soudu nelze v projednávaném případě podat žalobu proti případné protiprávnosti zrušení vyhlášení veřejné zakázky po otevření nabídek podle systému BVergG, ve spojení s pozdějším rozhodnutím, které lze napadnout odděleně, protože zrušením je zadávací řízení ukončeno a zadavatel nepřijímá v této věci žádné další rozhodnutí.

11. Oznámením ze dne 26. září 2003 zahájila Bundesimmobiliengesellschaft mbH (dále jen „BIG“) otevřené zadávací řízení pro činnosti „demoliční práce“ v rámci „novostavby školy a 3 tělocvičen, Akademické gymnázium, Angerzellgasse 14, 6020 Innsbruck“ (dále jen „první zadávací řízení“).

10. Podle předkládajícího soudu systém zakotvený v BVergG neumožňuje přezkum, a, případně zrušení, v rámci žaloby, zrušení vyhlášení veřejné zakázky ve veřejném nabídkovém řízení. Podle systematiky BVergG je

12. Společnost BIG, jejímž stoprocentním společníkem je spolkový stát, byla založena zejména za účelem správy státních staveb a nemovitostí. K předmětu podnikání patří mj.: poskytování prostor pro spolkové účely,

samostatně nebo společně s třetími osobami, a za tímto účelem, se zvláštním ohledem na potřeby spolkového státu, zejména nabývání, užívání, správa, pronájem a prodej nemovitostí a prostorů, zřizování a údržba staveb, centrální služby správy budov a provádění ostatních pomocných a vedlejších činností souvisejících s předmětem podnikání, s vyloučením všech operací podléhajících ustanovením zákona o úvěrech (Kreditwesengesetz).

vacím řízení bez předchozího vyhlášení zakázky na demoliční práce (tělocvična Angerzellgasse) u stavebního projektu „Výstavba školy s družinou a třemi podzemními tělocvičnami“ (dále jen „druhé zadávací řízení“). Společnost Koppensteiner podala nabídku rovněž v tomto druhém řízení. V obou případech byla předmětem zadávacího řízení stejná plnění, přičemž však v druhém zadávacím řízení bylo navíc v oznámení zadávacího řízení uvedeno, že „hrubé oddělení jednotlivých materiálových frakcí je možné přímo na místě“. V tomto druhém řízení byla hodnota zakázky týkající se těchto činností pro příště stanovena ve výši 90 000 eur.

13. První zadávací řízení se týká stavebních prací, jejichž odhadovaná hodnota činí 8 600 000 eur. Odhadovaná hodnota prací části „demoliční práce“, která je předmětem tohoto řízení, činí 95 000 eur.

14. Dopisem ze dne 29. září 2003 BIG sdělila mimo jiné společnosti Koppensteiner GmbH (dále jen „Koppensteiner“), že vyhlášení veřejné zakázky se po uplynutí lhůty pro podání nabídek zrušuje ze závažných důvodů ve smyslu článku 105 BVergG.

16. Dne 13. listopadu 2003 podala společnost Koppensteiner návrh, kterým požadovala, v případě prvního zadávacího řízení, aby bylo zrušeno rozhodnutí o zrušení vyhlášení veřejné zakázky a zákaz vyhlášení veřejné zakázky v novém zadávacím řízení, jakož i, podpůrně, shledání protiprávnosti zrušení. K druhému zadávacímu řízení podala společnost Koppensteiner mimo jiné návrh na zrušení tohoto řízení.

15. Dne 6. listopadu 2003 BIG telefonicky přizvala Koppensteiner k účasti na vyjednávání.

17. Rozhodnutím BVA ze dne 20. listopadu 2003 bylo BIG zakázáno po dobu přezkumného řízení, ale nejpozději do 13. ledna 2004, otevírat nabídky podané v rámci druhého zadávacího řízení.

18. Jak vyplývá ze spisů, společnost BIG dne 28. ledna 2004 zadala zakázku v rámci druhého zadávacího řízení jinému podniku. Demoliční práce jím už byly také provedeny.

21. Dále společnost Koppensteiner tvrdila, že „při analogickém použití čl. 100 odst. 2 BVergG a tam upravené suspenzivní lhůty musí mít uchazeč možnost napadnout rozhodnutí o zrušení analogickým způsobem jako podle ustanovení týkajících se rozhodnutí o zadání zakázky“. Rozhodnutí o zrušení je nutně vykládat analogicky jako rozhodnutí o zadání, protože se jedná o rozhodnutí zadavatele nezadat zakázku žádnému z uchazečů.

19. BIG u BVA coby důvod pro zrušení uplatňuje, že veškeré nabídkové ceny navzdory pečlivému odhadu hodnoty zakázky podstatně přesahovaly odhadovanou hodnotu prací. Odhadovaná hodnota prací části „demoliční práce“ obnášela při prvním zadávacím řízení 95 000 eur a při druhém zadávacím řízení 90 000 eur. Nejlevnější nabídka při prvním zadávacím řízení činila 304 150 eur, a byla tak podstatně vyšší.

22. Dne 12. ledna 2004 předložil BVA Soudnímu dvoru následující předběžné otázky:

„1. Jsou článek 1 ve spojení s čl. 2 odst. 1 písm. b) směrnice 89/665 [...] natolik bezpodmínečné a přesné, aby se o ně mohl jednotlivec opírat přímo před vnitrostátními soudy v případě zrušení vyhlášení veřejné zakázky po otevření nabídek a mohl proti tomuto zrušení navrhnout přezkumné řízení?

20. Koppensteiner zejména uplatnil, že v souladu s rozsudkem Soudního dvora ve věci *Hospital Ingenieure*, „rozhodnutí zadavatele o zrušení vyhlášení veřejné zakázky [...] musí být] předmětem přezkumného řízení a musí být případně zrušeno z důvodu porušení práva Společenství v oblasti veřejných zakázek“⁴.

2. Pokud je odpověď na první otázku negativní: je třeba článek 1 ve spojení s čl. 2 odst. 1 písm. b) směrnice 89/665 [...] vykládat tak, že členské státy mají

4 — Viz k tomu výrok rozsudku ze dne 18. června 2002, C-92/00, *Recueil*, s. I-5553.

povinnost zahájit ve všech případech, proti rozhodnutí zadavatele o zrušení vyhlášení veřejné zakázky předcházejícímu samotnému zrušení, před zadáním zakázky (příčemž rozhodnutí o zrušení je postaveno na roveň rozhodnutí o zadání zakázky), přezkumné řízení, prostřednictvím kterého mohou procesní subjekty, nezávisle na možnosti požadovat po zrušení náhradu škody, dosáhnout zrušení rozhodnutí, jelikož jsou pro to splněny podmínky?“

24. Soudní dvůr v ustálené judikatuře rozhodl, že musí odmítnout rozhodnout o předběžné otázce, pokud je zjevné, že žádaný výklad práva Společenství nemá žádný vztah k realitě nebo předmětu sporu v původním řízení, nebo jestliže se jedná o hypotetický problém, nebo pokud nemá skutkové nebo právní údaje, které jsou pro správnou odpověď na předběžné otázky nezbytné⁵.

IV – Přípustnost

25. Je jednak třeba poznamenat, že předkládající soud uvedl Soudnímu dvoru všechny nutné údaje, které potřebuje pro účelnou odpověď na položené otázky.

23. Společnost BIG a rakouská vláda zpochybnily přípustnost druhé, popř. obou předběžných otázek. Podle názoru rakouské vlády je nemožné prohlásit zrušení za neplatné, protože nové zadání v tomto zadávacím řízení není právně a fakticky možné. Po zadání zakázky již BVA není příslušný ke zrušení rozhodnutí o zrušení, ale již jen k určení protiprávnosti zrušení. Společnost BIG odůvodňuje nepřipustnost druhé předběžné otázky vztahující se k rozhodnutí, jehož úmyslem je zrušení vyhlášení veřejné zakázky, tím, že takové rozhodnutí v původním řízení již není možné.

26. Kromě toho je třeba prověřit, zda otázky předkládajícího soudu jsou stále podstatné pro rozhodnutí přijímané v původním řízení, poté co druhé zadávací řízení bylo ukončeno zadáním zakázky.

⁵ — Viz k tomu rozsudky ze dne 13. března 2001, *PreussenElektra*, C-379/98, Recueil, s. I-2099, bod 39; ze dne 22. ledna 2002, *Canal Satélite Digital*, C-390/99, Recueil, s. I-607, bod 19, a ze dne 27. února 2003, *Adolf Truley*, C-373/03, Recueil, s. I-1931, bod 22 a násl.

27. Otázkou tedy je, zda se tím změnil předmět původního sporu, a tím se také staly nepřípustnými předběžné otázky, které se vztahují ke zrušení, a nikoliv k jiným návrhům původního řízení.

30. Právní věci Siemens by tedy odpovídala situace, kdy by zrušení napadené v původním řízení bylo mezitím zrušeno. Tak tomu však nesporně není.

28. Jak vyplývá z rozsudku v právní věci Siemens⁶, která se také týkala žádosti o rozhodnutí podané BVA, zohledňuje Soudní dvůr v rámci posouzení přípustnosti rozhodnutí o předběžných otázkách také vývoj po datu předkládacího rozhodnutí.

31. Na rozdíl od právní věci Siemens se však v tomto řízení neklade výslovně otázka právního posouzení nového vyhlášení veřejné zakázky nebo právních účinků smlouvy, která byla uzavřena v druhém zadávacím řízení.

29. V uvedeném řízení se jednalo o posouzení účinků rozhodnutí BVA, které bylo po podání žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce zrušeno ústavním soudem. Soudní dvůr došel k závěru, že předběžné otázky vztahující se na účinky tohoto rozhodnutí se staly jeho zrušením čistě hypotetickými. Otázku týkající se případné neplatnosti protiprávních zadávacích smluv ovšem Soudní dvůr považoval za přípustnou.

32. Předběžné otázky se vztahují na přezkoumatelnost zrušení a tím na první zadávací řízení. Proto nelze vycházet ze zásady, že výklad práva Společenství, o který se žádá, nemá žádný vztah k realitě nebo předmětu původního řízení nebo je hypotetické povahy, neboť posouzení legality zrušení, které je předmětem původního řízení, se týká prvního zadávacího řízení, a nikoliv druhého zadávacího řízení. Konkrétněji, pouze druhé řízení se dotýká zadání zakázky. Tomuto formálnímu pohledu, tzn. oddělenému posouzení obou zadávacích řízení, je nutné dát přednost přinejmenším v rámci posuzování přípustnosti.

6 — Rozsudek ze dne 18. března 2004, C-314/01, Recueil, s. I-2549, bod 38 a násl.

33. Ostatně nelze vyloučit, že smlouva uzavřená v návaznosti na druhé zadávací řízení je neplatná kvůli protiprávním úkonům, kterých se případně dopustil zadavatel.

musí učinit. To by se týkalo například otázky, zda v určitých případech, za předpokladu takzvaného „zdánlivého zrušení“, přece jen neexistuje závazek ukončit zadávací řízení zadáním zakázky.

34. Předběžné otázky se tedy ještě vztahují k předmětu původního právního sporu i po změně skutkového stavu, na kterém se zakládají.

37. Konečně by předběžné otázky byly nepřipustné tehdy, pokud by se vztahovaly na část zadávacího řízení, která není předmětem právního sporu, kterým se zabýval předkládající soud⁷, nebo by se vůbec týkaly jiného zadávacího řízení. Tak tomu ale rovněž není.

35. Navíc nelze vyloučit ani to, že odpověď na předběžné otázky má význam i s ohledem na posouzení legality druhého zadávacího řízení. I kdyby to nevyplývalo z vnitrostátního práva, mohla by potřebná souvislost vyplynout z práva Společenství. Tak by mohlo mít zrušení rozhodnutí o zrušení, které je nutné podle směrnice, jiné následky než pouhé určení protiprávnosti zrušení. To zde však není nutné blíže zkoumat.

38. Předkládající soud vysvětlil, jaké důvody jej přiměly k úvaze, že odpověď na předběžné otázky je nutná, aby mu umožnila rozhodnout v právním sporu, který je u něj veden.

36. Na doplnění je nutné poznamenat, že otázka přezkoumatelnosti zrušení se klade nezávisle na tom, co zadavatel po případném prohlášení zrušení za neplatné (zrušení rozhodnutí o zrušení a podobně) smí nebo

39. Je zde tedy dostatek důvodů k tomu, aby odpověď na předběžné otázky byla nutná pro rozhodnutí sporu v původním řízení.

⁷ — K takové skutkové situaci viz rozsudek ze dne 16. října 2003, Traunfellner, C-421/01, Recueil, s. I-11941, bod 38.

40. Proto je nutné považovat předběžné otázky za přípustné.

V – K obsahu předběžných otázek

A – Úvodní poznámky

41. Obě předběžné otázky se týkají zrušení vyhlášení veřejné zakázky zadavatelem a s tím souvisejících aspektů právní ochrany před vnitrostátními přezkumnými orgány. V podstatě se jedná o otázku, zda směrnice zavazuje členské státy k tomu, aby zajistily možnost prohlášení zrušení za neplatné.

42. Zatímco se první předběžná otázka vztahuje k případné přímé použitelnosti článku 1 ve spojení s čl. 2 odst. 1 písm. b) směrnice, předmětem druhé předběžné otázky je výklad těchto ustanovení.

43. Jak Komise správně uvádí, je zásadně nutné odpovědět na otázku výkladu ustanov-

ení směrnice v souladu s právem Společenství ještě před otázkou její přímé použitelnosti. Druhá předběžná otázka se vztahuje na možnost zrušení rozhodnutí směřujícího ke zrušení vyhlášení veřejné zakázky. Tato předběžná otázka sice podle svého znění předpokládá, že takové rozhodnutí ve vnitrostátním právu vůbec existuje, avšak z rozhodnutí o postoupení vyplývá, že otázka směřuje k tomu, zda směrnice zavazuje členské státy k tomu, aby pro případ, že vnitrostátní právo samo nedává možnost zrušení rozhodnutí o zrušení, přinejmenším takové rozhodnutí a možnost jeho zrušení zajistily.

44. Přesnější analýza předběžných otázek ve světle vysvětlení předkládacího rozhodnutí však ukazuje, že první předběžná otázka se týká možnosti zrušit samotné rozhodnutí o zrušení, naproti tomu druhá předběžná otázka se týká možností alternativní právní úpravy vnitrostátními předpisy.

45. V tomto kontextu je třeba zkoumat obě předběžné otázky odděleně podle následujících hledisek: zrušitelnost rozhodnutí o zrušení samotného; v případě nezrušitelnosti rozhodnutí o zrušení povinnost upravit rozhodnutí směřující ke zrušení vyhlášení

veřejné zakázky; výklad v souladu s právem Společenství a přímou použitelnost příslušných ustanovení směrnice.

B – K obsahu čl. 2 odst. 1 směrnice

46. Nejprve je tedy třeba se zabývat otázkou, zda směrnice zavazuje členské státy, aby stanovily rovněž možnost prohlášení neplatnosti obecně i pro zrušení vyhlášení veřejné zakázky, tzn. zrušitelnost vnitrostátními přezkumnými orgány.

47. Při odpovědi je nutné vycházet z obecné zásady judikatury, podle které směrnice směřuje „k posílení existujících mechanismů pro zajištění efektivního uplatnění předpisů Společenství o zadávání veřejných zakázek především ve stadiu, kdy porušení mohou být ještě napravena“⁸.

48. Ohledně zrušitelnosti je nutné vycházet zejména z rozsudku Soudního dvora ve věci

Hospital Ingenieure⁹. Tento judikát se vykládá různě. Soudní dvůr v něm sice výslovně kvalifikoval také rozhodnutí o zrušení jako rozhodnutí, které podléhá směrnicí, avšak tento rozsudek je nicméně někdy vykládán tak, že je sice nutné zajistit přezkoumatelnost takového rozhodnutí, avšak ve výsledku stačí určení protiprávnosti a není nutné navíc zajistit zrušitelnost. Tento restriktivní výklad se zdůvodňuje tím, že rozhodnutí Soudního dvora je nutné vidět v kontextu vnitrostátního právního stavu platného v dané právní věci. Tato právní situace nedala přezkumným orgánům pravomoc k určení protiprávnosti ani pravomoc k prohlášení zrušení za neplatné.

49. Jak ukazují příslušné pasáže rozsudku, a to body 48 až 54, Soudní dvůr však svůj závěr na rozdíl od jiných rozsudků¹⁰ odůvodnil právě nikoliv odkazem na konkrétní vnitrostátní právní situaci.

8 — Rozsudky ze dne 24. června 2004, Komise v. Rakousko, C-212/02, dosud nezveřejněný ve Sbírce rozhodnutí, bod 20, a ze dne 11. srpna 1995, Komise v. Německo, C-433/93, Recueil, s. I-2303, bod 23.

9 — Rozsudek uvedený v poznámce 4 výše.

10 — Viz například jen rozsudek ze dne 27. února 2003 ve věci Santex, C-327/00, Recueil, s. I-1877.

50. Naopak Soudní dvůr formuloval rozsudek ve věci *Hospital Ingenieure* abstraktně a obecně. Tím lze uvedené výklady zevšeobecniť potud, nakoľik z nich lze dovodiť obecně použitelné zásady.

i rozsah „rozhodnutí“ zadavatele upravený oběma ustanoveními. I kdyby tedy Soudní dvůr vykládal pojem „rozhodnutí“ jen ve smyslu čl. 1 odst. 1, mělo by se to projevit na výkladu čl. 2 odst. 1.

51. V projednávaném případě je tak třeba stanovit, zda směrnice zakotvuje nejenom povinnost určení protiprávnosti, která existuje i ve vnitrostátním právu, ale i povinnost zrušitelnosti rozhodnutí o zrušení, tzn. zavazuje členské státy k tomu, aby zajistily možnost prohlásit zrušení za neplatné.

54. Jak však zřetelně vyplývá z bodu 49 rozsudku ve věci *Hospital Ingenieure*, Soudní dvůr výslovně odkázal i na čl. 2 odst. 1 písm. b) a zjistil, že „čl. 1 odst. 1 této směrnice neurčuje žádné omezení, pokud jde o povahu a obsah tam uvedených rozhodnutí. Takové omezení navíc nelze zjistit ze znění čl. 2 odst. 1 písm. b) předmětné směrnice.“

52. Odpověď na tuto otázku souvisí s vykládanými a aplikovanými ustanoveními směrnice. Zatímco její čl. 1 odst. 1 stanovuje věcný dosah ohledně rozhodnutí zadavatele upravených směrnicí, čl. 2 odst. 1 upravuje možnosti právní ochrany zajišťované členskými státy.

53. Oba předpisy přitom vycházejí z pojmu „rozhodnutí“. Na článek 2 je přitom nutné pohlížet jako na konkretizaci mnohem obecnějšího ustanovení článku 1. Protože článek 2 navazuje na článek 1, měl by se kryt

55. Kromě toho Soudní dvůr v bodu 55 tohoto rozsudku výslovně odkázal na zrušitelnost rozhodnutí o zrušení. To, že Soudní dvůr před zrušitelností klade „případně“, odpovídá jen ustanovením směrnice a nesmí se chybně chápat jako omezení. Přezkoumání rozhodnutí zadavatele nemusí totiž nutně vést k jeho zrušení, pouze pokud jsou k tomu splněny podmínky. Možnost zrušení je však nutné zajistit obecně.

56. Dále z rozsudku Soudního dvora v právní věci GAT¹¹ vyplývá, že mezi přezkumná řízení, jejichž zavedení směrnice členským státům předepisuje, patří řízení uvedená v čl. 2 odst. 1.

57. Je tedy nutné vycházet z širokého výkladu jak pojmu „rozhodnutí“ ve smyslu čl. 1 odst. 1, tak i pojmu „rozhodnutí“ ve smyslu čl. 2 odst. 1 písm. b) směrnice.

58. Zrušení tak spadá jak pod rozhodnutí podléhající směrnici obecně, tak i pod rozhodnutí, ohledně nichž jsou členské státy povinny zajistit možnost zrušení.

59. Nyní by bylo nutné prověřit, zda směrnice nedává členským státům možnost zakotvit vyloučení některých rozhodnutí z možnosti jejich zrušení. Na první pohled pro to hovoří rozsudek v řízení o nesplnění

povinnosti Španělským královstvím¹², v němž Soudní dvůr prohlásil za přípustnou zvláštní formu omezení možnosti zrušit určitá rozhodnutí v zadávacím řízení.

60. Z tohoto rozsudku lze ovšem také odvodit obecnou zásadu, že „přezkumná řízení [podle článku 1 směrnice] musí být zaprvé účinná a probíhat co nejrychleji, a zadruhé musí být dostupná každé osobě, která má nebo měla zájem na získání určité veřejné zakázky, a které v důsledku domnělého protiprávního jednání vznikla nebo jí hrozí škoda“¹³.

61. Také zásada, podle které je účelem směrnice ochrana podnikatelů, kteří mají určitý zájem¹⁴, hovoří pro výklad příznivý pro právní ochranu. To ukazují právě okolnosti právního sporu, jenž je základem pro toto řízení o předběžné otázce.

62. K právní věci týkající se španělského systému právní ochrany je třeba nejprve

12 — Rozsudek ze dne 15. května 2003, Komise v. Španělsko, C-214/00, Recueil, s. I-4667.

13 — Tamtéž, bod 78.

14 — Rozsudek Komise v. Rakousko (výše uvedený v pozn. č. 8), bod 24.

11 — Rozsudek ze dne 19. června 2003, GAT, C-315/01, Recueil, s. I-6351, bod 53, týkající se možnosti přiznání náhrady škody.

poznamenat, že Soudní dvůr zamítl žalobní důvod Komise především proto, že Komise nepředložila důkaz potřebný v přímých žalobách¹⁵.

nedostatek zrušitelnosti odnímá uchazečům možnost podávat žaloby na náhradu škody, vyvozuje závěr, že postačuje omezení na poskytnutí náhrady škody a není nutné zajistit také možnost prohlášení neplatnosti.

63. Dále je nutné zdůraznit, že pro Soudní dvůr bylo v této právní věci rozhodující, „že španělská úprava umožňuje dotčené osobě nejen napadnout konečné úkony, ale i procesní úkony, pokud přímo nebo nepřímo obsahují rozhodnutí ve věci, znemožňují pokračování řízení nebo znemožňují obhajobu nebo jsou nevratně na újmu nárokům nebo oprávněným zájmům“¹⁶.

66. K tomu je nutné odkázat na zásadu vyjádřenou také ve věci *Hospital Ingenieure*, podle které nelze rozsah soudního přezkumu vykládat restriktivně¹⁷.

64. Právě to ale v tomto případě vnitrostátní právo použitelné v původním řízení nedovoluje.

67. V tomto kontextu by bylo nutné pohlížet na vyloučení možnosti zrušit rozhodnutí o zrušení a na omezení na náhradu škody jako na výjimku z obecného pravidla, podle kterého je nutné zajistit ohledně rozhodnutí zadavatelů všechny možnosti stanovené v čl. 2 odst. 1 směrnice.

65. Rozsudek Soudního dvora v právní věci *Hospital Ingenieure* se ale někdy vykládá restriktivním způsobem ještě v jiné souvislosti. Z upozornění Soudního dvora, že

68. Takové omezení pravomocí přezkumných orgánů ale směrnice stanoví výslovně jen v čl. 2 odst. 6. Podle tohoto ustanovení

15 — Rozsudek Komise v. Španělsko (výše uvedený v pozn. č. 12), bod 80.

16 — Tamtéž, bod 79.

17 — Rozsudek výše uvedený v pozn. č. 4, bod 61.

mohou být tyto pravomoci *po uzavření smlouvy* v návaznosti na zadání zakázky omezeny na přiznání náhrady škody.

směrnice členskými státy, zejména – potřebného nebo přinejmenším přípustného – rozdělení zrušení na rozhodnutí s úmyslem zrušit vyhlášení veřejné zakázky a na samotný úkon zrušení, který pak již nemusí být sám o sobě napadnutelný.

69. Pro jiné případy ovšem směrnice žádné omezení na náhradu škody nepředpokládá.

72. Takto naznačená problematika odpovídá, přinejmenším na vyšší úrovni abstrakce, možnosti napadnout rozhodnutí o zadání zakázky požadované Soudním dvorem ve věci Alcatel¹⁸.

70. Z toho vyplývá, že omezení na náhradu škody určené výslovně jen pro případ uzavření smlouvy po zadání zakázky nelze přenést na případ zrušení. Sice i zrušení vede k ukončení zadávacího řízení, avšak za vyloučením zrušení a omezením na náhradu škody ve shora uvedeném případě stojí zásada, že jednou uzavřené smlouvy nelze rušit. Toto odůvodnění ale nelze v projednávaném případě z důvodu neexistence smlouvy použít.

73. Mezi zrušením řízení a zadáním zakázky skutečně existuje určitá souběžnost, jelikož oba akty ukončují zadávací řízení.

C – K provedení požadavků směrnice

71. Druhá předběžná otázka se týká v podstatě aspektu provedení požadavků

74. Z rozsudku Soudního dvora v právní věci Alcatel je úvodem možné vyvodit pravidlo, podle kterého je třeba stanovit akt, „o kterém se účastníci mohou dozvědět a který by bylo možné v rámci přezkumu zrušit“¹⁹.

18 — Rozsudek ze dne 28. října 1999, C-81/98, Alcatel a další, Recueil, s. I-7671.

19 — Tamtéž, bod 48.

75. Ať už má být napadnutelné kterékoliv rozhodnutí zadavatele, účinná právní ochrana v každém případě předpokládá navenek patrný akt zadavatele.

79. Zobecnování rozsudku v právní věci Alcatel má však meze. Nelze tak přenést všechna zjištění Soudního dvora ve věci Alcatel na všechny ostatní situace. To ale ještě neznamená, že tím jsou pro jiné situace předem nepřijatelná podobná řešení, která jsou přípustná v případech zadání zakázky.

76. Ohledně rozdělení na rozhodnutí o úmyslu příslušný akt uskutečnit, které aktu předchází, a na akt samotný, je nutné odkázat na to, že takové rozdělení si lze zásadně představit u každého aktu zadavatele. Tak by mohlo i vyřazení nabídek předcházet rozhodnutí, ve kterém zadavatel sděluje svůj názor, že nabídku vyřazuje.

80. To, že rozdělení postačuje přinejmenším v případě zadání zakázky, potvrdil Soudní dvůr v řízení o nesplnění povinnosti Rakouskem. Podle něj tak stačí oznámení o zadání zakázky s následnou čekací nebo suspenzivní lhůtou. Druhý případ má uchazečům umožnit podat opravný prostředek²⁰.

77. V projednávaném případě je nicméně třeba nezávisle na otázce významu nebo legality takového zdvojení pouze vyjasnit, zda je rozdělení ohledně zrušení postačující.

78. Podle názoru Komise musí být rozhodnutí o zrušení, tzn. zrušení samotné, napadnutelné, a rozdělení požadavků směrnice nedostačuje. Tuto tezi vyvozuje Komise z toho, že právní věc Alcatel se týkala zadání zakázky a s tím souvisejícího uzavření smlouvy. V případě zrušení však k žádnému uzavření smlouvy nedojde.

81. V každém případě nelze z odůvodnění tohoto rozsudku, jakož i z ostatní judikatury Soudního dvora ke směrnici odvodit, že rozdělení by v jiných případech než u zadání zakázky bylo v rozporu s právem Společenství. Podstatným zůstává i zde dosažení hlavních cílů směrnice: účinnost a rychlost právní ochrany. Ale právně posledně uvedeného cíle by mohlo být snadněji dosaženo na základě možnosti napadnout rozhodnutí předcházející vlastnímu zrušení.

20 — Rozsudek Komise v. Rakousko (výše uvedený v pozn. č. 8), bod 21 a násl.

82. Při vhodném strukturování rozdělení může vnitrostátní zákonodárce tedy trvat na nezrušitelnosti aktu zrušení. Takové řešení však musí odpovídat požadavkům směrnice a ostatního práva Společenství.

83. K podmínkám pro rozhodnutí s úmyslem zrušit vyhlášení veřejné zakázky patří zejména oznámení rozhodnutí těm uchazečům, kteří jsou v případě zrušení po otevření nabídek známi, a přiměřená čekací lhůta.

84. Pro úplnost odkazují na změny týkající se zrušení, které vyplývají z takzvaného legislativního balíčku. Nové směrnice o zadávání veřejných zakázek totiž předpokládají, že při upuštění od udělení zakázky je nutné informovat i bez odpovídající žádosti²¹.

85. Závěrem je ještě nutné upozornit na to, že účinky zrušení rozhodnutí o zrušení, tzn. právní dopady na zrušené nebo dokonce později provedené zadávací řízení, nejsou

předmětem předběžných otázek, a proto tedy nemohou tak být z procesněprávních důvodů Soudním dvorem přezkoumány.

D – K výkladu v souladu s právem Společenství a k přímé použitelnosti

86. Jak to Soudní dvůr zdůrazňuje v ustálené judikatuře, předpisy vnitrostátního práva je třeba vykládat způsobem slučitelným se směrnicemi. To platí samozřejmě i pro výklad vnitrostátního práva v oblasti zadávání veřejných zakázek ve světle směrnice²².

87. Pokud by výklad vnitrostátního práva v souladu se směrnicí nebyl možný, je třeba přezkoumat, zda jsou příslušná ustanovení směrnice přímo použitelná. To předpokládá, že toto ustanovení je obsahově bezpodmínečné a dostatečně přesné.

88. V projednávaném případě se v první řadě jedná o čl. 2 odst. 1 písm. b) směrnice

21 — Článek 41 odst. 1 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES ze dne 31. března 2004 o koordinaci právních a správních předpisů týkajících se přezkumného řízení při zadávání veřejných zakázek na dodávky a stavební práce (Úř. věst. L 134, s. 114; Zvl. vyd. 06/07, s. 132) a čl. 49 odst. 1 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).

22 — Viz rozsudek Alcatel Austria a další, uvedený výše v poznámce č. 18, bod 49; ze dne 24. září 1998, Tăgel, C-76/97, Recueil, s. I-5357, bod 25, a Santex, uvedený výše v poznámce č. 10, bod 63.

a v něm upravenou možnost zrušit rozhodnutí zadavatele, mezi něž rovněž patří zrušení zadávacího řízení a související rozhodnutí.

k přezkumu za předpokladů uvedených v tomto ustanovení“²³. Při čtení této pasáže ve spojení s předchozím bodem, ve kterém se při nemožnosti výkladu v souladu s právem Společenství odkazuje na náhradu škody, by bylo možné z toho dovozovat odmítnutí přímé použitelnosti čl. 2 odst. 1 směrnice.

89. Proti přímé použitelnosti ustanovení směrnice by bylo možné namítat, že z judikatury Soudního dvora jasně vyplývá, že tato směrnice a zejména její čl. 2 odst. 1 nejsou přímo použitelné.

92. Podobně to platí pro rozsudek Soudního dvora v právní věci Tögel, který se výslovně týká otázky příslušnosti vnitrostátních orgánů pro celou kategorii zadávání zakázek. I v něm musel Soudní dvůr vyložit čl. 2 odst. 1 směrnice a rovněž zde neuznal přímou použitelnost tohoto ustanovení²⁴.

90. Proto před zkoumáním existence předpokladů pro přímou použitelnost je třeba přezkoumat tento názor ve světle příslušných rozsudků Soudního dvora.

93. Oběma rozsudkům je však společné, že je nutné je vidět v kontextu vnitrostátních problémů s příslušností, a podle mého názoru výslovně nevylučují obecně přímou použitelnost ustanovení směrnice použitelné v projednávaném případě. To omezuje dosah obou těchto rozsudků potud, že z nich nelze vyvodit obecný závěr o přímé použitelnosti.

91. Proti přímé použitelnosti čl. 2 odst. 1 by bylo možné úvodem uvést rozsudek v právní věci Alcatel. V něm Soudní dvůr rozhodl, že „čl. 2 odst. 1 písm. a) a b) směrnice 89/665 nelze vykládat tak, že přezkumné orgány členských států příslušné pro řízení o zadávání veřejných zakázek jsou bez ohledu na neexistenci rozhodnutí o zadání zakázky, jehož zrušení by bylo možné v rámci přezkumu navrhopvat, oprávněny

23 — Rozsudek výše uvedený v poznámce č. 18, bod 50.

24 — Rozsudek výše uvedený v poznámce č. 22, bod 21 a násl.

94. Naproti tomu v judikatuře týkající se směrnice použitelné v projednávaném případě lze najít, a to konkrétněji v rozsudku vydaném po právních věcech Alcatel a Tögel, i výslovné uznání přímé použitelnosti ustanovení směrnice, totiž jejího přednostního účinku.

95. Soudní dvůr v právní věci Santex pro případ, že není možné použití v souladu se směrnicí, rozhodl, že „vnitrostátní soud je povinen použít právo Společenství v plném rozsahu a chránit práva, která poskytuje jednotlivci, tím, že v případě nutnosti upustí od použití každého ustanovení, jehož použití by v konkrétním případě vedlo k výsledku, který je v rozporu s právem Společenství“²⁵

96. Konkrétněji, Soudní dvůr stanovil, že uchazečům je ponechána možnost uplatnit právní námitky proti rozhodnutím zadavatele z důvodu, že vnitrostátní soud upustí od použití určitých vnitrostátních procesních předpisů. Za všeobecný předpoklad vnitrostátního práva nelze považovat možnost odchýlit se od výše uvedených ustanovení.

97. Analýza judikatury ke směrnici tedy připouští závěr, že také čl. 2 odst. 1 písm. b) směrnice je přímo použitelný.

98. Obecné předpoklady pro přímou použitelnost ustanovení směrnice jsou splněny. Již znění čl. 2 odst. 1 písm. b) ukazuje, že tento předpis je dostatečně přesný. Také o obsahové bezpodmínečnosti nejsou pochybnosti.

99. To, že členské státy mají při úpravě vnitrostátních přezkumných řízení určitý volný prostor pro uvážení, nevylučuje přímou použitelnost čl. 2 odst. 1 směrnice, protože v něm obsažená pravidla je nutné považovat za minimální ochranu. Pokud je taková minimální ochrana určitelná, stačí to podle judikatury Soudního dvora²⁶ pro přímou použitelnost.

100. Požadavky článků 1 a 2 směrnice může předkládající soud splnit tak, že buď nepoužije vnitrostátní ustanovení o odděleně napadnutelných rozhodnutích, včetně ustanovení o přípustnosti přezkumu, nebo rozšíří seznam těchto rozhodnutí o zrušení.

25 -- Rozsudek výše uvedený v poznámce č. 10, bod 64.

26 -- Viz rozsudek ze dne 5. října 2004 ve spojených věcech Pfeiffer a další, C-397/01 až C-403/01, Sb. rozh. s. I-8835, bod 105.

VI – Závěry

101. Podle shora uvedeného navrhuji Soudnímu dvoru, aby na předběžné otázky odpověděl následovně:

„Článek 1 ve spojení s čl. 2 odst. 1 písm. b) 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 nutné vykládat tak, že členské státy jsou povinny umožnit, proti rozhodnutí zadavatele přistoupit ke zrušení vyhlášení veřejné zakázky, které předchází jeho samotnému zrušení, přezkumné řízení, prostřednictvím kterého může navrhovatel, nezávisle na možnosti požadovat po zrušení náhradu škody, dosáhnout zrušení rozhodnutí, pokud jsou pro to splněny podmínky.

Článek 2 odst. 1 písm. b) směrnice je tak bezpodmínečný a dostatečně přesný, že jednotlivec se o něj v případě zrušení vyhlášení veřejné zakázky po otevření nabídek může přímo opírat před vnitrostátními soudy a může proti tomuto zrušení navrhnout přezkumné řízení.“