STANOVISKO GENERÁLNÍHO ADVOKÁTA
JÁNA MAZÁKA
přednesené dne 22. září 2009 [1]

1. Komise projednávanou žalobou, podanou na základě článku 226 ES, žádá Soudní dvůr, aby určil, že Francouzská republika tím, že přijala a zachovala v platnosti články 73 a 74-IV Code des marchés publics [2] (dále jen „napadená ustanovení“) v rozsahu, v němž tato ustanovení stanoví postup zadávání tzv. *marchés de définition* [3], který veřejnému zadavateli umožňuje udělit následnou *marché d'exécution* (veřejnou zakázku na služby, dodávky nebo služby) jednomu z držitelů původních *marchés de définition*, aniž by byla znovu otevřena hospodářské soutěži nebo nanejvýše s jejím otevřením hospodářské soutěži omezené na tyto držitele, nesplnila povinnosti, které pro ni vyplývají z článků 2, 28 a 31 směrnice 2004/18/ES [4].

I – Právní rámec

A – *Právo Společenství*

2. Článek 2 směrnice, nazvaný „Zásady zadávání zakázek“, stanoví, že „veřejní zadavatelé jednají s hospodářskými subjekty na základě zásad rovnosti a zákazu diskriminace a postupují transparentním způsobem“.

3. Článek 28 směrnice, nazvaný „Použití otevřených, omezených a vyjednávacích řízení a soutěžního dialogu“, stanoví:

„Při zadávání svých veřejných zakázek veřejní zadavatelé použijí vnitrostátní řízení upravená pro účely této směrnice.

1 — Původní jazyk: angličtina.

2 — Zákon o veřejných zakázkách byl přijat dekretem č. 2006-975 ze dne 1. srpna 2006 (Úřední věstník Francouzské republiky č. 179 ze dne 4. srpna 2006, s. 11627) a vstoupil v platnost dne 1. září 2006 (dále jen „CMP z roku 2006“).

3 — Jedná se o veřejné zakázky na vypracování parametrů pro stavební práce, dodávky a služby, včetně jejich účelu, které se nazývají také „veřejné zakázky na návrhové řešení“ nebo „veřejné zakázky na vypracování projektu“. Podotýkám, že v projednávané věci je sporný pouze postup zadávání několika *marchés de définition* – použitelný v případech, ve kterých jsou splněny podmínky čl. 73 odst. 3 CMP z roku 2006 – a nikoliv postup zadávání jednoho *marché de définition*.

4 — 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) (dále jen „směrnice“ nebo „směrnice 2004/18“).

Zadávají tyto veřejné zakázky za použití otevřeného nebo omezeného řízení. Za zvláštních okolností, výslovně uvedených v článku 29, mohou veřejní zadavatelé zadat své veřejné zakázky prostřednictvím soutěžního dialogu. Ve zvláštních případech a za zvláštních okolností, výslovně uvedených v článcích 30 a 31, mohou použít vyjednávací řízení se zveřejněním oznámení o zakázce nebo bez něho."

4. Členské státy byly povinny uvést v účinnost právní a správní předpisy nezbytné pro dosažení souladu s touto směrnicí nejpozději do 31. ledna 2006.

B – *Vnitrostátní právo*

5. CMP z roku 2006, který vstoupil v platnost dne 1. září 2006, kromě jiného stanoví:

„Článek 73

Pokud veřejný zadavatel nemůže upřesnit cíle a náležitosti, které musí zakázka mít, postupy, které mají být použity, a vyžadované lidské a materiální zdroje, může použít *marchés de définition*.

Účelem takových zakázek je zjistit možnosti a podmínky pro následné zadání zakázky, v případě potřeby prostřednictvím modelu nebo simulátoru. Umožňují rovněž provést odhad cenové úrovně plnění, podmínky jejího určení, jakož i naplánovat různé fáze plnění.

V rámci jediného postupu je veřejná zakázka následující po několika *marchés de définition*, které mají stejný předmět a jsou udělovány současně, zadána po svém otevření hospodářské soutěži omezené na držitele původních *marchés de définition* v souladu s následujícími ustanoveními:

1 Oznámení o veřejné zakázce definuje předmět současně zadávaných *marchés de définition* a předmět následného *marché d'exécution*;

2 Oznámení o veřejné zakázce definuje kritéria pro výběr podaných žádostí

o účast. Tato kritéria zohledňují kapacity a schopnosti vyžadované od zájemců jak o *marchés de définition*, tak i o následný *marché d'exécution*;

3 Oznámení o veřejné zakázce stanoví kritéria výběru nabídek pro *marchés de définition* zadávaných současně a kritéria výběru nabídek pro následný *marché d'exécution*;

4 Objem plnění, který je třeba porovnat s prahovými hodnotami, zohledňuje náklady na vypracování projektových studií a odhadovanou výši realizační zakázky;

5 Počet *marchés de définition* zadávaných současně v rámci tohoto postupu nesmí být, za předpokladu dostatečného počtu zájemců, nižší než tři.

Zakázka se zadává nebo rámcová smlouva se uzavírá zadávací komisí pro územně správní celky nebo na základě stanoviska zadávací komise pro stát, veřejná zdravotnická zařízení a veřejná sociální nebo zdravotně-sociální zařízení."

„Článek 74

[…]

IV. V rámci jednoho postupu může být zakázka nebo rámcová dohoda o řízení projektu, která následuje po několika *marchés de définition* se stejným předmětem a zadaných současně, zadána nebo uzavřena po otevření hospodářské soutěži omezené na držitele původních *marchés de définition*, za podmínek stanovených v třetím odstavci čl. 73."

II – Řízení

6. Dne 18. října 2004 zaslala Komise Francouzské republice první výzvu dopisem a dne 12. prosince 2006 zaslala dodatečnou výzvu dopisem. Vzhledem k tomu, že Komise nebyla spokojena s odpověďmi Francouzské republiky, vydala dne 27. června 2007 odůvodněné stanovisko. Vzhledem k tomu, že Komise měla za to, že nesplnění povinnosti přetrvává a nebyla spokojena s odpověďmi, které obdržela, rozhodla se podat projednávanou žalobu. Ústní vyjádření obou účastnic řízení byla vyslechnuta na jednání, které se konalo dne 10. června 2009.

III – Posouzení

A – *Hlavní argumenty účastnic řízení*

7. Komise tvrdí, že Francie umožňuje zadání zakázek na základě vzájemné dohody nebo v omezené hospodářské soutěži v případech neupravených směrnicí. Podle názoru Komise je již pojmově nemožné, aby předmět a kritéria zadávání veřejné zakázky byly přesně známy v okamžiku, kdy projekt nebyl ještě vypracován a *marchés de définition* nebyly ještě uskutečněny. *Marché de définition* a *marché d'exécution* jsou dva zcela odlišné druhy veřejných zakázek a nemohou být zadány prostřednictvím jednoho postupu. Podle Komise nespadá postup zadávání *marchés de définition* ani pod soutěžní dialog ani pod rámcovou dohodu ve smyslu článků 29 a 30 směrnice a nelze jej posuzovat jako odvozený druh soutěžního dialogu.

8. Francouzská vláda tvrdí, že napadená ustanovení nejsou neslučitelná se směrnicí, která je pouze koordinační směrnicí. Podle ní je možné, aby předmět a kritéria následného *marché d'exécution* byly stanoveny od okamžiku zahájení *marchés de définition*. Francouzská vláda navíc tvrdí, že směrnice stanovila dva postupy, jejichž vlastnosti jsou obdobné vlastnostem francouzského postupu zadávání *marchés de définition* – rámcovou dohodu a soutěžní dialog. Zákonodárce Společenství tedy sám zavedl komplexní postupy, ve kterých jsou zakázky otevřené hospodářské soutěži ve dvou fázích, aniž by však jejich výčet byl vyčerpávající.

B – *Posouzení*

1. Obecné poznámky

9. Komise tvrdí, že francouzská právní úprava tím, že rozlišuje mezi *marchés de définition* a *marchés d'exécution* a za určitých okolností umožňuje zadání *marché d'exécution* jednomu z držitelů původních *marchés de définition*, aniž by tato zakázka byla opětovně otevřena hospodářské soutěži nebo přinejmenším s jejím otevřením hospodářské soutěži omezené pouze na tyto držitele, porušuje základní zásady rovnosti a transparentnosti zakotvené ve směrnici. Zde by mělo být poukázáno na to, že argument týkající se skutečnosti, že *marchés de définition* nejsou otevřeny hospodářské soutěži, se zjevně vztahuje na znění ustanovení v CMP z roku 2004 [5]. Proto budu mít za to, že argument Komise se vztahuje na zpochybňovaná ustanovení – tj. CMP z roku 2006, kterým měla být směrnice provedena do vnitrostátního práva – v tom smyslu, že tato ustanovení otevírají *marchés d'exécution* hospodářské soutěži omezené pouze na držitele původních *marchés de définition*, a to v situacích neupravených směrnicí.

5 — Zákon o veřejných zakázkách přijatý dekretem č. 2004-15 ze dne 7. ledna 2004 (Úřední věstník Francouzské republiky č. 6 ze dne 8. ledna 2004, s. 703) (dále jen „CMP 2004"), který byl nahrazen CMP z roku 2006.

2. K vyčerpávající povaze článku 28 směrnice

10. Účastnice řízení v tomto ohledu ve svých vyjádřeních dlouze diskutovaly, zda výčet postupů zadávání veřejných zakázek obsažený v článku 28 směrnice má, či nemá vyčerpávající povahu, jelikož *marchés de définition* jasně neupravuje.

11. Francouzská vláda zde tvrdí, že s ohledem na třetí bod odůvodnění směrnice a článek 28 nebylo cílem směrnice odstranění všech zvláštních vnitrostátních postupů. S odvoláním na rozhodnutí Soudního dvora ve věci CEI a Bellini [6], týkající se směrnice 71/305/EHS [7], francouzská vláda tvrdí, že „členské státy mají volnost při zachování nebo stanovení hmotněprávních a procesních pravidel v oblasti veřejných zakázek za podmínky, že dodrží veškerá relevantní ustanovení práva Společenství, zejména pak zákazy vyplývající ze zásad zakotvených ve Smlouvě v oblasti práva usazování a volného pohybu služeb“ [8].

12. Z názvu směrnice a druhého a třetího bodu odůvodnění směrnice skutečně celkem jasně vyplývá, že jejím cílem je koordinace vnitrostátních postupů zadávání veřejných zakázek. Nevytváří proto žádné jednotné a vyčerpávající právo Společenství v této oblasti. Z toho důvodu mají členské státy v rámci společných pravidel, která obsahuje, volnost při zachování nebo stanovení hmotněprávních a procesních pravidel v oblasti veřejných zakázek za podmínky, že dodrží veškerá relevantní ustanovení práva Společenství. Nicméně skutečnost, že směrnice nepřinesla úplnou harmonizaci pravidel upravujících postupy zadávání veřejných zakázek, neznamená, že některá její ustanovení nemají být chápána v tom smyslu, že určité oblasti upravují vyčerpávajícím způsobem.

13. Zaprvé stačí uvést, že francouzská vláda se nemůže dovolávat judikatury vyplývající z rozsudku ve věci CEI a Bellini, protože článek 28 směrnice 2004/18 se podstatným způsobem liší od článku 2 směrnice 71/305 – zákonodárce Společenství doplnil článek 28 směrnice o úplně nový druhý odstavec, který v projednávaném případě sehrává rozhodující roli.

14. Zadruhé, z určitých okolností přesvědčivě vyplývá, že výčet postupů, na které se odvolává článek 28 směrnice, je třeba považovat za vyčerpávající. Obecně znění tohoto odstavce nevykazuje žádné rysy, které lze pozorovat u toho, co se obvykle nazývá demonstrativním výčtem. Naopak tento odstavec neuvádí pouze dva standardní postupy, ale také dva

6 — Rozsudek ze dne 9. července 1987, 27/86 až 29/86, Recueil, s. 3347.

7 — Směrnice Rady 71/305/EHS ze dne 26. července 1971 o koordinaci postupů zadávání veřejných zakázek *(neoficiální překlad)* (Úř. věst. L 185, s. 5).

8 — Rozsudek CEI a Bellini, citovaný v poznámce pod čarou 6, bod 15. Viz rovněž rozsudek ze dne 20. září 1988, Beentjes, 31/87, Recueil, s. 4635, bod 20. Podle francouzské vlády byla tato judikatura převzata do směrnice 2004/18 zejména z toho důvodu, že druhý bod odůvodnění směrnice 71/305 se stal třetím bodem odůvodnění směrnice 2004/18 a článek 2 směrnice 71/305 se stal článkem 28 směrnice 2004/18.

zvláštní postupy, čímž neponechává prostor pro jiný druh doplnění výčtu postupů v rámci výkladu. Ani směrnice jako celek neobsahuje ustanovení, které by umožňovalo takové doplnění.

15. Jak vysvětlím níže, postup zadávání *marchés de définition* se zcela jasně odlišuje od postupů uvedených ve směrnici a nelze jej podřadit pod žádné ustanovení směrnice. Francouzská vláda ve skutečnosti ve své žalobní odpovědi a ve své duplice výslovně uznala, že *marchés de définition* nejsou upravené směrnicí.

16. Postupy, které upravuje směrnice, jsou následující. Z druhého odstavce čl. 28 jasně vyplývá, že zákonodárce Společenství stanovil dva postupy, které by měly být jako obecné pravidlo dodržovány veřejnými zadavateli. Jsou jimi otevřené a omezené řízení a lze je označit za standardní či obvyklé postupy. Dále lze soutěžní dialog považovat za zvláštní nebo výjimečný postup, jehož provádění a podmínky jsou upraveny v článku 29 směrnice [9]. Podobně vyjednávací řízení se zveřejněním oznámení o zakázce nebo bez něho lze považovat za zvláštní nebo výjimečné řízení za podmínek stanovených v článcích 30 a 31 směrnice [10].

17. Francouzská vláda nicméně tvrdí, že ve skutečnosti existují určitá zadávací řízení upravená směrnicí v kapitole V pod názvem „Řízení“, která nejsou uvedena v článku 28 směrnice. Francouzská vláda se odvolává na rámcové dohody, dynamické nákupní systémy a veřejné zakázky na stavební práce: zvláštní pravidla pro dotované programy bytové výstavby. Ty jsou v tomto pořadí upraveny v článcích 32, 33 a 34 směrnice.

18. V tomto ohledu zaprvé rámcové dohody a dynamické nákupní systémy tvoří zvláštní formy smluv nebo varianty existujících postupů. Nejsou odlišnými novými formami zadávacích řízení pro veřejné zakázky, které jsou jako takové upraveny článkem 28 směrnice. Ze znění čl. 32 odst. 2 a čl. 33 odst. 2 směrnice navíc vyplývá, že veřejní zadavatelé jsou povinni dodržovat procesní pravidla uvedená v článku 28 směrnice. Zadruhé, s ohledem na pravidla pro dotované programy bytové výstavby, název článku 34 jasně

9 — Viz Trepte, P.: Public procurement in the EU. A practitioner's Guide, 2. vydání, Oxford 2007, s. 427, poznámka pod čarou 187.

10 — Takový výklad potvrzují přípravné práce na směrnici (travaux préparatoires). V návrhu směrnice je za účelem odůvodnění znění článku 28 směrnice vysvětleno, že „byl doplněn druhý odstavec, který výslovně zakotvuje zásadu, že otevřené a omezené řízení jsou standardními postupy. Nový odstavec 3 [který byl posléze sloučen s odstavcem 2] upravuje výjimku spočívající v tom, že veřejní zadavatelé mohou použít vyjednávací řízení pouze ve zvláštních případech a za zvláštních podmínek, které jsou uvedeny v článcích 29, 30 a 31“ *(neoficiální překlad)*.

ukazuje, že se jedná o „zvláštní pravidla“, a nikoliv o procesní pravidla jako taková. Toto ustanovení tvoří naopak výjimku z ustanovení upravujících obecný postup. Samotná existence článku 34 směrnice a zvláštních pravidel, která tento článek stanoví, ve skutečnosti podporuje spíše stanovisko, že výčet zadávacích řízení v kapitole V směrnice má být považován za vyčerpávající.

19. V této souvislosti lze mimochodem poznamenat, že francouzská vláda také ve svých předložených vyjádřeních argumentuje podstatou a důvodem existence postupu pro zadávání *marchés de définition* zejména s ohledem na komplexní zakázky, ve kterých veřejní zadavatelé „nemohou upřesnit cíle a náležitosti, které musí zakázka mít, postupy, které mají být použity, a vyžadované […] zdroje“ [11]. Z přípravných prací na směrnici (*travaux préparatoires*) vyplývá, že zákonodárce Společenství si těchto problematických otázek byl vědom [12]. Zákonodárce Společenství v důsledku toho zahrnul mezi postupy zadávání veřejných zakázek nový postup ve formě soutěžního dialogu, ale nerozhodl se začlenit postup zadávání *marchés de définition* [13].

20. Francouzská vláda se krom toho snaží obhájit své stanovisko také tvrzením, že *marchés de définition* by měly být považovány za obdobné dvěma postupům stanoveným směrnicí – rámcové dohodě a soutěžnímu dialogu. Pokud jde o rámcovou dohodu, lze její otevření hospodářské soutěži rozdělit do dvou fází, přičemž ve druhé fázi je otevřena hospodářské soutěži omezené na úspěšné držitele první zakázky, která umožňuje blíže specifikovat podmínky druhé zakázky. Pokud jde o postup uvedený jako druhý, umožňuje postup zadávání *marchés de définition* veřejnému zadavateli stanovit podmínky zakázky, jejíž kritéria výběru již byla stanovena. Zákonodárce Společenství proto podle francouzské vlády zavedl komplexní postupy, ve kterých jsou zakázky otevřené hospodářské soutěži ve dvou fázích, aniž by však jejich výčet byl vyčerpávající.

21. Tato argumentace neobstojí. Stačí poukázat na to, že francouzská vláda nezpochybňuje, že postup zadávání *marchés de définition* nespadá ani pod soutěžní dialog ani pod rámcovou dohodu ve smyslu článků 29 a 32 směrnice. Soutěžní dialog a rámcová smlouva jsou formami zakázek, které podléhají zvláštním ustanovením. Zákonodárce Společenství uznal jejich zvláštnost a stanovil pravidla, která zaručují, že zásady uvedené v článku 2 směrnice budou zachovány.

22. Pokud by měl být výčet v článku 28 směrnice považován za vyčerpávající, francouzská vláda podpůrně tvrdí, že postup pro zadávání *marchés de définition* by měl být posuzován jako odvozený druh postupu soutěžního dialogu. Zdá se, že francouzská

11 — Viz článek 73 CMP z roku 2006.

12 — V návrhu směrnice se na straně 6 uvádí, že „v případě zvláštních komplexních zakázek […] si jsou odběratelé vědomi svých potřeb, ale nevědí dopředu, jaké […] nejlepší technické řešení uspokojí tyto potřeby. V takových případech je proto diskuze týkající se zakázky a dialog mezi odběrateli a zadavateli nezbytný. Standardní postupy stanovené směrnicemi upravujícími veřejný sektor […] však ponechávají během zadávání zakázek velmi malý prostor pro diskuzi, a jsou proto považovány za nedostatečně flexibilní v situacích takového druhu“ *(neoficiální překlad)*.

13 — Jedním z důvodů toho může být skutečnost, že zahrnutí *marchés de définition* nebylo považováno za nezbytné, jelikož tento postup je v podstatě podobný novému postupu soutěžního dialogu – provedenému do francouzského práva v článku 67 CMP z roku 2006 jako zcela samostatný postup – který se zjevně týká stejných zájmů.

vláda vznesla tento argument podpůrně, a to poprvé ve fázi obrany před Soudním dvorem. Předtím uvedená vláda obhajovala opačné stanovisko v tom smyslu, že *marchés de définition* nespadají pod postup soutěžního dialogu a nejsou upravené směrnicí. Ve skutečnosti ze samotných těchto tvrzení vyplývá řada rozdílů mezi oběma postupy. V každém případě mám za to, že tento argument nemůže být pro francouzskou vládu prospěšný. Stačí poukázat na to, že oba postupy se liší v důležitých hlediscích, v neposlední řadě proto, že soutěžní dialog je postupem zadání jediné zakázky, zatímco cílem postupu zadávání *marchés de définition* je zadání dvou zakázek, přičemž druhá je zadána po svém otevření hospodářské soutěži omezené na držitele původní zakázky.

3. Rovné, nediskriminační a transparentní zacházení s hospodářskými subjekty

23. V každém případě, i když bychom přijali úvahu, že za určitých podmínek lze přizpůsobit postupy vyjmenované v článku 28 směrnice s ohledem na povahu a fungování postupu zadávání *marchés de définition*, je nutné poznamenat, že tento postup nejen nelze podřadit pod článek 28 směrnice, ale že je také v rozporu se zásadami, na které se odvolává druhý bod odůvodnění směrnice a článek 2 směrnice. [14]

24. Na rozdíl od tvrzení francouzské vlády má Komise podle mého názoru pravdu, když tvrdí, že je fakticky nemožné, aby předmět a kritéria zadávání veřejné zakázky (*marché d'exécution*) byly přesně známy v okamžiku, kdy projekt nebyl ještě vypracován a *marchés de définition* nebyly ještě uskutečněny. *Marché de définition* a *marché d'exécution* jsou dva zcela odlišné druhy veřejných zakázek, což francouzská vláda nikdy zjevně nezpochybnila. Každý z nich má vlastní předmět a zadávací kritéria a na základě toho musí být obě veřejné zakázky v souladu s ustanoveními směrnice a nemohou být zadávány prostřednictvím jediného postupu. Jinými slovy, vzhledem k tomu, že *marché d'exécution* má vlastní předmět a zadávací kritéria, měla by být předmětem hospodářské soutěže a neměla by být vyhrazena pouze držitelům původních *marché de définition*.

14 — Můj postoj zjevně podporuje francouzská právní věda. Viz například, v nedávné době, Monjal, P.-Y.: „Le droit communautaire applicable aux marchés publics locaux français: quelques interrogations en forme d'inquiétude", Revue du Droit de l'Union européenne, č. 4, 2008, s. 729–738. Pokud jde o případ týkající se *marchés de définition*, viz také například rozsudek francouzského Conseil d'Etat ze dne 3. března 2004, č. 258 272, ve věci „Société Mak System".

25. Soudní dvůr v rozsudku Komise v. Francie (Le Mans) [15] uvedl, že „francouzská vláda […] tvrdí, že možnost uvedená ve vyhlášení […], aby byla zakázka spadající do druhé etapy zadána zájemci úspěšnému ve veřejné soutěži o nejlepší návrh řešení, vyjímá zadavatele z povinnosti zveřejnit nové vyhlášení, které by předcházelo zadání zakázky". Soudní dvůr poté uvedl, že „tento argument nelze přijmout. Zásada rovného zacházení s různými poskytovateli služeb […] a zásada transparentnosti, která z ní vyplývá […] *totiž vyžaduje, aby předmět každé zakázky, jakož i kritéria pro její zadání byly jasně vymezeny*" [16].

26. V témže rozsudku Soudní dvůr pokračoval: „takovýto požadavek je uložen, jelikož předmět zakázky i kritéria zvolená pro její zadání musí být považovány za skutečnosti rozhodné pro určení toho, který z postupů upravených směrnicí má být proveden, a pro posouzení dodržování náležitostí takto zvoleného postupu". Soudní dvůr proto vyvodil závěr, že „v projednávaném případě se pouhá možnost zadat zakázku vztahující se k druhé etapě podle kritérií stanovených pro jinou zakázku, která se vztahuje k etapě první, nerovná zadání této zakázky v souladu s jedním z postupů stanovených směrnicí".

27. V projednávaném případě francouzská vláda ve své obraně před Soudním dvorem sama uznala, že ve výše uvedeném rozsudku „Soudní dvůr vydal negativní rozhodnutí o postupu, který je obdobný [*marchés de définition*]". Podle mého názoru je jasné, že *marchés de définition* obecně neumožňují, aby předmět a kritéria výběru a zadání druhé zakázky (tj. *marché d'exécution*) byla stanovena s dostatečnou přesností tak, aby splnila požadavky stanovené ve výše uvedeném rozsudku. Důvodem toho je skutečnost, že cílem původních *marchés de définition* je ve skutečnosti právě přesná definice předmětu a podmínek zadání následného *marché d'exécution*.

28. Postup zadávání *marchés de définition* podle napadených ustanovení je proto v rozporu se zásadou transparentnosti stanovenou v článku 2 směrnice. Tento postup vytváří stav právní nejistoty jak pro veřejné zadavatele, tak i hospodářské subjekty, a to z důvodu nebezpečí vzniku sporů, které je s ním spojené.

29. Francouzská vláda zpochybňuje argument v bodě 27 výše a tvrdí, že cílem *marchés de définition* je pouze vymezení všech technických specifikací následné zakázky, a nikoliv jejího předmětu. Nicméně stačí uvést, že samotné znění článku 73 CMP z roku 2006 tomu neodpovídá: jeho druhý

15 — Rozsudek ze dne 14. října 2004, C-340/02, Sb. rozh. s. I-9845, označovaný také jako „La Chauvinière", body 33 až 36 a citovaná judikatura.

16 — Kurziva provedena autorem tohoto stanoviska.

odstavec stanoví, že „účelem takových zakázek je zjistit možnosti a podmínky pro následné zadání zakázky, v případě potřeby prostřednictvím modelu nebo simulátoru“. Navíc, i když je v určitých situacích možné, že *marchés de définition* vymezují pouze technické specifikace, sporný postup ve skutečnosti jistě umožňuje, aby byly podmínky zadávání *marché d'exécution* doplněny, nebo dokonce stanoveny v plném rozsahu.

30. Francouzská vláda krom toho trvá na tom, že je možné, aby předmět a kritéria následného *marché d'exécution* byly stanoveny od okamžiku zahájení *marchés de définition*. Tvrdí, že existují případy, kde kritéria pro výběr žádostí o účast pro *marché d'exécution* jsou dostatečně nezávislá na *marchés de définition* pro to, aby tato kritéria byla definována již ve stadiu *marchés de définition*. Francouzská vláda ve svých vyjádřeních předložených Soudnímu dvoru uvedla tři případy takových situací.

31. V každém případě by mělo být zaprvé poukázáno na to, že francouzská vláda na jednání uznala, že ve skutečnosti vznikají problémy – zřetelně existují případy, ve kterých *marchés de définition* neslouží pouze k vymezení technických specifikací, ale jsou namísto toho využívány k doplnění nebo stanovení podmínek zadání *marché d'exécution*. Komise uvedla před Soudním dvorem tři příklady takových případů. Mám za to, že francouzská vláda neprokázala, že napadená ustanovení umožňují, aby ve všech případech a za všech okolností byla zaručena transparentnost a dostatečná jasnost, aby „předmět [*marché d'exécution*] a kritéria pro jeho zadání [byly] jasně vymezeny“ [17]. V každém případě pouze obecná definice, jakou je „urbanistický rozvoj městské části X“ – která je, jak se zdá, velmi často jedinou možnou definicí, kterou lze ve stadiu výzvy k podání nabídek pro *marchés de définition* poskytnout – s určitostí nesplňuje standardní kritéria vyžadovaná Soudním dvorem ve věci Komise v. Francie (Le Mans) [18].

32. V neposlední řadě se domnívám, že je důležité poukázat na to, že postup pro zadávání *marchés de définition* spočívá na podjatosti. Zatímco základním smyslem směrnice je chránit podporu hospodářské soutěže mezi hospodářskými subjekty, *marchés de définition* jsou zaměřené pouze na určitý druh hospodářských subjektů – a to pouze na ty, které jsou způsobilé realizovat jak návrh, tak i zhotovení. Již ze své povahy provádí postup zadávání *marchés de définition* takový předběžný výběr mezi všemi potenciálními hospodářskými subjekty. Považuji to za odporující duchu pravidel Společen-

17 — Citovaný v poznámce pod čarou 15, bod 34.

18 — Citovaný v poznámce pod čarou 15. Viz Arrowsmith, S.: „The Law of Public and Utilities Procurement“, Thomson, Sweet & Maxwell, Londýn, 2005, s. 448: „the current directives […] contain no express requirement for precise specifications in open or restricted procedures. However, the transparency principle may imply such a requirement. For example, it is probably not acceptable simply to state a requirement for tenders for „a school“ without giving a clear indication of, for example, the number of pupils and the main type of facilities required. Reasonable precision needs to be established at the latest at the time of invitation to tenders“ (v současnosti platné směrnice […] neobsahují výslovné požadavky pro přesné specifikace v otevřených nebo omezených řízeních. Zásada transparentnosti však může v sobě takový požadavek obsahovat. Například je pravděpodobně nepřijatelné uvést pro veřejné zakázky pouze požadavek ‚škola', aniž by byl jasně uveden například počet žáků a hlavní druh požadovaných zařízení. Přiměřené upřesnění je třeba uvést nejpozději v okamžiku výzvy k podání nabídek).

ství o veřejných zakázkách. Je jasné, že bez ohledu na to, jak budou *marchés de définition* v jednotlivém případě pokračovat, bude výsledkem řešení, které tento postup poskytuje, vždy omezenější nabídkové řízení.

33. Z výše uvedených úvah vyplývá, že napadená ustanovení umožňují zadání veřejných zakázek v omezené hospodářské soutěži v situacích neupravených směrnicí a nelze je odůvodnit žádnou z výjimek stanovených ve směrnici.

IV – Náklady řízení

34. Podle čl. 69 odst. 2 jednacího řádu se účastníku řízení, který neměl úspěch ve věci, uloží náhrada nákladů řízení, pokud to účastník řízení, který měl ve věci úspěch, požadoval. Vzhledem k tomu, že Komise požadovala náhradu nákladů řízení a Francouzská republika neměla ve věci úspěch, je důvodné posledně uvedené uložit náhradu nákladů řízení.

V – Závěry

35. S ohledem na předcházející úvahy navrhuji Soudnímu dvoru, aby:

„1) určil, že Francouzská republika tím, že přijala a zachovala v platnosti články 73 a 74-IV Code des marchés publics (zákon o veřejných zakázkách), přijatého dekretem č. 2006-975 ze dne 1. srpna 2006, v rozsahu, v němž uvedená ustanovení stanoví postup zadávání *marchés de définition* (veřejných zakázek na stanovení parametrů veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby, včetně jejich účelu), který veřejnému zadavateli umožňuje, aby udělil zakázku jednomu z držitelů původních *marchés de définition* tak, že ji otevře hospodářské soutěži omezené na

tyto držitele, nesplnila povinnosti, které pro ni vyplývají z článků 2, 28 a 31 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;

2) uložil Francouzské republice náhradu nákladů řízení.“