NÁVRHY GENERÁLNEHO ADVOKÁTA
JÁN MAZÁK
prednesené 22. septembra 2009 [1]

1. Touto žalobou podanou podľa článku 226 ES Komisia navrhuje, aby Súdny dvor určil, že Francúzska republika si tým, že prijala a ponechala v platnosti články 73 a 74--IV Code des marchés publics [2] (ďalej len „sporné ustanovenia“) v rozsahu, v akom tieto ustanovenia stanovujú zadávacie konanie na tzv.„marchés de définition“ [3], ktoré umožňuje verejnému obstarávateľovi zadať neskoršiu „marché d'exécution“ (verejnú zákazku na služby, dodávku tovaru alebo práce) jednému z držiteľov pôvodných „marchés de définition“ bez otvorenia zadávacieho konania hospodárskej súťaži, alebo nanajvýš s jeho otvorením obmedzeným na týchto držiteľov, porušila povinnosti, ktoré jej vyplývajú z článkov 2, 28 a 31 smernice 2004/18/ES [4].

I — Právny rámec

A — *Právo Spoločenstva*

2. Článok 2 smernice nazvaný „Zásady zadávania zákaziek“ stanovuje, že „verejní obstarávatelia zaobchádzajú s hospodárskymi subjektmi rovnako a nediskriminačne a konajú transparentne“.

3. Článok 28 smernice s názvom „Použitie otvoreného, užšieho a rokovacieho konania a súťažného dialógu“ stanovuje:

„Pri zadávaní verejných zákaziek verejní obstarávatelia uplatnia vnútroštátne postupy prispôsobené účelom tejto smernice.

1 — Jazyk prednesu: angličtina.

2 — Zákonník o verejnom obstarávaní bol prijatý dekrétom č. 2006-975 z 1. augusta 2006 (*Úradný vestník Francúzskej republiky* č. 179 zo 4. augusta, s. 11627) a vstúpil do platnosti 1. septembra 2006 (ďalej len „CMP 2006“).

3 — Ide o verejné zákazky na vypracovanie parametrov vrátane účelu, pokiaľ ide o verejné zmluvy na práce, dodávku tovaru alebo službu, ktoré sa nazývajú aj „zákazky na návrhové riešenia“ alebo „zákazky na vypracovanie projektu“. Podotýkam, že v tejto veci je sporný len postup zadávania viacerých „marchés de définition“ — uplatniteľný, pokiaľ sú splnené podmienky článku 73 ods. 3 CMP 2006 — a nie postup zadávania jedného „marché de définition“.

4 — Smernica 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) (ďalej len „smernica“ alebo „smernica 2004/18“).

Tieto verejné zákazky sa zadávajú prostredníctvom otvoreného alebo užšieho konania. Za osobitných okolností, ktoré sú výslovne uvedené v článku 29, môžu verejní obstarávatelia zadávať verejné zákazky prostredníctvom súťažného dialógu. V osobitných prípadoch a za osobitných okolností, ktoré sú výslovne uvedené v článkoch 30 a 31, môžu uplatniť rokovacie konanie s uverejnením oznámenia o vyhlásení zadávacieho konania alebo bez neho.“

4. Členské štáty boli povinné prijať zákony, iné právne predpisy a správne opatrenia potrebné na dosiahnutie súladu so smernicou najneskôr 31. januára 2006.

B — *Vnútroštátne právo*

5. CMP 2006, ktorý vstúpil do platnosti 1. septembra 2006, okrem iného stanovuje:

„Článok 73

Ak verejný subjekt nemôže spresniť ciele a charakteristiky zákazky, metódy, ktoré sa majú použiť, a vyžadované ľudské a materiálne zdroje, táto zákazka môže patriť do ‚marchés de définition‘.

Účelom týchto zákaziek je objaviť možnosti a podmienky následného zadania zákazky, v prípade potreby aj prostredníctvom modelu alebo simulátora. Musia tiež umožňovať odhad a výpočet cenovej úrovne zákazky, ako aj rôzne fázy programu plnenia zákazky.

V rámci jedného postupu je verejná zákazka nasledujúca po viacerých ‚marchés de définition‘, ktoré majú ten istý predmet a sú udeľované súčasne, zadaná po tom, ako bolo zadávacie konanie otvorené hospodárskej súťaži obmedzenej na držiteľov pôvodných ‚marchés de définition‘, a to v súlade s nasledujúcimi ustanoveniami:

1. Oznámenie o vyhlásení zadávacieho konania definuje predmet súčasne zadávaných ‚marchés de définition‘ a predmet nasledujúceho ‚marché d’exécution‘;

2. Oznámenie o vyhlásení zadávacieho konania definuje kritériá výberu žiadostí o účasť. Tieto kritériá zohľadňujú kapa-

city a schopnosti vyžadované od záujemcov tak o ‚marchés de définition', ako aj následne o ‚marché d'exécution';

3. Oznámenie o vyhlásení zadávacieho konania definuje kritériá výberu ponúk pre ‚marchés de définition' zadávané súčasne a kritériá výberu ponúk pre nasledujúce ‚marché d'exécution';

4. Objem obstarávania, ktorý treba porovnať s prahovými hodnotami, zohľadňuje náklady na vypracovanie projektu a odhadovanú výšku realizačnej zákazky;

5. Počet ‚marchés de définition' súčasne zadávaných v rámci tohto konania nemôže byť za predpokladu dostatočného počtu záujemcov nižší ako tri.

Zákazka sa zadáva alebo rámcová dohoda sa uzatvára zadávacou komisiou pre miestne úrady alebo na základe stanoviska zadávacej komisie pre štát, verejné zdravotnícke zariadenia a verejné sociálne alebo zdravotnosociálne zariadenia.

Článok 74

IV. V rámci jedného postupu môže byť zákazka alebo rámcová dohoda o riadení projektu, ktorá nasleduje po viacerých ‚marchés de définition' s rovnakým predmetom a zadávaných súčasne, zadaná alebo uzavretá po tom, ako bolo zadávacie konanie otvorené hospodárskej súťaži obmedzenej na držiteľov pôvodných ‚marchés de définition', za podmienok stanovených v článku 73 treťom odseku."

…

II — Konanie

6. Dňa 18. októbra 2004 Komisia poslala Francúzskej republike prvú výzvu a 12. decembra 2006 jej zaslala druhú výzvu. Keďže Komisia nepovažovala odpovede Francúzskej republiky za uspokojivé, 27. júna 2007 vydala odôvodnené stanovisko. Vzhľadom na to, že sa Komisia domnievala, že nesplnenie povinnosti pretrváva a nebola spokojná s odpoveďami, ktoré dostala, rozhodla sa podať túto žalobu. Prednesy oboch účastníkov konania boli vypočuté na pojednávaní, ktoré sa uskutočnilo 10. júna 2009.

III — Posúdenie

A — *Hlavné tvrdenia účastníkov konania*

7. Komisia tvrdí, že Francúzsko v prípadoch, ktoré neupravuje smernica, umožňuje zadanie zákazky na základe vzájomnej dohody, alebo v obmedzenej hospodárskej súťaži. Podľa Komisie je v zásade nemožné, aby predmet a kritériá zadávania verejnej zákazky boli presne známe v čase, keď projekt ešte nebol vypracovaný a „marchés de définition“ ešte neboli uskutočnené. „Marchés de définition“ a „marché d'exécution“ sú dve rozdielne zákazky a nemôžu byť zadané prostredníctvom jedného postupu. Komisia sa domnieva, že postup zadávania „marchés de définition“ nespadá ani pod súťažný dialóg, ani pod rámcovú dohodu v zmysle článkov 29 a 32 smernice a nemožno ho posudzovať ako odvodený typ súťažného dialógu.

8. Francúzska vláda tvrdí, že sporné ustanovenia nie sú nezlučiteľné so smernicou, ktorá je len koordinačnou smernicou. Podľa nej je možné, aby predmet a kritériá neskoršej „marché d'exécution“ boli stanovené už pri začatí „marchés de définition“. Okrem toho francúzska vláda uvádza, že smernica predvída dva postupy, ktorých vlastnosti sú analogické s vlastnosťami francúzskeho postupu zadávania „marchés de définition“ — rámcová dohoda a súťažný dialóg. Zákonodarca Spoločenstva teda sám zaviedol komplexné postupy, kde sú zmluvy otvorené hospodárskej súťaži v dvoch fázach, ale bez toho, aby išlo o vyčerpávajúci zoznam týchto postupov.

B — *Posúdenie*

1. Všeobecné pripomienky

9. Komisia tvrdí, že francúzska právna úprava tým, že rozlišuje medzi „marchés de définition“ a „marchés d'exécution“ a za určitých okolností umožňuje zadanie poslednej uvedenej zákazky jednému z držiteľov pôvodných „marchés de définition“ bez toho, aby tieto zákazky znovu otvorila hospodárskej súťaži, alebo nanajvýš ich otvorením hospodárskej súťaži obmedzenej na týchto držiteľov, porušuje základné zásady rovnosti a transparentnosti, ktoré sú zakotvené v smernici. Tu treba poukázať na to, že tvrdenie týkajúce sa skutočnosti, že „marchés de définition“ nie sú otvorené žiadnej hospodárskej súťaži, sa zjavne vzťahuje na znenie ustanovení CMP 2004 [5]. Preto tvrdenie Komisie budem skúmať do tej miery ako sa týka sporných ustanovení — t. j. CMP 2006, ktorým mala byť smernica prebratá do vnútroštátneho práva — v tom zmysle, že tieto ustanovenia umožňujú otvorenie „marchés d'exécution“ len hospodárskej súťaži obmedzenej na držiteľov pôvodných „marchés de définition“, a to v situáciách, ktoré smernica neupravuje.

5 — Zákonník o verejnom obstarávaní prijatý dekrétom č. 2004-15 zo 7. januára 2004 (*Úradný vestník Francúzskej republiky* č. 6 z 8. januára 2004, s. 703) (ďalej len „CMP 2004“), ktorý bol nahradený zákonníkom CMP 2006.

2. O vyčerpávajúcej povahe článku 28 smernice

10. V tomto ohľade sa účastníci konania vo svojich tvrdeniach podrobne zaoberali tým, či zoznam postupov zadávania verejných zákaziek obsiahnutý v článku 28 smernice má vyčerpávajúci charakter, keďže jasne neobsahuje žiadne ustanovenie týkajúce sa „marchés de définition".

11. Francúzska vláda tvrdí, že vzhľadom na odôvodnenie č. 3 smernice a jej článok 28 cieľom smernice nie je odstrániť všetky osobitné vnútroštátne postupy. Odvolávajúc sa na rozsudok Súdneho dvora vo veci CEI a Bellini [6], ktorá sa týka smernice 71/305/EHS [7], francúzska vláda tvrdí, že „členské štáty si ponechávajú voľnosť zachovať alebo prijať hmotnoprávne a procesnoprávne pravidlá v oblasti verejného obstarávania pod podmienkou rešpektovania všetkých rozhodujúcich ustanovení práva Spoločenstva a najmä zákazov vyplývajúcich zo zásad stanovených v Zmluve vzhľadom na právo usadiť sa a slobodu poskytovať služby". [8]

12. Je pravda, že z názvu, ako aj z odôvodnení č. 2 a 3 smernice jasne vyplýva, že jej cieľom je koordinácia vnútroštátnych postupov zadávania verejných zákaziek. Preto nestanovuje jednotný a vyčerpávajúci súhrn pravidiel Spoločenstva v tejto oblasti. Z toho dôvodu v rámci všeobecných pravidiel, ktoré obsahuje, si členské štáty ponechávajú voľnosť zachovať alebo prijať hmotno-právne a procesnoprávne pravidlá v oblasti verejného obstarávania pod podmienkou rešpektovania všetkých rozhodujúcich ustanovení práva Spoločenstva. Skutočnosť, že smernica nepriniesla úplnú harmonizáciu pravidiel upravujúcich postupy zadávania verejných zákaziek, neznamená, že niektoré z jej ustanovení sa nemajú chápať v tom zmysle, že úplne upravujú určité oblasti.

13. Po prvé stačí uviesť, že francúzska vláda sa nemôže odvolávať na rozsudok CEI a Bellini, lebo článok 28 smernice 2004/18 sa podstatne líši od článku 2 smernice 71/305 — zákonodarca Spoločenstva doplnil článok 28 smernice o úplne nový druhý odsek, ktorý zohráva rozhodujúcu úlohu v prejednávanom prípade.

14. Po druhé z určitých skutočností presvedčivo vyplýva, že zoznam postupov, uvedených v článku 28 smernice, treba považovať za úplný. Vo všeobecnosti znenie tohto odseku nemá žiadne črty, ktoré možno pozorovať v tom, čo sa zvyčajne nazýva otvorený zoznam. Naopak, tento bod stanovuje nielen dva štandardné postupy, ale taktiež dva

6 — Rozsudok z 9. júla 1987, 27/86 až 29/86, Zb. s. 3347.

7 — Smernica Rady 71/305/EHS z 26. júla 1971 o koordinácii postupov verejného obstarávania prác [*neoficiálny preklad*] (Ú. v. ES L 185, s. 5) (ďalej len „smernica 71/305").

8 — Rozsudok CEI a Bellini, už citovaný v poznámke pod čiarou 6, bod 15. Pozri tiež rozsudok z 20. septembra 1988, Beentjes, 31/87, Zb. s. 4635, bod 20. Podľa francúzskej vlády bola judikatúra pravdepodobne prevzatá do smernice 2004/18, najmä z dôvodu, že druhé odôvodnenie smernice 71/305 sa stalo odôvodnením č. 3 smernice 2004/18 a článok 2 smernice 71/305 bol prebratý do článku 28 smernice 2004/18.

osobitné postupy, čím nenecháva priestor pre iný druh interpretačného doplnenia zoznamu postupov. Ani smernica ako celok neobsahuje ustanovenie, ktoré by umožňovalo takéto doplnenie.

15. Ako vysvetlím nižšie, postup zadávania „marchés de définition“ sa jasne odlišuje od postupov uvedených v smernici a nemožno ho pokladať za porovnateľné so žiadnym ustanovením smernice. Francúzska vláda vo svojej obrane a duplike v skutočnosti výslovne uznala, že „marchés de définition“ nie sú upravené smernicou.

16. Postupy, ktoré smernicou upravené sú, sú tieto. Ako jasne vyplýva z článku 28 druhého odseku, zákonodarca Spoločenstva stanovuje dva postupy, ktoré by vo všeobecnosti mali verejní obstarávatelia dodržiavať. Ide o otvorené a užšie konanie, ktoré možno označiť za štandardné alebo obvyklé postupy. Ďalej, súťažný dialóg možno považovať za osobitný alebo výnimočný postup, ktorého realizácia a podmienky sú upravené v článku 29 smernice. [9] Podobne rokovacie konanie, či už s uverejnením oznámenia o vyhlásení zadávacieho konania alebo bez neho, možno považovať za osobitné alebo výnimočné konanie, ktorého podmienky sú stanovené v článkoch 30 a 31 smernice. [10]

17. Francúzska vláda však tvrdí, že v skutočnosti existujú určité zadávacie konania upravené v smernici v kapitole V pod názvom „Konania“, ktoré nie sú uvedené v článku 28 smernice. Francúzska vláda sa odvoláva na rámcové dohody, dynamické obstarávacie systémy a verejné zákazky na práce: osobitné pravidlá pre programy na podporu bytovej výstavby. Tieto sú v takomto poradí zakotvené v článkoch 32, 33 a 34 smernice.

18. V tomto ohľade, po prvé, rámcové dohody a dynamické obstarávacie systémy predstavujú osobitnú formu zmlúv alebo obmeny existujúcich postupov. Nejde o nové odlišné formy postupov zadávania verejných zákaziek, ktoré sú ako také upravené v článku 28 smernice. Okrem toho, zo znenia článku 32 ods. 2 a článku 33 ods. 2 smernice vyplýva, že verejní obstarávatelia sú povinní riadiť sa procesnými pravidlami uvedenými v článku 28 smernice. Po druhé, pokiaľ ide o pravidlá pre programy na podporu bytovej výstavby, názov článku 34 jasne preukazuje, že

9 — Porovnaj TREPTE, P.: *Public procurement in the EU. A Practitioner's Guide*, druhé vydanie, Oxford 2007, s. 427, poznámka pod čiarou 187.

10 — Takýto výklad potvrdzujú aj prípravné práce na smernici („travaux préparatoires“). V návrhu smernice je vysvetlené, na účely odôvodnenia znenia článku 28 smernice, že „bol doplnený nový odsek 2, ktorý výslovne zakotvuje zásadu, že otvorené a užšie konanie sú štandardné postupy. Nový odsek 3 [ktorý bol napokon zlúčený s odsekom 2] upravuje výnimku, ktorou je, že verejní obstarávatelia môžu použiť rokovacie konanie len v osobitných prípadoch a za osobitných okolností, ktoré sú výslovne uvedené v článkoch 29, 30 a 31“.

ide o „osobitné pravidlá“ a nie pravidlá zadávacieho konania ako také. Predstavujú skôr výnimku z ustanovení upravujúcich všeobecný postup. Vskutku, samotná existencia článku 34 smernice a osobitných pravidiel, ktoré zakotvuje, podporujú skôr stanovisko, že zoznam zadávacích konaní v kapitole V smernice by mal byť považovaný za vyčerpávajúci.

19. V tejto súvislosti možno poznamenať, že francúzska vláda vo svojich tvrdeniach takisto argumentuje významom a dôvodom existencie postupu pre zadávanie „marchés de définition“ najmä vzhľadom na komplexné zákazky, v ktorých verejní obstarávatelia „nemôžu spresniť ciele a charakteristiky zákazky, metódy, ktoré sa majú použiť, a vyžadované… zdroje“. [11] Z prípravných prác na smernici („travaux préparatoires“) vyplýva, že zákonodarca Spoločenstva zohľadnil tieto záujmy. [12] V dôsledku toho zákonodarca Spoločenstva zahrnul medzi postupy zadávania verejných zákaziek nový postup vo forme súťažného dialógu, ale nerozhodla sa zahrnúť postup zadávania „marchés de définition“. [13]

20. Okrem toho, francúzska vláda sa tiež snaží obhájiť svoje stanovisko, že „marchés de définition“ by mali byť považované za analogické s dvomi postupmi, ktoré smernica stanovuje, a to s rámcovou dohodou a súťažným dialógom. Pokiaľ ide o prvý uvedený postup, jeho otvorenie hospodárskej súťaži možno rozdeliť na dve fázy, kde druhá fáza je otvorená hospodárskej súťaži obmedzenej na úspešných držiteľov prvej zákazky a umožňuje bližšie špecifikovať podmienky druhej zákazky. Pokiaľ ide o druhý uvedený postup, zadávanie „marchés de définition“ umožňuje verejnému obstarávateľovi zostaviť podmienky zákazky, ktorej výberové kritériá už boli stanovené. Preto podľa francúzskej vlády zákonodarca Spoločenstva stanovil komplexné postupy, kde zákazky sú otvorené hospodárskej súťaži v dvoch fázach, avšak bez toho, aby ich podrobne vymenovala.

21. Táto argumentácia by nemala byť prijatá. Stačí poukázať na to, že francúzska vláda nespochybňuje, že postup zadávania „marchés de définition“ nespadá ani pod súťažný dialóg, ani pod rámcovú dohodu v zmysle článkov 29 a 32 smernice. Súťažný dialóg a rámcová dohoda sú formy zákaziek, ktoré podliehajú osobitným ustanoveniam. Uznávajúc ich osobitosť, zákonodarca Spoločenstva stanovil pravidlá, ktoré zaručujú, že zásady uvedené v článku 2 smernice budú dodržané.

22. Pokiaľ má byť zoznam uvedený v článku 28 smernice považovaný za vyčerpávajúci, francúzska vláda subsidiárne tvrdí, že postup zadávania „marchés de définition“ by mal byť posudzovaný ako druh postupu súťažného dialógu. Po prvé zdá sa, že fran-

11 — Pozri článok 73 CMP 2006.

12 — V návrhu smernice na strane 6 sa uvádza, že „v prípade osobitne komplexných zákaziek… obstarávatelia sú si vedomí svojich potrieb, ale nevedia vopred aké… [je] najlepšie technické riešenie na uspokojenie týchto potrieb. V takýchto prípadoch je preto nevyhnutná diskusia a dialóg medzi obstarávateľmi a dodávateľmi. Štandardné postupy stanovené v smerniciach upravujúcich verejný sektor však… ponechávajú počas zadávania zákaziek veľmi malý priestor pre diskusiu a sú preto považované za nedostatočne flexibilné v situáciách tohto typu“.

13 — Jedným z dôvodov tejto skutočnosti môže byť, že zahrnutie marchés de définition nebolo považované za nevyhnutné, keďže toto konanie je v podstate podobné novému postupu súťažného dialógu — prebratého do francúzskeho práva v článku 67 CMP 2006 ako úplne samostatný postup — ktorý sa zjavne týka tých istých záujmov.

cúzska vláda uviedla toto „subsidiárne“ tvrdenie po prvýkrát vo svojom vyjadrení k žalobe. Do tej doby sa vláda bránila opačným stanoviskom v tom zmysle, že „marchés de définition“ nespadajú pod postup súťažného dialógu a nie sú upravené smernicou. Zo samotných týchto tvrdení vyplývajú mnohé rozdiely medzi oboma postupmi. Myslím si však, že toto tvrdenie nemôže byť prospešné pre vyriešenie prípadu francúzskej vlády. Stačí poukázať na to, že oba postupy sa líšia v dôležitých aspektoch, v neposlednom rade preto, lebo súťažný dialóg je postupom na zadanie jedinej zákazky, zatiaľ čo postup zadávania „marchés de définition“ je určený na zadanie dvoch zákaziek, kde druhá sa zadáva po jej otvorení hospodárskej súťaži obmedzenej na držiteľov pôvodnej zákazky.

3. Rovnaké, nediskriminačné a transparentné zaobchádzanie s hospodárskymi subjektmi

23. V každom prípade, aj keď akceptujeme úvahu, že za určitých podmienok možno prispôsobiť postupy vymenované v článku 28 smernice, vzhľadom na povahu a fungovanie postupu zadávania „marchés de définition“ treba poznamenať, že tento postup nielenže nemožno subsumovať do zoznamu v článku 28 smernice, ale je aj v rozpore so zásadami, na ktoré sa odvoláva odôvodnenie č. 2 a článok 2 smernice. [14]

24. Na rozdiel od tvrdenia francúzskej vlády Komisia správne tvrdí, že prakticky nie je možné, aby predmet a kritériá zadania verejnej zákazky („marché d’exécution“) boli presne známe v čase, keď projekt ešte nebol vypracovaný a „marchés de définition“ sa ešte neuskutočnili. „Marchés de définition“ a „marché d’exécution“ sú dva úplne odlišné typy verejných zákaziek, čo francúzska vláda zjavne nikdy nespochybnila. Každá z nich má svoj vlastný predmet a zadávacie kritériá a na základe toho musia byť obe zákazky v súlade s ustanoveniami smernice a nemôžu byť zadávané v rámci jedného postupu. Inými slovami, keďže „marché d’exécution“ má svoj vlastný predmet a zadávacie kritériá, malo by byť otvorené hospodárskej súťaži a nie obmedzené len na držiteľov počiatočných „marchés de définition“.

14 — Moje stanovisko zjavne podporuje francúzska právna veda. Spomedzi nedávno uverejnených článkov pozri napríklad MONJAL, P.-Y.: Le droit communautaire applicable aux marchés publics locaux français: quelques interrogations en forme d’inquiétude. In: *Revue du Droit de l’Union européenne*, č. 4, 2008, s. 729 — 738. Pokiaľ ide o prípad týkajúci sa marchés de définition, pozri tiež napríklad rozsudok francúzskej Conseil d’Etat z 3. marca 2004, č. 258 272, vo veci „Société Mak System“.

25. Súdny dvor v rozsudku Komisia/Francúzsko (Le Mans) [15] uviedol, že „francúzska vláda… tvrdí, že možnosť uzavrieť zmluvu týkajúcu sa druhej etapy s úspešným záujemcom zo súťaže návrhov uvedená v oznámení… zbavila obstarávateľa povinnosti zverejniť nové oznámenie pred uzavretím tejto zmluvy". Súdny dvor ďalej uviedol, že „s týmto tvrdením nemožno súhlasiť. Zásada rovnosti zaobchádzania s rôznymi poskytovateľmi služieb… a zásada transparentnosti, ktorá z nej vyplýva…, *vyžadujú, aby boli predmet každej zmluvy, ako aj kritériá jej uzavretia jasne vymedzené*". [16]

26. V tom istom rozsudku Súdny dvor ďalej konštatoval, že „táto požiadavka je daná tým, že predmet zmluvy, ako aj kritériá jej uzavretia sa musia pokladať za rozhodujúce prvky pri rozhodovaní o tom, ktorý postup stanovený v smernici sa má použiť, a pri posúdení, či boli dodržané všetky náležitosti takto zvoleného postupu". Preto Súdny dvor vyvodil záver, že „v prejednávanom prípade z toho vyplýva, že čisto možnosť uzavrieť zmluvu týkajúcu sa druhej etapy podľa kritérií platných pre inú zmluvu, ktorá sa týkala prvej etapy, nie je to isté ako uzavretie zmluvy na základe niektorého postupu stanoveného smernicou".

27. V prípade, ktorého sa týkajú tieto návrhy, francúzska vláda vo svojej obrane na Súdnom dvore sama uznala, že vo vyššie uvedenom rozsudku „Súdny dvor vydal negatívne rozhodnutie o postupe, ktorý je analogický [s ‚marchés de définition']". Podľa môjho názoru je jasné, že „marchés de définition" vo všeobecnosti neumožňujú, aby predmet a kritériá výberu a zadania druhej zákazky (t. j. „marché d'exécution") boli vymedzené dostatočne presne na to, aby spĺňali požiadavky stanovené vo vyššie uvedenom rozsudku. Dôvodom toho je skutočnosť, že skutočným cieľom pôvodných „marchés de définition" je definovať predmet a obstarávacie podmienky neskoršej „marché d'exécution".

28. Preto postup zadávania „marchés de définition" podľa sporných ustanovení je v rozpore so zásadou transparentnosti stanovenou v článku 2 smernice. Tento postup vytvára situáciu právnej neistoty tak pre verejných obstarávateľov, ako aj pre hospodárske subjekty, a to z dôvodu nebezpečenstva vzniku sporov, ktoré sú s ním spojené.

29. Francúzska vláda nesúhlasí s tvrdením uvedeným v bode 27 vyššie a tvrdí, že cieľom „marchés de définition" je len vymedzenie všetkých technických špecifikácií neskoršej zákazky, nie jej predmetu. Postačuje však uviesť, že samotné znenie článku 73 CMP 2006 tomu nezodpovedá: jeho druhý odsek

15 — Rozsudok zo 14. októbra 2004, C-340/02, Zb. s. I-9845, označovaný aj „La Chauvinière", body 33 až 36 a citovaná judikatúra.

16 — Kurzívou zvýraznil generálny advokát.

stanovuje, že „účelom týchto zákaziek je objaviť možnosti a podmienky následného zriadenia zákazky, v prípade potreby aj prostredníctvom modelu alebo simulátora“. Navyše, hoci v určitých situáciách je možné, že „marchés de définition“ len definujú technické špecifikácie, dotknutý postup v skutočnosti nesporne umožňuje, aby boli doplnené alebo dokonca v celom rozsahu stanovené obstarávacie podmienky „marché d'exécution“.

30. Okrem toho francúzska vláda trvá na tom, že je možné, aby predmet a kritériá neskoršej „marché d'exécution“ boli stanovené už pri začatí „marchés de définition“. Ďalej tvrdí, že existujú mnohé prípady, kde kritériá pre výber žiadostí o účasť na „marché d'exécution“ sú dostatočne nezávislé od „marchés de définition“, takže prvé uvedené môžu byť definované už v štádiu „marchés de définition“. Francúzska vláda vo svojich vyjadreniach na Súdnom dvore uviedla tri prípady takýchto situácií.

31. V každom prípade treba v prvom rade poukázať na to, že francúzska vláda na verejnom pojednávaní uznala, že problémy vznikajú — jasne existujú prípady, kde „marchés de définition“ neslúžia len na definíciu technických špecifikácií, ale sú využívané na doplnenie alebo vyhotovenie obstarávacích podmienok „marché d'exécution“. Komisia na Súdnom dvore uviedla tri prípady takýchto situácií. Zastávam názor, že francúzska vláda nepreukázala, že sporné ustanovenia umožňujú vo všetkých prípadoch a za všetkých okolností transparentnosť a dostatočnú jasnosť, ktoré treba zabezpečiť, aby „predmet [‚marché d'exécution‘], ako aj kritériá jej uzavretia [boli] jasne vymedzené“. [17] V každom prípade všeobecná definícia, akou je „urbanistický rozvoj mestskej časti X“ — ktorá je, ako sa zdá, veľmi často jedinou definíciou, ktorú možno poskytnúť v štádiu výzvy na predloženie ponuky na „marchés de définition“ — s určitosťou nespĺňa štandardné kritériá stanovené Súdnym dvorom vo veci Komisia/Francúzsko (Le Mans). [18]

32. V neposlednom rade si myslím, že je dôležité poukázať na to, že postup zadávania „marchés de définition“ je postavený na určitej zaujatosti. Zatiaľ čo základným zmyslom smernice je ochrana rozvoja hospodárskej súťaže medzi hospodárskymi subjektmi, „marchés de définition“ sú zamerané len na určitý druh hospodárskych subjektov — a to len na tie, ktoré sú spôsobilé tak vypracovať návrh, ako aj realizovať ho. Už svojou povahou uskutočňuje postup zadávania „marchés de définition“ takýto predbežný výber spomedzi potenciálnych hospodárskych subjektov. Považujem to za v rozpore s účelom pravidiel Spoločenstva o verejnom obstarávaní. Je

17 — Rozsudok už citovaný v poznámke pod čiarou 15, bod 34.

18 — Porovnaj ARROWSMITH, S.: *The Law of Public and Utilities Procurement*. London: Thomson, Sweet & Maxwell, 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 súčasnosti platné smernice… neobsahujú výslovné požiadavky na presné špecifikácie otvoreného alebo užšieho konania. Zásada transparentnosti však môže v sebe takúto požiadavku zahŕňať. Napríklad pravdepodobne nemožno uviesť požiadavku na verejné obstarávanie pre „školu“ bez toho, aby bol jasne uvedený napríklad počet žiakov alebo hlavný typ požadovaných zariadení. Primerané spresnenie je potrebné uviesť najneskôr v čase vydania výzvy na predloženie ponuky.]

jasné, že bez ohľadu na to, ako sa „marchés de définition“ vyvinú v osobitnom prípade, riešením, ktoré toto konanie poskytuje, bude vždy verejné obstarávanie obmedzenej povahy.

33. Z vyššie uvedených úvah vyplýva, že sporné ustanovenia umožňujú zadávanie zákaziek v obmedzenej hospodárskej súťaži v situáciách, ktoré smernica neupravuje a nemožno ich odôvodniť žiadnou z výnimiek stanovených v smernici.

IV — O trovách

34. Podľa článku 69 ods. 2 rokovacieho poriadku účastník konania, ktorý vo veci nemal úspech, je povinný nahradiť trovy konania, ak to bolo v tomto zmysle navrhnuté. Keďže Komisia navrhla zaviazať Francúzsku republiku na náhradu trov konania a táto nemala úspech vo svojich dôvodoch, je opodstatnené zaviazať ju na náhradu trov konania.

V — Návrh

35. Vo svetle predchádzajúcich úvah navrhujem, aby Súdny dvor:

1. určil, že Francúzska republika si tým, že prijala a ponechala v platnosti články 73 a 74-IV Code des marchés publics (zákonník o verejnom obstarávaní), ktorý bo prijatý dekrétom č. 2006-975 z 1. augusta 2006, v rozsahu, v akom tieto ustanovenia stanovujú zadávacie konanie na tzv. „marchés de définition“ (verejné zákazky na vypracovanie parametrov vrátane účelu, pokiaľ ide o verejné zmluvy na práce, dodávku tovaru alebo službu), ktoré umožňuje verejnému obstarávateľovi zadať verejnú zákazku na služby, dodávku tovaru alebo práce jednému z držiteľov pôvodných „marchés de définition“ tak, že otvorí zadávacie konanie hospodárskej súťaži obmedzenej len na týchto držiteľov, porušila povinnosti, ktoré jej vyplývajú

z článkov 2, 28 a 31 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;

2. zaviazal Francúzsku republiku na náhradu trov konania.