STANOVISKO GENERÁLNÍHO ADVOKÁTA
M. POIARESE MADURA
přednesené dne 17. prosince 2008 [1]

1. Projednávaná žaloba podaná Evropskou komisí proti Řecké republice se týká veřejné zakázky související s elektrárnou na ostrově Kréta. Komise tvrdí, že veřejný zadavatel tím, že jednak nezveřejnil výzvu k podávání nabídek, a jednak včas neodůvodnil odmítnutí jedné z nabídek, nesplnil povinnosti, které pro něj vyplývají ze směrnice Rady 93/38/EHS ze dne 14. června 1993 o koordinaci postupů při zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a telekomunikací [2].

Skutkový základ sporu

2. V červnu roku 2003 Dimosia Epicheirisi Ilektrismou (Veřejná elektrárenská korporace Řecka, dále jen „DEI“) zveřejnila výzvu k účasti v soutěži na nákup a instalaci dvou termoelektrických jednotek pro elektrárnu v Atherinolakos na Krétě. DEI shledala, že předložené nabídky nejsou plně v souladu s podmínkami výzvy k podávání nabídek, a proto byl projekt zrušen. V červnu roku 2004 byla zveřejněna nová výzva k podávání nabídek ohledně stejného projektu, která se nepatrně lišila od první výzvy. Všech pět nabídek, které byly předloženy v odpovědi na druhou výzvu, bylo zamítnuto jako „nevhodné“, jelikož nebyly zcela v souladu s některými technickými specifikacemi a řízení bylo znovu zrušeno.

3. Dne 14. prosince 2004, bez zveřejnění nové výzvy k podávání nabídek se DEI písemně obrátila na pět uchazečů, kteří se zúčastnili druhého kola a požádala je, aby ve lhůtě 15 dnů předložili své „konečné finanční nabídky“, v nichž opravili veškeré rozpory, obzvláště technické, svých předchozích nabídek s projektovými specifikacemi. V uvedeném dopise DEI vysvětlila, že se rozhodla ustoupit od výzvy k podávání nabídek, mimo jiné z důvodu „celkového průběhu věci“, „času nezbytného k instalaci dvou nových jednotek, tedy 29 a 31 měsíců“, „požadavku včasného pokrytí naléhavé potřeby elektřiny na Krétě, který existuje od roku 2007“, a „nepředvídaného zdržení při zadávání zakázky, které vzniklo z důvodu neuspokojivého výsledku předchozích výzev k účasti v soutěži“. Všech pět uchazečů, kteří se zúčastnili ve druhém kole, předložilo nové nabídky.

1 — Původní jazyk: angličtina.
2 — Úř. věst. L 199, s. 84; Zvl. vyd. 06/04, s. 177.

4. Dopisem ze dne 7. února 2005 DEI odmítla nabídku jednoho z uchazečů, aniž by uvedla jakékoliv odůvodnění. Tento uchazeč zaslal DEI tři dopisy, a to 10. a 11. února 2005 a 10. března 2005 a dva dopisy ministerstvu pro rozvoj, a to dne 17. a 31. března 2005, s žádostí, aby byl informován o důvodech zamítnutí jeho nabídky. DEI nakonec odpověděla dopisem ze dne 4. dubna 2005. Uchazeč se poté obrátil na Monomeles Protodikeio Athinon (soud prvního stupně, Atény) s návrhem na předběžné opatření, ale jeho návrh byl zamítnut dne 7. července 2005. DEI smlouvu uzavřela s jiným uchazečem dne 15. září 2005.

5. Neúspěšný uchazeč podal stížnost k Evropské komisi, která majíc za to, že způsob, jakým DEI vedla řízení, byl neslučitelný s právem Společenství a vzhledem k velmi vysoké hodnotě zakázky zahájila s Řeckem řízení pro nesplnění povinnosti státem. Komise, jelikož nebyla spokojena s odpovědí řeckých orgánů na výzvu dopisem a odůvodněné stanovisko, podala žalobu, ve které žádala Soudní dvůr, aby určil, že Řecko nesplnilo povinnosti, které pro ně vyplývají ze směrnice 93/98, a to z čl. 20 odst. 2 písm. a), který se týká postupů zadání zakázky bez předchozí výzvy k účasti v soutěži, a čl. 41 odst. 4 o povinnosti poskytnout neúspěšným uchazečům odůvodnění.

I – Neexistence výzvy k účasti v soutěži

6. Příslušným ustanovením je čl. 20 odst. 2 písm. a) směrnice 93/38, který stanoví: „[z]adavatelé mohou použít postup bez předchozí výzvy k účasti v soutěži v těchto případech: […] pokud po předchozí výzvě k účasti v soutěži nebyly podány nabídky nebo vhodné nabídky, pokud se původní podmínky zakázky podstatně nezmění“. Jak správně zdůrazňuje řecká vláda, uvedené ustanovení opravňuje zadavatele, aby se zprostili povinnosti zveřejnit výzvu k účasti v soutěži, pokud jsou splněny všechny tři následující podmínky: (i) taková výzva již byla učiněna, (ii) nebyly podány nabídky nebo vhodné nabídky a (iii) původní podmínky zakázky zůstaly v zásadě stejné.

7. Je zjevné, že v projednávané věci je splněna první podmínka. Vláda a Komise se liší v názoru na to, zda je splněna i druhá a třetí podmínka.

Koncept nevhodných nabídek

8. DEI odmítla nabídky předložené v rámci druhé výzvy k účasti v soutěži jako „nevhodné“, jelikož nebyly plně v souladu s určitými technickými specifikacemi. Měla ohledně hodnocení nabídek pravdu? Jinými

slovy, jak má být vykládán pojem „nevhodný“? To je důležitá otázka, jelikož odpověď na ni určí, zda zadavatel může zadat zakázku bez zveřejnění výzvy k podávání nabídek. Pokud předložená nabídka může být oprávněně označena jako „nevhodná“, pak není potřeba další výzvy k účasti v soutěži; pokud, na druhou stranu, odmítnuté nabídky nemohou být považovány za „nevhodné“, je zadavatel povinen opakovat celý postup.

9. Komise je toho názoru, že pouze nabídka, která zjevně nemůže splňovat potřeby zadavatele, náleží do kategorie „nevhodná“; ostatní nesrovnalosti méně závažné povahy mohou odůvodňovat zamítnutí nabídky, ale nemohou jí učinit „nevhodnou“, a tudíž nemohou vést k tomu, aby zadavateli vznikla možnost přidělit zakázku, aniž by proběhl obvyklý zadávací postup. Naopak, řecká vláda obhajuje liberálnější definici pojmu „nevhodná“. Tvrdí, a klade přitom značný důraz na bod odůvodnění 45 ke směrnici, který uvádí, že „pravidla, která mají zadavatelé použít, by měla vytvořit rámec pro zdravou obchodní praxi, a měla by být co nejvíce pružná“, že zadavatelům by měl být poskytnut široký prostor pro uvážení, aby mohli odmítnout všechny nabídky, které plně nesplňují kritéria uvedená ve výzvě k podávání nabídek, a poté pokračovat bez nové výzvy k účasti v soutěži.

10. Soudím, že výklad navrhovaný Řeckem je příliš široký. Při stanovení šíře posuzovací pravomoci, kterou zadavatel požívá, je třeba začít s požadavky Smlouvy. V rozsudku ve věci Teleaustria Soudní dvůr konstatoval, že veřejné koncese na služby nespadají do působnosti směrnic o zadávání zakázek, ale rozhodl, že zadavatelé, kteří je sjednávají, jsou obecně vázáni základními pravidly Smlouvy, konkrétně zásadou zákazu diskriminace na základě státní příslušnosti, což zahrnuje povinnost transparentnosti [3]. Vysvětlil dále obsah takové povinnosti transparentnosti: „[t]aková povinnost transparentnosti, které je uložena zadavateli, spočívá v tom, aby v zájmu každého potenciálního uchazeče, byla úroveň publicity co nejvyšší, aby trh se službami byl otevřen soutěži, a mohla být posouzena nestrannost zadávacích postupů“ [4]. Transparentnost v zadávání veřejných zakázek tak je požadavkem primárního práva Společenství a zahrnuje alespoň nějakou publicitu. Význam publicity je dvojí: zaprvé, potenciální uchazeči budou informování o existenci obchodní příležitosti, což na druhou stranu může vést ke zvýšení úrovně soutěže o zakázku, jelikož se může přihlásit více uchazečů; zadruhé, publicita chrání před zvýhodňováním a korupcí, jelikož usnadňuje

3 — Rozsudek ze dne 7. prosince 2000, Teleaustria a Telefonadress (C-324/98, Recueil, s. I-10745, body 60 a 61).

4 — Tamtéž, bod 62.

přezkum postupů zadávání veřejných zakázek [5]. V judikatuře Soudního dvora je transparentnost spojena se zákazem diskriminace a je považována za nástroj zajišťující respektování základních zásad práva Společenství [6].

11. Dalším bodem, který je relevantní pro výklad pojmu „nevhodná“, je to, že jedním z cílů pravidel zadávání veřejných zakázek je rozvoj efektivní soutěže na trhu. V nedávném rozsudku ve věci Komise v. Itálie, kde Komise tvrdila, že Itálie nesplnila povinnosti, které pro ni vyplývají z řady směrnic, včetně směrnice 93/38, Soudní dvůr rozhodl, že „[j]ejich cílem je zamezení praktik, které omezují hospodářskou soutěž jako takovou, a účast příslušníků jiných členských států na zakázkách za účelem dosažení zejména svobody usazování zakotvené v článku 43 ES a volného pohybu služeb zakotveného v článku 49 ES“ [7]. Soudní dvůr v dřívější věci týkající se směrnice 93/37EHS [8] vysvětlil, že „základním účelem směrnice je otevření veřejných zakázek na stavební práce soutěži. Otevření soutěži ve Společenství, v souladu s postupy stanovenými směrnicí, zajišťuje, aby se veřejní zadavatelé nemohli dopustit nadržování“ [9]. Efektivní hospodářská soutěž tak odstraňuje překážky, které brání novým subjektům ve vstupu na trh, prospívá zadavatelům, kteří mohou vybírat z většího počtu uchazečů, a tudíž spíše dosáhnou příznivého poměru mezi kvalitou a cenou zakázky, a pomáhá zachovávat integritu postupů zadávání zakázek jako takových.

12. Jak objasňují výše uvedené skutečnosti, požadavek výzvy k účasti v soutěži je zakotven v primárním právu Společenství a musí být respektován jako samozřejmost. Zadávání zakázek bez předchozí výzvy k podávání nabídek může poškodit nejen potenciální uchazeče, ale rovněž veřejnost, která projekty, jež jsou předmětem zakázek, hradí prostřednictvím daní, a může narušit soutěžní povahu odvětví veřejných zakázek, čímž by byla narušena efektivita pravidel Smlouvy o základních svobodách Společenství. Z tohoto důvodu ustanovení, které zadavateli umožňuje upustit od výzvy k podávání nabídek, musí být vykládáno úzce. Takovým ustanovením je čl. 20 odst. 2. Začíná tím, že

5 — Povinnost transparentnosti je zadavatelům výslovně uložena novými směrnicemi o zadávání veřejných zakázek. Článek 2 nové směrnice o zadávání zakázek ve veřejném sektoru [směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby (Úř. věst. 2004 L 134, s. 114; Zvl. vyd. 06/07, s. 132)] a článek 10 nové směrnice o zadávání veřejných zakázek v některých odvětvích služeb (směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/18 ze dne 31. května 2004 o koordinaci postupů při zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a telekomunikací [Úř. věst. 2004 L 134, s. 1; Zvl. vyd. 06/04, s. 177)] stanoví, že musí postupovat „transparentním způsobem“.

6 — Viz zejména rozsudky ze dne 18. listopadu 1999, Unitron Scandinavia a 3-S (C-275/98, Recueil, s. I-8291, bod 31); ze dne 18. října 2001, SIAC Construction (C-19/00, Recueil, s. I-7725, bod 41), a ze dne 19. června 2008, Pressetext Nachrichtenagentur (C-454/06, Sb. rozh. s. I-4401, bod 32).

7 — Rozsudek ze dne 21. února 2008, Komise v. Itálie (C-412/04, Sb. rozh. s. I-619, bod 2).

8 — Směrnice Rady 93/37/EHS ze dne 14. června 1993 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce (Úř. věst. 1993 L 199, s. 54; Zvl. vyd. 06/02, s. 163).

9 — Rozsudek ze dne 12. července 2001, Ordine degli Architetti a další (C-399/98, Recueil, s. I-5409, bod 75). Viz, ve stejném smyslu, rozsudky ze dne 27. listopadu 2001, Lombardini a Mantovani (C-285/99 a C-286/99, Recueil, s. I-9233, bod 35), a ze dne 11. ledna 2005, Stadt Halle a RPL Lochau (C-26/03, Sb. rozh. s. I-1, bod 44).

zadavatelé mohou použít postup bez předchozí výzvy k účasti v soutěži, a pokračuje taxativním výčtem případů, v nichž je to možné. Soudní dvůr již rozhodl o správném výkladovém přístupu k tomuto ustanovení ve věci Komise v. Řecko, která se týkala písmen c) a d) tohoto ustanovení u zakázek, které z technických a uměleckých důvodů mohou být provedeny pouze určitým dodavatelem, a v případech extrémní naléhavosti: „[v] tomto ohledu je třeba nejprve připomenout, že ustanovení čl. 20 odst. 2 písm. c) a d) směrnice 93/38 jako výjimky z pravidel týkajících se řízení o zadání veřejných zakázek musí být vykládána restriktivně“ [10]. Projednávanou věc je třeba rozhodnout podle ustanovení písmena a) (neexistence nabídek nebo „nevhodné nabídky“), které musí být vykládáno stejně restriktivním způsobem jako ustanovení v písmenech c) a d) vzhledem k tomu, že ani v duchu, ani ve znění čl. 20 odst. 2 ani v rozsudku Soudního dvora ve věci Komise v. Řecko nelze nalézt nic, co by odůvodňovalo jiný výklad.

13. Ve světle výše uvedené analýzy nemůže být přijat široký výklad pojmu „nevhodný“ zastávaný řeckou vládou. Pokud by zadavatelům bylo umožněno, aby se odvolávali i na drobné nedostatky v předložených nabídkách, aby je mohli zamítnout jako „nevhodné“, znamenalo by to v praxi, že by jim byla dána rozsáhlá posuzovací pravomoc pro rozhodnutí, zda je třeba zveřejnit výzvu k účasti v soutěži, či nikoliv. Zadavatel, který se chce uchýlit k „nadržování“, aby byla použita terminologie Soudního dvora z rozsudku ve věci Ordine degli Architetti, může snadno identifikovat bod, ve kterém předložená nabídka plně neodpovídá specifikacím zakázky, zamítnout ji jako „nevhodnou“ a přistoupit k zadání zakázky bez předchozí výzvy k podávání nových nabídek. Tak je tomu obzvláště u velkých projektů, které vyžadují pokročilé technické znalosti, u kterých jsou specifikace zakázky pochopitelně velmi složité. To je však právě riziko, proti kterému mají chránit pravidla Společenství o zadávání veřejných zakázek, ať již zakotvená ve Smlouvě nebo v sekundárním právu. Naopak výklad nabízený Komisí, konkrétně ten, že nabídka může být odmítnuta jako „nevhodná“, a zadavatel tak může přistoupit bez výzvy k účasti v soutěži pouze tehdy, pokud nabídka nemůže pokrýt potřeby tohoto subjektu, ponechává zadavateli dostatečné uvážení, aby posoudil předložené nabídky, a zároveň zajišťuje, aby pravidla Společenství o zadávání veřejných zakázek nebyla obcházena.

14. Na podporu širokého výkladu čl. 20 odst. 2 písm. c) se řecká vláda ve značném rozsahu opírá o bod 45 odůvodnění směrnice, který poukazuje na potřebu „co nejvíce pružných“ pravidel zadávání zakázek na veřejně prospěšné služby. Z toho řecká vláda dovozuje, že zadavatelé v tomto odvětví mají širokou posuzovací pravomoc při použití ustanovení směrnice, včetně ustanovení o „nevhodných“ zakázkách, a zadávání zakázek bez předchozí výzvy k účasti v soutěži. K tomuto argumentu existují dvě výhrady.

10 — Rozsudek ze dne 2. června 2005, Komise v. Řecko (C-394/02, Sb. rozh. s. I-4713, bod 33).

15. Zaprvé, bod 45 odůvodnění směrnice není samostatným ustanovením práva, které by přiznávalo práva nebo stanovilo povinnosti. Spíše plní, jako všechna odůvodnění ke směrnicím, vysvětlovací funkci, tedy slouží těm, kteří vykládají směrnici, k porozumění jejím cílům a duchu, ve kterém byly přijaty. V projednávané věci vysvětluje bod 45 odůvodnění, proč zákonodárce Společenství přijal pro odvětví veřejných služeb soubor pravidel, která jsou méně restriktivní nežli pravidla přijatá pro jiná odvětví, například pro dodávky a služby. Co je důležitější, sám čl. 20 odst. 2 je vyjádřením flexibilnějšího přístupu použitého v odvětví veřejných služeb, jelikož zadavatelům umožňuje, aby k zadání zakázky bez výzvy k účasti v soutěži přistupovali častěji, nežli je tomu podle směrnic upravujících ostatní odvětví [11]. Jinými slovy, sám zákonodárce Společenství rozhodl, jakým způsobem by pravidla o veřejně prospěšných službách měla být flexibilnější, když přijal určitá ustanovení směrnice 93/38, a bylo by nesprávné domnívat se, že bod 45 odůvodnění zadavatelům poskytuje nějakou dodatečnou flexibilitu, doplňující již tak flexibilní ustanovení směrnice.

16. Zadruhé, jak jsem již zdůraznil, Soudní dvůr rozhodl, že publicita je nesporná povinnost uložená zadavatelům Smlouvou. Výjimky z této povinnosti musí být výslovně stanoveny a musí být vykládány úzce. I kdyby existovala obecná zásada flexibility pro výklad směrnice 93/38, nemohla by mít převahu nad povinnostmi zakotvenými v primárním právu Společenství.

17. Konečně je třeba vyjádřit se ke vztahu mezi rozličnými směrnicemi o zadávání veřejných zakázek. Řecká vláda se důrazně brání proti tvrzení Komise, podle kterého může souběžný výklad směrnic o zadávání zakázek ve veřejném sektoru napomoci při výkladu směrnice 93/38. Tvrdí, že směrnice 93/38 zavádí systém pravidel specifických pro odvětví veřejných služeb,a bylo by chybou srovnávat je s pravidly upravujícími veřejné zakázky na dodávky nebo stavební práce. S tímto tvrzením nesouhlasím. S izolovanými právními předpisy se lze setkat pouze zřídka. Pravidla musí být zasazena do kontextu; dávají smysl teprve tehdy, jsou-li vykládána v širším právním rámci, ve kterém působí. V oblasti zadávání veřejných zakázek Soudní dvůr častokrát odkázal na směrnice o zadávání zakázek jako na soubor pravidel sledujících společné cíle a spočívajících na společných zásadách. Již jsem zmínil rozsudek ve věci Komise v. Itálie, ve kterém Soudní dvůr uvedl, že směrnice 92/50 [12], 93/36 [13], 93/37 a 93/38

11 — Jak Komise zdůrazňuje, tento přístup k „flexibilitě“, jako k vysvětlení povahy pravidel o zadávání veřejných zakázek směrnice 93/38 je obdobně podpořen bodem 28 odůvodnění k nové směrnici o zadávání veřejných zakázek v některých odvětvích služeb, která nahradila směrnici 93/38. Ve vztahu k poštovním službám uvádí: „zakázky zadané zadavateli zajišťujícími poštovní služby budou podřízeny pravidlům této směrnice, včetně těch v článku 30, která, při zajištění použití zásad uvedených v devátém bodu odůvodnění, tvoří rámec pro zdravou obchodní praxi a umožní větší pružnost, než nabízí směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES […]“ Zde je nová směrnice o zadávání veřejných zakázek v některých odvětvích služeb srovnávána s novou směrnicí o zadávání zakázek ve veřejném sektoru pro vysvětlení, v jakém smyslu jsou ustanovení směrnice 2004/17/ES flexibilnější nežli ustanovení směrnice 2004/18/ES.

12 — Směrnice Rady 92/50/EHS ze dne 18. června 1992 o koordinaci postupů zadávání veřejných zakázek na služby (Úř. věst. L 209, s. 1; Zvl. vyd. 06/01, s. 322).

13 — Směrnice Rady 93/36/EHS ze dne 14. června 1993 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na dodávky (Úř. věst. L 199, s. 1; Zvl. vyd. 06/02, s. 110).

mají společný cíl eliminovat protisoutěžní praktiky v zadávání veřejných zakázek [14], a existují nedávné příklady, ve kterých Soudní dvůr použil formulaci naznačující, že ke směrnicím o zadávání veřejných zakázek musí být přistupováno systematicky a soudržně [15]. Zapomněl zde snad Soudní dvůr na skutečnost, že každá směrnice upravuje jinou oblast veřejných zakázek a že existují rozdíly v pravidlech, která zavádějí? Zajisté nikoliv. Soudní dvůr měl na mysli, že bez ohledu na své odlišnosti představují směrnice soubor pravidel se společným cílem zajistit to, aby postupy zadávání veřejných zakázek byly spravedlivé, otevřené a účinné.

18. Závěrem soudím, že DEI tím, že označila odmítnutou nabídku za „nevhodnou" a nezveřejnila výzvu k účasti v soutěži, nedodržela čl. 20 odst. 2 směrnice 93/98.

14 — Rozsudek ze dne 21. února 2008, Komise v. Itálie, bod 2.

15 — Viz zejména rozsudek ze dne 27. února 2003, Adolf Truley (C-373/00, Recueil, s. I-1931, bod 42) („z ustálené judikatury rovněž vyplývá, že účelem směrnic Společenství pro koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek je zabránit jak riziku zadávání tuzemským uchazečům nebo zájemcům kdykoliv je zakázka zadávána zadavatelem, tak i možnosti, aby se subjekt financovaný nebo řízený státními, regionálními nebo místními orgány nebo jinými veřejnoprávními orgány, mohl rozhodnout, že se bude řídit jinými nežli hospodářskými úvahami"); rozsudek ze dne 19. června 2008, Pressetext Nachrichtenagentur (C-454/06, Sb. rozh. s. I-4401, bod 31) („z judikatury vyplývá, že hlavním cílem právních předpisů Společenství v oblasti veřejných zakázek je zajistit volný pohyb služeb a otevření nenarušené hospodářské soutěže ve všech členských státech"). V rozsudku ze dne 17. září 2002, Concordia Bus Finland (C-513/99, Recueil, s. I-7213, bod 91), Soudní dvůr rozhodl, že „není důvod vykládat jiným způsobem dvě ustanovení upravující stejnou oblast práva Společenství a mající v podstatě totožné znění". Soudní dvůr zde uvádí, že je třeba vykládat věcný obsah ustanovení; je-li věcná podstata stejná, musí být stejný i výklad.

Zadávací podmínky

19. Vzhledem k tomu, že druhý z požadavků čl. 20 odst. 2 písm. a) nebyl splněn, se DEI nemohla opřít o uvedené ustanovení bez ohledu na skutečnost, zda původní zadávací podmínky zůstaly stejné. V zájmu úplnosti nicméně stručně vysvětlím, proč jsem toho názoru, že Komise správně tvrdí, že došlo k podstatné změně původních podmínek.

20. Druhá výzva k účasti v soutěži uvedla, že rozpory mezi technickými specifikacemi požadovanými zadavatelem a specifikacemi nabízenými uchazeči nejsou přípustné. Nicméně nabídky, které nejsou plně v souladu s uvedenými specifikacemi, mohou být přijaty za předpokladu, že se žádný z rozporů netýká technických vlastností strojního zařízení, které zájemci navrhují k použití, jsou uvedeny odděleně v zadávací dokumentaci a neovlivňují celkový výkon elektrárny. V takovém případě nebyl uchazeč povinen rozpory odstraňovat a nést dodatečné finanční břemeno. Ve třetí fázi řízení však byli uchazeči vyzváni k tomu, aby na vlastní náklady opravili veškeré rozpory, které jejich předchozí nabídky obsahovaly, a k tomu, aby v tomto smyslu předložili závazné prohlášení.

21. Řecká vláda tvrdí, že čl. 20 odst. 2 nezakazuje všechny změny původních zadávacích podmínek, ale pouze ty, které jsou „podstatné“. Když se při jednání dotázal soudce-zpravodaj, jak by vláda mohla uvést do souladu své tvrzení, podle kterého všech pět nabídek ve druhém kole bylo nevhodných a ve třetím kole nebyly povoleny žádné podstatné změny, se skutečností, že zakázka byla nakonec zadána jednomu z uchazečů, jehož nabídka byla původně zamítnuta, zástupce vlády tvrdil, že jediné úpravy, o které DEI žádala ve třetím kole, se týkaly rozporů v technických specifikacích, které byly odhaleny ve druhém kole a vedly k odmítnutí nabídky, zatímco ostatní zadávací podmínky zůstaly stejné.

22. Souhlasím s vládou, že relevantním kritériem je *podstatná* povaha změn zadávacích podmínek, ale nejsem přesvědčen o tom, že dotčená změna byla nepodstatná nebo ne dosti podstatná pro účely čl. 20 odst. 2 písm. a). Ve třetí fázi byla zavedena významná nová povinnost: uchazeči museli opravit všechny rozpory a sami uhradit příslušné náklady, zatímco podle znění oznámení o zakázce ve druhé fázi by takové rozpory mohly být akceptovány. Sám zadavatel ovšem považoval tuto novou povinnost za významnou; jinak by nežádal zúčastněné uchazeče, aby v tomto smyslu předložili závazné prohlášení. Obdobně z pohledu uchazečů je taková změna zadávacích podmínek jistě podstatná, jelikož od počátku vylučuje uchazeče, kteří by nebyli schopni nebo ochotni opravit rozpory ve svých původních nabídkách a uhradit související náklady. Takové změny původních zadávacích podmínek musí být vždy považovány za „podstatné“. Nadto, jak jsem již zdůraznil, ustanovení, které umožňuje zadavateli zadat zakázku bez výzvy k účasti v soutěži, jakým je čl. 20 odst. 2 písm. a), musí být vykládáno restriktivně, protože zavádí výjimku z pravidla transparentnosti, založeného na Smlouvě. Zadavatelé tak mohou ustoupit od výzvy k podávání nabídek pouze tehdy, pokud dotčené změny zjevně nemohou ovlivnit – skutečně, či potenciálně – zadávací proces. V projednávané věci nemůže být změna zadávacích podmínek považována za nepodstatnou nebo ne dosti podstatnou pro účely čl. 20 odst. 2 písm. a).

23. Vzhledem k tomu, že DEI odmítla všech pět nabídek předložených ve druhém kole proto, že nebyly plně v souladu s technickými specifikacemi, bylo prakticky nemožné přidělit zakázku ve třetím kole jednomu z těchto pěti uchazečů, aniž by předtím byla jeho nabídka změněna. DEI tudíž změnila ve třetím kole zadávací podmínky, aby zajistila, že uchazeči převezmou závazek opravit jakékoliv rozpory, a požádala je, aby připravili novou finanční nabídku, která bude zahrnovat

relevantní náklady. Pokud by DEI zveřejnila zcela novou výzvu k účasti v soutěži, jednalo by se o zcela vhodný postup. Namísto toho vyzvala pouze určité uchazeče, aby předložili nabídky, navzdory skutečnosti, že původní zadávací podmínky byly podstatně změněny. Tím porušila čl. 20 odst. 2 písm. a) směrnice 93/38.

Naléhavost

24. Článek 20 odst. 2 písm. d) směrnice 93/38 stanoví, že postup bez výzvy k účasti v soutěži může být použit tehdy, „pokud je to nezbytné z důvodů krajní naléhavosti způsobené událostmi, které zadavatelé nemohli předvídat, a nelze proto dodržet lhůty stanovené pro otevřená a omezená řízení". Komise tvrdí, že způsob, jakým dopis DEI pěti uchazečům z druhého kola odůvodnil její rozhodnutí postupovat bez výzvy k účasti v soutěži (například poukaz na „naléhavé potřeby" Kréty ohledně elektřiny, „čas potřebný k instalaci dvou nových jednotek", „nepředvídaná zpoždění"), naznačuje, že se opírala nejen o čl. 20 odst. 2 písm. a), ale též o čl. 20 odst. 2 písm. d). Řecká vláda nesouhlasí. Tvrdí, že se DEI od počátku opírala pouze o čl. 20 odst. 2 písm. a), a objasnila, že důvod postupu bez výzvy k podávání nabídek spočíval v tom, že dvě předcházející kola neposkytla uspokojivý výsledek. To bylo míněno obratem „celkový průběh věci". Odkaz na naléhavost situace byl podpůrný a znamenal toliko, že jedna ze skutečností, kterou DEI vzala v úvahu, byla ta, že musí jednat rychle.

25. Je pravda, že způsob, jakým byl dopis ze dne 14. prosince 2004 formulován, vede k dojmu, že se DEI dovolává naléhavosti jako jednoho z důvodů odůvodňujících použití postupu bez předchozí výzvy k podávání nabídek. Není však zřejmé, zda se jedná o samostatné odůvodnění založené na čl. 20 odst. 2 písm. d). V každém případě, vzhledem k tomu, že se řecká vláda tohoto ustanovení nedovolává, jej Soudní dvůr dále nemusí zkoumat.

II – Prodlení při poskytnutí odůvodnění

26. Článek 41 odst. 4 směrnice 93/38 zní: „[z]adavatelé, kteří vykonávají některou z činností uvedených v přílohách I, II, VII, VIII a IX, sdělí okamžitě poté, co obdrželi písemnou žádost, odmítnutým zájemcům nebo uchazečům důvody odmítnutí jejich žádosti nebo nabídky a těm uchazečům, kteří podali řádnou nabídku, sdělí charakteristiky a přednosti vybrané nabídky a rovněž uvede jméno úspěšného uchazeče". Komise tvrdí, že prodlení v délce dvou měsíců při poskytování odůvodnění neúspěšnému uchazeči nemůže být považováno za „okamžité" sdělení pro účely tohoto ustanovení. Řecká vláda připouští, že k určitému prodlení došlo,

ale tvrdí, že kritérium pro posouzení toho, zda je v rozporu s čl. 41 odst. 1, je to, zda uchazeč utrpěl újmu při výkonu svých práv Společenství. Dále zástupce řecké vlády při jednání uvedl, že legislativní vývoj čl. 41 odst. 4 – Komise původně navrhla pro odůvodnění lhůtu 15 dnů jako ve směrnicích o zadávání zakázek ve veřejném sektoru, a když byl návrh zamítnut Evropským parlamentem, byl schválen výraz „okamžitě“ – naznačuje, že by zadavatelům měl být při vyřizování žádostí o odůvodnění odmítnutí nabídky poskytnut určitý prostor. Podle řecké vlády nelze říci – vzhledem k tomu, že v projednávané věci neúspěšný uchazeč mohl využít opravného prostředku k přezkoumání legality rozhodnutí zadavatele – že DEI nedodržela směrnici tím, že na žádost odpověděla po dvou měsících.

27. Souhlasím s vládou, že použití výrazu „okamžitě“, bez stanovení konkrétní lhůty znamená, že přístup k čl. 41 odst. 1 nesmí být příliš rigidní. Skutečnost, že směrnice o zadávání zakázek ve veřejném sektoru výslovně stanoví lhůtu 15 dnů [16], zatímco směrnice 93/38 o zadávání veřejných zakázek v některých odvětvích služeb tak nečiní, naznačuje, že zákonodárce Společenství úmyslně ponechal otázku ohledně toho, jak rychle má zadavatel odpovědět, na rozhodnutí podle konkrétního případu.

28. Při posuzování toho, co je v konkrétním případě „okamžitá“ odpověď, je jedním z faktorů, které musí být vzaty v úvahu, otázka, zda uchazeč mohl využít opravných prostředků, které mu poskytuje právo Společenství a vnitrostátní právo, aby přezkoumal legalitu rozhodnutí soudem. Pokud zadavatel nevysvětlí, proč byla určitá nabídka zamítnuta, nemůže neúspěšný uchazeč vědět, zda má smysl zpochybnit rozhodnutí a na základě jakých důvodů by tak měl učinit.

29. Ochrana zájmů uchazečů, kteří se účastní řízení o zadání veřejné zakázky, je však jen

16 — Článek 8 odst. 1 směrnice 93/37, čl. 7 odst. 1 směrnice 93/36, čl. 12 odst. 1 směrnice 92/50.

jedním z cílů sledovaných čl. 41 odst. 4. Toto ustanovení rovněž slouží k zajišťování integrity a účinnosti zadávacího postupu jako takového; adresáty jsou zde samotní zadavatelé, a v konečném důsledku daňoví poplatníci. Proto při výkladu výrazu „okamžitě“ je třeba mít na mysli, že povinnost zadavatele poskytnout odůvodnění včas odrazuje od nadržování a podporuje dodržování práva Společenství. Článek 41 odst. 4 představuje procesní záruku, která pomáhá k zajištění toho, aby odůvodnění odmítnutí nabídky nebylo záminkou pro svévolné zadávání zakázek. Jinými slovy, toto pravidlo plní odrazující funkci: zadavatel, který ví, že bezprostředně po vybrání nabídky musí odůvodnit svůj výběr a vysvětlit, proč byly ostatní nabídky odmítnuty, se méně pravděpodobně odchýlí od pravidel Společenství pro zadávání veřejných zakázek.

30. Nepřiměřené zpoždění odpovědi na žádost o poskytnutí odůvodnění může dále mít významný dopad na efektivitu. V projednávané věci například sama DEI zdůrazňovala, že Kréta *naléhavě* potřebuje dodatečné dodávky elektřiny. Nicméně zpozdila projekt o dva měsíce, jelikož neodůvodnila, proč zvolila určitou nabídku a odmítla ostatní. Řecká vláda nenabídla žádné odůvodnění liknavosti DEI, jež může stěží být slučitelná s naléhavou povahou dotčené zakázky. Vzhledem k tomu, že řada velkých projektů v různých členských státech je v určitém rozsahu financována z rozpočtu Společenství, je důvodné očekávat, že zadavatelé budou používat pravidla Společenství pro zadávání veřejných zakázek způsobem, který bere v úvahu požadavek efektivity.

31. Je rovněž třeba uvést, že nová směrnice o zadávání veřejných zakázek v některých odvětvích služeb, která nahradila směrnici 93/38, v čl. 49 odst. 2 stanoví, že zadavatel „co nejdříve“ sdělí každému neúspěšnému zájemci důvody zamítnutí jeho žádosti a že „[č]as potřebný pro vypracování sdělení nesmí být v žádném případě delší než 15 dnů od doručení písemné žádosti“. Autoři této směrnice sami stanovili přijatelnou lhůtu pro odůvodnění, a tím zadavatelům odebrali veškerou možnost uvážení. Projednávaná věc bude nepochybně rozhodována *rationae temporis* podle směrnice 93/38, a nikoliv podle směrnice 2004/17. Nelze však ignorovat skutečnost, že zákonodárce Společenství rozhodl, že bez ohledu na to, jaké úvahy v minulosti odůvodňovaly flexibilnější přístup ve vztahu k této otázce v odvětví veřejných služeb, tyto důvody nadále neexistují. Veřejné zakázky v odvětví veřejně prospěšných služeb tudíž nyní podléhají stejnému striktnímu pravidlu, které se použije pro veřejné zakázky na stavební práce, dodávky a služby a stanoví, že lhůta 15 dnů nemůže být za žádných okolností překročena. Ačkoliv toto ustanovení není v projednávané věci použitelné, bylo by nepochybně nepřirozené tvrdit, že Soudní dvůr by je měl ignorovat. Podle směrnice 93/38 je třeba v konečném výsledku rozhodnout případ od případu, co představuje přijatelné prodlení, přičemž je třeba mít na mysli obecnou potřebu rychlosti při zadávání veřejných zakázek, která se neomezuje na ochranu práv uchazečů. Soudím proto, že koncept „okamžité“ odpovědi musí být vykládán úzce, s ohledem na obvyklé lhůty v jiných oblastech zadávání veřejných zakázek. Jsem toho názoru, že tím, že DEI po dobu dvou měsíců neposkytla neúspěšnému uchazeči odůvodnění, porušila – při neexistenci jakéhokoliv konkrétního odůvodnění takového prodlení, které zjevně překračuje obvyklé lhůty použitelné ve veřejných zakázkách – čl. 41 odst. 4 směrnice 93/38.

III – Závěry

32. Navrhuji, aby Soudní dvůr určil, „že tím, že Řecko – prostřednictvím DEI – nezveřejnilo výzvu k účasti v soutěži a okamžitě neposkytlo neúspěšnému uchazeči odůvodnění odmítnutí jeho nabídky, nesplnilo povinnosti, které pro ně vyplývají z čl. 20 odst. 1 a 41 odst. 4 směrnice 93/38/EHS ze dne 14. června 1993 o koordinaci postupů při zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a telekomunikací.“