Sbírka soudních rozhodnutí

STANOVISKO GENERÁLNÍHO ADVOKÁTA
MANUELA CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONY
přednesené dne 30. června 2016 [1]

Věc C-171/15

Connexxion Taxi Services BV
proti
Staat der Nederlanden,
Transvision BV,
Rotterdamse Mobiliteit Centrale RMC BV,
a
Zorgvervoercentrale Nederland BV

[žádost o rozhodnutí o předběžné otázce podaná Hoge Raad der Nederlanden (Nejvyšší soud Nizozemska)]

Veřejné zakázkyPostup při výběruKvalitativní kritéria pro výběrFakultativní důvody vyloučení Vážné profesní pochybeníZásada proporcionalityPosuzovací pravomoci, které nejsou uvedeny v popisném dokumentuRozsah soudního přezkumu

1. Projednávaná žádost o rozhodnutí o předběžné otázce, kterou podal Hoge Raad der Nederlanden (Nejvyšší soud Nizozemska), se zaprvé týká jednoho z nejčastějších problémů, jež vyvstávají v souvislosti s výkladem směrnice 2004/18/ES [2], a sice oprávnění členských států vyloučit některé uchazeče z účasti na veřejné zakázce. Dále se předkládající soud táže i na rozsah soudního přezkumu v řízeních zahájených na základě směrnice 89/665/EHS [3].

2. V projednávaném případě se jeden z uchazečů dopustil vážného profesního pochybení, konkrétně takového jednání, které podle „popisného dokumentu“ [4] dotyčné nabídky představuje důvod k (automatickému?) vyloučení. Veřejný zadavatel nicméně jeho účast nejen připustil, ale dokonce mu i nakonec zadal dotyčnou zakázku.

3. Směrnice 2004/18 [konkrétně její čl. 45 odst. 2 písm. d)] poskytuje členským státům možnost začlenit toto ustanovení do svých vnitrostátních právních předpisů upravujících zadávání veřejných zakázek. Hoge Raad der Nederlanden (Nejvyšší soud Nizozemska) klade otázku, zda je veřejný zadavatel oprávněn k tomu, aby bez ohledu na znění popisného dokumentu posoudil protiprávní jednání uchazeče ve světle zásady proporcionality a aby dokonce nevzal v potaz okolnost, že toto jednání musí vést k vyloučení.

1 – Původní jazyk: španělština.

2 – Směrnice Evropského parlamentu a Rady ze dne 31. března 2004 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) (dále jen „směrnice 2004/18“).

3 – Směrnice Rady ze dne 21. prosince 1989 o koordinaci právních a správních předpisů týkajících se přezkumného řízení při zadávání veřejných zakázek na dodávky a stavební práce (Úř. věst. 1989, L 395 s. 33; Zvl. vyd. 06/03, s. 48), ve znění směrnice Evropského parlamentu a Rady 2007/66/ES ze dne 11. prosince 2007 (Úř. věst. 2007, L 335, s. 31) (dále jen „směrnice 89/665“), která je *ratione temporis* použitelná na projednávanou věc.

4 – Výraz „popisný dokument“ je ve směrnici 2004/18 uváděn v souvislosti s „oznámením o zakázce“ (článek 29) nebo se „zadávací dokumentací“ a „veškerými dodatečnými dokumenty“ (článek 40).

4. Pro případ, že bude uznáno výše uvedené oprávnění veřejného zadavatele, se předkládající soud dále táže, do jaké míry může soud provádět přezkum přijaté dohody. Přesněji řečeno se táže, zda je slučitelné s unijním právem, aby byl přezkum, který soud v takových případech provádí, omezen pouze na posouzení „přiměřenosti“ správního rozhodnutí.

I – Právní rámec

A – *Unijní právo*

Směrnice 2004/18

5. Článek 45 stanoví:

„2. Z účasti na zakázce může být vyloučen každý hospodářský subjekt:

[…]

d) který se dopustil vážného profesního pochybení, které mohou veřejní zadavatelé prokázat jakýmikoli prostředky;

[…]“.

6. Článek 45 odst. 2 poslední pododstavec stanoví:

„Členské státy upřesní, v souladu se svým vnitrostátním právem a s přihlédnutím k právu Společenství, podmínky pro uplatňování tohoto odstavce.“

Směrnice 89/665

7. Článek 1 odst. 1 třetí pododstavec zní takto:

„Pokud jde o zakázky, které spadají do oblasti působnosti směrnice 2004/18/ES, přijmou členské státy opatření nezbytná k zajištění možnosti účinného, a zejména co nejrychlejšího přezkumu rozhodnutí veřejných zadavatelů v souladu s podmínkami stanovenými v článcích 2 až 2f této směrnice z důvodu, že těmito rozhodnutími bylo porušeno právo Společenství v oblasti zadávání veřejných zakázek nebo vnitrostátní předpisy je provádějící.“

8. Článek 2 odst. 1 stanoví:

„Členské státy zajistí, aby opatření přijímaná v souvislosti s přezkumným řízením uvedeným v článku 1 stanovila pravomoci:

a) přijímat co nejrychleji prostřednictvím předběžných postupů předběžná opatření směřující k nápravě domnělého protiprávního jednání nebo k zabránění dalšímu poškozování dotčených zájmů, včetně opatření vedoucích k pozastavení nebo zajištění pozastavení daného zadávacího řízení nebo výkonu rozhodnutí učiněného veřejným zadavatelem;

b) zrušit protiprávní rozhodnutí nebo zajistit jeho zrušení, včetně odstranění diskriminačních technických, hospodářských nebo finančních specifikací ve výzvě k podání nabídek, v zadávací dokumentaci nebo v jakýchkoliv dalších dokumentech souvisejících se zadávacím řízením;

c) přiznat náhradu škody osobám poškozeným protiprávním jednáním.“

B – *Vnitrostátní právo*

Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten [5]

9. Článek 45 odst. 3 uvádí stejné fakultativní důvody vyloučení, které stanoví čl. 45 odst. 2 směrnice 2004/18.

10. Z „Nota van toelichting“ (vysvětlivky) [6], která je přílohou Bao, vyplývá, že posouzení, zda vyloučení bude skutečně provedeno, musí být s ohledem na obecné cíle směrnice 2004/18 vždy přiměřené a bez diskriminace; každý veřejný zadavatel musí v konkrétním případě v závislosti na druhu a objemu zakázky, druhu a rozsahu podvodu a opatření, která podnik mezitím přijal, posoudit, zda je nutné podnik ze zadávacího řízení vyloučit.

II – Skutkové okolnosti sporu a předběžné otázky

11. Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (Ministerstvo zdravotnictví, sociální péče a sportu; dále jen „VWS“) vypsalo dne 10. července 2012 celoevropské zadávací řízení na „služby sociálně-rekreační meziregionální přepravy osob s omezenou pohyblivostí“ (dále jen „zakázka“). Zakázka měla trvat déle než tři roky a její ekonomická hodnota odpovídala zhruba 60 milionům eur ročně.

12. Bod 3.1 („Důvody vyloučení a nároky na způsobilost“) popisného dokumentu stanovil, že „[n]abídka, na kterou se vztahuje některý z důvodů vyloučení, nebude zohledněna a její bližší (obsahové) posouzení nepřichází v úvahu“.

13. Co se týče podmínek uložených uchazečům, odkazuje popisný dokument na přílohu „Jednotné vlastní prohlášení pro zadávací řízení“ (které musí být přiloženo k nabídce).

14. Popisný dokument uvádí, že „[u]chazeč tímto prohlašuje, že se na něj nevztahuje žádný z důvodů vyloučení; tuto skutečnost potvrzuje podpisem jednotného vlastního prohlášení pro zadávací řízení“.

15. Jednotné vlastní prohlášení odkazuje na článek 45 Bao a uvádí, které fakultativní důvody vyloučení se uplatní. Od uchazeče je například požadováno prohlášení, že se „ani jeho podnik, ani žádný z vedoucích pracovníků v podniku nedopustil vážného profesního pochybení“.

16. Zadávacího řízení se zúčastnily mezi jinými i společnost Connexxion Taxi Services BV (dále jen „Connexxion“) a sdružení podniků skládající se ze společností Transvision, RMC a ZCN (dále jen „sdružení podniků“).

17. Dopisem ze dne 8. října 2012 sdělilo VWS společnosti Connexxion, že její nabídka se umístila na druhém místě a že má v úmyslu zadat zakázku sdružení podniků.

5 – Nařízení o pravidlech pro zadávání veřejných zakázek (dále jen „Bao“). V okamžiku zadání zakázky, která je předmětem projednávaného sporu, nebyl ještě v platnosti Wet van 1 november 2012, houdende nieuwe regels omtrent aanbestedingen (zákon o veřejných zakázkách ze dne 1. listopadu 2012).

6 – V odpovědi na otázku položenou Soudním dvorem nizozemská vláda tvrdila, že tato vysvětlivka není součástí znění Bao, přestože byla zveřejněna současně s ním v témže úředním věstníku. Po způsobu důvodové zprávy obsahuje tato vysvětlivka důvody, jež vedly k přijetí zmíněného textu. Není sice právně závazná, avšak její obsah je „z právního hlediska významný a relevantní pro účely výkladu příslušné právní úpravy“.

18. Dne 20. listopadu 2012 uložil Nederlandse Mededingingsautoriteit (nizozemský úřad pro ochranu hospodářské soutěže) společnosti RMC a skupině BIOS, do kterého patří společnost ZCN, na základě Mededingingswet (zákon o ochraně hospodářské soutěže) pokuty za jednání ve věcech taxi přepravy v regionu Rotterdam, k nimž došlo v období od 17. dubna 2009 do 1. března 2011.

19. Dopisem ze dne 18. února 2013 sdělilo VWS společnosti Connexxion, že setrvá na rozhodnutí o zadání zakázky sdružení podniků, neboť jeho vyloučení by navzdory tomu, že se dopustilo „vážného profesního pochybení“, bylo nepřiměřené.

20. Proti rozhodnutí VWS podala Connexxion žalobu, jejímž prostřednictvím se domáhala toho, aby bylo státu zakázáno zadat dotyčnou zakázku sdružení podniků, přičemž stát vyjádřil s tímto návrhovým žádáním nesouhlas.

21. Voorzieningenrechter te Den Haag (soudce příslušný pro rozhodování o předběžných opatřeních v Haagu) vyhověl návrhovému žádání předloženému společností Connexxion, přičemž uvedl, že poté, co VWS zjistilo, že se sdružení podniků dopustilo vážného profesního pochybení, již nemělo prostor k posuzování proporcionality.

22. Na základě podaného odvolání zrušil Gerechtshof Den Haag (odvolací soud v Haagu) rozhodnutí soudce příslušného pro rozhodování o předběžných opatřeních a nařídil státu, aby zadal dotyčnou zakázku sdružení podniků, pokud tak nadále hodlá učinit.

23. Gerechtshof (odvolací soud) měl za to, že směrnice 2004/18 poskytuje členským státům volný prostor k tomu, aby mohly jednat tak, jak jednal nizozemský zákonodárce, tzn. provést čl. 45 odst. 2 této směrnice v plném rozsahu do čl. 45 odst. 3 Bao a následně pověřit veřejné zadavatele podrobnějším určením důvodů vyloučení.

24. Gerechtshof (odvolací soud) uvedl, že bez ohledu na to, zda ustanovení práva Evropské unie upravující zadávání veřejných zakázek vyžadují přezkum proporcionality, unijní právo tomu nebrání. Z nizozemských právních předpisů lze kromě toho vyvodit, že vyloučení nesmí být automatické a že veřejný zadavatel musí přezkoumat, zda je přiměřené.

25. Gerechtshof (odvolací soud) dodal, že přezkum rozhodnutí VWS musí být zdrženlivý, a to tím spíše, pokud rozhodnutí o sporném vážném profesním pochybení (dosud) nenabylo pravní moci. Podstata otázky tkví v tom, zda mohlo VWS důvodně dospět k závěru, že vyloučení sdružení podniků bylo nepřiměřené. Okolnost, že podle popisného dokumentu má být vyloučen uchazeč, u něhož byl zjištěn důvod k vyloučení, nepovažuje za relevantní a uvádí, že rozhodnutí VWS bylo způsobilé obstát v „marginálním“ [7] soudním přezkumu.

26. Hoge Raad der Nederlanden (Nejvyšší soud Nizozemska), u něhož byl rozsudek vydaný v odvolacím řízení napaden kasačním opravným prostředkem, poukazuje na určité rozpory mezi a) povinností – uložené právními předpisy veřejnému zadavateli – podrobit fakultativní důvody vyloučení přezkumu proporcionality s cílem zjistit, zda mají vést k vyloučení, na jedné straně a b) popisným dokumentem dotčené zakázky, podle něhož nesmí být zohledněny nabídky obsahující důvod vyloučení, na straně druhé.

27. U předkládajícího soudu vyvstaly pochybnosti, zda je použití kritéria proporcionality v souladu se zásadami rovnosti, transparentnosti a publicity, pokud zmíněné kritérium nebylo výslovně uvedeno v popisném dokumentu.

7 – Překlad do španělštiny obsahuje přídavné jméno „sumario“ (souhrnný), zatímco v původním nizozemském znění je použit výraz „marginal“ (marginální, okrajový). Rozhodl jsem se pro použití posledně jmenovaného výrazu, který se nachází ve znění předběžné otázky.

28. Kromě toho Hoge Raad der Nederlanden (Nejvyšší soud Nizozemska) uvádí, že pro případ, že by měl soud posuzovat obsah rozhodnutí správního orgánu, nizozemské právo omezuje pravomoci soudu na provedení pouhého „marginálního“ přezkumu rozhodnutí veřejného zadavatele, jehož jediným účelem je konstatovat, zda měl veřejný zadavatel k přijetí svého rozhodnutí rozumné důvody.

29. Za těchto okolností vznesl Hoge Raad der Nederlanden (Nejvyšší soud Nizozemska) dvě předběžné otázky:

„1) a) Brání unijní právo, zejména čl. 45 odst. 2 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, tomu, aby byl veřejný zadavatel podle vnitrostátního práva povinen uplatněním zásady proporcionality posoudit, zda uchazeč, který se dopustil vážného profesního pochybení, má být skutečně vyloučen?

b) Je přitom rozhodné, že veřejný zadavatel vložil do podmínek zadávacího řízení ustanovení, podle kterého nabídka, které se týká jeden z důvodů vyloučení, nebude zohledněna a její bližší obsahové posouzení nepřipadá v úvahu?

2) V případě záporné odpovědi na otázku 1a: Brání unijní právo vnitrostátním soudům v tom, aby posouzení podle zásady proporcionality, které provedl veřejný zadavatel v konkrétním případě, nepřezkoumaly ‚v plném rozsahu‘, nýbrž se spokojily s (‚marginálním‘) přezkumem, zda veřejný zadavatel mohl při rozumném zvážení dospět k rozhodnutí, že přesto nevyloučí uchazeče, který se dopustil vážného profesního pochybení ve smyslu čl. 45 odst. 2 prvního pododstavce směrnice [2004/18]?“

III – Shrnutí argumentů účastníků řízení

A – *K první předběžné otázce*

30. Connexxion má za to, že pokud veřejný zadavatel konstatuje, že se uchazeč dopustil vážného profesního pochybení, není již oprávněn provést posouzení proporcionality. Toto posouzení již bylo totiž provedeno v okamžiku, kdy bylo toto porušení pravidel uvedeno v popisném dokumentu jako jeden z důvodů vyloučení. Vzhledem ke znění popisného dokumentu by podle ní bylo v rozporu se zásadami publicity, transparentnosti a rovnosti v zadávání veřejných zakázek, kdyby byl veřejný zadavatel oprávněn posuzovat proporcionalitu důvodu vyloučení.

31. Všichni ostatní účastníci řízení se vyjádřili v opačném smyslu. Začlenění fakultativních důvodů vyloučení je věcí členských států, kterým byla v tomto ohledu přiznána volnost. V mezích této volnosti nebrání směrnice 2004/18 tomu, aby bylo vyloučení uchazečů, na něž se vztahují fakultativní důvody vyloučení, podmíněno předběžným posouzením proporcionality. Pokud se v popisném dokumentu uvádí, že vážné profesní pochybení představuje dostatečný důvod k vyloučení osoby, která se tohoto pochybení dopustila, v takovém případě nic nebrání tomu, aby veřejný zadavatel použil obecné pravidlo, podle něhož má uplatnění tohoto důvodu vyloučení podléhat posouzení proporcionality.

B – *Ke druhé předběžné otázce*

32. Connexxion prosazuje názor, že soudy by měly mít možnost provádět přezkum správního rozhodnutí v plném rozsahu.

33. Naopak nizozemská vláda a sdružení podniků tvrdí, že soudní přezkum by měl být prováděn pouze *marginálně*, a sice posouzením přiměřenosti rozhodnutí přijatého veřejným zadavatelem.

34. Podle mínění Komise musí mít činnost soudu širší rozsah, přičemž soud může přezkoumat věcnou správnost skutkových zjištění a neexistenci zjevně nesprávného posouzení, jakož i správnost, úplnost a věrohodnost okolností, o něž se opíralo rozhodnutí přijaté veřejným zadavatelem.

35. Italská vláda je toho názoru, že je věcí vnitrostátního zákonodárce, aby určil vhodný druh přezkumu, neboť unijní právo nestanoví, že posouzení provedené vnitrostátním soudem by mělo plně nahradit věcné posouzení učiněné veřejným zadavatelem.

IV – Posouzení

A – *K první předběžné otázce, písmeni a)*

36. Je slučitelné se směrnicí 2004/18, aby členský stát uložil veřejným zadavatelům povinnost zajistit, aby případné vyloučení uchazečů, kteří se dopustili vážného profesního pochybení, podléhalo posouzení proporcionality?

37. Před zodpovězením této otázky je namístě upřesnit dva body. Z údajů uvedených v předkládacím rozhodnutí vyplývá, že v okamžiku, kdy uchazeči předložili nabídky, ani v okamžiku uzavření dohody s veřejným zadavatelem (8. října 2012), nebyla ještě sdružení podniků uložena žádná sankce za to, že se dopustilo vážného pochybení. Až později (dne 20. listopadu 2012) nizozemský orgán pro ochranu hospodářské soutěže uložil některým podnikům z tohoto sdružení určité sankce za koluzní praktiky, k nimž došlo o několik let dříve. Přísluší předkládajícímu soudu, aby rozhodl, zda tato sankce, která byla uložena teprve po předložení nabídek a po původní dohodě o zadání zakázky, může být považována za platný důvod k vyloučení pachatele protiprávního jednání, který již předložil nabídku (z níž vážné pochybení samozřejmě nevyplývalo, neboť z právního hlediska do té doby neexistovalo).

38. Pokud má předkládající soud přesto za to, že sankce uložená uchazeči může odůvodnit, aby byl tento uchazeč považován za osobu [8], která se dopustila „vážného profesního pochybení“, vyvstává otázka, zda má být tento důvod vyloučení uplatněn automaticky, nebo až poté, co bude podroben posouzení proporcionality.

39. Druhé upřesnění se týká výkladu vnitrostátních právních ustanovení, který spadá do výlučné pravomoci předkládajícího soudu. Podle předkládacího rozhodnutí Hoge Raad der Nederlanden (Nejvyšší soud Nizozemska) „ukládá vnitrostátní právo veřejnému zadavateli při použitelnosti fakultativního důvodu vyloučení podle čl. 45 odst. 3 Bao podle zásady proporcionality určit, zda má být dotčený uchazeč skutečně vyloučen“. Tímto je v rámci tohoto řízení o předběžné otázce, pokud jde o vnitrostátní právo, vyřešen problém týkající se dostatečnosti právního základu „povinnosti“ provést posouzení proporcionality (a nepřímo i problém týkající se dopadu vysvětlivky k Bao).

40. Poté, co jsem uvedl výše uvedená upřesnění, odpověď na položenou otázku bude možné bez velkých obtíží vyvodit z judikatury Soudního dvora vydané před přijetím směrnice 2004/18 i po něm [9].

8 – Zastávám názor, že až do okamžiku uložení sankce se na daný hospodářský subjekt vztahuje presumpce neviny, takže nemůže být považován za osobu, která se dopustila vážného pochybení, a to ani v případě, že ke skutkovým jednáním zakládajícím toto pochybení (avšak dosud v tomto smyslu neprohlášeným) došlo dříve, než byla zveřejněna výzva k účasti v soutěži.

9 – Dalším kritériem pro výklad, které je uvedeno v předkládacím rozhodnutí a ve vyjádřeních účastníků řízení, je bod 101 odůvodnění směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES (Úř. věst. 2014, L 94, s. 65). V citovaném bodě odůvodnění se uvádí, že při použití fakultativních důvodů vyloučení by veřejní zadavatelé měli věnovat zvláštní pozornost zásadě proporcionality. Přestože směrnice 2014/24 nemůže v tomto řízení zakládat účinky *ratione temporis*, v její preambuli se odráží judikatura Soudního dvora vydaná v dané oblasti.

41. V době, kdy byla platná směrnice 92/50/EHS [10] (jejíž článek 29 se svým zněním podobal článku 45 odst. 2 směrnice 2004/18), Soudní dvůr v rozsudku La Cascina a další [11] zdůraznil, že použití fakultativních případů vyloučení je ponecháno na posouzení členských států, jak o tom svědčí výraz „z účasti v soutěži o veřejnou zakázku může být vyloučen […]“ uvedený na začátku článku 29. Členské státy nemohou stanovit jiné důvody vyloučení, než ty, které jsou v tomto ustanovení uvedeny [12], avšak zmíněný článek 29 směrnice 92/50 nezamýšlí jednotné používání těchto důvodů vyloučení v něm uvedených [13].

42. I poté, co vstoupila v platnost směrnice 2004/18, se Soudní dvůr řídil týmiž úvahami v rozsudku Consorcio Stabile Libor Lavori Publicci [14], v jehož bodě 35 jsou zopakovány argumenty uvedené v rozsudku La Cascina a další [15]. I v tomto rozsudku uvádí, že členské státy mají v souladu se svým vnitrostátním právem a při dodržení unijního práva upřesnit podmínky použití čl. 45 odst. 2 směrnice 2004/18. Soudní dvůr tak znovu potvrdil, že členské státy jsou oprávněny k tomu, aby přijímaly kritéria vyloučení a případně je učinily flexibilnějšími.

43. Náleží-li členským státům, aby určily, které z důvodů vyloučení – uvedené ve směrnici 2004/18 jakožto fakultativní – budou platit v jejich vlastních právních řádech, logicky musí být oprávněny také k tomu, aby upřesnily podmínky či požadavky kladené na uplatňování těchto důvodů. Znamená to tedy, že mohou upravit tyto důvody ve smyslu větší či menší přísnosti, a pokud se rozhodnou, že všechny tyto důvody nebo jen některé z nich musí být v jednotlivých případech podrobeny posouzení či porovnání proporcionality, směrnice 2004/18 jim v tom nijak nebrání.

44. Z rozsudku Consorcio Stabile Libor Lavori Publicci [16] lze nicméně vyvodit, že výkon této pravomoci členských států není bezpodmínečný. Unie na jednu stranu přikládá značný význam svobodě usazování a volnému pohybu služeb, což ji vede k vytvoření prostoru pro co nejširší účast v zadávacích řízeních, avšak tomuto cíli by mohlo bránit uplatnění fakultativních důvodů vyloučení. Na druhou stranu je legitimní, aby byly důvody vyloučení ospravedlňovány plněním cílů obecného zájmu, mezi něž patří záruky spolehlivosti, obezřetnosti, profesní cti a zodpovědnosti uchazeče. K ověření vzájemného vztahu těchto zájmů slouží Soudnímu dvoru zásada proporcionality.

45. Z výše uvedené judikatury lze dovodit závěr, že vnitrostátní právní předpis, podle kterého je veřejný zadavatel oprávněn vyloučit uchazeče, jimž byla uložena sankce za vážné profesní pochybení, pouze tehdy, pokud má za to, že vyloučení těchto uchazečů z výše uvedeného důvodu je v souladu se zásadou proporcionality, není v rozporu s čl. 45 odst. 2 směrnice 2004/18 ani s unijním právem.

B – *K první předběžné otázce, písmeni b)*

46. V popisném dokumentu dotčené zakázky není stanoveno, že by vyloučení uchazeče, který se dopustil vážného profesního pochybení, mělo podléhat posouzení proporcionality. Odtud pramení i pochybnosti předkládajícího soudu, zda je v projednávaném případě relevantní doslovné znění tohoto popisného dokumentu.

10 – Směrnice Rady ze dne 18. června 1992 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na služby (Úř. věst. 1992, L 209, s. 1; Zvl. vyd. 06/01, s. 139).

11 – Rozsudek ze dne 9. února 2006, C-226/04 a C-228/04 (EU:C:2006:94, body 21 a 23).

12 – Bod 22.

13 – V bodě 23 Soudní dvůr uvádí, že „[…] členské státy mají možnost vůbec nepoužít tyto důvody vyloučení zvolením co nejširší možné účasti v zadávacích řízeních nebo je začlenit do vnitrostátních právních předpisů se stupněm přísnosti, který se může lišit případ od případu v závislosti na právních, ekonomických a sociálních okolnostech převažujících na vnitrostátní úrovni. V tomto rámci mají členské státy pravomoc zmírnit nebo učinit flexibilnějšími kritéria stanovená v článku 29 směrnice“.

14 – Rozsudek ze dne 10. července 2014, C-358/12 (EU:C:2014:2063).

15 – Rozsudek ze dne 9. února 2006, C-226/04 a C-228/04 (EU:C:2006:94).

16 – Rozsudek ze dne 10. července 2014, C-358/12 (EU:C:2014:2063, body 29, 31 a 32).

47. Máme-li tuto otázku zodpovědět, musíme vycházet z toho, co již bylo uvedeno výše, a sice že posouzení proporcionality, prováděné *ad casum* v souvislosti s fakultativními důvody vyloučení, je požadováno nizozemskými právními předpisy použitelnými na zadávání veřejných zakázek (konkrétně Bao) a není v rozporu s unijním právem. Je tedy otázkou, zda má mít přednost předpis, z něhož výše uvedená povinnost obecně vyplývá, nebo je naopak veřejný zadavatel vázán konkrétním ustanovením obsaženým v popisném dokumentu, podle něhož má být uchazeč, který se dopustil vážného pochybení, z daného zadávacího řízení vyloučen.

48. Znovu opakuji, že Soudní dvůr nemůže zastoupit vnitrostátní soud v podání výkladu jeho vlastního práva. Přesto však, a to i z pohledu striktně vnitrostátního, mám za to, že je možné dosáhnout souladu mezi ustanovením obsaženým v popisném dokumentu a obecným pravidlem. V opačném případě by totiž bylo považováno za přípustné, aby bylo v konkrétních případech možné se odchýlit od některých kogentních ustanovení použitelných na zadávání veřejných zakázek, a to přijetím jednotlivého aktu, který by se těmito ustanoveními neřídil.

49. „Konformního výkladu“ ustanovení obsaženého v popisném dokumentu za účelem jeho přizpůsobení Bao lze bez větších výkladových obtíží dosáhnout za předpokladu, že budeme vycházet z komplexního pojetí celého souboru právních předpisů použitelných na zadávání veřejných zakázek. K uplatňování fakultativních důvodů vyloučení nedochází ve vakuu, nýbrž v předem stanoveném právním rámci, s nímž musí být v souladu, takže uplatněny mohou být pouze tehdy, jsou-li splněny předpoklady, jimiž je toto uplatnění podle právních předpisů podmíněno. Jedním z nich je i to, že dané jednání musí být posouzeno z hlediska proporcionality ve vztahu k pochybení, jehož se uchazeči dopustili.

50. Jedná-li veřejný zadavatel v souladu s tímto kritériem, znamená to, že se bezvýhradně řídí obecnými pravidly, jimiž je v Nizozemsku upraveno zadávání veřejných zakázek a jež jsou obsažena v Bao a ve vysvětlivce k tomuto předpisu. Z výše uvedeného vyplývá, že dokonce i v případě, že popisný dokument výslovně neuvádí, že je veřejný zadavatel oprávněn posoudit pochybení, jehož se dopustil uchazeč, ve světle zásady proporcionality, musí být toto oprávnění považováno za implicitně vyjádřené.

51. Zastávám názor, že povinnost, kterou ukládá bod 3.1 popisného dokumentu („[n]abídka, na kterou se vztahuje některý z důvodů vyloučení, nebude zohledněna“), musí být právě s ohledem na svou kvazinormativní povahu součástí výkladových pravidel platných pro všechna právní ustanovení nižší právní síly, která nesmí být v rozporu s obecnějšími ustanoveními, jimiž jsou zaštítěna. Je-li v Bao stanoveno, že před tím, než veřejný zadavatel uplatní vyloučení z důvodu vážného profesního pochybení, musí přezkoumat každý konkrétní případ „v závislosti na druhu a objemu zakázky, druhu a rozsahu podvodu a opatření, která podnik mezitím přijal“, nemůže být okolnost, že toto nezbytné a individualizované uplatnění zásady proporcionality není v popisném dokumentu vůbec zmíněno, důvodem k jejímu neuplatnění.

52. Tato hypotéza platí i z hlediska unijního práva. Judikatura Soudního dvora vydaná v souvislosti s fakultativními důvody vyloučení odmítá automatické uplatňování těchto důvodů a potvrzuje, že je nezbytné provést výše uvedený „konformní výklad“. Z rozsudku Forposta a ABC Direct Contact [17] vyplývá, že toto automatické uplatňování (pokud jde o vyloučení uchazeče, který se dopustil vážného pochybení) by mohlo překročit hranice prostoru pro uvážení, který členským státům přiznává čl. 45 odst. 2 směrnice 2004/18.

17 – Rozsudek ze dne 13. prosince 2012, C-465/11 (EU:C:2012:801).

53. Podle zmíněného rozsudku platí, že je nejprve nutné provést „konkrétní a individuální posouzení chování dotyčného hospodářského subjektu“ [18]. Soudní dvůr prohlásil, že z důvodu rozporu s výše uvedeným kritériem je s unijním právem neslučitelný vnitrostátní právní předpis, který „veřejnému zadavateli ukládá povinnost automaticky vyloučit tento hospodářský subjekt z […] zadávacího řízení na veřejnou zakázku, aniž se tomuto veřejnému zadavateli ponechává možnost v konkrétním případě posoudit závažnost údajně chybného chování uvedeného subjektu“. Okolnosti věci Forposta a ABC Direct Contact [19] se sice liší od okolností projednávané věci, avšak argumentační směr, pro který se tehdy Soudní dvůr rozhodl, lze na projednávanou věc uplatnit ve smyslu výkladového kritéria.

54. Z výše uvedeného tedy vyplývá, že argument vnitrostátní povahy (přednost Bao jakožto obecného právního předpisu upravujícího nizozemské veřejné zakázky), jehož posouzení je věcí předkládajícího soudu, potvrzuje i judikatura Soudního dvora, která v zásadě vylučuje, aby byl při posuzování tohoto důvodu vyloučení uplatňován automatický postup.

55. Navrhuji tedy, aby byla tato předběžná otázka zodpovězena v tom smyslu, že ustanovení popisného dokumentu nelze použít s cílem vyhnout se tomu, aby bylo v konkrétním případě provedeno posouzení proporcionality ve vztahu k pochybení, jehož se dopustil uchazeč, pro účely vyloučení či nevyloučení tohoto uchazeče z možnosti získat zakázku.

56. Námitky vznesené proti této hypotéze, které vycházejí ze zásad publicity, rovného zacházení a transparentnosti (na něž poukazuje jak předkládající soud, tak i Conexxion, s odkazem na rozsudek Komise v. CAS Succhi di Frutta [20]) mají sice určitou váhu, ale nepovažuji je za přesvědčivé. Z judikatury Soudního dvora, která je citována ve výše uvedeném rozsudku [21], lze vyvodit, že všichni soutěžitelé bez rozdílu musí podléhat stejným podmínkám. V projednávaném případě je však uplatnění kritéria proporcionality nejen potvrzeno obecnými pravidly použitelnými na veřejné zakázky v Nizozemsku, ale navíc platí i pro všechny uchazeče, na něž se vztahuje týž důvod vyloučení. K diskriminaci by mohlo dojít za předpokladu, že na rozdíl od situace, která nastala v souvislosti se sdružením podniků, by některý z uchazečů, který se dopustil obdobného vážného pochybení, byl ze zadávacího řízení vyloučen automaticky, tj. bez předběžného posouzení proporcionality. Takováto situace nicméně nenastala.

57. Mám za to, že judikatura, jejíž součástí je rozsudek Komise v. CAS Succhi de Frutta [22], nebrání odpovědi, kterou navrhuji. Pokud jsou zásady rovnosti, publicity a transparentnosti uplatněny ve spojení s určitými ustanoveními obsaženými v popisném dokumentu, která musí být vykládána ve světle obecných pravidel použitelných na veřejné zakázky, nebrání to veřejnému zadavateli, aby posoudil, zda pochybení uchazeče, nahlížené z pohledu proporcionality, v konkrétním případě znemožňuje, aby byla danému uchazeči zadána zakázka, o kterou se uchází a pro jejíž získání vypracoval nabídku za výhodnějších podmínek než ostatní uchazeči.

18 – Rozsudek ze dne 13. prosince 2012, Forposta a ABC Direct Contact (C-465/11, EU:C:2012:801, bod 31).

19 – Rozsudek ze dne 13. prosince 2012, C-465/11 (EU:C:2012:801).

20 – Rozsudek ze dne 29. dubna 2004, C-496/99 P (EU:C:2004:236).

21 – Rozsudek ze dne 29. dubna 2004, Komise v. CAS Succhi di Frutta (C-496/99 P, EU:C:2004:236, body 108 až 111). Soudní dvůr uvedl, že „zásada rovného zacházení s uchazeči […] zahrnuje povinnost transparentnosti, která je zárukou jejího dodržení, a ukládá, aby všichni uchazeči měli při vypracování znění svých nabídek stejné příležitosti, a tedy aby nabídky všech soutěžitelů podléhaly stejným podmínkám“.

22 – Rozsudek ze dne 29. dubna 2004, C-496/99 P (EU:C:2004:236). V této věci byla posuzována situace, v níž veřejný zadavatel porušil běžný systém zadávání zakázek tím, že jednostranně změnil jedno z jeho pravidel, které bylo považováno za zásadní, neboť pokud by bylo v oznámení o zakázce uvedeno, zájemci by mohli podat podstatně odlišnou nabídku. Ve věci, jíž se nyní Soudní dvůr zabývá, však nenastalo nic podobného.

58. V zadávacím řízení, které je dotčeno v projednávané věci, nedošlo ke skutečné změně podmínek ani výběrového řízení, jež byly stejné pro všechny zájemce. Veřejný zadavatel prokázal, že jejich nabídky splňují kritéria použitelná na danou zakázku [23], a neuplatnil žádný jiný důvod vyloučení, než které byly uvedeny v popisném dokumentu [24]. Skutečnost, že pro účely posouzení jednoho z těchto důvodů vyloučení, výslovně zmíněných v popisném dokumentu, použil veřejný zadavatel kritérium proporcionality, na které popisný dokument sice výslovně neodkazuje, avšak požadují jej obecná pravidla, jimiž se v Nizozemsku řídí zadávání veřejných zakázek (jakož i judikatura Soudního dvora), je podle mého mínění slučitelná se zásadou rovného zacházení i se zásadou transparentního jednání, která z prvně jmenované zásady vyplývá.

59. Je správné, že Soudní dvůr trvá (naposledy v rozsudku Pizzo [25]) na dodržování zadávací dokumentace a obdobných dokumentů, které je zárukou rovnosti uchazečů. Stejně jako v jiných případech má však i tato judikatura své meze a význam zadávací dokumentace (či jiných obdobných dokumentů) nemůže být zveličován do té míry, že by byly bez dalšího opomíjeny požadavky, jež na veřejné zakázky kladou právní předpisy jednotlivých členských států. Je třeba upozornit na to, že někteří veřejní zadavatelé by se tak mohli ocitnout v pokušení vynechat v zadávací dokumentaci některé požadavky legitimně stanovené vnitrostátním zákonodárcem, s nimiž sami nesouhlasí nebo jež by prostě raději neuplatnili (dokonce i ve prospěch případného zájemce), a získali by tak jistotu, že takto upravená zadávací dokumentace bude prakticky nenapadnutelná. Přestože je důležité, aby byla zajištěna rovnost uchazečů, neznamená to, že by byli uchazeči i samotný veřejný zadavatel zproštěni povinnosti řídit se obecnými pravidly a kritérii, jimiž je daná oblast v jednotlivých členských státech upravena. Patří mezi ně i kritérium proporcionality použitelné na důvod vyloučení, který je předmětem projednávaného sporu.

C – *Ke druhé předběžné otázce*

60. I když to předkládající soud výslovně neuvádí, mám za to, že žádá Soudní dvůr o výklad směrnice 89/665, která koordinuje vnitrostátní právní předpisy týkající se přezkumného řízení při zadávání veřejných zakázek.

61. Členské státy musí zaručit, že zúčastněné osoby budou moci využít mechanismy pro opravné prostředky pro rozhodnutí přijatá veřejnými zadavateli (samozřejmě v souvislosti se zakázkami spadajícími do působnosti směrnice 2004/18), které budou způsobilé zajistit rychlé a účinné posouzení otázky, zda jsou tato rozhodnutí v rozporu s unijním právem v oblasti zadávání veřejných zakázek nebo s vnitrostátními právními předpisy, jimiž se unijní právo provádí do příslušných právních řádů. Takový je v konečném důsledku cíl sledovaný směrnicí 89/665.

62. Analýza, kterou níže rozvedu, se zaprvé zaměří na zjištění, zda směrnice 89/665 – jakož i judikatura podávající výklad této směrnice – poskytuje pravidla, podle nichž lze rozpoznat, do jaké míry či s jakou intenzitou mají orgány příslušné k přezkumu provádět přezkum rozhodnutí přijatých veřejnými zadavateli. Za předpokladu, že taková pravidla existují, měla by tato být následně srovnána s pravidly platnými v nizozemském právu, na něž odkazuje předkládající soud.

63. Dalším krokem bude zjištění, zda intenzita soudního přezkumu má být shodná v obou procesních situacích uvedených v článku 2 směrnice 89/665, tj. a) v rámci předběžných postupů, v nichž lze přijímat předběžná opatření ve stadiu před uzavřením dohody, a b) v ostatních přezkumných řízeních, jejichž cílem je zajistit zrušení správního aktu o zadání veřejné zakázky a náhradu škody.

23 – Viz rozsudek ze dne 6. listopadu 2014, Cartiera dell'Adda (C-42/13, EU:C:2014:2345, bod 44), v němž je odkazováno na rozsudek vydaný ve věci Komise v. CAS Succhi di Frutta (rozsudek ze dne 29. dubna 2004, C-496/99 P, EU:C:2004:236, body 108 až 111).

24 – Na rozdíl od situace, která nastala ve věci Pizzo (rozsudek ze dne 2. června 2016, C-27/15, EU:C:2016:404).

25 – Rozsudek ze dne 2. června 2016, C-27/15 (EU:C:2016:404).

V projednávaném případě[26] napadla Connexxion rozhodnutí, jímž VWS zadalo zakázku sdružení podniků, přičemž navrhla Voorzieningenrechter te Den Haag (soudce příslušný pro rozhodování o předběžných opatřeních v Haagu), aby toto rozhodnutí zrušil. Její žaloba tedy spadala do působnosti čl. 2 odst. 1 písm. a) směrnice 89/665.

64. Cílem mé poslední úvahy bude ověřit, zda za okolností projednávaného sporu lze tvrdit – jak činí vláda Nizozemska, že soudní přezkum, který provedly příslušné vnitrostátní soudy rozhodující v prvním stupni a v odvolacím řízení, odpovídal standardu přezkumu, který zavedla směrnice 89/665.

1. Intenzita soudního přezkumu, jehož předmětem jsou rozhodnutí veřejných zadavatelů

65. V oblasti zadávání veřejných zakázek je patrná tatáž tendence, s níž se setkáváme i v jiných oblastech evropského práva veřejného: zatímco zpočátku se Soudní dvůr spokojil s tím, že odkazoval na procesní autonomii členských států a k účelům nápravy uplatňoval zásady rovnocennosti a efektivity jakožto minimální požadavky, jež jsou ve sporech týkajících se unijního práva kladeny na vnitrostátní systémy soudního přezkumu, postupně se začaly prosazovat požadavky související se „soudní ochranou“, které se souběžně zasadily i o zvýšení intenzity tohoto přezkumu[27].

66. Tato tendence je logicky výraznější v případech, kdy unijní normotvůrce přijal právní předpisy harmonizační povahy, což nastává právě v souvislosti se soudním přezkumem určitých rozhodnutí vnitrostátních orgánů. Tak je tomu zejména v oblasti zadávání veřejných zakázek, neboť při přijímání směrnice 89/665 i jejích následných novelizací bylo jasné, že právní úprava Společenství by ztratila veškerou účinnost, pokud by nebyla vybavena harmonizovanými a navíc i účinnými mechanismy pro opravné prostředky, zaručujícími dodržování použitelných pravidel. Cílem těchto mechanismů není jen chránit zájmy uchazečů, ale současně i zlepšit celý systém zadávání veřejných zakázek, jehož hospodářský význam pro vnitřní trh nesmíme opomenout zdůraznit.

67. Není tedy překvapivé, že předkládací rozhodnutí i vyjádření předložená účastníky řízení obsahují mnoho citací z rozsudků HI[28] a Croce Amica One Italia[29], v nichž se Soudní dvůr vyjádřil k rozsahu pravomoci soudu provádět přezkum činnosti veřejných zadavatelů.

68. V prvně jmenovaném rozsudku Soudní dvůr rozhodl, že směrnice 89/665 brání tomu, aby vnitrostátní právní předpisy omezily přezkum „legality zrušení zadávacího řízení pouze na přezkum toho, zda bylo takové rozhodnutí svévolné“[30]. V rozsudku Croce Amica One Italia[31] Soudní dvůr navázal na linii započatou výše uvedeným rozsudkem HI, přičemž připomněl, že přezkum legality nelze omezit na přezkum toho, zda bylo rozhodnutí veřejného zadavatele svévolné, a učinil v tomto smyslu krok kupředu, neboť uvedl, že zákonodárce může svěřit soudům své země pravomoci pro účely přezkumu účelnosti.

26 – Viz body 20 a 21 tohoto stanoviska.

27 – Rozsáhlé úvahy k tomuto tématu nalezneme v právní literatuře z posledních let. Aktualizovaný popis *status quaestionis* viz in Jans, J. H., Prechal, S., a Widdershoven R. J. G. M., *The Europeanisation of Public Law*, 2. vyd., Groningen, 2015, s. 399 a násl.

28 – Rozsudek ze dne 18. června 2002, C-92/00 (EU:C:2002:379).

29 – Rozsudek ze dne 11. prosince 2014, C-440/13 (EU:C:2014:2435).

30 – Rozsudek ze dne 18. června 2002, HI (C-92/00, EU:C:2002:379, bod 64). Soudní dvůr v něm dospěl k závěru, že s ohledem na cíl týkající se posílení přezkumných řízení, který sleduje směrnice 89/665, a s ohledem na okolnost, že nic nenasvědčuje opaku, nemůže být uplatněn restriktivní výklad rozsahu soudního přezkumu, který má být prováděn v rámci přezkumných řízení spadajících do působnosti výše uvedené směrnice.

31 – Rozsudek ze dne 11. prosince 2014, C-440/13 (EU:C:2014:2435).

69. V témže smyslu nabízí toto řízení o předběžné otázce Soudnímu dvoru příležitost určit, zda přezkum čistě „marginální“ povahy (tento výraz použil předkládající soud) splňuje podmínky stanovené směrnicí 89/665. Charakteristické rysy tohoto systému „marginálního“ přezkumu popisuje předkládající soud nepříliš podrobně a z předkládacího rozhodnutí lze vyvodit pouze to, že nizozemský soud omezuje posuzování pouze na „přiměřenost“ rozhodnutí přijatého veřejným zadavatelem.

70. Na první pohled by bylo možné dospět intuitivně k názoru, že má-li obecně rozšířený systém soudního přezkumu správních aktů, který je platný v Nizozemsku (a to nejen v souvislosti se zadáváním veřejných zakázek, ale i s jinými oblastmi práva veřejného) výše uvedenou podobu, měla by mít přednost procesní autonomie zmíněného státu, ledaže by některý z harmonizačních právních předpisů požadoval, aby soud neprováděl pouze „marginální“ přezkum, nýbrž přezkum „v plném rozsahu“.

71. Nezávisle na níže rozvedených úvahách o přezkumu ve stadiu řízení o předběžných opatřeních se nicméně domnívám, že soudní přezkum, který by byl v dané oblasti omezen pouze na posouzení „přiměřenosti“ rozhodnutí o zadání zakázky, by byl v rozporu s článkem 2 směrnice 89/665. Jak je uvedeno v rozsudku Alcatel Austria a další[32], mechanismy pro přezkum musí zaručit účinné uplatňování unijních právních předpisů v oblasti zadávání veřejných zakázek „zejména ve stadiu, kdy lze protiprávní jednání napravit“. Přezkumné řízení musí být způsobilé umožnit navrhovateli dosáhnout „zrušení […] rozhodnutí [zadavatele, které předchází uzavření smlouvy a kterým tento zadavatel vybral uchazeče, který se zúčastnil nabídkového řízení a se kterým uzavře smlouvu]“, pokud jsou splněny příslušné podmínky. Pouhé posouzení přiměřenosti nemůže zaručit, že toto rozhodnutí bude, přísně vzato, v souladu s pravidly specifickými pro zadávací řízení.

72. Veřejný zadavatel by mohl v zásadě přijmout několik různých stejně „přiměřených“ řešení, která by tuto povahu neztratila ani tím, že by se nakonec musel rozhodnout pouze pro jedno z nich, které by nejlépe vyhovovalo podmínkám daného zadávacího řízení. Z kvalitativního hlediska se přezkum, v němž se soud zaměří pouze na ověření „přiměřenosti“ aktu, v konečném důsledku příliš neliší od přezkumu, který soudu umožňuje dospět k závěru, že tento akt nebyl svévolný. Jedná se o podobný standard přezkumu, jaký byl vyloučen v rozsudku HI[33] a podle něhož mělo být posouzení omezeno pouze na konstatování, zda napadené rozhodnutí bylo svévolné.

73. Zastávám názor, že má-li být soudní přezkum, který požaduje směrnice 89/665, hoden svého jména, musí mít poněkud větší rozsah. Posouzení prováděné soudem se nemůže omezit na pouhé ověření „přiměřenosti“ napadených aktů, což platí tím spíše, mají-li být tyto akty v souladu s podrobnou právní úpravou zahrnující formální i věcná hlediska. Soud rozhodující o návrhu podaném v této oblasti musí posoudit, zda napadené zadání zakázky splňuje pravidla stanovená v oznámení o zakázce a zda žádost podaná zvoleným uchazečem obstojí ve světle kritické analýzy, kterou předloží jeho konkurenti v rámci přezkumného řízení. Mnohdy je k takovému posouzení zapotřebí ověřit rozhodující skutkové okolnosti (které mohl správní orgán určit chybně), jakož i důkazy předložené v souvislosti s větší či menší hodnotou jednotlivých žádostí; kromě toho je nutné zjistit, zda je postup správního orgánu náležitě odůvodněn a zda je v souladu či v rozporu s cíli, které má sledovat (jinými slovy, zda existují prvky nasvědčující tomu, že došlo ke zneužití pravomoci), a s ostatními právními pravidly, jimiž se má řídit. Znovu opakuji, že vyhodnocení všech těchto prvků posouzení překračuje rámec pouhého ověření „přiměřenosti“ napadeného aktu a zasahuje do oblastí, které jsou z věcného i právního hlediska „techničtější“ a zpravidla i složitější než ty, v jakých se obvykle pohybují soudy přezkoumávající postup správního orgánu.

32 – Rozsudek ze dne 28. října 1999, C-81/98 (EU:C:1999:534, body 33 a 43).

33 – Rozsudek ze dne 18. června 2002, C-92/00 (EU:C:2002:379).

74. Mám tedy za to, že chápeme-li takový čistě „marginální“ přezkum rozhodnutí přijatých veřejným zadavatelem, který je omezen pouze na posouzení „přiměřené povahy“ těchto rozhodnutí, jako je přezkum popsaný předkládajícím soudem, ve výše uvedeném smyslu, není slučitelný s požadavkem, jež na soudní přezkum klade směrnice 89/665. Nyní je zapotřebí zjistit, zda jsou výše uvedené úvahy použitelné i na přezkumná řízení – zahájená proti těmto rozhodnutím – ve stadiu rozhodování o předběžných opatřeních.

2. Soudní přezkum ve stadiu řízení o předběžných opatřeních

75. Jak jsem již uvedl výše, spor v prvním stupni se týkal aktu, jímž VWS vybralo uchazeče, kterému měla být zadána zakázka, avšak řízení před Voorzieningenrechter te Den Haag (soudce příslušný pro rozhodování o předběžných opatřeních v Haagu) bylo zahájeno v rámci předběžných postupů [34]. Znamená to tedy, že tento spor spadal konkrétně do působnosti předběžných opatření podle čl. 2 odst. 1 písm. a) směrnice 89/665. Nizozemský systém [35] dělí pravomoci na dvě části v závislosti na tom, zda byl návrh podán v rámci řízení o předběžných opatřeních, nebo zda bylo správní rozhodnutí napadeno argumenty vznesenými ve věci samé [36].

76. Na způsob, jakým bude zodpovězena druhá předběžná otázka, by mohla mít dopad přítomnost prvku předběžnosti: neexistují totiž žádné důvody k tomu, aby soud přezkoumával rozhodnutí veřejných zadavatelů stejně intenzivně ve stadiu řízení o předběžných opatřeních i v okamžiku, kdy s konečnou platností rozhoduje o meritu sporu. V prvně jmenovaném případě je soud při rozhodování ve věci zpravidla omezen [37] tím, že jeho předběžné rozhodnutí nezakládá překážku věci rozsouzené a může být následně změněno v řádném řízení.

77. Z hlediska směrnice 89/665 se soudce rozhodující o předběžných opatřeních nachází ve zvláštním postavení, neboť opatření, jež přijímá, mají až do okamžiku, kdy bude spor s konečnou platností vyřešen, dočasnou povahu a „neupravuj[í] definitivně právní vztahy“ [38]. Uvážíme-li navíc, že je přípustné, aby výklad směrnice 2004/18 podaný ve stadiu řízení o předběžných opatřeních byl následně „kvalifikován soudem rozhodujícím ve věci samé jako nesprávný“ [39], musíme dospět k závěru, že řízení o předběžných opatřeních jako takové je v judikatuře Soudního dvora považováno za pouhý předstupeň k následně vedenému řízení, neboť pouze toto posledně jmenované řízení může vyústit v přijetí rozhodnutí ve věci samé, jímž budou s konečnou platností vyřešeny sporné právní vztahy poté, co byl daný spor posouzen v celém svém rozsahu.

34 – Tento závěr výslovně vyplývá z bodu 3.2.1 předkládacího rozhodnutí.

35 – V rozsudku ze dne 9. prosince 2010, Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie a další (C-568/08, EU:C:2010:751, bod 45), jakož i ve stanovisku generálního advokáta P. Cruze Villalóna, které mu předcházelo (C-568/08, EU:C:2010:515), je podána analýza nizozemského práva použitelného v dané době. Jak je uvedeno v bodě 11 rozsudku, podle zmíněného práva „zadávání veřejných zakázek patří do oblasti soukromého práva, zadání veřejné zakázky představuje soukromoprávní akt a rozhodnutí přijatá správními orgány před zadáním veřejné zakázky jsou považována za přípravné soukromoprávní akty. Občanskoprávní soud je příslušný pro rozhodování o sporech v oblasti zadávání veřejných zakázek, pokud jde jak o přijímání předběžných opatření, tak o řízení ve věci samé. Pravomoc správního soudu je vyloučena, pokud zákon nestanoví jinak“. Nizozemská vláda na jednání připustila, že tento právní rámec nebyl v podstatě změněn ani pozdějším přijetím Wet van 28 januari 2010 tot implementatie van de rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden (zákon ze dne 28. ledna 2010, kterým se provádí směrnice o přezkumných řízeních).

36 – Hebly, Jan M, a Folkert, Wilman G.: „Damages for breach of procurement law: The Dutch situation“, s. 75 až 88, v díle *Public Procurement Law: Damages as an Effective Remedy*, Fairgrieve Ducan a Lichère, François (ed.), Hart Publishing, Oxford, 2011.

37 – V rozsudku ze dne 9. prosince 2010, Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie a další (C-568/08, EU:C:2010:751, bod 77) se Soudní dvůr vyjádřil takto: „[…] není vyloučeno, že soudce příslušný pro rozhodování o předběžných opatřeních a soud rozhodující ve věci samé, kteří budou po sobě rozhodovat tentýž spor, přijmou různý výklad platných právních předpisů Unie. Soudce příslušný pro rozhodování o předběžných opatřeních musí přijmout rozhodnutí v rámci zrychleného řízení, v němž jsou jak shromažďování důkazů, tak přezkum důvodů účastníků řízení nutně zběžnější než v rámci řízení ve věci samé. Cílem zásahu soudce příslušného pro rozhodování o předběžných opatřeních, na rozdíl od soudu rozhodujícího ve věci samé, dále není definitivně rozhodnout o nárocích, které jsou mu předloženy, ale předběžně chránit existující zájmy, případně tím, že tyto zájmy vyvažuje“.

38 – Rozsudek ze dne 9. prosince 2010, Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie a další (C-568/08, EU:C:2010:751, bod 77).

39 – Rozsudek ze dne 9. prosince 2010, Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie a další (C-568/08, EU:C:2010:751, bod 80).

78. Míra soudního přezkumu, na kterou jsem odkázal výše, může být požadována v plném rozsahu pouze v následném řízení, a nikoli v jeho předběžném stadiu. Je tedy přípustné, aby soudce rozhodující o předběžných opatřeních neposuzoval správní akt stejně intenzivně jako soudce, který bude muset rozhodnout o meritu sporu. Konkrétně se může omezit na pouhé posouzení přiměřenosti proti sobě stojících návrhových žádání a samotného aktu, jímž byla zadána veřejná zakázka, obdobně jako je tomu v případě jiných forem předběžné ochrany (posouzení *fumus boni iuris*, posouzení *periculum in mora* a vážení protichůdných zájmů).

79. Proti výše uvedené argumentaci, kterou považuji v zásadě za platnou pro poskytnutí odpovědi předkládajícímu soudu, bychom mohli nicméně postavit reálný údaj, který nelze opomenout. Z údajů vyplývajících z nizozemské praxe [40] totiž vyplývá, že drtivá většina (přibližně 92 %) přezkumných řízení zahájených v souvislosti s veřejnými zakázkami v období let 2004–2009 byla vyřešena přijetím předběžných opatření, jimiž chtěli navrhovatelé zabránit tomu, aby zadání zakázky dospělo až do stadia podepsání smlouvy. V procesní praxi v Nizozemsku tedy platí, že rozhodnutí přijaté v řízení o předběžných opatřeních bývá v této oblasti „jediným a konečným výrokem vydaným v daném sporu“ [41].

80. Pokud by skutečný stav přezkumných řízení v Nizozemsku opravdu odpovídal výše uvedenému popisu, znamenalo by to, že nizozemský soudce rozhodující o předběžných opatřeních by se stal prakticky jediným a konečným garantem systému, v němž soudy řeší opravné prostředky proti aktům přijatým veřejnými zadavateli, podané na základě směrnice 89/665. Došlo by tím k setření rozdílů, které z obecného hlediska odlišují výše uvedená přezkumná řízení ve stadiu rozhodování o předběžných opatřeních a ve stadiu konečného rozhodnutí ve věci.

81. Za takových okolností by byl oslaben i plný přezkum rozhodnutí veřejných zadavatelů, který je úkolem soudů, a byl by nahrazen pouhým „marginálním“ posouzením těchto rozhodnutí, jež provádějí soudci rozhodující o předběžných opatřeních. Mechanismy pro opravné prostředky by pravděpodobně získaly na účinnosti a rychlosti a současně by pozbyly svou schopnost reagovat na nesrovnalosti nejrůznějšího druhu, kterými by mohla být stižena rozhodnutí přijatá veřejnými zadavateli, takže tyto nesrovnalosti by se ocitly mimo dosah povinného posouzení, jemuž podle směrnice 89/665 musí podléhat. Jinými slovy, výše uvedená směrnice by nebyla dodržena v plném rozsahu.

3. Soudní přezkum provedený ve sporu v původním řízení

82. Na základě výše uvedeného by mohla být druhá předběžná otázka zodpovězena v mnohem obecnějším smyslu, než v jakém ji formuloval předkládající soud. Z podrobnější analýzy skutkových okolností sporu v původním řízení nicméně vyplývá, že přezkum, který provedl soudce rozhodující o předběžných opatřeních i Gerechtshof Den Haag (odvolací soud v Haagu), překračuje podle mého mínění rámec „marginálního“ soudního přezkumu, chápeme-li toto přídavné jméno ve smyslu, který je uveden výše.

83. Soudce rozhodující o předběžných opatřeních se totiž nezabýval jen otázkou, zda bylo rozhodnutí VWS více či méně přiměřené, ale porovnal jej s „pozitivními“ pravidly použitelnými na zadávací řízení (zvláště s popisným dokumentem, jemuž přikládal přednostní postavení), aby nakonec rozhodl v tom smyslu, že úspěšný uchazeč měl být vyloučen. Pokud jde o odvolací soud, souhlasím s názorem

40 – Tyto číselné údaje jsem převzal ze zprávy o zadávání veřejných zakázek v Nizozemsku, kterou vypracovali Van de Meent, Gert-Wim & Manunza Elisabetta R., in *Public Procurement Law: Limitations, Opportunities and Paradoxes. The XXVI FIDE Congress in Copenhage, 2014*, Congress Publications, sv. 3. DJOF Publishing, s. 641 a násl., Kodaň, 2014. Autoři odkazují na zdroj, jímž je *Aanbestedingsrechtspraak in Nederland: 1 september 2004 – 31 augustus 2009*, Final report, June 2010, Van Doorne NV/Ministry of Economic Affairs.

41 – Tamtéž, poznámka pod čarou 131: „In the Dutch legal system it is not required to follow-up with another proceedings for the interim relief judgment to have binding force; therefore, often, in practice, the interim judgment contains the sole and final ruling on a procurement dispute (barring appeal of the interim judgment), as losing parties tend to resign themselves to this verdict“.

nizozemské vlády[42], která tvrdí, že přezkum provedený zmíněným soudem byl „vyčerpávající“, tzn. že „zohlednil všechna hlediska, z nichž vycházelo rozhodnutí ministerstva nepřistoupit ke konečnému vyloučení“ sdružení podniků, a to poté, co podal výklad – v opačném smyslu než soudce rozhodující o předběžných opatřeních – všech použitelných právních předpisů.

84. Jsou-li mé vývody správné, jak se domnívám, pak by druhá předběžná otázka mohla být považována za čistě hypotetickou (neboť se týká přípustnosti „marginálního“ přezkumu, který však ve skutečnosti nebyl proveden ani v jednom z obou předchozích stadií řízení), nebo – jak navrhuji – by musela být zodpovězena záporně, se zvláštním odkazem na okolnosti řízení probíhajícího před nizozemskými soudy. Z údajů poskytnutých v tomto řízení nelze totiž vyvodit, zda byl soudní přezkum, který provedly soudy rozhodující v původním řízení, omezen pouze na posouzení výše uvedené povahy.

V – Závěry

85. S ohledem na předcházející úvahy navrhuji, aby Soudní dvůr na předběžné otázky položené Hoge Raad der Nederlanden (Nejvyšší soud Nizozemska) odpověděl následovně:

„1) Článek 45 odst. 2 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 nebrání takovému vnitrostátnímu právnímu ustanovení, jako je ustanovení dotčené v projednávaném sporu, podle něhož musí veřejný zadavatel k vyloučení uchazeče, který se dopustil vážného profesního pochybení, uplatnit zásadu proporcionality, a to i v případě, že tato pravomoc není výslovně uvedena v popisném dokumentu dané zakázky.

2) Články 1 a 2 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 nejsou slučitelné s právními ustanoveními či ustálenou praxí členského státu, podle nichž má být rozsah přezkumných řízení omezen pouze na přezkum přiměřenosti rozhodnutí přijatých veřejnými zadavateli.“

42 – Bod 56 písemného vyjádření zmíněné vlády.