STANOVISKO GENERÁLNÍHO ADVOKÁTA DÁMASA RUIZ-JARABA COLOMERA

přednesené dne 27. listopadu 2007 [1]

I – Úvod

1. Consiglio di Stato (Státní rada) Italské republiky se v souladu s článkem 234 ES dotazuje Soudního dvora, zda čl. 30 odst. 4 směrnice Rady 93/37/EHS ze dne 14. června 1993 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce [2] jde nad rámec samotné směrnice a upravuje také zadávání zakázek, které nespadají do oblasti její působnosti.

2. Rozsudek ze dne 27. listopadu 2001, Lombardini a Mantovani [3], při výkladu uvedeného právního předpisu označil za „základní“ to, že každý uchazeč podezřelý z toho, že předložil mimořádně nízkou nabídku, má uplatnit své stanovisko a přitom podat odpovídající vysvětlení (bod 53).

3. V tomto řízení o předběžné otázce je třeba objasnit, zda tato pozitivně právní norma obsahuje obecnou zásadu právního řádu Společenství platnou pro zadávání veřejných zakázek bez ohledu na to, zda jsou podřízeny oborovým směrnicím [4].

4. Vysoký italský soud předkládá otázku ve zvláštním kontextu, kdy se k vnitrostátní právní úpravě, jež zakládá povinnost automatického vyloučení těchto typů nabídek při zadávání veřejných zakázek v hodnotě nižší než uvedené ve směrnicích, přidává praxe, kdy v této třídě zakázek někteří uchazeči

1 — Původní jazyk: španělština.

2 — Úř. věst. L 199, s. 54; Zvl. vyd. 06/02, s. 163.

3 — Věci C-285/99 a C-286/99, Recueil, s. I-9233.

4 — Kromě směrnice Rady 93/37/EHS existuje pro stavební práce i směrnice Rady 77/62/EHS ze dne 21. prosince 1976 (Úř. věst. 1977, L 13, s. 1), ve znění směrnice Rady 93/36/EHS ze dne 14. června 1993 (Úř. věst. L 199, s. 1; Zvl. vyd. 06/02, s. 110), pokud jde o zadávání veřejných zakázek na dodávky. Veřejné zakázky na služby a koordinace postupů při jejich zadávání jsou upraveny směrnicí Rady 92/50/EHS ze dne 18. června 1992 (Úř. věst. L 209, s. 1; Zvl. vyd. 06/01, s. 332). Tyto právní předpisy [ve znění směrnice 97/52/ES (Úř. věst. L 328, s. 1; Zvl. vyd. 06/03, s. 3)] byly kodifikovány a sloučeny do jediného textu: směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES ze dne 31. března 2004 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby (Úř. věst. L 134, s. 114; Zvl. vyd. 06/07, s. 132).

společně ovlivňují průběh řízení lstivým [5] předložením obdobné kalkulace s cílem vyvolat určitou prahovou hodnotu mimořádnosti, a vyloučit tak ostatní uchazeče.

5. Toto řízení o předběžných otázkách má tudíž značný význam, neboť se vztahuje na základní zásady práva Společenství, ale nepomíjí, že řešení je možné založit toliko na systému práva Evropské unie. V obou dimenzích je třeba, aby Soudní dvůr dal italskému soudu odpověď účinnou pro vyřešení sporu.

II – Právní rámec

A – *Právo Společenství*

6. Články 43 ES a 49 ES upravují svobodu usazování a poskytování služeb. Směrnice Rady 71/305/EHS ze dne 26. července 1971 [6], která zahájila harmonizaci právních úprav členských států v oblasti veřejných zakázek, jako základní cíl stanovila, v souladu s tím, co zdůrazňoval první bod jejího odůvodnění, současné uskutečňování obou svobod. Tato směrnice, která upravovala pouze zakázky od jednoho milionu zúčtovacích jednotek výše (osmý bod odůvodnění), zavedla jako kritéria zadávání nejnižší cenu nebo ekonomicky nejvýhodnější možnost (čl. 29 odst. 1) a upřesnila, že v případě mimořádně nízké nabídky je možné ji po vyslechnutí troufalého uchazeče vyloučit (čl. 29 odst. 5).

7. Při výkladu posledně uvedeného právního předpisu Soudní dvůr rozhodl, že vyloučení je možné teprve poté, co je podnikateli dána možnost objasnit svou nabídku, to znamená až po provedení kontradiktorního ověření, čímž odmítl automatická vyloučení [7].

5 — Tento typ lstí vždy existoval a Homér, Odisea, vyd. Gredos, překlad José-Manuel Pavón, Madrid, 1993, uvádí četné příklady pověstné Odysseovy vychytralosti, jako při dobrodružství v písni IX, kdy hrdina svého věznitele Polyféma opije a namluví mu, že mu říkají Nikdo; jakmile se dostaví vínem vyvolaný spánek, Odysseus mu vrazí do jeho jediného oka žhavý olivový kyj; křikem přivolaní jiní kyklopové se Polyféma ptají, co se mu stalo a kdo ho napadl, na což jim odpovídá: „Nikdo mě lstivě vraždí“, čímž Odysseus zabrání tomu, aby Polyfémovi přispěchali na pomoc (verš 408, s. 239).

6 — Směrnice o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce *(neoficiální překlad)* (Úř. věst. L 185, s. 5).

7 — Tak to uvedl rozsudek ze dne 22. června 1989, Fratelli Costanzo (103/88, Recueil, s. 1839), body 16, 18 a 19, který zakázal vylučování *ex offo* na základě mechanických kritérií (bod 1 výroku). Toto odůvodnění zopakoval rozsudek ze dne 18. června 1991, Donà Alfonso (C-295/89, Recueil, s. I-2967). Předobrazem byl rozsudek ze dne 10. února 1982, Transporoute (76/81, Recueil, s. 417), bod 18.

8. Směrnice 71/305/EHS byla následně mnohokrát různě měněna[8], což vedlo k potřebě její kodifikace, provedené také za účelem ochrany svobod usazování a poskytování služeb (druhý bod odůvodnění) směrnicí 93/37/EHS. Tato směrnice se vztahuje na veřejné zakázky od částky 5 milionů ECU (čl. 6 odst. 1) a při zachování předchozích kritérií pro zadávání zakázek (čl. 30 odst. 1) přejímá znění původního čl. 29 odst. 5 s drobnými změnami v čl. 30 odst. 4:

„Pokud se pro danou zakázku zdají být nabídky mimořádně nízké v poměru ke stavebním pracím, zadavatel předtím, než tyto nabídky odmítne, písemně požádá o podrobnosti základních prvků nabídky, které považuje za relevantní, a ověří tyto základní prvky s ohledem na obdržená vysvětlení.

Zadavatel posoudí vysvětlení, která jsou odůvodněná objektivními příčinami včetně hospodárnosti stavebních postupů, zvoleného technického řešení, výjimečně příznivých podmínek, které má uchazeč o veřejnou zakázku k dispozici při provádění stavebních prací, nebo jedinečnost řešení stavební práce navrhovanou uchazečem.

Pokud dokumentace vztahující se k zakázce umožňuje zadání zakázky za nejnižší nabídnutou cenu, zadavatel sdělí Komisi odmítnutí nabídek, které považuje za příliš nízké.

[…]“

9. Směrnice 2004/18, kterou měly členské státy provést do svého vnitrostátního práva do 31. ledna 2006 (čl. 80 odst. 1), zrušila k 31. březnu 2004 směrnici 93/37 (články 82 a 83). Při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, jejichž hodnota dosahuje nejméně částky 5 278 000 eur [čl. 7 písm. c)][9], jsou zadavatelé oprávněni odmítnout mimořádně nízké nabídky teprve po provedení kontradiktorního ověření (čl. 55 odst. 1 a 2).

B – *Italská právní úprava*

10. Článek 30 odst. 4 směrnice 97/37 byl do italského práva proveden čl. 21 odst. 1a

8 — Jedna změna se týkala čl. 29 odst. 5, jehož nové znění stanovila směrnice 89/440/EHS ze dne 18. června 1989 (Úř. věst. L 210, s. 1).

9 — Ve znění nařízení Komise (ES) č. 2083/2005 ze dne 19. prosince 2005 (Úř. věst. L 333, s. 28).

zákona č. 109/1994 ze dne 11. února 1994, rámcového zákona o veřejných zakázkách (Ley marco en materia de obras públicas) [10], jejž k původnímu znění daného ustanovení doplnil čl. 7 zákona č. 216/1995 ze dne 2. června 1995 [11]. Toto ustanovení zní:

„V případech zadávání veřejných zakázek na stavební práce, jejichž hodnota se rovná nebo přesahuje částku 5 milionů ECU, podle kritéria nižší ceny, uvedeného v odstavci 1, příslušný úřad zhodnotí mimořádnost nabídek, na které odkazuje článek 30 směrnice Rady 93/37/EHS ze dne 14. června 1993, ve vztahu ke všem nabídkám, které představují slevu ve výši stejné nebo vyšší než aritmetický průměr procentních slev všech přijatých nabídek, s vyloučením 10 % nabídek zaokrouhlených nahoru, které obsahují nejvyšší slevu, a 10 % nabídek zaokrouhlených nahoru, které obsahují nejnižší slevu, zvýšenou o průměrnou aritmetickou odchylku procentních slev, které převyšují uvedený průměr.

Ve lhůtě 60 dnů od předložení nabídek úřad posoudí poskytnutá vysvětlení odůvodněná hospodárností stavebních postupů, zvoleného technického řešení nebo výjimečně příznivých podmínek, které má uchazeč o veřejnou zakázku k dispozici, a v každém případě vyloučí odůvodnění všech položek, jejichž minimální hodnoty jsou stanoveny právními nebo správními předpisy nebo jsou uvedeny v oficiálních katalozích.

Nabídky obsahují odůvodnění hlavních složek ceny, uvedených v zadávacím řízení nebo v písemné výzvě, jejichž celková částka nebude nižší než 75 % základní částky vyhlášené zakázky.

Pouze pro veřejné zakázky na stavební práce nižší hodnoty než prahové hodnoty stanovené v právu Společenství příslušný úřad automaticky vyloučí z výběrového řízení nabídky s procentní slevou stejnou nebo vyšší než ta, jež je uvedena v prvním pododstavci tohoto odstavce. Režim automatického vylučování se nepoužije, pokud je počet platných nabídek nižší než pět.“ [12]

10 — Gazzeta Ufficiale della Repubblica Italiana (dále jen „GURI“) č. 41 ze dne 19. února 1994, s. 5.

11 — GURI č. 127 ze dne 2. června 1995, s. 3. Tento právní předpis je výsledkem konvalidace provedené se změnami nařízení s mocí zákona č. 101/1995 ze dne 3. dubna 1995, o nutných právních předpisech v oblasti veřejných zakázek (GURI č. 78 ze dne 3. dubna 1995, s. 8).

12 — Znění po změně článkem 7 zákona č. 415/1998 ze dne 18. listopadu 1998 (GURI č. 284 ze dne 4. prosince 1998, běžný dodatek, s. 5).

11. Legislativní nařízení č. 163 ze dne 12. dubna 2006 [13] provedlo do vnitrostátního právního řádu směrnici 2004/18/ES. V ustanoveních týkajících se mimořádně nízkých nabídek (články 86 až 88) se již neuvádí poslední bod čl. 21 odst. 1a zákona č. 109/94.

III – Spory v původním řízení

12. V dohodě ze dne 28. ledna 2003 se obec Turín rozhodla, že *pro futuro* nebude uplatňovat čl. 21 odst. 1a zákona č. 109/94, aby se vyhnula automatickému vylučování mimořádně nízkých nabídek, takže v zadávání obecních zakázek, včetně těch, jež nedosahují prahové hodnoty stanovené právem Společenství, by byly i tyto nabídky ověřovány v souladu s kontradiktorním postupem zavedeným směrnicí 93/37.

13. Italské společnosti SECAP SpA (věc C-147/06) a Santorso Soc. Coop. arl. (věc C-148/06) se účastnily každá zvlášť veřejných výběrových řízení vypsaných zmíněným zadavatelem na výkon určitých prací [14], jejichž částka nepřesahovala uvedenou prahovou hodnotu. Oznámení o vyhlášení zakázky po ověření vadných nabídek potvrdila kritérium nejvyšší slevy, aniž by byly, zcela v souladu s dohodou ze dne 28. ledna 2003, automaticky vyloučeny mimořádně nízké nabídky. Jejich nabídky byly jako první zařazeny mezi „řádné“, avšak obec ještě předtím, než rozhodla, konstatovala závažnost nabídek, které se zdály mimořádné, a zakázky zadala jiným soutěžitelům.

14. Obě společnosti podaly žaloby k Tribunale amministrativo regionale (oblastní správní soud) v Piemonte, v níž tvrdily, že čl. 21 odst. 1a zákona č. 109/94 systematicky opomíjí mimořádné nabídky, zabraňuje zadavatelským subjektům vyslechnout jejich předkladatele a přezkoumat nabídky předtím, než budou odmítnuty. Soud této argumentaci nepřisvědčil a žaloby zamítl, neboť dle jeho názoru právní předpis stanoví možnost, nikoli povinnost automaticky vylučovat mimořádně nízké nabídky, neboť nic nebrání tomu, aby zadavatel vyslechl jejich předkladatele a nabídky posoudil.

15. Consiglio di Stato, k němuž žalobkyně podaly opravné prostředky, podpořil jejich tvrzení a zpochybnil výklad oblastního soudu, ale nezůstal lhostejný k požadavkům práva Společenství, na něž poukazovala obec

13 — GURI č. 100 ze dne 2. května 2006.

14 — Transformace starého paláce na mládežnickou ubytovnu (4 699 999 eur) a úprava okolí ulice Francie mezi náměstími Statuto a Bernini (5 172 579 eur).

Turín, a proto v souladu s článkem 234 ES předložil Soudnímu dvoru následující předběžné otázky:

„1) Vyjadřuje pravidlo stanovené v čl. 30 odst. 4 směrnice 93/37/EHS nebo obdobné pravidlo stanovené v čl. 55 odst. 1 a 2 směrnice 2004/18/ES (je-li tato směrnice relevantní), podle kterého pokud se pro danou zakázku nabídky zdají být mimořádně nízké, nemůže zadavatel tyto nabídky odmítnout, aniž by nejdříve povinně písemně požádal o upřesnění základních prvků nabídky, které považuje za důležité, a ověřil tyto základní prvky, přičemž bere v úvahu dodané důkazy, základní zásadu Společenství?

2) V případě záporné odpovědi na předchozí otázku, je pravidlo stanovené v čl. 30 odst. 4 směrnice 93/37/EHS nebo obdobné pravidlo stanovené v čl. 55 odst. 1 a 2 směrnice 2004/18/ES (je-li tato směrnice relevantní), podle kterého pokud se pro danou zakázku zdají být nabídky mimořádně nízké, nemůže zadavatel tyto nabídky odmítnout, aniž by nejdříve povinně písemně požádal o upřesnění základních prvků nabídky, které považuje za důležité, a ověřil tyto základní prvky, přičemž bere v úvahu dodané důkazy, jestliže nemá vlastnosti základní zásady práva Společenství, implicitním důsledkem nebo ‚zásadou odvozenou' ze zásady hospodářské soutěže, ve spojení se zásadou transparentnosti veřejné správy a zásadou zákazu diskriminace na základě státní příslušnosti, a je, nebo není tudíž jako takové přímo použitelné a nadřazené vnitrostátním právním předpisům, které s ním případně nejsou v souladu, přijatým členskými státy za účelem právní úpravy veřejných zakázek na stavební práce, které nespadají do oblasti přímé použitelnosti práva Společenství?"

IV – Řízení před Soudním dvorem

16. Předseda Soudního dvora usnesením ze dne 10. května 2006 obě věci z důvodu objektivní souvislosti spojil.

17. Žalující podniky v původních řízení, obec Turín, vlády Francie, Itálie, Litvy, Německa, Nizozemska, Rakouska a Slovenska, stejně jako Komise předložily svá různě pojatá písemná vyjádření, která lze shrnout do dvou kategorií: ta, která se postavila na stranu obce Turín, mezi něž patří vyjádření Litvy,

Slovenska [15] a Komise, a vyjádření ostatních účastníků tohoto řízení o předběžné otázce, která obhajují záporné odpovědi na předběžné otázky. Na jednání konané dne 25. října 2007 se dostavili zástupci Santorso Soc. coop. arl, obce Turín, vlád Itálie, Německa a Litvy, jakož i Komise, aby přednesli svá ústní vyjádření.

V – Analýza předběžných otázek

18. Obě otázky Consiglio di Stato se prakticky redukují na jednu, a to na zjištění, zda čl. 30 odst. 4 směrnice 93/37/EHS, podle nějž mimořádně nízké nabídky podléhají před rozhodnutím o jejich eventuálním vyloučení kontradiktornímu projednání, dopadá na veřejné zakázky vyloučené z oblasti její působnosti; jinými slovy, zda pro tuto skupinu veřejných zakázek uvedený právní předpis brání členským státům, aby stanovily automatické vyloučení tohoto typu nabídek.

19. Je tedy třeba zkoumat povahu této právní normy a určit, zda je součástí primárního práva Společenství a jde nad rámec směrnice 93/37/EHS.

A – *Východiska*

20. Přezkum spočívá na solidních základech pevně zakotvených v judikatuře, které jsem již posuzoval [16]; postupy při zadávání veřejných zakázek, které z různých důvodů (kvantitativních nebo koncepčních) nespadají do působnosti směrnic týkajících se dané oblasti, se nevymykají pravidlům právního řádu Evropské unie, neboť jeho základní zásady a především základní svobody pohybu představují meze, které nelze překročit.

21. Tato zásada, uvedená ve druhém bodě odůvodnění směrnice 2004/18 [17], se stala

15 — Ačkoliv s určitými rozdíly vůči postoji Litvy a obce Turín, neboť slovenská vláda svým požadavkem na odmítnutí první předběžné otázky odmítá i oddělení pravidla uvedeného v čl. 30 odst. 4 směrnice 93/37 od zásad zavedených Smlouvou, a shoduje se tak s rozhodnutím obce.

16 — Stanovisko ze dne 8. listopadu 2006 ve věci C-412/04, Komise v. Itálie, v níž dosud nebyl vydán rozsudek (body 44 až 47).

17 — „Zadávání zakázek sjednaných v členských státech jménem státu, regionálních nebo místních orgánů a jiných veřejnoprávních subjektů musí dodržovat zásady Smlouvy, zejména zásadu volného pohybu zboží, zásadu svobody usazování a zásadu svobodného poskytování služeb a zásady z nich odvozené, jako je zásada rovného zacházení, zásada zákazu diskriminace, zásada vzájemného uznávání, zásada proporcionality a zásada transparentnosti […]“

nosnou myšlenkou v judikatuře Soudního dvora [18]. Rozsudek ze dne 7. prosince 2000, Telaustria a Telefonadress [19], prohlásil, že zadavatelé jsou povinni dodržovat ustanovení Smlouvy při zadávání zakázek vyloučených z oblasti působnosti oborových směrnic (bod 60) [20], stejné odůvodnění bylo použito v rozsudku ze dne 18. června 2002, HI (bod 47) [21], a v nedávné době převzato s naprostou samozřejmostí, bez jakéhokoli odkazu na předchozí judikaturu, v rozsudku ze dne 21. července 2005, Coname [22].

22. V usnesení ze dne 3. prosince 2001, Vestergaard [23], Soudní dvůr zdůraznil, že pouhá skutečnost, že zvláštní a přísné postupy stanovené směrnicemi nejsou vhodné, pokud se jedná o zakázky nízké hodnoty, neznamená, že právo Společenství takové zakázky nebere v úvahu, neboť i ony musí být v souladu se Smlouvou (body 19 až 21) [24], jsou-li pro subjekty usazené v jiných členských státech relevantní [25]. Rozsudek ze dne 20. října 2005, Komise v. Francie [26], setrval na stejném přístupu (bod 33).

23. Stanovení finanční prahové hodnoty pro to, aby určité veřejné zakázky podléhaly směrnicím o veřejných zakázkách, vychází z předpokladu, že zakázky, jejichž nízká hodnota nepřitahuje subjekty usazené za hranicemi státu, postrádají rozměr Společenství. Tento předpoklad však *iuris tantum* umožňuje důkaz opakem, protože, jak poukazuje Komise ve svých písemných vyjádřeních, není možno vyloučit, že zakázka nízké hodnoty zaujme zahraniční podnikatele např. místem své realizace ležícím v blízkosti jejich země nebo prospěšností pro jejich obchodní strategii.

18 — Rovněž u Komise, konkrétně v „Interpretačním sdělení Komise o právních předpisech Společenství použitelných pro zadávání zakázek, na které se plně nebo částečně nevztahují směrnice o zadávání veřejných zakázek“ (Úř. věst. 2006, C 179, s. 2, především s. 5 a 6).

19 — Věc C-324/98, Recueil, s. I-10745.

20 — V této věci z působnosti 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 (Úř. věst. L 199, s. 84; Zvl. vyd. 06/02, s. 194), nahrazené směrnicí Evropského parlamentu a Rady 2004/17/ES ze dne 31. března 2004 (Úř. věst. L 134, s. 1; Zvl. vyd. 06/07, s. 19).

21 — Věc C-92/00, Recueil, s. I-5553. Ve skutečnosti se tento rozsudek spíše než zakázky vyloučené ze směrnice týkal postupu, který právní předpis nestanoví: Smlouva požadovala možnost opravného prostředku proti rozhodnutí o zrušení vyhlášení zakázky, kterou 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. L 395, s. 33; Zvl. vyd. 06/01, s. 246), ve znění směrnice 92/50, neupravovala.

22 — Věc C-231/03, Sb. rozh. s. I-7287. Bod 16 tohoto rozsudku připomíná, že udělení takové koncese (pro správu veřejné služby distribuce plynu společností s převážně veřejným kapitálem) se neřídí žádnou ze směrnic, kterými se upravuje oblast veřejných zakázek. Při neexistenci takové speciální úpravy musejí být důsledky vyplývající z práva Společenství pro udělování takových koncesí zkoumány ve světle primárního práva, a zvláště základních svobod upravených ve Smlouvě. Ve stejném duchu byly vydány i rozsudky ze dne 13. října 2005, Parking Brixen (C-458/03, Sb. rozh. s. I-8585, bod 46), a ze dne 6. dubna 2006, ANAV (C-410/04, Sb. rozh. s. I-3303, bod 18).

23 — Věc C-59/00, Recueil, s. I-9505.

24 — Soudní dvůr v uvedeném usnesení prohlásil, že ustanovení zadávací dokumentace veřejné zakázky na stavební práce minimální hodnoty, které bez dalšího zdůvodnění vyžadovalo použití výrobků určité značky, je v rozporu s článkem 28 ES.

25 — Bod 20, *a contrario sensu*, rozsudku Coname.

26 — Věc C-264/03, Sb. rozh. s. I-8831.

24. Není proto možné popřít obvyklost uvedené kvantitativní hranice, neboť nic nebrání tomu, aby zakázka na nižší částku vzbudila pozornost v jiných členských státech, což by vyvolalo nutnost uplatnění práva Společenství a jeho cílů. Proto postupy při zadávání zakázek, které i přes svůj marginální význam dosahují evropského rozměru, musí vyhovět zásadám Smlouvy, aniž by bylo dotčeno pravidlo, že zakázky vyšší hodnoty, než kterou stanoví směrnice, se řídí přísnějšími ustanoveními koordinačních předpisů [27].

25. Jedním z takových ustanovení je čl. 30 odst. 4 směrnice 93/37, použitelný *ratione temporis* na spory v původním řízení a zopakovaný v čl. 55 odst. 1 a 2 směrnice 2004/18, který brání automatickému vylučování mimořádně nízkých nabídek. Proto se Consiglio di Stato táže, zda tento zákaz představuje základní zásadu práva Společenství nebo je alespoň implicitním důsledkem odvozeným ze zásady hospodářské soutěže ve spojení se zásadou transparentnosti veřejné správy a zásadou zákazu diskriminace na základě státní příslušnosti, jež je třeba dodržovat rovněž při zadávání zakázek, na které se uvedené směrnice nevztahují.

27 — Je třeba připomenout druhou část druhého bodu odůvodnění směrnice 2004/18.

B – *Méně než základní zásada…*

26. Pojmy „základní zásada“ nebo „základní pravidlo“, používané ve výše citované judikatuře, mají přesný obsah. Neodkazují na všechny přítomné ve Smlouvě ani na všechna opatření přijatá k dosažení jejích cílů; nachází se právě mezi oběma extrémy, v textech primárního práva tam, kam „ústavodárce“ Společenství umístil cíle, které si stanovil, spolu se základními prostředky, jimiž je zamýšlel dosahovat. Ze zběžného přečtení článků 2 ES a 3 ES vychází najevo, že oba se týkají průchodu osob, zboží, služeb a kapitálu bez překážek, který zavedly příslušné svobody pohybu (články 23 ES, 43 ES a 49 ES), k nimž se jako průřezová hodnota, která dala podnět k integraci různých zemí, přidává zrušení veškeré diskriminace na základě státní příslušnosti (článek 12 ES).

27. Tuto tezi, podobnou té, jež je uvedena ve druhém bodě odůvodnění směrnice 2004/18, lze spatřit také v uvedených rozhodnutích. Rozsudek Telaustria a Telefonadress uvedl zásadu stejného zacházení se státními příslušníky různých členských států (bod 60); rozsudek HI dále poukázal na svobody usazování a poskytování služeb (body 42 a 47);

usnesení Vestergaard v *ratio decidendi* odkázalo na další svobodu pohybu, a sice na volný pohyb zboží (bod 21); rozsudek Coname při odmítání nepřímé diskriminace na základě státní příslušnosti opět uplatnil články 43 ES a 49 ES.

28. Je tedy třeba konstatovat, že „základní zásady" Smlouvy způsobilé omezit pravomoc členských států při zadávání veřejných zakázek vyloučených z koordinace zavedené oborovými směrnicemi se shodují s těmi, které citované směrnice uvádí ve svých odůvodněních a které zdůraznil i Soudní dvůr.

29. Tato okolnost ostatně nemůže nikoho překvapovat, protože, jak zdůrazňuje druhý bod odůvodnění směrnice 2004/18, její ustanovení vychází z uvedených zásad a citované směrnice skutečně sledují bezprostřední omezený cíl, a to uvedenou procesní koordinaci, za účelem zavedení objektivní hospodářské soutěže v oblasti veřejných zakázek [28] a v zájmu realizace základních svobod evropské integrace. Navíc zde existuje snaha o odstranění překážek volného pohybu při současné ochraně zájmů hospodářských subjektů jednoho členského státu, které chtějí prodávat zboží nebo služby zadavatelům z jiných členských států [29].

30. Druhou stranou týchž cílů je zaprvé snaha vyloučit riziko, že budou zvýhodňováni tuzemští uchazeči *(buy national)*, a zadruhé, že orgán příslušný pro zadávání se bude řídit jinými než finančními ohledy [30] (prvotním kritériem zadávání tak zůstává nejnižší nebo ekonomicky nejvýhodnější nabídka).

31. V tomto kontextu si první předběžná otázka zasluhuje pouze zápornou odpověď, protože automatické vylučování mimořádně nízkých nabídek při zadávání veřejných zakázek na stavební práce nepředstavuje základní zásadu vyplývající ze Smlouvy, neboť uvedené základní svobody ani zmiňovaný zákaz diskriminace nevyžadují, aby

28 — Rozsudek Fratelli Costanzo, bod 18.

29 — Rozsudky ze dne 10. listopadu 1998, BFI Holding (C-360/96, Recueil, s. I-6821, bod 41); ze dne 3. října 2000, University of Cambridge (C-380/98, Recueil, s. I-8035, bod 16); a ze dne 1. února 2001, Komise v. Francie (C-237/99, Recueil, s. I-939, bod 41).

30 — Rozsudky ze dne 15. ledna 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria a další (C-44/96, Recueil, s. I-73, bod 33); BFI Holding, bod 42; University of Cambridge, bod 17; a Komise v. Francie (C-237/99, bod 42).

byl bezpodmínečně za všech okolností vyslechnut uchazeč, který podává nabídku tohoto druhu, před tím, než se rozhodne o jejím osudu.

32. Mimo jiné to logicky vyplývá ze zásady efektivity, platné také v právu Společenství použitelném na veřejné zakázky. Koneckonců, správa veřejných zájmů vyžaduje tuto efektivitu, která občas nesnese tempo výběrového řízení plného záruk [31].

34. Jak jsem již uvedl, rozsudek Lombardini a Mantovani za „základní" označil vyslechnutí stanovené tímto předpisem [32]. Za přívlastkem se skrývá přesvědčení, že kontradiktorní ověření mimořádně nízkých nabídek je nevyhnutelné za účelem dosažení skutečné hospodářské soutěže v oblasti veřejných zakázek při současném zaručení svobod pohybu, což zahrnuje, jak bylo uvedeno ve stanoviscích k oběma věcem, účast žadatelů v rovnocenném postavení bez jakéhokoli zdání diskriminace (bod 24).

C – *...ale více než pouhé ustanovení pozitivního práva*

1. Implicitní zásady

33. Článek 30 odst. 4 směrnice 93/37 nezavádí pro zákonodárce ani prostor pro diskreci až svévoli, bez jakékoli vnější souvislosti, která by nemusela nikdy existovat.

35. Zákaz jakékoli diskriminace, zvlášť vystupuje-li státní příslušnost jako záminka, zahrnuje povinnost transparentnosti, která zaručuje každému potenciálnímu uchazeči přiměřenou publicitu s cílem otevřít trh hospodářské soutěži a kontrolovat nestrannost postupů při zadávání, jak vyplývá z rozsudku ze dne 18. prosince 1999, Unitron Scandinavia a 3-S (body 61 a 62) [33].

31 — Bod 30 mého stanoviska ze dne 5. června 2001 ve věci, ve které byl vydán rozsudek Lombardini a Mantovani.

32 — Samotný rozsudek zdůraznil, že v souladu s diskutovaným právním předpisem náleží zadavateli identifikovat podezřelé nabídky, umožnit dotčeným podnikům prokázat jejich vážnost, zhodnotit relevanci poskytnutých informací a učinit rozhodnutí o jejich vyloučení nebo přijetí (bod 55).

33 — Věc C-275/98, Recueil, s. I-8291. V tomto směru se situují také rozsudky Telaustria a Telefonoadress (body 61 a 62) a Parking Brixen (bod 49).

36. V tomto ohledu se je legitimní otázka Consiglio di Stato, zda čl. 30 odst. 4 směrnice 93/37, ačkoli nevyjadřuje základní zásadu práva Evropské unie, představuje jeden z jeho nutných důsledků, jemuž musí podléhat veřejné zakázky nezávisle na tom, zda se na ně vztahují směrnice, pokud jsou pro Společenství relevantní.

37. Jinými slovy, pokud by automatické vylučování mimořádných nabídek nebylo s těmito důsledky v souladu, bylo by třeba použít sporná ustanovení na zakázky, které nespadají do oblasti působnosti směrnice 93/37?

2. Uchazeči a pojem „mimořádně nízká nabídka“

38. Pojem „mimořádně nízká nabídka“ není stavěn na abstraktních základech; právě naopak, je definován odkazem na zakázku, která má být zadána, a ve vztahu k příslušnému plnění [34]. Vykazuje tedy znaky neurčitého právního pojmu, *a priori* nejasného, ale s ohledem na zvláštnosti předmětu zakázky předvídatelného.

34 — Bod 32 stanoviska Lombardini a Mantovani.

39. Tato charakteristika je ještě výraznější v italském systému, který s ohledem na obsah zakázky a cenu různých nabídek daný pojem zpřesnil prostřednictvím matematického vzorce pro stanovení prahové hodnoty mimořádnosti.

40. Zájemci, kteří se díky reklamě dovědí o zakázce a její povaze, v tajnosti vyhotoví své projekty tak, aby každý z nich znal pouze ten svůj. Obecně vzato, úvahu ohledem na skutečnost, že systém upřednostňuje nejnižší nebo hospodářsky nejvýhodnější nabídku, dochází při hledání nejnižší ceny, a to i za cenu snížení podnikového zisku, k předkládání velmi napjatých kalkulací.

41. Všichni se proto vystavují stejnému riziku, že jejich nabídka bude po otevření obálek zařazena mezi mimořádné.

42. Tato rovnováha je však narušena, když jeden nebo více soutěžitelů má k dispozici hodnotící prvky způsobilé ovlivnit stanovení prahové hodnoty mimořádnosti, a poruší tak nezbytnou nestrannost.

3. Kartelové dohody při předkládání nabídek

Všichni uchazeči jsou si rovni, žádný není při přípravě svého návrhu ve výhodě (body 33 a 35). Proto přímé vyloučení jiných než řádných uchazečů bez možnosti vysvětlení nikoho nediskriminuje.

43. Consiglio di Stato při posuzování skutkového stavu předloženého obcí Turín nastínil úvahu, kterou Soudní dvůr nemůže opomenout, podle níž automatické vylučování nepřiměřených slev, nevyhnutelné na základě posledního pododstavce čl. 21 odst. 1 *bis* zákona č. 109/1994, vybízí podniky k uzavírání kartelových dohod s cílem ovlivnit předem výsledek výběrového řízení.

46. Jinak se však bude posuzovat situace, když se na základě nezákonných dohod skupina podnikatelů, obvykle těch, kteří působí na místním trhu dané veřejné zakázky, dohodne na vytvoření homogenních nabídek kalkulací s minimálními rozdíly a nabídky konkurentů, kteří se takové dohody neúčastní, se tak stanou mimořádně nízkými, aniž by se jejich předkladatelé mohli bránit či prokázat proveditelnost nabízeného řešení.

44. Právo Společenství toto hledisko nepomíjí.

47. Je tak poškozována transparentnost a zdravá hospodářská soutěž, což jsou požadavky práva Společenství v oblasti veřejných zakázek, neboť má-li být vyloučena diskriminace zakázaná Smlouvou, musí mít neúspěšní uchazeči usazeni v jiných členských státech možnost vysvětlit svá stanoviska. Obec Turín na jednání v tomto řízení o předběžné otázce uvedla, že rozhodnutí nepoužít vnitrostátní právní předpis znamenalo výrazné snížení nápadu nabídek předložených s cílem poškodit svobodnou hospodářskou soutěž.

45. Je zjevné, že mechanismus vylučování nabídek, které se ve smyslu s prvním pododstavcem uvedeného ustanovení ukáží jako mimořádně nízké, není sám o sobě diskriminační, neboť je objektivní. Ve stanovisku Lombardini a Mantovami jsem poukázal na to, že italské právo zavádí automatický aritmetický nástroj pro stanovování prahové hodnoty mimořádnosti, který je v naprostém souladu se směrnicí 93/37 a podporuje trh ve snaze vymezit pro každou zakázku mez, od níž se zakázka stává mimořádnou.

48. Uvedené požadavky zkrátka vyžadují, aby zadavatel při zadávání veřejných zakázek

s významem pro Společenství přihlédl v rámci kontradiktorního ověření k tvrzením podnikatelů, jejichž nabídky byly vyhodnoceny jako mimořádně nízké. Proto brání vnitrostátní právní úpravě, která automaticky a bez předchozího projednání vylučuje veřejné zakázky nižší než prahové hodnoty stanovené oborovými směrnicemi.

4. Právo na řádnou správu

49. K předchozí objektivní a abstraktní dimenzi, která přesahuje individuální zájmy podnikatelů účastnících se výběrového řízení, se připojuje další, subjektivní dimenze, v níž nabývají na důležitosti jejich práva, a především zákaz zbavení možnosti obhajoby ve správním řízení.

50. Zákaz zbavení možnosti obhajoby, který výslovně přebírají právní řády všech členských států, je součástí práva na řádnou správu, jež Listina základních práv Evropské unie [35] zakotvuje v článku 41 v rámci hlavy V věnované občanským právům. Odstavec 2 tohoto článku přiznává každému právo být vyslechnut před přijetím jemu určeného individuálního opatření.

51. Listina, jejíž význam Soudní dvůr zdůraznil ve věcech nedávno rozhodnutých, především v rozsudku ze dne 27. června 2006, Parlament v. Rada [36], a v rozsudku ze dne 8. května 2007, Advocaten voor de Wereld [37], vyžaduje, aby uchazeč před svým vyloučením mohl vysvětlit své stanovisko a přesvědčit zadavatele o správnosti své nabídky.

52. Souhlasím s Komisí v tom, že toto právo jako takové nevyžaduje vždy vyslechnutí údajně troufalého podnikatele, neboť tento je v zásadě chráněn již nezávislým přezkumem nabídek v souladu s předem určenými, objektivními a nediskriminačními kritérii. Nicméně soutěžitel, jemuž hrozí vyloučení z důvodu dohody dalších soutěžitelů, je v nevýhodě, která se ještě zvyšuje, není-li mu dána možnost vyjádřit se.

35 — Úř. věst. 2000, C 364, s. 1.

36 — Věc C-540/03, Sb. rozh. s. I-5769.

37 — Věc C-303/05, Sb. rozh. s. I-3633. Ohledně povahy Listiny viz body 76 až 79 mého stanoviska v uvedené věci.

53. Právo být vyslechnut orgánem veřejné správy je tak argumentem pro odmítnutí automatického vylučování mimořádně nízkých nabídek, neboť jak jsem uvedl výše, „mimořádnost“ je neurčitý právní pojem, který se upřesňuje *ad hoc* v závislosti na vlastnostech jednotlivých soutěžitelů.

54. Z toho důvodu právo na řádnou správu brání zrušení kontradiktorního ověření nabídek před rozhodnutím o jejich relevanci, a to i pro veřejné zakázky, na něž se oborové směrnice nevztahují, neboť by to způsobilo oslabení záruk zavedených tzv. směrnicemi „o opravných prostředcích“ [38].

5. Prostor členských států pro uvážení

55. Z výše uvedeného vyplývá, že právo Společenství brání vnitrostátní právní úpravě, která zadavatelům stanoví povinnost automaticky odmítat mimořádně nízké nabídky na veřejné zakázky, na něž se nevztahují směrnice o koordinaci postupů při zadávání, ale doporučuje dát těmto subjektům možnost zhodnotit s ohledem na okolnosti každého případu účelnost jejich projednání, při němž by kontradiktorním způsobem zjistily jejich strukturu [39].

56. Členské státy však díky své autonomii nemají povinnost řídit se čl. 30 odst. 4 směrnice 93/37 a mohou samy určit prostředky na ochranu práv, která právní řád Společenství přiznává občanům, aniž by přitom podléhaly jiným omezením než těm, která vyplývají ze zásad rovnocennosti a efektivity; příslušné postupy totiž nemohou být méně výhodné než postupy stanovené pro ochranu práv založených vnitrostátním právním řádem a musí být uspořádány takovým způsobem, aby v praxi neztěžovaly nebo neznemožňovaly sledovaný cíl [40].

38 — Výše uvedená směrnice 89/665 a směrnice Rady 92/13/EHS ze dne 25. února 1992 o koordinaci právních a správních předpisů týkajících se uplatňování pravidel Společenství pro postupy při zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a telekomunikací (Úř. věst. L 76, s. 14; Zvl. vyd. 06/01, s. 315).

39 — Rozsudek ze dne 7. října 2004, Sintesi (C-247/02, Sb. rozh. s. I-9215), rozhodl o protiprávnosti vnitrostátního právního předpisu, podle nějž zadavatelé podléhali při zadávání veřejných zakázek na stavební práce jedinému kritériu, což jim znemožnilo posuzování povahy a zvláštností jednotlivých zakázek podle kritéria vhodnějšího pro zajištění volné hospodářské soutěže a vybrání nejlepší nabídky (bod 40).

40 — Viz ustálená judikatura zahájená rozsudkem ze dne 16. prosince 1976, Rewe (33/76, Recueil, s. 1989).

VI – Závěry

57. S ohledem na výše uvedené úvahy navrhuji Soudnímu dvoru, aby odpověděl Consiglio di Stato Italské republiky následovně:

„Zásada svobodné hospodářské soutěže, zásada transparentnosti veřejné správy a zásada zákazu diskriminace na základě státní příslušnosti, které jsou základem práva Společenství v oblasti veřejných zakázek, jakož i právo na řádnou správu brání vnitrostátní právní úpravě, která při zadávání veřejných zakázek vyloučených ze směrnic v této oblasti stanoví povinnost zadavatelů automaticky a bez možnosti kontradiktorního ověření vylučovat mimořádně nízké nabídky.“