SECAP A SANTORSO

NÁVRHY GENERÁLNEHO ADVOKÁTA
DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER
prednesené 27. novembra 2007 [1]

I — Úvod

1. Consiglio di Stato Talianskej republiky sa v zmysle článku 234 ES pýta Súdneho dvora, či má článok 30 ods. 4 smernice Rady 93/37/EHS zo 14. júna 1993 o koordinácii postupov verejného obstarávania prác [2] účinky aj nad rámec samotnej smernice a upravuje aj uzatváranie zmlúv v rámci verejného obstarávania, ktoré nepatria do pôsobnosti tejto smernice.

2. V rozsudku z 27. novembra 2001, Lombardini a Mantovani [3], sa pri výklade tohto ustanovenia považovalo za „podstatné“, aby sa každý uchádzač, podozrivý z predloženia ponuky s neobvykle nízkou cenou, vyjadril a uviedol príslušné odôvodnenie (bod 53).

3. V tomto návrhu na začatie prejudiciálneho konania je snaha objasniť, či tento právny predpis pozitívneho práva obsahuje všeobecnú zásadu práva Spoločenstva platnú v oblasti verejného obstarávania bez ohľadu na to, či sa na ňu vzťahujú smernice v tejto oblasti. [4]

4. Najvyšší taliansky súd kladie otázku vo veľmi osobitej súvislosti: s vnútroštátnym právnym predpisom, ktorý ukladá povinnosť automatického vylúčenia tohto druhu ponúk pri postupoch verejného obstarávania, ktorých hodnota je nižšia ako hodnota uvedená v smerniciach, sa spája prax, podľa ktorej pri tomto druhu zákaziek niektorí uchádzači ovplyvňujú priebeh

1 — Jazyk prednesu: španielčina.

2 — Ú. v. ES L 199, s. 54; Mim. vyd. 06/002, s. 163.

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

4 — Okrem smernice 93/37 v oblasti verejného obstarávania prác existuje smernica Rady 77/62/EHS z 21. decembra 1976 (Ú. v. ES L 13, 1977, s. 1), následne zmenená a doplnená smernicou Rady 93/36/EHS zo 14. júna 1993 (Ú. v. ES L 199, s. 1; Mim. vyd. 06/002, s. 110) v oblasti verejného obstarávania tovarov. Verejné zmluvy na poskytnutie služieb a koordinácia postupov verejného obstarávania služieb boli predmetom smernice Rady 92/50/EHS z 18. júna 1992 (Ú. v. ES L 209, s. 1; Mim. vyd. 06/001, s. 322). Tieto právne predpisy [zmenené a doplnené smernicou 97/52/ES (Ú. v. ES L 328, s. 1; Mim. vyd. 06/003, s. 3)] boli kodifikované a zlúčené do jedného predpisu: smernice Európskeho parlamentu a Rady 2004/18/ES z 31. marca 2004 o koordinácii postupov zadávania verejných zákaziek na práce, verejných zákaziek na dodávku tovaru a verejných zákaziek na služby (Ú. v. EÚ L 134, s. 114; Mim. vyd. 06/007, s. 132).

súťaže lsťou [5] tak, že sa dohodnú a predložia podobné cenové ponuky, aby tým vyvolali určitú prahovú odchýlku a vylúčili tak iných uchádzačov.

5. Tento návrh na začatie prejudiciálneho konania má teda veľký význam, keďže odkazuje na všeobecné zásady práva Spoločenstva, avšak nezabúda, že riešenie môže vychádzať výlučne z právneho systému Európskej únie. Súdny dvor sa musí pohybovať v oboch rovinách, pričom má dať talianskemu súdu odpoveď potrebnú na vyriešenie sporu.

II — Právny rámec

A — *Právo Spoločenstva*

6. Články 43 ES a 49 ES v uvedenom poradí upravujú slobodu usadiť sa a slobodu poskytovať služby. Základnou úlohou smernice Rady 71/305/EHS z 26. júla 1971 [6], ktorou sa začala harmonizácia právnych predpisov členských štátov v oblasti verejného obstarávania, bolo podľa skutočností zdôraznených v jej prvom odôvodnení súčasné uskutočňovanie týchto dvoch slobôd. Táto smernica, ktorá upravovala iba verejné obstarávanie do hodnoty rovnajúcej sa alebo vyššej ako milión zúčtovacích jednotiek (ôsme odôvodnenie), uvádzala ako kritériá na uzavretie zmluvy najnižšiu cenu alebo ekonomicky najvýhodnejšiu ponuku (článok 29 ods. 1) a počítala s možnosťou ponúk s neobvykle nízkou cenou, pričom pripúšťala, aby boli po predchádzajúcom vypočutí trúfalého uchádzača vylúčené (článok 29 ods. 5).

7. Pri výklade tohto ustanovenia Súdny dvor rozhodol, že ponuka sa môže odmietnuť iba po predchádzajúcej možnosti poskytnutej podnikateľovi, aby objasnil svoj návrh, to znamená po overení na základe diskusie s uchádzačom, čím odmietol automatické vylučovanie. [7]

5 — Tento druh lsti existoval vždy a Homér v *Odysei*, (preklad Miroslav Okál, Martin 2002), uvádza rôzne príklady príslovečnej lstivosti Odysea, ako pri dobrodružstve opísanom v IX. speve, keď hrdina ako Polyfémov väzeň ho opije a povie mu, že sa volá Nikto, pričom využije ospalosť vyvolanú vínom a vrazí mu do jediného oka žeravú olivovú palicu; na kyklopovo volanie o pomoc sa ho jemu podobní kyklopovia pýtajú, čo sa deje, kto naňho útočí a Polyfémos na to odpovedá „Nikto ma zabíja lsťou“, čím im uniká možnosť pribehnúť mu na pomoc (verš 408).

6 — Smernica Rady o koordinácii postupov verejného obstarávania verejných prác [*neoficiálny preklad*] (Ú. v. ES L 185, s. 5).

7 — Takýto výklad je v rozsudku z 22. júna 1989, Fratelli Costanzo (103/88, Zb. s. 1839, body 16, 18 a 19), ktorým sa zakázalo vylúčenie z úradnej moci podľa matematických kritérií (bod 1 výroku); táto zásada sa zopakovala v rozsudku z 18. júna 1991, Donà Alfonso, C-295/89, Zb. s. I-2967. Okrem toho existoval predchádzajúci rozsudok z 10. februára 1982, Transporoute, 76/81, Zb. s. 417, bod 18.

8. Smernica 71/305 bola následne niekoľkokrát zmenená a doplnená,[8] čo viedlo k jej kodifikácii, ktorá sa uskutočnila smernicou 93/37 aj z dôvodu zabezpečenia slobody usadiť sa a slobody poskytovať služby (druhé odôvodnenie). Smernica 93/37 sa vzťahuje na verejné zmluvy, ktorých hodnota je rovnaká alebo vyššia ako 5 miliónov ECU (článok 6 ods. 1), a je verná predchádzajúcim kritériám na uzavretie zmluvy (článok 30 ods. 1), pričom s miernymi zmenami preberá v článku 30 ods. 4 znenie článku 29 ods. 5:

„Ak sa ponuky [Ak ponuky — *neoficiálny preklad*] obsahujú neobvykle nízke ceny vo vzťahu k prácam, ktoré majú byť vykonané, obstarávateľ si pred možným odmietnutím ponúk písomne vyžiada podrobnosti o základných prvkoch ponuky, ktoré považuje za relevantné a overí tieto prvky s ohľadom na obdržané vysvetlenia.

Obstarávateľ môže brať do úvahy vysvetlenia, ktoré sú odôvodnené objektívnymi príčinami, napr. úspornosťou stavebnej metódy alebo vybraných technických riešení, alebo výnimočne priaznivými podmienkami, ktoré má uchádzač pri výkone prác, alebo originalitou prác ponúkaných uchádzačom.

Ak súťažné podklady stanovujú ak okrtitérium [ako kritérium — *neoficiálny preklad*] najnižšiu ponúkanú cenu, obstarávateľ musí Komisii oznámiť zamietnutie ponúk, ktoré sa mu zdajú príliš nízke.

…“

9. Smernica 2004/18, ktorú mali členské štáty prebrať do 31. januára 2006, (článok 80 ods. 1) zrušila smernicu 93/37 od 31. marca 2004 (články 82 a 83). Pri zadávaní verejných zákaziek na práce, ktorých hodnota je aspoň 5 278 000 eur [článok 7 písm. c)][9], majú verejní obstarávatelia možnosť vylúčiť ponuky s neobvykle nízkou cenou po predchádzajúcom overení po konzultácii s uchádzačom (článok 55 ods. 1 a 2).

B — *Talianska právna úprava*

10. Článok 30 ods. 4 smernice 93/37 bol prevzatý do talianskeho práva článkom 21

8 — Jedna zmena sa týkala nového znenia článku 29 ods. 5 na základe smernice 89/440/EHS z 18. júla 1989 (Ú. v. ES L 210, s. 1).

9 — Podľa znenia nariadenia Komisie (ES) č. 2083/2005 z 19. decembra 2005 (Ú. v. EÚ L 333, s. 28).

ods. 1a zákona č. 109 z 11. februára 1994, rámcový zákon o verejnom obstarávaní [10], ktorý bol do pôvodného znenia vložený článkom 7 zákona č. 216 z 2. júna 1995 [11]. Podľa tohto právneho predpisu:

„V prípadoch verejného obstarávania prác, ktorých hodnota je rovnaká alebo vyššia ako 5 miliónov ECU, na základe kritéria najnižšej ceny podľa odseku 1 dotknutý správny orgán vyhodnotí ako neobvyklé ponuky v zmysle článku 30 smernice Rady 93/37/EHS zo 14. júna 1993, všetky ponuky, ktoré predstavujú zníženie ceny rovnaké alebo väčšie, ako je aritmetický priemer percentuálnych znížení ceny všetkých prijatých ponúk, bez zohľadnenia desiatich percent ponúk s najväčším znížením ceny zaokrúhlených nahor a desiatich percent ponúk s najmenším znížením ceny zaokrúhlených nahor, po pripočítaní priemernej aritmetickej odchýlky percentuálnych znížení ceny, ktoré prekračujú vyššie uvedený priemer.

Na tento účel orgán verejnej správy prihliada v lehote 60 dní odo dňa predloženia ponúk výlučne na odôvodnenia založené na hospodárnosti stavebného konania alebo na zvolených technických riešeniach alebo na osobitne priaznivých podmienkach, ktoré má uchádzač, avšak s výnimkou odôvodnení, týkajúcich sa akýchkoľvek prvkov, ktorých najnižšie prípustné hodnoty sú určené ustanoveniami zákonov, nariadení alebo správnych predpisov, alebo ktorých hodnoty sa dajú zistiť z oficiálnych údajov.

Ponuky musia už v čase ich predloženia obsahovať odôvodnenia týkajúce sa najvýznamnejších cenových položiek uvedených v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania alebo vo výzve na predloženie ponuky, ktoré spolu predstavujú čiastku nie nižšiu ako 75 % základnej ceny zmluvy.

Pokiaľ ide výlučne o verejné obstarávanie prác s hodnotou nižšou, ako je prahová hodnota stanovená právom Spoločenstva, dotknutý správny orgán automaticky vylúči ponuky, ktoré predstavujú percentuálne zníženie ceny rovnaké alebo vyššie, než aké je určené v zmysle prvého odseku. Postup automatického vylúčenia sa nepoužije, pokiaľ je počet platných ponúk nižší ako päť.“ [12]

10 — *Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana* (ďalej len „GURI“) č. 41 z 19. februára 1994, s. 5.

11 — GURI č. 127 z 2. júna 1995, s. 3. Toto znenie zákona vyplýva z prijatia, so zmenami a doplnkami zákonného dekrétu č. 101 z 3. apríla 1995 o naliehavých právnych prepisoch v oblasti verejných prác (GURI č. 78 z 3. apríla 1995, s. 8).

12 — Znenie ustanovené článkom 7 zákona č. 415 z 18. novembra 1998 (GURI č. 284 zo 4. decembra 1998, riadny dodatok, s. 5).

11. Legislatívny dekrét č. 163 z 12. apríla 2006 [13] preberá do vnútroštátneho právneho poriadku smernicu 2004/18. V ustanoveniach o ponukách s neobvykle nízkou cenou (články 86 až 88) sa už neuvádzajú posledné dve vety článku 21 ods. 1a zákona č. 109/94.

III — Spory v konaní vo veci samej

12. Rozhodnutím z 28. januára 2003 Comune di Torino (obec Turín) rozhodla, že nebude do budúcnosti uplatňovať článok 21 ods. 1a zákona č. 109/94, aby sa zabránilo automatickému vylučovaniu ponúk s neobvykle nízkou cenou, takže sa pri zadávaní obecných prác, vrátane tých, ktoré nedosahujú prahovú hodnotu stanovenú právom Spoločenstva, takéto ponuky overovali na základe diskusie s uchádzačom podľa smernice 93/37.

13. Talianske spoločnosti SECAP SpA (vec C-147/06) a Santorso Soc. Coop. arl (vec C-148/06) sa zúčastnili na verejných obstarávaniach vyhlásených týmto samosprávnym orgánom na vykonanie niektorých prác [14], ktorých hodnoty nepresahovali uvedenú prahovú hodnotu. Oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania potvrdzovali kritérium najnižšej ceny po predchádzajúcom zistení neobvyklých ponúk bez automatického vylúčenia ponúk s neobvykle nízkou cenou podľa rozhodnutia z 28. januára 2003. Ponuky týchto spoločností boli prvé medzi ponukami, ktoré neboli „neobvyklé“, ale Comune ešte pred rozhodnutím konštatovala vážnosť ponúk, ktoré sa javili ako neobvyklé, a rozhodla o uzavretí zmluvy s iným uchádzačom.

14. Obe spoločnosti podali žalobu na Tribunale amministrativo regionale del Piemonte, pričom uvádzali, že článok 21 ods. 1a zákona č. 109/94 automaticky vylučuje neobvyklé ponuky a zakazuje obstarávateľom vypočuť autorov a preskúmať tieto ponuky pred ich zamietnutím. Súd, ktorý s týmto tvrdením nesúhlasil, zamietol žaloby, keďže podľa jeho názoru toto ustanovenie povoľuje automatické vylúčenie ponúk s neobvykle nízkou cenou, ale neukladá ho, a teda nič nebráni správnemu orgánu, aby vypočul autorov týchto ponúk a posúdil ich.

15. Consiglio di Stato, na ktorý sa žalobcovia obrátili s odvolaním, súhlasil s ich tvrdením a kritizoval Tribunale regionale, ale neostal ľahostajný k požiadavkám práva Spoločenstva, ktoré uviedla Comune di Torino, a teda

13 — GURI č. 100 z 2. mája 2006.

14 — Zmena starej budovy na mládežnícky hostel (4 699 999 eur) a úprava prostredia triedy Francia, medzi námestím Statuto a námestím Bernini (5 172 579 eur).

v zmysle článku 234 ES položil Súdnemu dvoru tieto prejudiciálne otázky:

„1. Vyjadruje pravidlo stanovené v článku 30 ods. 4 smernice 93/37/EHS1 alebo obdobné pravidlo uvedené v článku 55 ods. 1 a 2 smernice 2004/18/ES2 (pokiaľ by sa za relevantný právny predpis považovala táto druhá smernica), podľa ktorého, ak ponuky obsahujú neobvykle nízke ceny vo vzťahu k prácam, ktoré majú byť vykonané, verejný obstarávateľ má pred prípadným odmietnutím ponúk povinnosť písomne si vyžiadať podrobnosti o základných prvkoch ponuky, ktoré považuje za relevantné, a overiť tieto prvky s ohľadom na poskytnuté vysvetlenia, základnú zásadu práva Spoločenstva?

2. V prípade zápornej odpovede na predchádzajúcu otázku: Je pravidlo stanovené v článku 30 ods. 4 smernice 93/37/EHS alebo obdobné pravidlo uvedené v článku 55 ods. 1 a 2 smernice 2004/18/ES (pokiaľ by sa za relevantný právny predpis považovala táto druhá smernica), podľa ktorého, ak ponuky obsahujú neobvykle nízke ceny v pomere k prácam, ktoré majú byť vykonané, verejný obstarávateľ má pred prípadným odmietnutím ponúk povinnosť písomne si vyžiadať podrobnosti o základných prvkoch ponuky, ktoré považuje za relevantné, a overiť tieto prvky s ohľadom na poskytnuté vysvetlenia, hoci nevyjadruje základnú zásadu práva Spoločenstva, implicitnou zásadou súbežnou so zásadou súťaže alebo ‚zásadou odvodenou' zo zásady súťaže v spojení so zásadou administratívnej transparentnosti a zásadou zákazu diskriminácie z dôvodu štátnej príslušnosti, a je preto toto pravidlo ako také priamo aplikovateľné a má prednosť pred prípadne odlišnými vnútroštátnymi normami prijatými členskými štátmi na úpravu verejného obstarávania prác, na ktoré sa nevzťahuje priama pôsobnosť práva Spoločenstva?"

IV — Konanie pred Súdnym dvorom

16. Uznesením predsedu Súdneho dvora z 10. mája 2006 boli na základe objektívnej súvislosti veci spojené na spoločné konanie.

17. Žalobcovia v sporoch vo veci samej, Comune di Torino, talianska, nemecká, rakúska, slovenská, francúzska, litovská a holandská vláda, ako aj Komisia predložili písomné pripomienky rôzneho charakteru, ktoré sa ale môžu rozdeliť do dvoch kategórií: kategória tých, ktorí súhlasia s tvrdením

Comune di Torino, medzi ktorých patrí Litva, Slovensko [15] a Komisia, a kategória všetkých ostatných účastníkov tohto konania, ktorí sa prikláňajú k záporným odpovediam na prejudiciálne otázky. Na pojednávaní, ktoré sa konalo 25. októbra 2007, sa zúčastnili zástupcovia Santorso Soc. coop. Arl, zástupcovia Comune di Torino, talianskej, nemeckej a litovskej vlády a Komisia, aby ústne predniesli svoje tvrdenia.

V — Analýza prejudiciálnych otázok

18. Dve otázky, ktoré položil Consiglio di Stato, sa v podstate zužujú na jednu, ktorej cieľom je zistiť, či článok 30 ods. 4 smernice 93/37, podľa ktorého pred rozhodnutím o prípadnom vylúčení ponúk s neobvykle nízkou cenou sú tieto ponuky predmetom diskusie s uchádzačom, platí v prípade zmlúv, ktoré nepatria do pôsobnosti smernice; inými slovami, či pri tejto kategórii zmlúv bráni toto ustanovenie členským štátom, aby rozhodli o automatickom vylúčení tohto typu ponúk.

19. Je teda potrebné preskúmať povahu tejto normy, aby sa dalo určiť, či patrí do primárneho práva Spoločenstva, čiže presahuje pôsobnosť smernice 93/37.

A — *Východiskový bod*

20. Analýza sa opiera o stabilné základy, ktoré sú pevne zakotvené v judikatúre, ktorú som už preskúmal; [16] postupy verejného obstarávania, ktoré z rôznych dôvodov (kvantitatívnych alebo pojmových) nespadajú do pôsobnosti smerníc v tejto oblasti, patria do pôsobnosti právneho poriadku Európskej únie, keďže jeho základné zásady a najmä základné slobody pohybu stanovujú neprekročiteľné medze.

21. Táto myšlienka, ktorá bola vyjadrená v odôvodnení č. 2 smernice 2004/18 [17],

15 — Hoci s určitými rozdielmi oproti postoju Litvy a Comune di Torino, keďže slovenská vláda navrhuje zamietnuť prvú prejudiciálnu otázku a odmieta oddeliť pravidlo uvedené v článku 30 ods. 4 smernice 93/37 od zásad upravených v Zmluve, pričom týmto spôsobom súhlasí s rozhodnutím Comune.

16 — Návrhy z 8. novembra 2006 vo veci Komisia/Taliansko, C-412/04, v ktorej ešte nebol vyhlásený rozsudok (body 44 až 47).

17 — „Zadávanie zákaziek v členských štátoch v mene štátu, regionálnych alebo miestnych orgánov a ďalších inštitúcií v správe subjektov, ktoré sa spravujú verejným právom, podlieha rešpektovaniu zásad zmluvy, najmä rešpektovaniu zásady voľného pohybu tovaru, zásady slobody usadiť sa a zásady slobody poskytovať služby a zásad z nich vyplývajúcich, napríklad zásada rovnakého zaobchádzania, zásada nediskriminácie, zásada vzájomného uznávania, zásada proporcionality a zásada transparentnosti. …“

má už určitú tradíciu v historických dokumentoch Súdneho dvora.[18] V rozsudku zo 7. decembra 2000, Telaustria a Telefonadress[19], Súdny dvor rozhodol, že obstarávatelia sú pri uzatváraní verejných zmlúv, ktoré nepatria do pôsobnosti sektorových smerníc, povinní dodržiavať pravidlá Zmluvy (bod 60),[20] pričom táto zásada bola zdôraznená v rozsudku z 18. júna 2002, HI (bod 47)[21], a nedávno bola úplne prirodzene prijatá bez odkazu na nejaký precedens v rozsudku z 21. júla 2005, Coname[22].

22. V uznesení z 3. decembra 2001, Vestergaard[23], sa zdôraznilo, že samotná skutočnosť, že osobitné a prísne postupy stanovené smernicami o verejnom obstarávaní nie sú vhodné pre verejné zmluvy s nízkou hodnotou, neznamená, že tieto zmluvy sú vylúčené z pôsobnosti práva Spoločenstva, keďže aj ony musia dodržiavať Zmluvu (body 19 až 21)[24], pokiaľ predstavujú záujem pre hospodárske subjekty usadené v iných členských štátoch.[25] Rozsudok z 20. októbra 2005, Komisia/Francúzsko[26], tento postoj zdôraznil (bod 33).

23. Stanovenie ekonomického prahu pre uplatňovanie smerníc o verejnom obstarávaní sa opiera o jeden predpoklad: že zákazky nízkej hodnoty nie sú pre hospodárske subjekty usadené za štátnymi hranicami zaujímavé, a nemajú teda význam na úrovni Spoločenstva. Tento predpoklad však, *iuris tantum,* pripúšťa dôkaz opaku, pretože ako tvrdí Komisia vo svojich písomných pripomienkach, nedá sa vylúčiť, že zmluva nízkej hodnoty vzbudí záujem aj podnikateľov z iných krajín z dôvodu napríklad miesta plnenia v blízkosti ich krajiny alebo preto, že je výhodná pre ich obchodnú stratégiu.

18 — Ako aj v historických dokumentoch Komisie, najmä v dokumente „Výkladové oznámenie Komisie o právnych predpisoch Spoločenstva uplatniteľných na zadávanie zákaziek, na ktoré sa úplne alebo čiastočne nevzťahujú smernice o verejnom obstarávaní“ (Ú. v. EÚ C 179, 2006, s. 2, najmä s. 5 a 6).

19 — C-324/98, Zb. s. I-10745.

20 — V tomto prípade smernica Rady 93/38/EHS zo 14. júna 1993, o koordinácii postupy verejného obstarávania subjektov pôsobiacich vo vodnom, energetickom, dopravnom a telekomunikačnom sektore (Ú. v. ES L 199, s. 84; Mim. vyd. 06/002, s. 194), ktorá bola nahradená smernicou Európskeho parlamentu a Rady 2004/17/ES z 31. marca 2004 (Ú. v. EÚ L 134, s. 1; Mim. vyd. 06/007, s. 19).

21 — C-92/00, Zb. s. I-5553. V skutočnosti tento rozsudok skôr než na zmluvu, na ktorú sa nevzťahuje smernica, odkazoval na postup, ktorý nie je právnym predpisom upravený: Zmluva vyžadovala, aby bolo možné napadnúť rozhodnutie o zrušení verejného obstarávania, pričom táto možnosť nebola upravená v smernici Rady 89/665/EHS z 21. decembra 1989 o koordinácii zákonov, iných právnych predpisov a správnych opatrení týkajúcich sa uplatňovania postupov preskúmavania v rámci verejného obstarávania tovarov a prác (Ú. v. ES L 395, s. 33; Mim. vyd. 06/001, s. 246), zmenenej a doplnenej smernicou 92/50.

22 — C-231/03, Zb. s. I-7287. V bode 16 tohto rozsudku sa pripomína, že zadanie takej koncesie (týkajúcej sa správy verejnej služby distribúcie plynu spoločnosťou s prevažne verejným základným imaním) nie je upravené žiadnou zo smerníc, ktorými zákonodarca Spoločenstva upravil oblasť verejného obstarávania. V prípade neexistencie takejto právnej úpravy sa potom musia skúmať dôsledky práva Spoločenstva týkajúce sa zadania takých koncesií na základe primárneho práva a obzvlášť v súvislosti so základnými slobodami zakotvenými v Zmluve. V rovnakom zmysle sa vyjadrili aj rozsudky z 13. októbra 2005, Parking Brixen, C-458/03, Zb. s. I-8585, bod 46, a zo 6. apríla 2006, ANAV, C-410/04, Zb. s. I-3303, bod 18.

23 — C-59/00, Zb. s. I-9505.

24 — Podľa tohto uznesenia sa za nezlučiteľné s článkom 28 ES považovalo ustanovenie súťažných podkladov k verejnému obstarávaniu prác nízkej hodnoty, ktoré bez ďalšieho vysvetlenia vyžadovalo použitie výrobkov určitej značky.

25 — Bod 20 rozsudku Coname, v opačnom zmysle.

26 — C-264/03, Zb. s. I-8831.

24. Preto nemožno poprieť, že tento kvantitatívny limit má konvenčnú povahu, keďže nič nebráni tomu, aby zmluva s nižšou hodnotou priťahovala pozornosť v iných členských štátoch, čím by vznikla okolnosť, ktorá by vyvolala uplatniteľnosť práva Spoločenstva a jeho cieľov. V dôsledku toho postupy verejného obstarávania týkajúce sa zmlúv, ktoré napriek svojmu malému významu dosahujú európsky význam, musia dodržiavať zásady Zmluvy s tým, že zmluvy vyššej hodnoty ako sú čiastky uvedené v smerniciach musia dodržiavať prísnejšie koordinačné ustanovenia. [27]

25. Jedno z takýchto ustanovení — uvedené v článku 30 ods. 4 smernice 93/37 a uplatniteľné *ratione temporis* na spory vo veci samej — zopakované v článku 55 ods. 1 a 2 smernice 2004/18, zakazuje automatické vylúčenie ponúk s neobvykle nízkou cenou. Consiglio di Stato sa pýta, či je takýto zákaz základným pravidlom práva Spoločenstva alebo aspoň dôsledkom zásady hospodárskej súťaže v spojení so zásadou administratívnej transparentnosti a zákazom diskriminácie na základe štátnej príslušnosti, ktoré sa musí dodržiavať aj pri uzatváraní zmlúv, ktoré nepatria do pôsobnosti uvedených smerníc.

27 — Je potrebné pripomenúť druhú časť odôvodnenia č. 2 smernice 2004/18.

B — *Menej ako základná zásada…*

26. Pojmy „základná zásada“ alebo „základné pravidlo“, používané v mnou citovanej judikatúre, majú veľmi presný obsah. Neodkazujú na akúkoľvek axiologickú okolnosť skrytú v Zmluve, ani na akékoľvek opatrenie prijaté s cieľom dosiahnuť jej ciele; nachádzajú sa práve medzi týmito dvoma medzami v texte primárneho práva, kde „ústavodarca“ Spoločenstva uviedol ciele, ktoré si stanovil, a hlavné prostriedky na ich dosiahnutie. Zo zbežného čítania článkov 2 ES a 3 ES vyplýva, že odkazujú na neobmedzený prechod osôb, tovaru, služieb a kapitálu, zabezpečený pomocou zodpovedajúcich slobôd pohybu (články 23 ES, 43 ES a 49 ES), ku ktorým sa ako prierezová hodnota, o ktorú sa opiera ktorýkoľvek projekt integrácie medzi viacerými štátmi, pripája zrušenie akejkoľvek diskriminácie na základe štátnej príslušnosti (článok 12 ES).

27. Toto tvrdenie, podobné ako odôvodnenie č. 2 smernice 2004/18, sa nachádza aj v spomínaných rozsudkoch. Rozsudok Telaustria a Telefonadress uvádza túto zásadu rovnosti zaobchádzania medzi občanmi rôznych členských štátov (bod 60), rozsudok HI okrem toho odkazuje na slobodu usadiť sa a na slobodu poskytovania

služieb (body 42 a 47); v uznesení Vestergaard sa ako na *ratio decidendi* odkazuje na ďalšiu slobodu pohybu, a síce na voľný pohyb tovaru (bod 21) a v rozsudku Coname sa znovu odkazuje na články 43 ES a 49 ES, na účely odmietnutia nepriamej diskriminácie na základe štátnej príslušnosti.

28. Pri dôkladnom pohľade sa „základné zásady“ Zmluvy, ktoré sú schopné obmedziť právomoc členských štátov pri uzatváraní verejných zmlúv, ktoré nepatria do koordinácie v pôsobnosti sektorových smerníc, zhodujú so zásadami uvedenými v odôvodneniach samotných týchto smerníc, na ktoré poukázal Súdny dvor.

29. Táto okolnosť preto nemôže nikoho prekvapiť, keďže, ako je zdôraznené v odôvodnení č. 2 smernice 2004/18, jej ustanovenia vyplývajú z týchto zásad, lebo predmetné smernice sledujú bezprostredný obmedzený cieľ, a to uvedenú koordináciu postupov, aby sa vytvorila účinná hospodárska súťaž v rámci verejného obstarávania [28] s cieľom realizovať základné slobody európskej integrácie. Konkrétnejšie má za cieľ odstránenie prekážok voľného pohybu služieb a tovaru, a teda ochranu záujmov hospodárskych subjektov usadených v jednom členskom štáte a ponúkajúcich tovary a služby verejným obstarávateľom v inom členskom štáte. [29]

30. Ak sa na vec pozrieme z opačnej strany, je jasné, že toto úsilie je dvojaké: odstrániť riziko, že sa uprednostnia vnútroštátni uchádzači (*buy national*) a že príslušný verejný obstarávateľ sa nechá ovplyvniť iným ako finančným posúdením [30] (základným kritériom na uzavretie zmluvy je teda stále kritérium najnižšej ceny alebo ekonomicky najvýhodnejšej ponuky).

31. V tejto súvislosti si prvá prejudiciálna otázka zaslúži výlučne zápornú odpoveď, keďže automatické vylúčenie ponúk s neobvykle nízkou cenou v rámci určitého verejného obstarávania prác nepredstavuje základnú zásadu Zmluvy, pretože uvedené základné slobody a citovaný zákaz diskriminácie nevyžadujú, aby bol uchádzač, ktorý prekladá takúto ponuku, absolútne za

28 — Rozsudok Fratelli Costanzo, bod 18.

29 — Rozsudky z 10. novembra 1998, BFI Holding, C-360/96, Zb. s. I-6821, bod 41; z 3. októbra 2000, University of Cambridge, C-380/98, Zb. s. I-8035, bod 16, a z 1. februára 2001, Komisia/Francúzsko, C-237/99, Zb. s. I-939, bod 41.

30 — Rozsudky z 15. januára 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria a i., C-44/96, Zb. s. I-73, bod 33; BFI Holding, bod 42; University of Cambridge, bod 17, a Komisia/Francúzsko, C-237/99, bod 42.

každých okolností vypočutý predtým, ako sa rozhodne o jeho osude.

32. Dôvodom je okrem iného skutočnosť, že to logicky vyplýva zo zásady efektivity, ktorá platí aj v práve Spoločenstva v oblasti verejného obstarávania. V konečnom dôsledku, správa verejných záujmov si vyžaduje takúto efektivitu, ktorá je niekedy v rozpore s rytmom, ktorý ukladá výberové konanie plné záruk. [31]

34. Už som pripomenul, že rozsudok Lombardini a Mantovani definoval ako „podstatný" postup vypočutia, ktorý upravuje tento predpis. [32] Za týmto prívlastkom sa skrýva presvedčenie, že overenie ponúk s neobvykle nízkou cenou po konzultácii je nevyhnutné na to, aby sa dospelo k efektívnej hospodárskej súťaži pri verejnom obstarávaní, pričom sa zaručia slobody pohybu, čo, ako naznačujem v návrhoch v oboch veciach, znamená účasť uchádzačov v rovnocennom postavení bez akejkoľvek diskriminácie (bod 24).

C — ... ale viac ako obyčajné pravidlo hmotného práva

1. Implicitné zásady

33. Článok 30 ods. 4 smernice 93/37 nie je ani ochranným opatrením diskrečnej, či dokonca svojvoľnej právomoci zákonodarcu, bez akejkoľvek vonkajšej súvislosti, ktorá nemusela nikdy existovať.

35. Zákaz akejkoľvek diskriminácie, najmä ak sa ako dôvod uvádza štátna príslušnosť, obsahuje povinnosť transparentnosti, čím sa každému potenciálnemu uchádzačovi zaručuje primeraná publicita, aby bol trh otvorený hospodárskej súťaži a aby sa kontrolovala nestrannosť postupov verejného obstarávania, ako sa uvádza v rozsudku z 18. novembra 1999, Unitron Scandinavia a 3-S (body 61 a 62) [33].

31 — Bod 30 mojich návrhov z 5. júna 2001 vo veci, ktorá sa skončila rozsudkom Lombardini a Mantovani.

32 — Uvedený rozsudok podčiarkol, že v zmysle dotknutého ustanovenia je verejný obstarávateľ povinný označiť podozrivé ponuky, umožniť dotknutým podnikom preukázať ich vážnosť, posúdiť relevantnosť poskytnutých objasnení a rozhodnúť o prijatí alebo odmietnutí takýchto ponúk (bod 55).

33 — C-275/98, Zb. s. I-8291. Týmto spôsobom zaujali stanovisko aj rozsudky Telaustria a Telefonadress (body 61 a 62) a Parking Brixen (bod 49).

36. V tejto súvislosti je oprávnená otázka, ktorú kladie Consiglio di Stato, či uvedený článok 30 ods. 4 smernice 93/37, hoci nevyjadruje základnú zásadu práva Európskej únie, predstavuje jeden z jej nevyhnutných dôsledkov, s ktorými sa musia zosúladiť verejné zmluvy, ak majú význam na úrovni Spoločenstva, bez ohľadu na to, či sa na ne vzťahujú smernice.

37. Inými slovami, otázkou je, či sa v prípade, keď automatické vylúčenie neobvyklých ponúk porušuje tieto dôsledky, musí sporná norma uplatniť na zmluvy, ktoré nepatria do pôsobnosti smernice 93/37.

2. Uchádzači a pojem „ponuka s neobvykle nízkou cenou“

38. Pojem „ponuka s neobvykle nízkou cenou“ nie je vymedzený abstraktne, ale definuje sa odkazom na dotknutú zmluvu, ktorá sa má uzavrieť, a vo vzťahu k prácam, ktoré sa majú vykonať. [34] Má teda charakter neurčitého právneho pojmu, *a priori* nepresného, ale predvídateľného na základe osobitostí predmetu verejného obstarávania.

34 — Bod 32 návrhov Lombardini a Mantovani.

39. Tento charakter je ešte výraznejší v talianskom systéme, ktorý prehlbuje tento pojem s prihliadnutím na obsah zmluvy a hodnotu jednotlivých návrhov pomocou matematického mechanizmu určenia prahu neobvyklej ponuky.

40. Účastníci súťaže, ktorí vďaka zverejneniu vedia o práci, ktorá sa má vykonať, a poznajú jej povahu, vypracujú svoje projekty dôverne, takže každý z nich je jedinou osobou, ktorá pozná svoj projekt. Vo všeobecnosti, s prihliadnutím na skutočnosť, že daný systém odmeňuje ponuku s najnižšou cenou alebo ekonomicky najvýhodnejšiu ponuku, sa predkladajú cenové ponuky znížené na minimum v snahe o čo najnižšiu cenu, aj za cenu zníženia zisku podniku.

41. Preto každý na seba preberá rovnaké riziko, že keď sa otvoria obálky, bude jeho ponuka patriť medzi neobvyklé.

42. Takáto rovnováha je však porušená, keď jeden alebo viac uchádzačov využíva hodnotiace prvky, ktorými sa môže ovplyvniť určenie prahu neobvyklej ponuky, čím sa poruší nevyhnutná rovnosť.

3. Zosúladené postupy pri predkladaní ponúk

43. Consiglio di Stato, ktorý posúdil skutkový stav, ktorý uviedla Comune di Torino, načrtáva obraz, ktorý Súdny dvor nemôže ignorovať a v ktorom automatické vylúčenie neprimerane nízkych cien, ktorému sa nedá vyhnúť v zmysle článku 21 ods. 1a posledného pododseku zákona č. 109/1994, podporuje uzatváranie tajných dohôd medzi podnikmi, aby vopred ovplyvnili výsledok výberového konania.

44. Zoči-voči takejto okolnosti nezostáva právo Spoločenstva nečinné.

45. Je zrejmé, že mechanické vylúčenie ponúk, ktoré sa javia v zmysle prvého pododseku tohto ustanovenia ako ponuky s neobvykle nízkou cenou, nie je s prihliadnutím na jeho objektivitu samo osebe diskriminačné. V návrhoch Lombardini a Mantovani som pripomenul, že talianska právna úprava zavádza aritmetické a automatické ustanovenie na určenie prahu neobvyklej ponuky, ktoré sa dokonale prispôsobuje cieľu smernice 93/37, keďže trh určuje pre každú zmluvu limit, za ktorým sa ponuka považuje za neobvyklú. Všetci uchádzači majú rovnaké postavenie a žiadny z nich nepožíva pri príprave svojej ponuky výhody (body 33 a 35). Skutočnosť, že sa priamo odmietajú neobvyklé ponuky bez toho, aby sa uchádzačom umožnilo poskytnúť vysvetlenie, teda nikoho nediskriminuje.

46. Toto stanovisko sa však mení, ak sa v dôsledku protiprávnych dohôd skupina podnikateľov, spravidla takých, ktorí pôsobia na územnom trhu zmluvy, dohodne, že vypracujú rovnaké cenové ponuky s minimálnymi rozdielmi, čím spôsobia, že ponuky iných súťažiteľov, ktorí ostali mimo týchto dohôd, nadobudnú povahu ponuky s neobvykle nízkou cenou bez možnosti, aby sa títo súťažitelia bránili alebo preukázali vážnosť svojej ponuky.

47. Týmto spôsobom sa porušuje transparentnosť a zdravá hospodárska súťaž, čo sú požiadavky práva Spoločenstva v oblasti verejného obstarávania, pretože keď sú poškodené subjekty usadené v iných členských štátoch, musia mať možnosť predložiť vysvetlenie k svojmu postoju, ak nemá dôjsť k Zmluvou zakázanej diskriminácii. Comune di Torino na pojednávaní, ktoré sa konalo v rámci tohto prejudiciálneho konania, pripomenula, že po rozhodnutí neuplatňovať vnútroštátnu právnu úpravu došlo k podstatnému zníženiu ponúk predkladaných s cieľom narušiť slobodnú hospodársku súťaž.

48. Citované zásady napokon vyžadujú, aby pri zadávaní zákaziek s významom pre

celé Spoločenstvo obstarávateľ prihliadol v priebehu rokovania na vyjadrenia podnikateľov, ktorých ponuky boli kvalifikované ako ponuky s neobvykle nízkou cenou. Tieto zásady sú teda v rozpore s takým vnútroštátnym právnym predpisom, ktorý pre zákazky s nižšou hodnotou, než je prahová hodnota stanovená v smerniciach v tejto oblasti, stanovuje automatické vylúčenie týchto ponúk bez vypočutia.

4. Právo na dobrú správu vecí verejných

49. K predchádzajúcemu skúmanému objektívnemu a abstraktnému rozmeru, ktorý presahuje individuálne záujmy podnikateľov, ktorí sú účastníkmi výberového konania, sa pripája subjektívny rozmer, v ktorom ich práva a najmä zákaz brániť im v ich práve na obhajobu v správnom konaní, nadobúdajú veľký význam.

50. Tento zákaz zabraňovať ich právu na obhajobu sa výslovne uznáva v právnom poriadku všetkých členských štátov a je súčasťou práva na dobrú správu vecí verejných, ktoré Charta základných práv Európskej únie [35] vyhlasuje v článku 41 hlave V venovanej občianstvu. Odsek 2 tohto ustanovenia uznáva právo každého na vypočutie pred prijatím akéhokoľvek individuálneho opatrenia, ktoré by sa ho mohlo nepriaznivo dotýkať.

51. Charta, ktorej význam Súdny dvor nedávno zdôraznil najmä v rozsudku z 27. júna 2006, Parlament/Rada [36], a v rozsudku z 8. mája 2007, Advocaten voor de Wereld [37], požaduje, aby uchádzač pred vylúčením vysvetlil svoj názor s cieľom presvedčiť verejného obstarávateľa o regulárnosti svojho návrhu.

52. Súhlasím s Komisiou, pokiaľ ide o skutočnosť, že toto právo, posudzované samostatne, nemá vždy za následok vypočutie údajne trúfalého podnikateľa, pretože v zásade je už chránený nestranným preskúmaním ponúk podľa vopred určených objektívnych a nediskriminačných kritérií. Uchádzač, ktorý riskuje, že bude vylúčený z dôvodu zosúladeného postupu ostatných, sa však nachádza v nevýhodnom postavení, ktoré je ešte ťažšie, pokiaľ sa mu navyše neposkytne možnosť vyjadriť sa.

35 — Ú. v. ES C 364, s. 1; Ú. v. EÚ C 303, 2007, s. 1.

36 — C-540/03, Zb. s. I-5769.

37 — C-303/05, Zb. s. I-3633. O povahe Charty pozri body 76 až 79 mojich návrhov v uvedenej veci.

53. Preto právo byť vypočutý správnym orgánom ponúka argumenty proti automatickému vylúčeniu ponúk s neobvykle nízkou cenou, keďže ako som uviedol, pojem „neobvyklosť“ predstavuje neurčitý právny koncept, ktorý sa v každom prípade dopĺňa v závislosti na osobitých okolnostiach.

54. Právo na dobrú správu vecí verejných teda vyznieva v neprospech odstránenia overenia ponúk na základe diskusie s uchádzačom pred vyjadrením sa o ich relevancii aj pri zmluvách, ktoré nepatria do pôsobnosti sektorových smerníc, keďže to by vyvolalo oslabenie záruk, ktoré sú uvedené v takzvaných smerniciach o „postupoch preskúmania“ [38].

5. Miera voľnej úvahy členských štátov

55. Zo všetkého, čo som uviedol, vyplýva, že právo Spoločenstva bráni takej vnútroštátnej právnej úprave, ktorá ukladá verejným obstarávateľom povinnosť automaticky vylúčiť ponuky s neobvykle nízkou cenou pri verejných obstarávaniach, ktoré nie sú upravené smernicami o koordinácii postupov verejného obstarávania; naopak, toto právo odporúča ponúknuť týmto orgánom príležitosť posúdiť na základe okolností jednotlivého prípadu možnosť začať rokovania, aby sa na základe diskusie s uchádzačom zistila štruktúra týchto ponúk. [39]

56. Vzhľadom na svoju autonómiu nie sú členské štáty povinné dodržiavať ustanovenie článku 30 ods. 4 smernice 93/37 a môžu vymedziť opravné prostriedky na ochranu práv priznaných občanom právnym poriadkom Spoločenstva, pričom nepodliehajú iným obmedzeniam než tým, ktoré vyplývajú zo zásad ekvivalencie a efektivity: a síce, že postupy nesmú byť nevýhodnejšie ako postupy týkajúce sa ochrany práv založených na ustanoveniach vnútroštátneho práva a musia byť usporiadané takým spôsobom, aby prakticky nesťažili, ani neznemožnili sledovaný cieľ. [40]

38 — Smernica 89/665, už citovaná, a smernica Rady 92/13/EHS z 25. februára 1992, ktorou sa koordinujú zákony, iné právne predpisy a správne opatrenia o uplatňovaní právnych predpisov spoločenstva, o postupoch verejného obstarávania subjektov pôsobiacich vo vodnom, energetickom, dopravnom a telekomunikačnom sektore (Ú. v. ES L 76, s. 14; Mim. vyd. 06/001, s. 315).

39 — Rozsudok zo 7. októbra 2004, Sintesi (C-247/02, Zb. s. I-9215), sa vyjadril negatívne vo vzťahu k vnútroštátnej právnej úprave, ktorá verejným obstarávateľom ukladala jediné kritérium uzatvárania verejných zmlúv na zhotovenie prác, pričom im neumožňovala posúdiť povahu a osobitné charakteristiky týchto zmlúv podľa najvhodnejšieho kritéria na zabezpečenie slobodnej hospodárskej súťaže a vybrať tak najlepšiu ponuku (bod 40).

40 — Podľa ustálenej judikatúry, v rámci ktorej je rozsudok zo 16. decembra 1976, Rewe (33/76, Zb. s. 1989), prvým príkladom.

VI — Návrh

57. Na základe predchádzajúcich úvah navrhujem, aby Súdny dvor odpovedal na otázky, ktoré položil Consiglio di Stato Talianskej republiky, takto:

Zásady voľnej hospodárskej súťaže, administratívnej transparentnosti a zákazu diskriminácie na základe štátnej príslušnosti, ktoré sú základom práva Spoločenstva v oblasti verejného obstarávania, ako aj právo na dobrú správu vecí verejných bránia takej vnútroštátnej právnej úprave, ktorá pri postupoch verejného obstarávania, na ktoré sa nevzťahujú smernice v tejto oblasti, ukladá verejnému obstarávateľovi povinnosť automaticky zamietnuť ponuky s neobvykle nízkou cenou, bez akejkoľvek možnosti overenia na základe diskusie s uchádzačom.