

STANOVISKO GENERÁLNÍ ADVOKÁTKY

CHRISTINE STIX-HACKL

přednesené dne 12. dubna 2005¹

I – Úvodní poznámky

1. Probíhající řízení o rozhodnutí o předběžné otázce se týká významu primárního práva pro oblast udělování veřejných zakázek. Zejména se jedná o otázku, jaké závazky vyplývají pro zadavatele ze základních svobod. Toto řízení tím současně dává příležitost blíže konkretizovat judikaturu Soudního dvora, zejména rozsudek ve věci *Telaustria*².

uvést následující právní akty (dále jen „směrnice“), které byly v mezidobí nahrazeny novými směrnicemi (tzv. „legislativním balíčkem“):

- z tzv. klasických směrnic směrnice Rady 92/50/EHS ze dne 18. června 1992 o koordnizaci postupů při zadávání veřejných zakázek na služby³ (dále jen „směrnice o službách“), jakož i

II – Právní rámec

A – Právo Společenství

2. Z oblasti sekundárního práva Společenství v oblasti zadávání veřejných zakázek je nutné

- 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 telekomunikací⁴ (dále jen „sektorová směrnice“).

1 – Původní jazyk: němčina.

2 – Rozsudek ze dne 7. prosince 2000, C-324/98, Recueil, s. I-10745.

3 – Úř. věst. L 209, s. 1, změněný; Zvl. vyd. 06/01, s. 322.

4 – Úř. věst. L 199, s. 84, změněný; Zvl.vyd. 06/02, s.194.

B – *Vnitrostátní právo*

3. Článek 22 odst. 3 zákona č. 142 ze dne 8. června 1990 o místní samosprávě⁵ povolil obcím a provinciím plnit místní veřejné úkoly spadající do jejich kompetence jedním ze způsobů uvedených pod písmeny a) až e):

- a) ve vlastní režii, pokud není z důvodu malého rozsahu nebo zvláštností úkolu vhodné založit zařízení nebo podnik;
- b) zadáním („concessione“) třetím osobám, pokud pro to existují důvody technického, hospodářského nebo sociálního charakteru;
- c) prostřednictvím zvláštních podniků, a to i pro plnění více úkolů hospodářského a obchodního zájmu;
- d) zařízeními, a to pro splnění sociálních úkolů bez komerčního zájmu;

- e) prostřednictvím akciových společností nebo společností s ručením omezeným s převážně veřejným kapitálem, které byly založeny organizací, nebo na kterých se podílí organizace, která zajišťuje veřejné služby.

III – Skutkový stav, původní řízení a předběžná otázka

4. Consorzio Aziende Metano (dále jen „Coname“) uzavřelo s obcí Cingia de' Botti na období od 1. ledna 1999 do 31. prosince 2000 „Smlouvu o údržbě, řízení a dozoru nad sítí metanového plynu“.

5. Dopisem ze dne 30. prosince 1999 sdělila obec Cingia de' Botti Coname, že obecní rada usnesením ze dne 21. prosince 1999 schválila „Dohodu s Padania Acque SpA o řízení distribuce a údržbě plynového zařízení“. Tím samým usnesením byl rovněž schválen návrh smlouvy mezi Padania Acque SpA (dále jen „Padania“) a obcí Cingia de' Botti.

6. Padania je podnik s převážně státním kapitálem, který vznikl z převodu bývalého Consorzio per l'acqua potabile (Konsorcium

5 — GURI č. 135 ze dne 12. června 1990. Tento zákon byl změněn čl. 113 decreto legislativo č. 267 ze dne 18. srpna 2000. Toto ustanovení bylo později změněno čl. 35 odst. 1 zákona č. 448 ze dne 28. prosince 2001 (legge finanziaria pro rok 2002).

pro pitnou vodu) na obce v provincii Cremona. Takřka všechny obce této provincie jsou podílníky na tomto podniku, mezi nimi i obec Cingia de' Botti, která drží 0,97 % kapitálu, a provincie Cremona.

s kapitálovou účastí obcí, pokud tento podíl na základním kapitálu je takový, že neumožňuje žádnou přímou kontrolu samotné správy, a je tudíž nutné určit, že pokud se podíl rovná 0,97 % jako v projednávaném případě, nejsou dány znaky správy „in house“?

7. S ohledem na charakter tohoto podniku byl tento podnik spornými službami pověřen přímo článkem 22 odst. 3 písm. e) zákona č.142/1990.

IV – K přípustnosti

8. Coname se obrátila na Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia – Sezione staccata di Brescia a domáhala se zejména zrušení usnesení obce. T.A.R. předložila Soudnímu dvoru následující předběžnou otázku:

9. Projednávaná žádost o rozhodnutí o předběžné otázce vyvolává vícero otázek týkajících se přípustnosti.

A – K článku 81 ES

„Brání články 43 ES, 49 ES a 81 ES, které zakazují omezení svobody usazování pro státní příslušníky jednoho členského státu na území druhého členského státu, respektive omezení volného pohybu služeb uvnitř Společenství pro státní příslušníky členských států, jakož i obchodní praktiky a praktiky společností, které by mohly vyloučit, omezit nebo narušit hospodářskou soutěž uvnitř Evropské unie přímému zadání, tedy zadání bez vyhlášení veřejné zakázky, správy veřejných služeb, distribuce plynu, společnosti

10. Pochybnosti o přípustnosti předběžné otázky existují s ohledem na článek 81 ES.

11. Jak vyplývá z ustálené judikatury Soudního dvora, je vnitrostátní soud povinen uvést jednak přesné důvody, které jej vedly k tomu, že se dotázal na výklad práva Společenství a že považoval předložení před-

běžných otázek za nezbytné.⁶ Soudní dvůr tak rozhodl, že je nezbytné, aby vnitrostátní soud podal minimální míru vysvětlení k důvodům pro volbu ustanovení práva Společenství, o jejichž výklad žádá, a k souvislosti, kterou vytváří mezi těmito ustanoveními a vnitrostátními právními předpisy aplikovatelnými na právní spor⁷.

12. Soudní dvůr dále rozhodl, že není příslušný k rozhodnutí o předběžných otázkách, je-li zjevné, že požadovaný výklad práva Společenství není v žádné souvislosti se skutečností nebo předmětem sporu v původním řízení⁸.

13. Co se týče výše uvedených požadavků judikatury Soudního dvora, týkajících se přípustnosti předběžných otázek, je nutné konstatovat, že tvrzení v předkládacím usnesení k čl. 81 ES se omezují na to, aniž bych chtěla opakovat jeho znění, že volná soutěž představuje obecnou zásadu práva Společenství a zásah do ní znamená zcela výjimečný případ, který je dovolen pouze za určitých podmínek.

14. Tímto však předkládací usnesení nesplňuje požadavky výše uvedené judikatury ohledně odůvodnění požadovaného výkladu určitého ustanovení práva Společenství.

15. Dále podle ustálené judikatury jsou předběžné otázky přípustné jen tehdy, pokud předkládací usnesení obsahuje dostatečné údaje ke skutkovému stavu věci v původním řízení⁹.

16. V právu hospodářské soutěže, ke kterému patří také článek 81 ES týkající se zákazu kartelových dohod, je přitom nutno použít zvláště přísného měřítka¹⁰.

17. V souvislosti s článkem 81 ES předkládací usnesení nesplňuje rovněž požadavky týkající se skutkového rámce. V předkládacím usnesení tak chybí zejména údaje o zúčastněných podnicích a o jednáních, která dle názoru předkládajícího soudu spadají pod článek 81 ES.

6 — Usnesení ze dne 12. března 2004, *Austroplant-Arzneimittel*, C-54/03, nezveřejněné ve Sbírce rozhodnutí, bod 11; ze dne 25. června 1996, *Italia Testa*, C-101/96, Recueil, s. I-3081, bod 6; ze dne 30. dubna 1998, *Testa a Modesti*, C-128/97 a C-137/97, Recueil, s. I-2181, bod 15, a ze dne 8. července 1998, *Agostini*, C-9/98, Recueil, s. I-4261, bod 6.

7 — Usnesení *Austroplant-Arzneimittel*, uvedené v poznámce pod čarou 6 výše, bod 11; ze dne 7. dubna 1995, *Grau Gomis a další*, C-167/94, Recueil, s. I-1023, bod 9, a ze dne 28. června 2000, *Laguillaumie*, C-116/00, Recueil, s. I-4979, bod 16.

8 — Usnesení *Austroplant-Arzneimittel*, uvedené v poznámce pod čarou 6 výše, bod 12; rozsudek ze dne 13. března 2001, *PreussenElektra*, C-379/98, Recueil, s. I-2099, bod 39, a ze dne 22. ledna 2002, *Canal Satélite Digital*, C-390/99, Recueil, s. I-607, bod 19.

9 — Rozsudek ze dne 26. ledna 1993, *Telemarsicabruzzo a další*, C-320/90 až C-322/90, Recueil, s. I-393, bod 6; usnesení ze dne 19. března 1993, *Banchero*, C-157/92, Recueil, s. I-1085, bod 4; *Testa a Modesti* uvedené v poznámce pod čarou 6 výše, bod 5; *Agostini*, uvedené v poznámce pod čarou 6 výše, bod 4, a *Austroplant-Arzneimittel*, uvedené v poznámce pod čarou 6 výše, bod 10.

10 — Rozsudek ze dne 13. dubna 2000, *Lechtonen a Castors Braine*, C-176/96, Recueil, s. I-2681, bod 22; usnesení *Banchero*, uvedené v poznámce pod čarou 9 výše, bod 5; *Laguillaumie*, uvedené v poznámce pod čarou 7 výše, bod 19, a ze dne 11. února 2004, *Cannito a další*, C-438/03, C-439/03, C-509/03 a C-2/04, Recueil, s. I-1605, bod 6.

18. S ohledem na článek 81 ES tedy předkládací usnesení nesplňuje požadavky na přípustnost předběžné otázky.

Společenství v oblasti volného pohybu osob a volného pohybu služeb, nelze základní svobody aplikovat. K tomuto závěru dospěl Soudní dvůr ve věci RI.SAN¹¹.

B – K základním svobodám

19. Problémy s přípustností předběžné otázky ovšem vyvstávají i v souvislosti s uvedenými základními svobodami (článek 43 ES a 49 ES).

20. Soudní dvůr tak prohlásil žádost o rozhodnutí o předběžné otázce z téhož členského státu a týkající se rovněž zadávání veřejných zakázek za nepřipustnou z toho důvodu, protože v ní podnik, který zpochybňoval oprávněnost výběru uskutečněného obcí, měl sídlo v Itálii a na italském trhu nebyl činný s odvoláním na svobodu usazování nebo svobodu volného pohybu služeb. Soudní dvůr dospěl k závěru, že skutkový stav tímto nemá žádný vztah k některé ze skutkových podstat, které upravuje právo Společenství v oblasti volného pohybu osob a volného pohybu služeb. Pokud ovšem určitý případ nepřekračuje v žádném ze svých prvků hranice členského státu, a nemá tedy žádnou vazbu na některou ze skutkových podstat, které upravuje právo

21. Soudní dvůr však považoval za přípustné i žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce a tyto s odkazem na výklad a aplikaci primárního práva zodpověděl, i když se rovněž jednalo o zcela vnitrostátní skutkový stav¹². Z oblasti zadávání veřejných zakázek je možné v této souvislosti zmínit věc Telaustria¹³, která se týkala věci v původním řízení, v němž účastníci řízení pocházely z jednoho a téhož členského státu. Dále je namístě uvést věc Buchhändler-Vereinigung¹⁴, v níž byly aplikovány zásady vytvořené ve věci Telaustria. I v posledním jmenovaném řízení byli účastníci z téhož členského státu. Totéž platí pro věc ARGE, v níž Soudní dvůr přesto předběžnou otázku týkající se výkladu základní svobody zodpověděl¹⁵.

22. Klade se tedy otázka, proč Soudní dvůr přes podobnost případů jako ve věci RI.SAN. o těchto třech žádostech o rozhodnutí

11 — Rozsudek ze dne 9. září 1999, C-108/98, Recueil, s. I-5219, body 21 a následující.

12 — Viz také rozsudek ze dne 5. března 2002, Reisch a další, C-515/99, C-519/99 až C-524/99 a C-526/99 až C-540/99, Recueil, s. I-2157, body 24 a následující, který se však netýkal práva o zadávání veřejných zakázek.

13 — Rozsudek uvedený v poznámce pod čarou 2 výše.

14 — Usnesení ze dne 30. května 2002, C-358/00, Recueil, s. I-4685.

15 — Rozsudek ze dne 7. prosince 2000, C-94/99, Recueil, s. I-11037, týkající se zejména třetí předběžné otázky.

o předběžné otázce, které se týkaly zadávání, věcně rozhodl. Možný důvod by mohl spočívat v tom, že ve věcech Telaustria a Buchhändler-Vereinigung byly předběžné otázky samy o sobě výslovně zaměřeny na výklad směrnic. Na rozdíl od těchto je předběžná otázka v projednávaném řízení zaměřena výslovně na primární právo, zejména na dvě základní svobody.

23. Z toho by bylo možné odvodit, že co se týče přípustnosti předběžné otázky, záleží na tom, na co je tato otázka výslovně zaměřena, to znamená, zda se týká primárního práva nebo sekundárního práva¹⁶.

24. Pro přípustnost předběžné otázky v projednávaném řízení hovoří s ohledem na sporné základní svobody dva důvody: zaprvé důvod procesní a zadruhé důvod hmotně-právní.

25. Z procesního hlediska je nutné připomenout, že Soudní dvůr v řízení o rozhodnutí o předběžné otázce usiluje o to, aby předkládajícímu soudu sdělil účelnou odpověď. To vede Soudní dvůr v určitých případech dokonce k tomu, že předběžné otázky sám přeformulovává.

V projednávaném řízení to však není možné, protože otázka je výslovně zaměřena na výklad primárního práva, a nikoliv směrnic, což vnitrostátní soudce potvrdil ve svém dopise zaslaném Soudnímu dvoru na jeho příslušný dotaz.

26. Otázka, zda se v původním řízení jedná o koncesi nebo o zakázku ve smyslu práva Společenství, může být prozatím nechána stranou, neboť Soudnímu dvoru postačuje existence předběžných otázek, které mu dávají „podnět k dalším výkladovým pokynům, které *by se mohly* ve vztahu k vyřešení sporu v původním řízení ukázat jako užitečné“¹⁷. To, že tyto odpovědi také *skutečně* budou použity na konkrétní skutkový stav původního řízení, nesmí v tomto ohledu představovat žádné kritérium.

27. Po věcné stránce je nutné varovat před dogmatizací stanoviska zaujatého ve věci RI. SAN. Právě v právu zadávání veřejných zakázek, které je zaměřeno na otevírání vnitrostátních trhů, totiž nemůže být rozhodující, zda v konkrétním zadávacím řízení nebo na něj navazujících vnitrostátních kontrolních řízeních pocházejí všichni účastníci z téhož členského státu jako zadavatel¹⁸. Toto by totiž bylo možné vykládat i jako indicii pro to, že právě nebyla splněna potřebná publicita zadávacího řízení,

16 — Viz naproti tomu rozsudek ze dne 5. prosince 2000, Guimont, C-448/98, Recueil, s. I-10663. V této právní věci se předběžná otázka týkala výslovně výkladu primárního práva.

17 — Rozsudek Telaustria a Telefonadress, uvedený v poznámce pod čarou 2 výše, bod 59; zvýraznění provedeno autorem tohoto stanoviska.

18 — Viz například také okolnosti rozsudku Arge, uvedený v poznámce pod čarou 15 výše.

a žádný zahraniční podnikatel se tedy nemohl účastnit. To neplatí jen pro směrnice v oblasti veřejných zakázek, nýbrž i pro dotčené základní svobody. Není tedy nutno chránit jen podniky, které se skutečně zadávacího řízení zúčastňují, nýbrž i potenciální uchazeče. Již potenciální dotčenost podniků z jiných členských států tedy postačuje k tomu, že je dán skutkový stav s cizím prvkem, čímž je splněn předpoklad pro aplikaci základních svobod.

a zákaz diskriminace z důvodů státní příslušnosti konkrétně¹⁹.

A – Úvodní poznámky týkající se aplikovatelných právních předpisů

28. Tyto důvody hovoří ve prospěch přípustnosti předběžné otázky, pokud se tato otázka týká základních svobod uvedených v článcích 43 ES a 49 ES.

31. Pokud se předběžná otázka také výslovně vztahuje k výkladu určitých ustanovení primárního práva, nevede to ještě *eo ipso* k tomu, že je nutno tato ustanovení také použít.

V – K opodstatněnosti

29. Předběžná otázka se týká v rozsahu, v němž je přípustná, v podstatě dosahu článků 43 ES a 49 ES, a to ohledně z nich odvozených příkazů nebo zákazů pro zadávací řízení.

32. Jejich použitelnost se řídí mnohem více podle toho, zda konkrétní proces zadávání veřejných zakázek v původním řízení splnil příslušné předpoklady pro použití těchto ustanovení primárního práva.

30. Tím se vztahuje na podstatnou část požadavků, které Soudní dvůr označil jako „Základní pravidla smlouvy obecně

33. Přitom není rozhodující, že vnitrostátní soudce označil zadávací postup jako „concessione“, protože toto označení by se mohlo vztahovat i k vnitrostátnímu právu, které tento pojem zná. Vnitrostátní pojem se však nemusí nutně shodovat s pojmem práva Společenství. Avšak i v případě, pokud by

19 — Rozsudek Telaustria a Telefonadress, uvedený v poznámce pod čarou 2 výše, bod 60, potvrzený jinou formulací v usnesení ze dne 3. prosince 2001, Vestergaard, C-59/00, Recueil, s. I-9505, bod 20.

měl sám vnitrostátní soudce na mysli pojem koncese v právu Společenství, neznamená to ještě, že tato kvalifikace v původním řízení je rovněž správná.

například dodávky energie nebo poskytnutí služeb, například distribuce. Jedná-li se o smíšené zadání, je-li tedy jeho předmětem obojí, záleží podle článku 2 směrnice o službách na hodnotě součástí zadání.

34. A i tehdy, pokud by byly splněny všechny předpoklady pro aplikaci sekundárního práva, zůstává otevřenou další nejasnost, a to ta, pod jakou směrnicí spadá konkrétní skutkový stav. K tomu je totiž nutné podotknout, že konkrétní skutkový stav není Soudnímu dvoru znám ve všech rozhodných podrobnostech.

37. To, zda se v původním řízení jedná o takovéto smíšené zadání, nelze sice ze spisů zjistit, avšak s ohledem na praxi v dotčeném členském státě to není vyloučeno, jak také ukazuje Soudním dvorem již rozhodnuté řízení o předběžné otázce²¹.

35. Vzhledem k tomu, že obce jako územně správní celky jsou jak veřejnoprávními zadavateli ve smyslu klasických směrnic oblasti veřejných zakázek, tak i ve smyslu sektorové směrnice, bylo by nutné z tohoto důvodu vyjasnit účel tohoto zadání. Na tomto účelu pak závisí, které směrnice bude použito.²⁰

38. Tak jako již ve věci RLSAN, nemůže Soudní dvůr přezkoumávat správnost údajů předkládajícího soudu, podle nichž se spor v původním řízení netýká zadání veřejné zakázky na služby²².

36. I kdyby bylo zjištěno, že nemá být použito sektorové směrnice – která je ve vztahu k ostatním směrnici speciální – není ještě stále určeno, pod kterou z klasických zadávacích směrnic toto zadání spadá. Proto je rozhodující, co je předmětem zadání, např. zda se týká dodání zboží,

39. Ale i v případě, kdy konkrétní zadání zásadně splňuje všechny předpoklady pro použití některé ze směrnic, by konkrétní proces zadání veřejné zakázky přece jen mohl být vyňat z příslušné směrnice. V dotčeném případě by se tak mohlo kromě

20 – Viz k tomu rozsudky ze dne 10. dubna 2003, Komise v. Německo, C-20/01, Recueil, s. I-3609, a ze dne 18. listopadu 2004, Komise v. Německo, C-126/03, Sb. rozh. s. I-11195.

21 – Usnesení ze dne 14. listopadu 2002, Comune di Udine a AMGA, C-310/01, nezveřejněné ve Sbírce rozhodnutí.

22 – Rozsudek uvedený v poznámce pod čarou 11 výše, bod 20.

některé z výslovných výjimek směrnice, jako například článku 13 sektorové směrnice, jednat také o jednu z nepsaných, Soudním dvorem vytvořených výjimek, tak jako v rozsudku ve věci Stadt Halle²³ vyloženou výjimku Teckal²⁴ pro takzvané zadání „quasi-in-house“. V případě, že by se jednalo o tento případ, použilo by se opět primárního práva.

svobod uvedených v člancích 43 ES a 49 ES, se týká základní otázky, zda základní svobody stanoví pouze zákazy ve formě hranic pro jednání členských států, nebo zda také ukládají pozitivní závazky, a pokud ano, jaké.

40. To by byl rovněž důvod, proč vnitrostátní soudce omezil předběžnou otázku na výklad primárního práva.

41. Pokud by totiž nebyla aplikovatelná žádná ze směrnic, mohly by být v dotčeném případě z hlediska rozhodnutí podstatné základní svobody, které ukládají členským státům výslovně závazky k rovnému zacházení a průhlednosti vůči účastníkům trhu z jiných členských států.

43. Některé ze zakázek odvoditelných od základních svobod lze jednoduše kvalifikovat jako hranice, které ostatně byly i předmětem mnoha řízení před Soudním dvorem. Z oblasti zadávání veřejných zakázek budiž poukázáno například na zákaz, odvozený ze svobody volného pohybu zboží, dle kterého „je veřejnému zadavateli zakázáno pojmát do zadávacích podkladů ke konkrétní zakázce doložku, která předepisuje pro provedení zakázky použití materiálu určité značky bez dodatku „nebo rovnocenného charakteru““²⁵.

B – Základní svobody a pozitivní závazky

42. Toto řízení, v němž se jedná o to, které závazky zadavatelů lze dovodit ze základních

44. Okolnosti oné právní věci a její řešení Soudním dvorem však velmi zřetelně ukazují, že určitý zákaz něčeho se zdržet, totiž přidat určitý dodatek, lze chápat i jako příkaz něco učinit, totiž použít určitý dodatek.

23 — Rozsudek ze dne 11. ledna 2005, C-26/03, Sb. rozh. s. I-1.

24 — Rozsudek ze dne 18. listopadu 1999, C-107/98, Recueil, s. I-8121.

25 — Usnesení Vestergaard, uvedené v poznámce pod čarou 19 výše, bod 24.

45. Přeneseno na okolnosti původního řízení k tomuto řízení o rozhodnutí o předběžné otázce to znamená, že toto je možné chápat minimálně dvojnásobně. Jednak by bylo možné zkoumat, zda základní svobody – vykládané jako hranice – upravují zákaz zadání z volné ruky nebo přímého zadání. Kromě toho je možné zkoumat, zda zavazují k určité míře veřejnosti, nebo k určitému zveřejnění. Podle toho, zda se k věci přistoupí z hlediska zdržení se nebo z hlediska aktivního konání, dospěje se poté k pozitivnímu závazku nebo nedospěje.

46. Avšak za těchto okolností se ještě z jiného důvodu jeví jako bezpodmínečně nutné vrátit se za účelem zodpovězení předběžné otázky k problematice pozitivních závazků.

47. Neboť na projednávanou situaci lze také nahlížet z hlediska zásady takzvané ochrany práva. Chování zadavatele nebo poskytovatele koncese totiž může být považováno za zásah do práva druhého, a sice za zásah do práva podnikatelů na účast na řízení o zadání veřejné zakázky, nebo na podání nabídky. Členské státy, včetně veřejných zadavatelů nebo poskytovatelů koncese, jsou povinny dbát na respektování tohoto práva vyplývajícího z práva Společenství.

48. Pro úplnost budiž poukázáno konečně na to, že předmětnou situaci by bylo možné

analyzovat také podle toho, zda pro příslušný územně-správní celek vyvolává povinnost ochrany, nebo povinnost zajistit. Nesporné je v každém případě to, že členský stát, k němuž je nutné počítat i obec, která je účastníkem předmětného řízení, je zde povinen zaručit základní svobody podnikům, to znamená potenciálním uchazečům.

49. Podstatné východisko k zodpovězení otázky, zda základní svobody vůbec obsahují *pozitivní povinnosti* a jaký mají obsah, tvoří judikatura Soudního dvora k vzájemnému uznávání.

50. Z této judikatury lze dokonce odvodit závazek členských států zavést určité řízení a toto aplikovat. Příkaz k aktivnímu konání je zaměřen na zákonodárce, jakož i na správu a soudnictví. Požadavky odvozené od základních svobod se týkají zejména obsahu řízení, jako například provedení určité kontroly. Z procesního hlediska je tato kontrola ještě více specifikována tím, že je stanoveno její cílové zaměření a její metoda, a to prostřednictvím srovnání určitých dokumentů. Kromě toho musí být rozhodnutí odůvod-

něna a přezkoumatelná cestou opravného prostředku²⁶.

včetně obcí, povinny i ohledně zakázek i koncesí jednat odpovídajícím způsobem, například dodržet určité lhůty nebo provést určitá zveřejnění.

51. Tyto požadavky je možné přeneseně aplikovat i na právo zadávání veřejných zakázek, v němž se také jedná o dodržování určitých procesně právních zásad. Tímto lze z dosavadní judikatury k otázce vzájemného uznávání dovodit, že základní svobody členským státům přece jen ukládají i určité procesní *příkazy*.

52. Další zdroj primárního práva vedle základních svobod, z něhož lze zjistit procesní požadavky, je článek 10 ES. Jeho první odstavec obsahuje jednoznačný příkaz k jednání určený členským státům („členské státy přijmou veškerá vhodná opatření [...]“). Z tohoto obecného a velmi zásadního ustanovení lze odvodit minimálně příkaz koncipovat řízení, a tím i zadávací řízení tak, aby členské státy splnily své hmotně-právní závazky vyplývající z práva Společenství.

53. V míře, v níž lze z práva Společenství v tomto řízení, tedy ze základních svobod, odvodit určité závazky, jsou členské státy,

54. V souvislosti s článkem 10 ES dále stojí z něj vyvinuté zásady práva Společenství, a to požadavek proporcionality a efektivity, které procesnímu právu členských států, včetně práva o zadávání veřejných zakázek, stanoví určité hranice. Tyto požadavky se netýkají jen právní ochrany, nýbrž již fáze jí předcházející, totiž provádění zadávacího řízení. Přitom je samozřejmě nutné zkoumat každý případ „s ohledem na postavení tohoto ustanovení v celém řízení, s ohledem na průběh řízení a s ohledem na zvláštnosti řízení“²⁷.

55. Tyto požadavky primárního práva, které doplňují závazky členských států, ze základních svobod mají právě mimo oblast aplikace směrnic v oblasti veřejných zakázek velký význam.

56. Konečně je ještě nutno poukázat na obecné právní zásady, z nichž je rovněž možné dovodit požadavky pro vnitrostátní

26 — Rozsudek ze dne 7. května 1991, Vlassopoulou, C-340/89, Recueil, s. I-2357, body 16 a násl.

27 — Rozsudky ze dne 27. února 2003, Santex, C-327/00, Recueil, s. I-1877, bod 56, a ze dne 10. dubna 2003, Steffensen, C-276/01, Recueil, s. I-3735, bod 66.

procesní právo, a které mohou rovněž hrát roli v zadávacím řízení. To platí zejména pro obecnou zásadu rovnosti (zásada rovného zacházení), která je nadřazena zákazu diskriminace z důvodu státní příslušnosti.

tom přicházejí nejen ve smlouvě výslovně upravené důvody, jako například veřejná bezpečnost nebo veřejné zdraví²⁸, nýbrž i obecné zájmy ve smyslu judikatury „Cassis de Dijon“.

C – Závazky ze základních svobod při zadávání veřejných zakázek

59. Principiální aplikatelnost důvodů vylučujících protiprávnost v oblasti udělení koncese, uznala Komise v jednom ze svých sdělení²⁹. Samozřejmě i při zadávání veřejných zakázek je nutné splnit zde blíže nevysvětlené předpoklady důvodů vylučujících protiprávnost, jako například proporcionalitu vnitrostátního opatření.

1. Omezená působnost základních svobod

57. I pokud bychom souhlasili se zásadní aplikovatelností základních svobod na veřejné zadavatele a poskytovatele koncesí, v žádném případě to ještě neznamená, že každý proces zadávání podléhá již tímto základním svobodám.

60. K těmto ze základních svobod odvozených důvodů vylučujících protiprávnost přistupují ještě režimy výjimek výslovně upravené ve Smlouvě. I těchto výjimek může být použito při zadávání koncesí s tím důsledkem, že poskytovatel koncese není vázán požadavky základních svobod.

61. Konkrétně zde přicházejí v úvahu ustanovení týkající se různých aspektů vnitřní nebo vnější bezpečnosti, na níž bylo také poukázáno u jednání. Článek 296 odst. 1

58. Není tak vyloučeno, že zadavatel nebo poskytovatel licence se po právu odvolá na jeden z mnoha důvodů, které odůvodňují neaplikaci základních svobod. V úvahu při-

28 — Ohledně svobody usazování a svobody volného pohybu služeb jsou to článek 45 ES a článek 55 ES.

29 — Sdělení Komise o výkladových otázkách v oblasti koncesí v právu Společenství (Úř. věst. 2000, C 121, č. 3.1).

písm. b) ES tak členským státům dovoluje přijmout určitá opatření, která jsou nezbytná pro zachování jejich podstatných bezpečnostních zájmů. Při zadávání veřejných zakázek se to týká obstarávání určitého zboží určeného k obraně. Tento sektor sice není vhodný pro koncese, avšak minimálně na základě práva Společenství by to nebylo vyloučeno.

že nebude narušen vývoj obchodního styku v určité míře. Adresáti tohoto ustanovení jsou na rozdíl od aplikace na členské státy ve spojení s článkem 10 ES – ovšem pouze podniky, a to jen takové, které jsou pověřeny určitými službami nebo jsou finančními monopoly. Proto se použijí jen na takové poskytovatele koncesí, kteří jsou kvalifikováni jako podniky tohoto druhu.

62. Článek 297 ES dále dovoluje členským státům v případě určitých krizových situací přijmout určitá opatření. I toto ustanovení je zásadně aplikovatelné na pořízování určitých hodnot.

63. Jak vyplývá zejména z článku 298 ES, oprávnění členských států při aplikaci obou uvedených ustanovení Smlouvy samozřejmě nejsou neomezená a podléhají zejména kontrole Komise a Soudního dvora.

64. Konečně je nutné poukázat ještě na další úpravu primárního práva, která sice nevyplyvá ze základních svobod, ale přesto může působit jako výjimka z nich. Článek 86 odst. 2 ES totiž stanoví, že „pravidla obsažená v této Smlouvě“, to znamená i základní svobody, platí, „pokud uplatnění těchto pravidel nebrání právně nebo fakticky plnění zvláštních úkolů, které jim byly svěřeny“. K tomu přistupuje jako další předpoklad to,

65. Co se týče projednávaného řízení o rozhodnutí o předběžné otázce, je tudíž nutné zkoumat, zda poskytovatel koncese spadá pod některou z vyňatých kategorií podniků a zda způsob, jakým bylo zadání uskutečněno, byl nezbytný k tomu, aby mu umožnil splnění jeho úkolu, který je v obecném zájmu za hospodářsky únosných podmínek³⁰. Samozřejmě je rovněž možné, aby se dotčený členský stát odvolal na článek 86 ES za účelem odůvodnění převodu práv na určitý podnik³¹.

66. Závěrem je nutné vrátit se k judikatuře zmíněné v řízení ve věcech Teckal³² a Stadt Halle³³, jakož i v článku 13 sektorové směrnice upravenou výjimku pro určitá zadání propojeným podnikům.

30 – Rozsudky ze dne 19. května 1993, Corbeau, C-320/91, Recueil, s. I-2533, bod 16, a ze dne 25. října 2001, Ambulanz Glöckner, C-475/99, Recueil, s. I-8089, bod 57.

31 – Rozsudek ze dne 23. října 1997, Komise v. Nizozemsko, C-157/94, Recueil, s. I-5699, bod 32.

32 – Rozsudek uvedený v poznámce pod čarou 24 výše.

33 – Rozsudek uvedený v poznámce pod čarou 23 výše.

67. Tato judikatura, resp. úprava, dovoluje za zcela určitých předpokladů neaplikaci klasických zadávacích směrnic, resp. sektorové směrnice. Zadání, která spadají pod jednu z těchto výjimek, tedy nepodléhají zadávacím předpisům sekundárního práva. Tím se však automaticky otevírá aplikační oblast primárního práva, včetně základních svobod, které jsou zde předmětem řízení.

68. Avšak ani citovaná judikatura, ani výslovná úprava sektorové směrnice nevedou k neaplikaci primárního práva. Pro takto rozsáhlou výjimku z práva Společenství totiž nelze najít oporu ani v primárním právu, ani v judikatuře. Je-li tedy na zadání původního řízení nutné aplikovat primární právo, neklade se již otázka ohledně významu citované judikatury nebo úpravy sektorové směrnice, protože se zde jedná o výjimky z aplikace sekundárního práva.

2. Odstupňování v rámci primárního práva nebo jednotný zadávací režim?

69. I v případě, kdy je aplikovatelnost primárního práva, například základních svobod, na konkrétní zadání jistá, je v dalším kroku

nutné vyjasnit, jaké konkrétní povinnosti má zadavatel nebo poskytovatel licence. Jedná se tedy o zjištění režimu zadání vyplývajícího případně ze základních svobod.

70. Přitom je nejprve možno pochybovat o tom, zda základní svobody vůbec stanoví určitý režim, k tomu navíc ještě jednotný režim, to znamená, zda platí pro všechna jimi dotčená zadání tytéž podmínky. Na velmi vysokém stupni abstrakce to sice může platit. Pak to jsou zadavatelé a poskytovatelé koncesí, které lze podřadit pod členské státy, kdo má povinnost respektovat zákaz diskriminace a určitá omezení svobody usazování a svobody volého pohybu služeb.

71. Již sama okolnost, že ze základních svobod nelze dovést žádné ani přibližně tak konkrétní požadavky, jako je lze dovést ze směrnic, však hovoří proti tomu, že pro všechna zadání mají platit stejná pravidla řízení, např. pro druh a obsah zveřejnění.

72. Bylo by sice v zájmu jasnosti práva a právní jistoty pro zadavatele a poskytovatele licence, jakož i pro podniky jako potenciální uchazeče výhodné, pokud by existoval jeden režim zadávání dle primárního práva, nebo minimálně několik málo

takových režimů: takto by mohly být např. odstraněny problémy vyskytující se v praxi, vznikající v důsledku toho, že v průběhu řízení o zadání určité koncese se teprve během jednání toto zadání stane zakázkou³⁴.

judikatury ve věcech Teckal a Stadt Halle, jakož i podle článku 13 sektorové směrnice v tom smyslu, že jimi dotčená zadání podléhají zjednodušenému režimu. Analogické aplikaci těchto výjimek jako rozlišovacímu kritériu však brání to, že právě neexistuje žádný jednotný zadávací režim primárního práva, od něhož by bylo možné se odchýlit.

73. Na druhé straně je však u zadávání výhodné, pokud účastníci mají k dispozici určitý volný prostor. Již směrnice tak upravují řadu možností úpravy. Něco podobného by muselo ještě mnohem více platit v oblasti aplikace primárního práva.

76. Věcně správné by tedy bylo použití kritérií, které stanoví i směrnice k určení kategorií zadání.

74. Problém nyní spočívá v tom, určit kategorie zadání, pro něž platí vždy určitý režim. Ovšem ani ze znění smlouvy, ani z judikatury k základním svobodám, zejména té týkající se zadávání veřejných zakázek, nelze dovodit kritéria pro rozlišení mezi různými skupinami případů zadávání. Skutečnost, že je zde určitá odstupňovanost nezbytná, však vyplývá již ze samotné zásady proporcionality.

77. Podstatné hledisko přitom tvoří jednak předpokládaná hodnota zadání³⁵. K tomu přistupuje předmět, tedy zda se jedná o služby, dodávky, nebo o stavební práce. V rámci služeb by bylo opět možné podobně jako u směrnic, které rozlišují mezi vyjmutými, neprioritními a prioritními službami rozlišovat dle bližšího obsahu. Dále by bylo možné vycházet ze stupně komplexnosti zadání, tedy zda se jedná o spíše standardní zboží, nebo o komplexní projekty infrastruktury, jejichž technické, právní nebo finanční podmínky na začátku zadávacího řízení ani není možné uvést.

75. Samozřejmě by přicházelo v úvahu i v této souvislosti použít výjimky podle

34 — Zelená kniha o partnerství veřejného a soukromého sektoru a komunitárním právu upravujícím veřejné zakázky a koncese, KOM(2004) 327, konečné, body 34 a násl.

35 — Zákonnodárce Společenství byl toho názoru, že řízení směrnic ohledně zakázek malé hodnoty nejsou přiměřená (Usnesení Vestergaard uvedené v poznámce pod čarou 19 výše, bod 19).

78. Tato tvorba kategorií, kterou je možno nalézt ve směrnících, vychází z obecně platné myšlenky pro zadávací řízení, že určitá zadání se více týkají vnitřního trhu než jiná, to znamená, že jsou zajímavá pro větší okruh hospodářských subjektů, a sice také pro podniky z jiných členských států. Tento aspekt by měl být významný zejména pro aplikaci základních svobod, neboť tyto přece vyžadují přeshraniční prvek.

79. Dále by bylo možné vycházet za účelem odlišení kategorií od sebe navzájem, to znamená přiřazení určitého zadání určité kategorii, a tím i určitému režimu, tak jako ve směrnících, z konkrétních okolností, jako je existence exkluzivních práv nebo naléhavost. Tímto způsobem by mohla být určitá zadání, která spadají do oblasti aplikace základních svobod, dokonce zcela osvobozena od zveřejnění oznámení o zadání veřejné zakázky.

80. Dovedeno *ad absurdum* by systém, který zahrnuje všechna zadání – a který sestává z více kategorií, pro něž existuje vždy určitý režim – nakonec vedl k mnohovrstevnému primárně právnímu zadávacímu režimu odvozenému od směrnic, nebo přesněji k více režimům. Transparentnost zmíněná v tomto řízení o rozhodnutí o předběžné otázce však představuje pouze jednu oblast úpravy mezi mnoha.

81. Konečně je nutné poukázat na zásadu efektivnosti aplikovatelnou na proces zadávání veřejných zakázek, podle níž je nutné zohlednit celkové konkrétní řízení, průběh řízení a zvláštnosti řízení³⁶.

3. Požadavky podle primárního práva

82. Jako východisko lze konstatovat, že v rámci primárního práva v žádném případě není aplikovatelný tentýž režim, jako v oblasti působnosti směrnic. Proti takovému rozsáhlému přenosu mluví především dva důvody.

83. Zaprvé by tímto – a to bez provedení v primárním právu stanoveného legislativního procesu – platil i mimo rámec směrnic režim stanovený pro zadání, kterých se tyto týkají. To by bylo obejítím legislativního procesu práva Společenství. Zadruhé by byly obejity samy směrnice, které stanoví předpisy právě jen pro určitá zadání.

36 – Rozsudky uvedené v poznámce pod čarou 27, Steffensen, bod 66, a speciálně pro zadávací právo – Santex, bod 56.

84. Nejprve je však nutné připomenout okolnost, že požadavky odvoditelné ze základních svobod platí zásadně pro všechny aspekty zadání, to znamená jednak pro materiální stránku, jako např. popis předmětu plnění (např. pomocí technických specifikací nebo doby platnosti koncese), nebo kritérií pro způsobilost (především kvalifikace) a pro přiznání, přičemž zde je zejména nutné respektovat zásadu vzájemného uznávání. Kromě toho tyto požadavky platí i pro procesní stránku, tedy pro řízení v užším smyslu, jako například volbu druhu řízení – k čemuž patří i zveřejnění oznámení o zadávacím řízení – a lhůty (například pro doručení žádosti o účast nebo nabídky).

také znamená, že je nutné dodržet požadavky stanovené na začátku zadávacího řízení a tyto použít na všechny uchazeče stejně.

87. Jelikož se v tomto řízení o předběžné otázce jedná pouze o otázku přikázané transparentnosti, omezují se následující úvahy na tento aspekt.

a) Transparentnost

85. Vedle zásady transparentnosti, která je předmětem tohoto řízení, lze uvést ještě s ní související zásadu rovného zacházení³⁷, zásadu hospodářské soutěže a zásadu proporcionality jako požadavky, které by byly aplikovatelné i v oblasti působnosti primárního práva.

88. Nejprve je nutné vyjasnit, že transparentnost podle směrnic obsahuje více než pouhé aspekty spojené s publicitou konkrétních zadávacích řízení. K posledně jmenové patří například různé druhy oznámení, ať už se jedná o výzvu k účasti na určitém zadávacím řízení, nebo o vypsání výběrového řízení, to znamená pozvánky k podání nabídek.

86. Ze zásady rovného zacházení je například možné dovodit, že volba koncesionářů se má uskutečnit na objektivním základě. To

89. Navíc znají směrnice i jiné povinnosti zveřejnění, jako například povinnost k oznámení o uskutečněním zadání. Dále směrnice stanoví interní povinnosti dokumentace, jako například ve formě záznamu

37 — Rozsudky ze dne 18. listopadu 1999, Unifron Scandinavia a 3-S, C-275/98, Recueil, s. I-8291, bod 31, a Telaustria a Telefonadress, uvedené v poznámce pod čarou 2 výše, bod 61.

o zadání, nebo archivaci určitých podkladů³⁸. Tyto povinnosti lze převést i na primární právo.

primárního práva, že transparentnost má zaručit nenarušenou hospodářskou soutěž a přispět k otevření vnitrostátních trhů.

90. Kromě toho princip transparentnosti představuje naopak vůdčí zásadu pro celé zadávací řízení. K tomu patří rovněž například přezkoumatelnost rozhodnutí zadavatele a obecně objektivní postup během zadávacího řízení.

91. V probíhající řízení byl Soudní dvůr přizván k tomu, aby blíže konkretizoval svoji judikaturu k povinnosti zveřejňování. Ve věci Telaustria totiž zásadně rozhodl, že „zadavatel [musí] ve prospěch potenciálních uchazečů zajistit *přiměřený stupeň* veřejnosti, který otevírá trh se službami soutěží a umožňuje dodatečnou kontrolu, zda zadávací řízení byla provedena nestranně“³⁹.

92. Výchozím bodem pro zjištění „přiměřeného stupně veřejnosti“ je stanovení cíle vykládané zásady transparentnosti. Neboť tak jako pro směrnice platí i v oblasti aplikace

93. „Přiměřený stupeň veřejnosti“ zadání se týká právní otázky, zda se má vůbec uskutečnit zveřejnění. Takto tedy nelze vyloučit, že mohou existovat případy, kdy může být provedeno zadání z volné ruky, tedy zadávací řízení bez předchozího oznámení o zadání. To, co dovolují směrnice, musí být v oblasti aplikace primárního práva přípustné tím spíše. Má-li být zachován rozdíl mezi směrnicemi a primárním právem, bylo by velmi přísné, pokud by bylo možné provést zadávací řízení bez oznámení o zadání pouze za podmínek směrnice, tzn. taxativně vymezených důvodů. Rovněž by bylo příliš přísné činit přípustnost takového řízení závislou na tom, že budou kontaktováni všichni potenciální zájemci. Pokud tak zadavatel nebo poskytovatel koncese přesto učiní, bylo by transparentností učiněno zadost⁴⁰.

94. Samozřejmě je na druhé straně nutno zabránit tomu, aby zadavatelé nebo poskytovatelé koncesí jim zaručený prostor zneužívali. Bylo by tedy možné vycházet se

38 — Viz k tomu článek 12 směrnice o službách, jakož i článek 41 sektorové směrnice.

39 — Rozsudek Telaustria a Telefonadress, uvedený v poznámce pod čarou 2 výše, bod 62; kurziva byla provedena autorkou tohoto stanoviska.

40 — Toto předpokládá generální advokát Fennelly ve svém stanovisku, bod 43, k původnímu řízení ve věci Telaustria, tedy, pokud nemají všichni, nebo převážná většina uchazečů sídlo ve stejném státě jako zadavatel.

zásadní primárně – právní povinnosti ke zveřejnění, z více možnostmi výjimek. Zde by musel zadavatel nebo poskytovatel koncese v jednotlivém případě zdůvodnit, proč se od pravidla ke zveřejňování odchyluje.

95. Ale i tehdy, vycházíme-li ze zásadní povinnosti ke zveřejnění, zůstává otevřeno ještě mnoho podrobností.

96. Na jedné straně jde o otázku ohledně média ke zveřejnění. Jedná se jednak o aspekt geografického rozšíření, tedy o lokální, regionální, národní nebo evropskou úroveň. Kromě toho jde o samotný druh média. Takto přicházejí vedle klasických tiskovin, jako např. úředních věstníků, denního tisku nebo publikací příslušného hospodářského sektoru, v úvahu i elektronická fóra jako internet. Za určitých okolností může být dokonce použit archaický způsob vyvěšení⁴¹.

97. Způsob zveřejnění ale představuje jen jeden aspekt. Kromě toho je pro zadavatele nebo poskytovatele licence důležité vědět, jaké požadavky mu stanoví základní svobody ohledně minimálního obsahu oznámení.

Obecně zde platí jako měřítko, že je potřeba uvést tolik informací, kolik potřebují podniky k tomu, aby se mohly rozhodnout o své účasti na zadávacím řízení nebo podání nabídky. V žádném případě však nelze ze základních svobod dovést tolik, a pro všechny případy platné podrobnosti, které by poté ve svém celku vytvořily vzor oznámení, tak jak jsou stanoveny ve směrnících. Jako zásada tedy platí i ohledně minimálního obsahu oznámení: základní svobody nezavazují ve všech případech k těm údajům, které předepisují vzory oznámení podle sekundárního práva.

98. Jak druh, tak i obsah oznámení se však řídí kritérii uvedenými v rámci primárního práva pro tvorbu kategorií zadání a z toho vyplývající diferenciaci.

99. S ohledem na okolnost, že ze spisu, zejména z předkládacího usnesení, nevyplývají potřebné podrobnosti, na základě nichž by bylo možné určit přiměřený stupeň zveřejnění pro původní řízení, a s ohledem na zásadu, že v řízení o předběžné otázce podle článku 234 ES není úkolem Soudního dvora aplikovat ustanovení práva Společen-

41 – Toto považuje za přípustné i Komise ve svém sdělení, uvedeném v poznámce pod čarou 29 výše.

ství na konkrétní skutkový stav, bude věcí vnitrostátního soudce rozhodnout o tom, zda v původním řízení byla splněna povinnost transparentnosti.⁴²

100. Vnitrostátní soudce přitom musí ve smyslu tržní analýzy zohlednit, pro které hospodářské subjekty je plánované zadání zajímavé s ohledem na potenciální hospodářskou soutěž, přičemž rozhodující roli hraje hodnota a předmět zadání.

b) Výjimka pro určitá zadání „quasi-in-house“

101. Jak již bylo objasněno, nemůže vést ani výjimka sekundárního práva judikatury ve věci Teckal a ve věci Stadt Halle, ani výjimka podle článku 13 sektorové směrnice k neaplikaci primárního práva, to znamená i zde relevantních základních svobod.

102. Je-li nutno zadání v původním řízení skutečně kvalifikovat jako koncesi na služby a nespadá-li na základě toho pod směrnice, je zbytečné zabývat se otázkou, zda se směrnice na konkrétní zadání nepoužijí na základě jiné okolnosti, například proto, že je dána výjimka judikatury nebo sektorové směrnice. K aplikaci primárního práva potom totiž dojde již z jiného důvodu.

103. Kromě toho není v rámci žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce podle článku 234 ES úkolem Soudního dvora aplikovat předpisy práva Společenství na konkrétní skutkový stav. Toto Soudní dvůr v zadávacích případech již vícekrát zdůraznil.⁴³ Bylo by spíše úkolem vnitrostátního soudce přezkoumat, zda jsou v původním řízení splněna Soudním dvorem vytvořená kritéria nebo předpoklady sektorové směrnice. K tomu však bude nejprve nutné zjistit, zda je vůbec některá ze směrnic aplikovatelná.

104. V případě, že se jedná o koncesi na služby, a nejsou-li z tohoto důvodu směrnice aplikovatelné, je aplikace obou „quasi-in-house“ výjimek v každém případě vyloučena.

42 — K takovému řešení viz rozsudek Telaustria uvedený v poznámce pod čarou 2 výše, bod 63.

43 — Viz rozsudek Telaustria a Telefonadress uvedený v poznámce pod čarou 2 výše, bod 63; ze dne 22. května 2003, Korhonen a další, C-18/01, Recueil, s. I-5321, ze dne 4. prosince 2003, EVN a Wienstrom, C-448/01, Recueil, s. I-14527, a usnesení Comune di Udine a AMGA, uvedené v poznámce pod čarou 21 výše.

VI – Závěry

105. Podle shora uvedeného navrhuji Soudnímu dvoru, aby na předběžnou otázku odpověděl následovně:

„Články 43 ES a 49 ES je nutné vykládat tak, že v každém případě nebrání přímému zadání, to znamená zadání bez oznámení o zadání, nebo bez výzvy k soutěži. Při posouzení otázky, zda přímé zadání je v konkrétním zadávacím řízení, tak jako v původním řízení, přípustné, je nutné, aby vnitrostátní soudce ve smyslu tržní analýzy zohlednil, pro které hospodářské subjekty je plánované zadání zajímavé s ohledem na potenciální hospodářskou soutěž, přičemž rozhodující roli hrají hodnota a předmět zadání.“