

ROZSUDEK TRIBUNÁLU (pátého senátu)

20. května 2010\*

Ve věci T-258/06,

**Spolková republika Německo**, zastoupená M. Lummou a C. Schulze-Bahr, jako zmocněnci,

žalobkyně,

podporovaná

**Francouzskou republikou**, původně zastoupenou G. de Berguesem, poté G. de Berguesem a J.-C. Graciou a nakonec G. de Berguesem a J.-S. Pilczerem, jako zmocněnci,

podporovaná

**Rakouskou republikou**, zastoupenou M. Fruhmannem, C. Pesendorfer a C. Mayrem, jako zmocněnci,

\* Jednací jazyk: němčina.

podporovaná

**Polskou republikou**, původně zastoupenou E. Ośnieckou-Tameckou, poté T. Nowakowskim, poté M. Dowgielewiczem, poté M. Dowgielewiczem, K. Rokickou a K. Zawiszou a nakonec M. Szpunarem, jako zmocněnci,

podporovaná

**Nizozemským královstvím**, původně zastoupeným H. Sevenster, poté C. Wissels a M. de Gravem a nakonec C. Wissels, M. de Gravem a Y. de Vriesem, jako zmocněnci,

podporovaná

**Evropským parlamentem**, zastoupeným U. Rössleinem a J. Rodriguesem, jako zmocněnci,

podporovaná

**Řeckou republikou**, zastoupenou D. Tsagkaraki a M. Tassopoulou, jako zmocněnkyněmi,

a

**Spojeným královstvím Velké Británie a Severního Irska**, původně zastoupeným  
Z. Bryanston-Cross, poté L. Seeboruthem, jako zmocněnci,

vedlejšími účastníky řízení,

proti

**Evropské komisi**, zastoupené X. Lewisem a B. Schimou, jako zmocněnci,

žalované,

jejímž předmětem je návrh na zrušení interpretačního 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),

TRIBUNÁL (pátý senát),

ve složení M. Vilaras, předseda, M. Prek a V. M. Ciucă (zpravodaj), soudci,  
vedoucí soudní kanceláře: T. Weiler, rada,

s přihlédnutím k písemné části řízení a po jednání konaném dne 29. dubna 2009,

vydává tento

**Rozsudek**

**Skutkový základ sporu**

- 1 Dne 23. června 2006 přijala Komise Evropských společenství interpretační sdělení v souvislosti s „právními předpisy Společenství použitelnými pro zadávání zakázek, na které se plně nebo částečně nevztahují směrnice „o zadávání veřejných zakázek“ (dále jen „sdělení“). Pokud jde o zadávání veřejných zakázek, Evropské společenství totiž v roce 2004 přijalo směrnici Evropského parlamentu a Rady 2004/17/ES ze dne 31. března 2004 o koordinaci postupů při zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb (Úř. věst. L 134, s. 1; Zvl. vyd. 06/07, s. 19) a směrnici 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), které stanoví podrobná pravidla pro řízení o zadávání zakázek (dále jen společně „směrnice o zadávání veřejných zakázek“).

- 2 Na některé zakázky se však tyto směrnice nevztahují nebo se na ně vztahují jen částečně. Ze znění sdělení vyplývá, že se týká zakázek nedosahujících prahových hodnot pro použití směrnic „o zadávání veřejných zakázek“, jakož i zakázek uvedených v příloze II B směrnice 2004/18 a v příloze XVII B směrnice 2004/17, které přesahují prahové hodnoty směrnic o zadávání veřejných zakázek (dále jen „zakázky II B“).
- 3 Krom toho sdělení připomíná, že z judikatury Soudního dvora vyplývá, že se pravidla vnitřního trhu vztahují rovněž na zakázky, které nespádají do oblasti působnosti směrnic o zadávání veřejných zakázek. Komise ve sdělení objasňuje své pojetí judikatury Soudního dvora a navrhuje nejlepší postupy s cílem pomoci členským státům těžit z celkového přínosu vnitřního trhu. Sdělení však upřesňuje, že nevytváří žádné nové právní předpisy.
- 4 Sdělení připomíná základní normy pro zadávání veřejných zakázek, které vyplývají přímo z pravidel Smlouvy o ES, tak jak je vyložil Soudní dvůr.
- 5 Sdělení tedy rozlišuje mezi zakázkami, které nejsou významné pro vnitřní trh, na něž se nevztahují normy vyplývající ze Smlouvy o ES, a zakázkami, které dostatečně souvisejí s fungováním vnitřního trhu, jež musejí být v souladu s těmito normami. Význam jednotlivých zakázek pro vnitřní trh musí být posouzen zadavatelem případ od případu. Ukáže-li přezkum veřejné zakázky, že je tato zakázka pro vnitřní trh významná, musí být zadána v souladu se základními normami práva Společenství.

- 6 Bod 2 sdělení pojednává o základních normách použitelných na zadávání zakázek, které jsou pro vnitřní trh významné. Komise v něm s odkazem na judikaturu Soudního dvora uvádí povinnost transparentnosti, která spočívá v zajištění odpovídajícího stupně zveřejnění umožňujícího otevření veřejné zakázky hospodářské soutěži. Komise z toho v bodě 2.1.1 sdělení vyvozuje, že jediným způsobem, jak splnit požadavky vymezené judikaturou Soudního dvora, je zveřejnění dostatečně dostupného oznámení před zadáním zakázky. Navíc sdělení ve svém bodě 2.1.2 navrhuje řadu konkrétních forem zveřejnění, které jsou vhodné a často užívané. V tomto ohledu odkazuje na internet, vnitrostátní úřední věstníky, vnitrostátní časopisy zaměřené na zveřejňování veřejných zakázek, celostátní nebo regionální noviny nebo odborné publikace, jakož i na místní publikační prostředky a na *Úřední věstník Evropské unie*/ internetové stránky TED [přístupný na internetu prostřednictvím databáze evropských veřejných zakázek TED (Tenders Electronic Daily)].
- 7 Pokud jde o zadávání veřejných zakázek, sdělení v bodě 2.2 upřesňuje, že zadávání musí probíhat v souladu s pravidly a zásadami Smlouvy o ES, což znamená především dodržení zásad zákazu diskriminace a transparentnosti. Nejlepšími způsoby, jak dosáhnout odpovídajícího stupně zveřejnění umožňujícího otevření veřejné zakázky hospodářské soutěži, jakož i kontrolu nestrannosti řízení o zadání zakázky jsou nediskriminační popis předmětu zakázky, rovnocenný přístup pro hospodářské subjekty ze všech členských států, vzájemné uznávání diplomů, osvědčení a jiných dokladů o dosažené kvalifikaci, přiměřené lhůty, jakož i transparentní a objektivní přístup.
- 8 Konečně sdělení ve svém bodě 2.3 vyzdvihuje důležitost právní ochrany zajišťující přezkum nestrannosti zadávacích řízení.

**Řízení**

- 9 Návrhem došlým kanceláři Tribunálu dne 12. září 2006 podala Spolková republika Německo projednávanou žalobu.
- 10 Dne 19. prosince 2006 podala Francouzská republika návrh na vstoupení do řízení jako vedlejší účastník na podporu návrhových žádání Spolkové republiky Německo. Usnesením ze dne 9. března 2007 povolil předseda prvního senátu Tribunálu toto vedlejší účastenství. Dne 14. června 2007 předložila Francouzská republika svůj spis vedlejšího účastníka.
- 11 Dne 5. ledna 2007 podala Rakouská republika návrh na vstoupení do řízení jako vedlejší účastník na podporu návrhových žádání Spolkové republiky Německo. Usnesením ze dne 9. března 2007 povolil předseda prvního senátu Tribunálu toto vedlejší účastenství. Dne 14. června 2007 předložila Rakouská republika svůj spis vedlejšího účastníka
- 12 Dne 10. ledna 2007 podala Polská republika návrh na vstoupení do řízení jako vedlejší účastník na podporu návrhových žádání Spolkové republiky Německo. Usnesením ze dne 9. března 2007 povolil předseda prvního senátu Tribunálu toto vedlejší účastenství. Dne 12. června 2007 předložila Polská republika svůj spis vedlejšího účastníka.
- 13 Dne 18. ledna 2007 podalo Nizozemské království návrh na vstoupení do řízení jako vedlejší účastník na podporu návrhových žádání Spolkové republiky Německo. Usnesením ze dne 9. března 2007 povolil předseda prvního senátu Tribunálu toto vedlejší účastenství. Dne 13. června 2007 předložilo Nizozemské království svůj spis vedlejšího účastníka.
- 14 Dne 22. ledna 2007 podal Evropský parlament návrh na vstoupení do řízení jako vedlejší účastník na podporu návrhových žádání Spolkové republiky Německo.

Usnesením ze dne 9. března 2007 povolil předseda prvního senátu Tribunálu toto vedlejší účastenství. Dne 13. června 2007 předložil Parlament svůj spis vedlejšího účastníka.

- 15 Dne 27. března 2007 podala Řecká republika návrh na vstoupení do řízení jako vedlejší účastník na podporu návrhových žádání Spolkové republiky Německo. Usnesením ze dne 14. května 2007 povolil předseda prvního senátu Tribunálu toto vedlejší účastenství a povolil Řecké republice vyjádřit se během ústní části řízení na základě čl. 116 odst. 6 jednacího řádu Tribunálu.
  
- 16 Dne 13. srpna 2007 podalo Spojené království Velké Británie a Severního Irska návrh na vstoupení do řízení jako vedlejší účastník na podporu návrhových žádání Spolkové republiky Německo. Usnesením ze dne 8. října 2007 povolil předseda prvního senátu Tribunálu toto vedlejší účastenství a povolil Spojenému království Velké Británie a Severního Irska vyjádřit se během ústní části řízení na základě čl. 116 odst. 6 jednacího řádu Tribunálu.
  
- 17 Komise předložila svá vyjádření ke spisům vedlejších účastníků Francouzské republiky, Rakouské republiky, Polské republiky, Nizozemska a Parlamentu dne 18. září 2007. Spolková republika Německo ke spisům vedlejších účastníků nepředložila vyjádření.
  
- 18 Jelikož se ode dne 25. září 2007 změnilo složení senátů Tribunálu, byl soudce zpravodaj přidělen k pátému senátu, kterému byla tudíž přidělena i projednávaná věc.



- 19 Na základě zprávy soudce zpravodaje rozhodl Tribunál (pátý senát) o zahájení ústní části řízení. Řeči účastníků řízení a jejich odpovědi na otázky položené Tribunálem byly vyslechnuty na jednání konaném dne 29. dubna 2009. Spojené království Velké Británie a Severního Irska se jednání nezúčastnilo.

### **Návrhová žádání účastníků řízení**

- 20 Spolková republika Německo navrhuje, aby Tribunál:
- zrušil sdělení;
  
  
  - uložil Evropské komisi náhradu nákladů řízení.
- 21 Francouzská republika, Rakouská republika a Nizozemské království navrhují, aby Tribunál:
- zrušil sdělení;
  
  
  - uložil Komisi náhradu nákladů řízení..

22 Parlament a Polská republika navrhují, aby Tribunál zrušil sdělení.

23 Komise navrhuje, aby Tribunál:

- odmítl žalobu jako nepřijatelnou;
  
- uložil Spolkové republice Německo náhradu nákladů řízení.

## **K přípustnosti**

### *A – Úvodní poznámky*

24 Komise, aniž vznáší formální námitku nepřijatelnosti, zpochybňuje přípustnost žaloby z toho důvodu, že sdělení nepředstavuje akt, který může být předmětem žaloby na neplatnost. Sdělení je interpretačním sdělením, tedy aktem, který svojí formou spadá do kategorie doporučení a stanovisek, tedy do kategorie aktů, o kterých Smlouva o ES stanoví, že nejsou závazné. Volba této právní formy tedy úvodem vede k závěru, že akt nemá vyvolávat závazné právní účinky. Komise upřesňuje, že účelem interpretačního sdělení je obvykle vysvětlení práv a povinností vyplývajících z ustanovení práva Společenství, případně s ohledem na judikaturu Soudního dvora. Z toho vyplývá, že interpretační sdělení tedy není svojí povahou aktem, který vyvolává závazné právní účinky vůči třetím osobám a který může být předmětem žaloby na neplatnost. Komise rovněž tvrdí, že ze znění sdělení vyplývá, že neměla v úmyslu

stanovit právně závazná pravidla, ale že její formulace naopak dokazuje, že sdělení buď opakuje judikaturu Soudního dvora, nebo prostřednictvím nezávazných doporučení uvádí své vlastní závěry týkající se této judikatury.

- 25 Je třeba připomenout, že podle ustálené judikatury lze žalobu na neplatnost podat ve vztahu k veškerým opatřením přijatým orgány, která směřují k založení právních účinků, bez ohledu na jejich povahu nebo formu (viz rozsudek Soudního dvora ze dne 20. března 1997, Francie v. Komise, C-57/95, Recueil, s. I-1627, bod 7 a citovaná judikatura).
- 26 V projednávaném případě se jedná o sdělení, které bylo přijato Komisí a které bylo celé zveřejněno v řadě *C Úředního věstníku Evropské unie*. Jak vyplývá ze spisu, cílem tohoto aktu je informovat o obecném přístupu Komise ohledně použití všech základních norem týkajících se zadávání veřejných zakázek, které vyplývají přímo z pravidel a zásad Smlouvy o ES, a to zejména zásada zákazu diskriminace a povinnost transparentnosti, na zadávání zakázek, na které se plně nebo částečně nevztahují směrnice o zadávání veřejných zakázek.
- 27 K posouzení, zda sdělení zakládá nové právní účinky oproti účinkům použití základních zásad Smlouvy o ES, je tedy třeba přezkoumat jeho obsah (v tomto smyslu viz rozsudky Soudního dvora ze dne 9. října 1990, Francie v. Komise, C-366/88, Recueil, s. I-3571, bod 11; ze dne 13. listopadu 1991, Francie v. Komise, C-303/90, Recueil, s. I-5315, bod 10 a ze dne 20. března 1997, Francie v. Komise, bod 25 výše, bod 9).

- 28 Je tudíž třeba posoudit, zda se sdělení omezuje na objasnění ustanovení týkajících se volného pohybu zboží, svobody usazování, volného pohybu služeb, zásad zákazu diskriminace, rovného zacházení a proporcionality, jakož i pravidel transparentnosti a vzájemného uznávání, použitelných na zakázky, na které se plně nebo částečně nevztahují směrnice o zadávání veřejných zakázek nebo zda stanoví zvláštní nebo nové povinnosti ve vztahu k těmto ustanovením, zásadám a pravidlům (v tomto smyslu viz rozsudky Soudního dvora ze dne 16. června 1993, Francie v. Komise, C-325/91, Recueil, s. I-3283, bod 14, a ze dne 20. března 1997, Francie v. Komise, bod 25 výše, bod 13).
- 29 Pouhá okolnost, že interpretační sdělení, jak tvrdí Komise, není svojí formou, povahou či svým zněním aktem, který má vyvolávat právní účinky, nedostačuje tedy k závěru, že takové sdělení nezakládá závazné právní účinky.
- 30 Spolková republika Německo však připouští, že existují nezávazná sdělení Komise, která se zveřejňují. Má nicméně za to, že v projednávaném případě je zveřejnění sdělení okolností, kterou nelze opomenout pro účely posouzení jeho právních účinků. Zveřejnění je totiž nezbytnou podmínkou existence právní normy a sdělení je formulováno tak, aby působilo navenek jako právní norma.
- 31 V tomto ohledu, jak bylo uvedeno výše, pokud přezkum obsahu sdělení ukáže, že sdělení stanoví zvláštní nebo nové povinnosti, měla by být žaloba prohlášena za přípustnou, aniž by bylo nezbytné přezkoumávat, zda sdělení bylo zveřejněno. Naproti tomu, nestanoví-li sdělení takové povinnosti, nedostačuje jeho pouhé zveřejnění k závěru, že je aktem, který může být předmětem žaloby na neplatnost.

B – *K obsahu sdělení*

- 32 Spolková republika Německo, podporovaná vedlejšími účastníky řízení, na podporu své žaloby v podstatě tvrdí, že sdělení je závazným aktem, jelikož obsahuje nová pravidla zadávání veřejných zakázek, která jdou nad rámec povinností vyplývajících ze stávajícího práva Společenství a které zakládají právní účinky pro členské státy, což by v důsledku toho znamenalo, že Komise nemá pravomoc přijmout taková pravidla.
- 33 V tomto ohledu Spolková republika Německo a vedlejší účastníci řízení v podstatě tvrdí, že zaprvé sdělení stanoví zejména ve svém bodě 2.1, pokud jde o veřejné zakázky nedosahující prahových hodnot pro použití směrnic o zadávání veřejných zakázek, jakož i zakázky II B, povinnost předchozího zveřejnění (*ex ante*), která nevyplývá ze základních zásad Smlouvy o ES, jak byly vyloženy Soudním dvorem. Zadruhé Spolková republika Německo uvádí, že povinnosti vyplývající z bodu 2.2 sdělení jdou výrazně nad rámec toho, co vyplývá z výkladu základních zásad Smlouvy o ES Soudním dvorem. Zatřetí se Spolková republika Německo dovolává prostého a jednoduchého převzetí odchylek, které směrnice o zadávání veřejných zakázek stanoví pro přímé zadávání zakázek do oblasti zakázek, které se nacházejí mimo působnost směrnic „o zadávání veřejných zakázek“, jak je uvedeno v bodě 2.1.4 sdělení. Konečně Spolková republika Německo tvrdí, že právní účinek vyplývá z bodu 1.3 sdělení, který stanoví, že v případě nedodržení sdělení bude zahájeno řízení o nesplnění povinnosti podle článku 226 ES. Podle Spolkové republiky Německo a vedlejších účastníků řízení vedou všechny tyto okolnosti k závěru, že sdělení má vyvolávat právní účinky.

1. *K prvnímu žalobnímu důvodu, vycházejícímu z existence povinnosti předchozího zveřejnění*

a) Argumenty účastníků řízení

Spolková republika Německo

<sup>34</sup> Spolková republika Německo tvrdí, že sdělení zejména v bodě 2.1.1 stanoví pro členské státy základní povinnost předchozího zveřejnění všech zadávaných zakázek, tedy veřejných zakázek nedosahujících prahových hodnot pro použití směrnic o zadávání veřejných zakázek, jakož i zakázek II B. Povinnost předchozího zveřejnění, a tím pádem i transparentnost *ex ante* přitom nelze vyvodit z judikatury Soudního dvora, ze které vychází sdělení. Povinnost *ex ante* tedy nevyplývá ze základních zásad Smlouvy o ES nebo z jejich výkladu Soudním dvorem.

<sup>35</sup> K tomuto bodu Spolková republika Německo ve svých řečech doplnila – navzdory tomu, že některé rozsudky Soudního dvora vydané po přijetí sdělení uváděly povinnost předchozího zveřejnění – že tento vývoj judikatury nemůže zpětně založit takovou povinnost.

<sup>36</sup> Podle Spolkové republiky Německo se judikatura Soudního dvora, ze které vychází sdělení, a zejména rozsudky ze dne 7. prosince 2000, Telaustria a Telefonadress (C-324/98, Recueil, s. I-10745, dále jen „rozsudek Telaustria“), ze dne 21. července

2005, Coname (C-231/03, Sb. rozh. s. I-7287) a ze dne 13. října 2005, Parking Brixen (C-458/03, s. I-8585), vztahují výlučně na koncese na služby, tedy na oblast, která nespadá do působnosti sdělení.

- 37 Navíc se koncese na služby liší od veřejných zakázek nedosahujících výše uvedených prahových hodnot svým hospodářským významem, který obecně přesahuje evropské prahové hodnoty, a tedy je přibližuje k zakázkám spadajícím pod směrnice o zadávání veřejných zakázek. Povinnost transparentnosti tedy může být sice vhodná v oblasti koncesí na služby, avšak není tomu tak u zakázek, které jsou předmětem sdělení. Podle Spolkové republiky Německo tedy nelze judikaturu týkající se koncesí na služby přímo použít na zakázky, které nedosahují prahových hodnot pro použití směrnic o zadávání veřejných zakázek.
- 38 Krom toho Spolková republika Německo tvrdí, že další dvě rozhodnutí uvedená ve sdělení, která se týkají zakázek nedosahujících prahových hodnot (usnesení Soudního dvora ze dne 3. prosince 2001, Vestergaard, C-59/00, Recueil, s. I-9505, a rozsudek Soudního dvora ze dne 20. října 2005, Komise v. Francie, C-264/03, Sb. rozh. s. I-8831) nemohou rovněž odůvodnit povinnost předchozího zveřejnění. Podle Spolkové republiky Německo se Soudní dvůr v žádném z rozsudků nevyslovil k jakékoli povinnosti transparentnosti, ale omezil se na to, že v těchto věcech prohlásil za použitelnou zásadu zákazu diskriminace (výše uvedené usnesení Vestergaard, body 20 a 24, a výše uvedený rozsudek Komise v. Francie, body 32 a 33). Povinnost transparentnosti *ex ante* tedy podle ní nelze použít na zakázky, na něž se vztahuje sdělení.
- 39 Spolková republika Německo v každém případě zastává názor, že veřejné zakázky, které nedosahují prahových hodnot, mají obecně velmi nízký hospodářský význam, a tedy nezasahují do předmětných základních svobod, jelikož na ně mají pouze spíše nahodilé a nepřímé účinky (rozsudek Coname, bod 36 výše, bod 20). Toto tvrzení je potvrzeno stanoviskem generální advokátky E. Sharpston předcházejícím rozsudku

Soudního dvora ze dne 26. dubna 2007, Komise v. Finsko (C-195/04, Sb. rozh. s. I-3351, I-3353, body 83 a 85).

- 40 Navíc sdělení jde nad rámec stávajících právních předpisů upravujících zakázky II B, neboť tyto zakázky se obecně vyznačují místními zvláštnostmi a mají nízký význam pro přeshraniční trhy, což vysvětluje, že zákonodárce Společenství je podrobuje pouze povinnosti transparentnosti *ex post*, a nikoli *ex ante*, jakou nyní ukládá sdělení.
- 41 Krom toho povinnost předchozího zveřejnění zadání zakázek může být pro Spolkovou republiku Německo rozumná a efektivní, pouze pokud tato pravidla sledují cíl otevření zakázky hospodářské soutěži. Tak tomu přitom není v případě, kdy není žádný nebo je jen velmi málo zahraničních uchazečů, kteří mohou mít potenciální zájem o předmětné zakázky, jako jsou zakázky, na které se vztahuje sdělení. V tomto ohledu Soudní dvůr ve svém rozsudku Coname, uvedeném v bodě 36 výše, připomněl, že existují zakázky, jejichž dopady na předmětné základní zásady Smlouvy o ES jsou příliš nahodilé a příliš nepřímé, aby bylo možné dospět k závěru o jejich případném porušení. Bod 1.3 sdělení uvádí, že si je Komise vědoma toho, že nízký hospodářský význam některých zakázek činí tyto zakázky méně atraktivními v očích zahraničních podniků, což by v těchto případech odůvodňovalo neexistenci povinnosti předchozího zveřejnění.
- 42 Zákonodárce Společenství přitom tím, že vymezil prahové hodnoty pro použití směrnic o zadávání veřejných zakázek, výslovně stanovil, že pod těmito hodnotami je v zásadě třeba mít za to, že účinky na vnitřní trh jsou spíše „nahodilé a nepřímé“, a tudíž dospět k závěru, že zahraniční uchazeči o ně nebudou mít zájem. Tato úvaha zákonodárce by měla být Komisí respektována. Spolková republika Německo zdůrazňuje, že generální advokátka E. Sharpston je ve svém stanovisku vydaném v rámci rozsudku Komise v. Finsko, bod 39 výše ( body 85 a 96), téhož názoru. Navíc podle Spolkové republiky Německo nelze po zadavatelích rozumně požadovat, aby přezkoumávali případ od případu význam veřejné zakázky s ohledem na vnitřní trh, jak



stanoví bod 1.3 sdělení, ale tito zadavatelé by naopak měli být schopni rychle zjistit, jaké povinnosti transparentnosti se na ně vztahují. Spolková republika Německo na jednání dodala, že konkrétní a individuální přístup sledovaný bodem 1.3 sdělení je zejména v rozporu s rozsudkem Soudního dvora ze dne 15. května 2008, SECAP (C-147/06 a C-148/06, Sb. rozh. s. I-3565), v němž Soudní dvůr povolil abstraktní a obecnou definici významu veřejné zakázky pro vnitřní trh.

- 43 Nemůžeme rovněž po zadavatelích požadovat, aby přezkoumávali v každém jednotlivém případě, zda je zakázka II B nebo zakázka, která nedosahuje prahové hodnoty, významná pro vnitřní trh. Zásada právní jistoty totiž vyžaduje, aby vnitrostátní orgány mohly rychle zjistit, jaké povinnosti zveřejnění se uplatní. Této zásadě odpovídají stanovené prahové hodnoty, jakož i seznam zakázek II B.
- 44 Spolková republika Německo je dále toho názoru, že povinnost předchozího zveřejnění stanovená ve sdělení, jde nad rámec zákazu postupovat během postupu zadávání zakázek diskriminačně (například upřednostňováním německých uchazečů před zahraničními uchazeči). Tato povinnost by měla za následek, že by za účelem umožnit a povzbudit přeshraniční nabídky byla zadavatelům uložena povinnost činnosti.
- 45 Podle Spolkové republiky Německo se zveřejnění, které sdělení považuje za nezbytné, blíží normám stanoveným ve směrniciích o zadávání veřejných zakázek, a ukázalo se, že postup zveřejnění je dlouhý a nákladný. Na základě stanoviska generální advokátky E. Sharpston vydaného v rámci rozsudku Komise v. Finsko, bod 39 výše, je Spolková republika Německo toho názoru, že pravidla zásady transparentnosti přísluší určit členským státům. Stejně tak z bodu 98 stanoviska generální advokátky E. Sharpston

předcházejícího rozsudku Komise v. Finsko, bod 39 výše, vyplývá, že otázka, co představuje odpovídající stupeň zveřejnění v případě zakázek nízké hodnoty, je věcí vnitrostátního práva.

- <sup>46</sup> K tomuto bodu Spolková republika Německo na jednání upřesnila, že zpochybňuje zejména povinnost zadavatelů zvolit nejvhodnější nástroj k zajištění zveřejnění svých zakázek, jaká je stanovena v prvním odstavci bodu 2.1.2 sdělení. Komise tím, že odkazuje na každého zadavatele, zaujala konkrétní a individuální přístup, který nevyplývá z judikatury Soudního dvora. V tomto ohledu Spolková republika Německo dodala, že nezpochybňuje demonstrativní výčet odpovídajících forem zveřejnění uvedený v bodě 2.1.2 sdělení.
- <sup>47</sup> Spolková republika Německo má tedy za to, že zakázky, na které se vztahuje sdělení, nepodléhají žádné obecné povinnosti transparentnosti vyplývající z práva Společenství. Povinnost předchozího zveřejnění, která vyplývá ze sdělení, jde tak výrazně nad rámec toho, co vyplývá z výkladu základních zásad Smlouvy o ES podaném Soudním dvorem.

#### Vedlejší účastníci řízení

- <sup>48</sup> Podle Francouzské republiky je třeba přezkoumat, zda se sdělení omezuje na vysvětlení pravidel a zásad Smlouvy o ES týkajících se zadávání veřejných zakázek nebo zda stanoví nové povinnosti ve vztahu k těmto pravidlům a zásadám. Sdělení tedy podle ní doplňuje stávající právo.

- 49 V tomto ohledu Francouzská republika zejména tvrdí, že v usnesení Vestergaard, bod 38 výše, neuložil Soudní dvůr žádnou obecnou povinnost zajistit odpovídající zveřejnění, co se týče zakázek nedosahujících prahových hodnot, ale že se uvedené usnesení týká použití zásady zákazu diskriminace, a nikoli povinnosti transparentnosti. Soudní dvůr měl v bodě 20 usnesení Vestergaard, bod 38 výše, za to, že i když jsou některé smlouvy vyloučeny z působnosti směrnici Společenství v oblasti veřejných zakázek, zadavatelé, kteří je uzavírají, jsou přesto povinni dodržovat základní pravidla Smlouvy o ES, a z toho dále vyvodil, že článek 28 ES brání tomu, aby zadavatel vložil do zadávací dokumentace týkající se zakázky doložku předepisující k provedení této zakázky použití výrobku určité značky bez dodatku „nebo rovnocenný“.
- 50 Taková obecná povinnost odpovídajícího zveřejnění, pokud jde o zakázky nedosahující prahových hodnot, nevyplývá podle ní ani z rozsudku Komise v. Francie, bod 38 výše. V bodě 32 tohoto rozsudku měl totiž Soudní dvůr za to, že i když jsou některé smlouvy vyloučeny z působnosti směrnic Společenství v oblasti veřejných zakázek, zadavatelé, kteří je uzavírají, jsou přesto povinni dodržovat základní pravidla Smlouvy o ES a zásadu zákazu diskriminace zejména z důvodu státní příslušnosti. Podle Soudního dvora z toho ale pouze vyplývá, že sporné francouzské ustanovení představuje omezení volného pohybu služeb ve smyslu článku 49 ES v rozsahu, v němž vede k vyhrazení úkolu zástupce investora taxativně vymezeným právnickým osobám francouzského práva.
- 51 Krom toho má Francouzská republika za to, že pokud v rozsudku Telaustria, bod 36 výše, Soudní dvůr odkazoval na povinnost odpovídajícího zveřejnění, je to proto, že se jednalo o koncesi vysoké hospodářské hodnoty. Tento závěr je potvrzen rozsudkem Coname, bod 36 výše, který se naopak týká koncesí, jež mají nepatrný hospodářský význam.

- 52 V každém případě Francouzská republika tvrdí, že i kdyby bylo třeba mít za to, že povinnost odpovídajícího zveřejnění vyplývá z judikatury Soudního dvora, nemohla by v žádném případě spočívat v povinnosti předchozího zveřejnění, jak stanoví sdělení ve svém bodě 2.1.1.
- 53 Navíc Francouzská republika tvrdí, že ze stanoviska generální advokátky E. Sharpston předcházejícím rozsudku Komise v. Finsko, bod 39 výše, a generálního advokáta M. Fennellyho předcházejícího rozsudku Telaustria, bod 36 výše (Recueil, s. I-10747) vyplývá, že povinnost transparentnosti neznamená povinnost zveřejnění, jak stanoví bod 2.1.2 sdělení.
- 54 Co se týče zakázek II B, Francouzská republika je toho názoru, že volba Rady nepodrobovat tyto zakázky povinnosti předchozího zveřejnění je objasněna v osmnáctém a devatenáctém bodě odůvodnění směrnice 2004/18. Z toho plyne, že zakázky II B nepodléhají směrnici v plném rozsahu, tedy konkrétně se na ně nevztahuje povinnost předchozího zveřejnění, ale jsou předmětem dohledu, jehož mechanismus by měl dotčeným osobám umožnit přístup k příslušným informacím.
- 55 Francouzská republika má tudíž za to, že Rada měla ve směrnici 2004/18 jednoznačně v úmyslu podrobit zakázky II B v oblasti zveřejnění, zvláště nímu a ucelenému režimu, který představuje zjednodušený režim zadávání zakázek.
- 56 Rakouská republika se rovněž domnívá, že sdělení je aktem, který vyvolává právní účinky, neboť zavádí obecnou povinnost zveřejnění *ex ante*, která nevyplyvá ani ze Smlouvy o ES, ani z judikatury Soudního dvora.
- 57 V tomto ohledu Rakouská republika k argumentaci Spolkové republiky Německo dodává, že stanoviska vydaná generálními advokátkami C. Stix-Hackl a E. Sharpston v rámci rozsudků Soudního dvora ze dne 13. listopadu 2007, Komise v. Irsko

(C-507/03, Sb. rozh. s. I-9777, I-9780) a Komise v. Finsko, bod 39 výše, prokazují, že právní stav, co se týče uplatnění povinnosti transparentnosti na zadávání zakázek, které plně nebo částečně nepodléhají směrnici o zadávání veřejných zakázek, je nejasný a kontroverzní. Zatímco generální advokátka C. Stix Hackl dospěla k závěru, že zadávání zakázek na neprioritní služby vyžaduje, přinejmenším jako pravidlo, zveřejnění oznámení o zakázce, generální advokátka E. Sharpston popřela existenci obecné povinnosti transparentnosti *ex ante* u smluv, jejichž hodnota nedosahuje prahových hodnot. V době přijetí sdělení Soudní dvůr v těchto dvou věcech dosud nerozhodl. V důsledku toho, pokud Komise ve svém sdělení stanoví povinnost předchozího zveřejnění u každého zadávání zakázek tohoto typu (tedy jak u neprioritních služeb, tak u zakázek nízké hodnoty), zakládá nové právní účinky.

58 Povinnosti ukládané zadavatelům v bodech 1.3 a 2.1.2 sdělení, jsou, jak tvrdila Rakouská republika na jednání, v rozporu s rozsudkem SECAP, bod 42 výše, neboť sdělení nezohledňuje kapacitu zadavatelů, jak stanoví bod 32 uvedeného rozsudku.

59 Rakouská republika je rovněž toho názoru, že odpovídající stupeň zveřejnění umožňující otevření veřejné zakázky na služby hospodářské soutěži, jakož i kontrolu nestrannosti zadávacích řízení, jak vyplývají z rozsudku Telaustria, bod 36 výše, nutně neznamená předchozí zveřejnění. Z prací na revizi směrnic o přezkumu v oblasti veřejných zakázek (viz dokument 2006/0066/COD, jakož i nové články 2d až 2f směrnice Rady 89/665/EHS ze dne 21. prosince 1989 o koordinaci právních a správních předpisů týkajících se přezkumného řízení při zadávání veřejných zakázek na dodávky a stavební práce [Úř. věst. L 395, s. 33; Zvl. vyd. 06/01, s. 246], které jsou zde navrhovány) totiž vyplývá, že soudní ochrana *a posteriori* – bez předchozího zveřejnění zakázky – může také umožnit účinnou kontrolu nestrannosti zadávacího řízení.

- 60 Navzdory tomu, že neexistuje dokonalá faktická a právní symetrie mezi právem veřejných zakázek a právem státních podpor, uplatňuje Rakouská republika pravidlo *de minimis* použitelné v právu státních podpor, podle něhož podpory, které nedosahují určitých prahových hodnot, nemohou podstatně ovlivnit obchod mezi členskými státy a nenarušují nebo nemohou narušit hospodářskou soutěž. Podle Rakouské republiky se nejedná o porovnání těchto dvou případů absurdní vycházet z principu, že veřejné zakázky, které nedosahují prahových hodnot, postrádají pro vnitřních trh významu, který by odůvodňoval nezbytnost povinnosti předchozího zveřejnění za účelem jejich otevření hospodářské soutěži. Podpory totiž představují přímý prospěch podnikům, zatímco prahové hodnoty v oblasti veřejných zakázek vycházejí z hodnoty zakázky, přičemž zisk (který může být v tomto ohledu přirovnán k podpoře) dosažený podnikem představuje v tomto případě pouze zanedbatelný zlomek uvedené hodnoty.
- 61 Rakouská republika se konečně opírá o bod 19 odůvodnění směrnice 2004/18, který podle ní implicitně navrhuje, aby zákonodárce Společenství neměl za nezbytné, aby zakázky na neprioritní služby (zakázky II B) vyžadovaly využití všech možností pro zvýšení přeshraničního obchodu. Jediný důvod, který by mohl odůvodnit tento rozdíl v zacházení, je ten, že tyto zakázky, které jsou vyloučeny z úplného uplatňování směrnice, nelze považovat za dostatečně významné s ohledem na vnitřní trh, aby odůvodňovaly využití všech možností pro zvýšení přeshraničního obchodu, včetně obecné povinnosti předchozího zveřejnění oznámení o zakázce.
- 62 Nizozemské království tvrdí, že Komise podává výklad práva Společenství, který jde nad rámec judikatury, čímž vytváří ucelený právní režim, který ukládá členským státům povinnost předchozí transparentnosti u všech veřejných zakázek, na něž se vztahuje sdělení, přestože se Soudní dvůr k této otázce dosud nevysslovil.

- 63 Nizozemské království je rovněž s odkazem na zásadu právní jistoty toho názoru, že otázka, zda sdělení vytváří nové povinnosti, musí být posuzována na základě judikatury známé v okamžiku přijetí sdělení. Z pozdější judikatury přitom vyplývá, že sdělení zjevně předbíhá vývoj judikatury.

### Komise

- 64 Co se týče konkrétního obsahu sdělení a legislativních prvků, kterých se dovolává Spolková republika Německo, a sice zejména obcházení prahové hodnoty pro použití směrníc o zadávání veřejných zakázek a povinnosti předchozího zveřejnění, Komise zpochybňuje, že tyto prvky sdělení stanovují nové právní normy. V souladu s článkem 211 ES se podle ní omezují na objasnění ustanovení a zásad Smlouvy o ES, jak jsou vyloženy v judikatuře Soudního dvora.
- 65 Komise zpochybňuje tvrzení Spolkové republiky Německo a vedlejších účastníků řízení, podle něhož sdělení obchází rozhodnutí zákonodárce přijmout ustanovení týkající se zveřejnění pouze u veřejných zakázek dosahujících určitých prahových hodnot. V tomto ohledu Komise tvrdí, že pokud považoval zákonodárce za nezbytné stanovit podrobná pravidla pouze u zakázek přesahujících prahové hodnoty pro použití směrníc v případě zakázek nedosahujících uvedených hodnot, měl za dostačující použití ustanovení a zásad Smlouvy o ES. Nicméně nechtěl ani nemohl vyloučit prostřednictvím směrníc použití těchto ustanovení a těchto zásad Smlouvy o ES na veřejné zakázky, které nedosahují uvedené prahové hodnoty.

- 66 Výše uvedené vyplývá z judikatury Soudního dvora a konkrétněji z rozsudků Telaustria, bod 36 výše, a Komise v. Francie, bod 38 výše. Podle Komise Soudní dvůr ve svém rozsudku Telaustria, bod 36 výše, stanovil, že zadavatelé, kteří uzavírají smlouvy, jež nespádají do působnosti směrnic o zadávání veřejných zakázek, jsou nicméně obecně povinni dodržovat základní pravidla Smlouvy o ES a obzvláště zásadu zákazu diskriminace na základě státní příslušnosti (rozsudek Telaustria, bod 36 výše, bod 60). Tato úvaha je totiž potvrzena bodem 33 rozsudku Komise v. Francie, bod 38 výše. Podobně Soudní dvůr v rozsudku Coname, bod 36 výše, uvedl, že smlouvy mimo oblast působnosti směrnic, jako jsou koncesní smlouvy, podléhají i nadále obecným pravidlům Smlouvy o ES. Evropský zákonodárce měl tuto judikaturu zohlednit při přijímání směrnic o zadávání veřejných zakázek v devátém bodě odůvodnění směrnice 2004/17.
- 67 Soudní dvůr podle Komise rovněž určil přesný obsah povinnosti transparentnosti, když měl za to, že podniky usazené v jiném členském státě musí mít přístup k příslušným informacím týkajícím se zakázky před tím, než bude udělena, tak aby případně mohly dát najevo svůj zájem o získání této zakázky.

## b) Závěry Tribunálu

- 68 Spolková republika Německo a žalobci tvrdí, že bod 2.1.1 sdělení zavádí pro členské státy základní povinnost předchozího zveřejnění všech zadávaných zakázek, což představuje novou povinnost ve vztahu k zásadám Smlouvy o ES.



- 69 Co se týče pravidel a zásad Smlouvy o ES použitelných na zadávání veřejné zakázky, která má význam pro vnitřní trh, sdělení stanoví ve svém bodě 2.1 základní normy použitelné v oblasti zveřejnění. V tomto ohledu bod 2.1.1 nese nadpis „Povinnost zajistit přiměřené [odpovídající] zveřejnění“ a stanoví následující:

„Podle [Soudního dvora] zahrnují zásady rovného zacházení a nediskriminace povinnost transparentnosti, která spočívá v zajištění odpovídajícího stupně zveřejnění umožňujícího otevření trhu [veřejné zakázky] hospodářské soutěži ve prospěch každého potenciálního uchazeče.

Povinnost transparentnosti znamená, že podnik nacházející se na území jiného členského státu musí mít přístup k příslušným informacím týkajícím se zakázky ještě před tím, než bude udělena, tak aby tento podnik mohl dát najevo svůj zájem o získání této zakázky, pokud by si to přál.

Komise je toho názoru, že kontaktování určitého počtu případných uchazečů by tedy v tomto ohledu nebylo dostačující, a to ani tehdy, pokud by se zadavatel obrátil rovněž na podniky z jiných členských států nebo se pokusil kontaktovat všechny případné dodavatele. Tímto selektivním přístupem totiž nelze vyloučit diskriminaci případných uchazečů z jiných členských států, zejména nových účastníků trhu. To samé platí pro všechny formy ‚pasivního‘ zveřejnění, kdy zadavatel zakázku neoznámí aktivně, nýbrž pouze reaguje na žádosti o informace od žadatelů, kteří se o plánovaném zadání zakázky dozvěděli vlastními cestami. Přiměřeným zveřejněním není obdobně ani jednoduchý odkaz na získání informací ze zpráv ve sdělovacích prostředcích, parlamentních či politických debat nebo různých akcí, jako například kongresů.

Jediným způsobem, jak splnit požadavky stanovené Soudním dvorem, je proto zveřejnění dostatečně dostupného oznámení před zadáním zakázky. Toto oznámení by mělo být zveřejněno zadavatelem s cílem zpřístupnit zadání zakázky konkurenci.“

- 70 První dva odstavce bodu 2.1.1 sdělení přebírají judikaturu Soudního dvora obsaženou v rozsudcích Telaustria, Coname a Parking Brixen, bod 36 výše, a nejsou zpochybňovány ani Spolkovou republikou Německo, ani žádným z vedlejších účastníků řízení. Krom toho třetí odstavec bodu 2.1.1 sdělení nebyl zpochybněn během písemné části řízení. Sdělení v posledním odstavci bodu 2.1.1 uvádí povinnost zajistit odpovídající zveřejnění spočívající ve zveřejnění dostatečně dostupného oznámení před zadáním zakázky.
- 71 Spolková republika Německo, podporovaná vedlejšími účastníky řízení, v podstatě tvrdí, že tento bod sdělení stanoví u veřejných zakázek spadajících do jeho působnosti povinnost předchozího zveřejnění, která nijak nevyplývá ze zásad a judikatury Soudního dvora, uvedených v tomtéž bodě. Jedná se tedy o novou povinnost, která předmětnému sdělení přiznává povahu aktu vyvolávajícího závazné právní účinky, který může být předmětem žaloby na neplatnost.
- 72 Je tedy třeba přezkoumat, zda se sdělení omezuje na objasnění této povinnosti, která pro členské státy vyplývá ze základních zásad smlouvy o ES nebo zda stanoví nové povinnosti, jak tvrdí Spolková republika Německo a vedlejší účastníci řízení.
- 73 V tomto ohledu je třeba nejprve uvést, že zvláštní a přísné postupy stanovené směrnicemi Společenství o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek se použijí

pouze na smlouvy, jejichž hodnota překračuje prahovou hodnotu stanovenou výslovně v každé z uvedených směrnic (usnesení Vestergaard, bod 38 výše, bod 19, a rozsudek Komise v. Francie, bod 38 výše, bod 33). Pravidla těchto směrnic se tak nepoužijí na zakázky, jejichž hodnota nedosahuje prahové hodnoty stanovené těmito směrnicemi.

74 To nicméně neznamená, že jsou tyto posledně uvedené zakázky vyloučeny z působnosti práva Společenství (usnesení Vestergaard, bod 38 výše, bod 19). V souladu s ustálenou judikaturou Soudního dvora, pokud jde o zadávání zakázek, které s ohledem na svou hodnotu nepodléhají postupům stanoveným pravidly Společenství, jsou nicméně zadavatelé obecně povinni dodržovat základní pravidla Smlouvy o ES (usnesení Vestergaard, bod 38 výše, bod 20, a rozsudek Komise v. Francie, bod 38 výše, bod 32) a obzvláště zásadu zákazu diskriminace na základě státní příslušnosti (v tomto smyslu viz rozsudky Soudního dvora ze dne 18. listopadu 1999, Unitron Scandinavia a 3-S, C-275/98, Recueil, s. I-8291, bod 29; Telaustria, bod 36 výše, bod 62; Coname, bod 36 výše, bod 16; Parking Brixen, bod 36 výše, bod 46, a ze dne 6 dubna 2006, ANAV, C-410/04, Sb. rozh. s. I-3303, bod 18).

75 To ostatně potvrzuje devátý bod odůvodnění směrnice 2004/17, podle něhož „pokud jde o veřejné zakázky, jejichž hodnota je nižší než částka, pro kterou se použijí ustanovení o koordinaci Společenství, je vhodné připomenout judikaturu rozvinutou [...] Soudním dvorem, podle které se používají výše uvedená pravidla a zásady [a sice zásada rovného zacházení, již je zásada zákazu diskriminace pouhým zvláštním vyjádřením, zásada vzájemného uznávání, zásada proporcionality, jakož i povinnost transparentnosti]“, jakož i první a druhý bod odůvodnění směrnice 2004/18, které zmiňují použití těchto zásad na zadávání každé zakázky uzavřené v členských státech, ať již je nižší, či vyšší než prahové hodnoty.

- 76 Jak Soudní dvůr ustáleně rozhoduje, zásada rovného zacházení a zásada zákazu diskriminace na základě státní příslušnosti s sebou nesou zejména povinnost transparentnosti, která umožňuje veřejnému orgánu udělujícímu koncesi, aby se ujistil, že tyto zásady jsou dodrženy (rozsudky Soudního dvora Unitron Scandinavia a 3-S, bod 74 výše, bod 31; Telaustria, bod 36 výše, bod 61; ze dne 18. června 2002, HI, C-92/00, Recueil, s. I-5553, bod 45; Parking Brixen, bod 36 výše, bod 49, a ANAV, bod 74 výše, bod 21), přičemž tato povinnost je potvrzena devátým bodem odůvodnění směrnice 2004/17, jakož i druhým bodem odůvodnění směrnice 2004/18. Z toho plyne, že členské státy, jakož i jejich zadavatelé, musejí při zadávání každé veřejné zakázky dodržovat tuto povinnost transparentnosti, jak je vykládána Soudním dvorem.
- 77 Soudní dvůr dále upřesnil, že tato povinnost transparentnosti, která náleží zadavateli, spočívá v zajištění odpovídajícího stupně zveřejnění umožňujícího otevření veřejné zakázky na služby hospodářské soutěži, jakož i kontrolu nestrannosti zadávacího řízení, ve prospěch každého potenciálního uchazeče (rozsudky Telaustria, bod 36 výše, bod 62; Parking Brixen, bod 36 výše, bod 49, a ANAV, bod 74 výše, bod 21).
- 78 Povinnost transparentnosti náležející zadavatelům zahrnuje podle Soudního dvora zejména požadavky, které jsou s to umožnit, aby podnik nacházející se na území jiného členského státu, než je dotčený stát mohl mít přístup k příslušným informacím týkajícím se dotčené veřejné zakázky před tím, než bude udělena, tak aby tento podnik mohl dát najevo svůj zájem o získání této zakázky, pokud by si to přál (v tomto smyslu viz rozsudek Coname, bod 36 výše, bod 21).
- 79 Z této judikatury vyplývá, že povinností transparentnosti ve smyslu odpovídajícího zveřejnění se tedy rozumí forma zveřejnění před zadáním dotčené veřejné zakázky, jinými slovy, předchozí zveřejnění. V důsledku toho a v rozporu s tím, co tvrdí Spolková republika Německo a vedlejší účastníci řízení, sdělení tím, že uvádí „zveřejnění

dostatečně dostupného oznámení před zadáním zakázky“ nevytvořilo novou povinnost pro členské státy, ale omezilo se na připomenutí stávající povinnosti vyplývající z práva Společenství použitelného na veřejné zakázky dotčené předmětným sdělením, jaká byla vyložena soudem Společenství.

80 To je ostatně, jak uznala Spolková republika Německo na jednání, potvrzeno judikaturou Soudního dvora vydanou po zveřejnění sdělení. V souladu s judikaturou Soudního dvora se povinnosti vyplývající z primárního práva týkající se rovného zacházení a transparentnosti uplatní *ex lege* na zakázky jinak vyloučené z působnosti směrnic o zadávání veřejných zakázek, které mají nepochybný přeshraniční význam [v tomto smyslu pokud jde o směrnici Rady 93/36/EHS ze dne 14. června 1993 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na dodávky (Úř. věst. L 199, s. 1; Zvl. vyd. 06/02, s. 110) a zakázku, jejíž hodnota je nižší než prahová hodnota uvedené směrnice viz rozsudek Soudního dvora ze dne 14. června 2007, Medipac-Kazantzidis, C-6/05, Sb. rozh. s. I-4557, bod 33; pokud jde o směrnici Rady 92/50/EHS ze dne 18. června 1992 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na služby (Úř. věst. L 209, s. 1; Zvl. vyd. 06/01, s. 322), a zakázku II B, viz rozsudek Komise v. Irsko, bod 57 výše, body 30, 31 a 32, a pokud jde o směrnice Rady 92/50, 93/36, 93/37/EHS ze dne 14. června 1993 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce (Úř. věst. L 199, s. 54; Zvl. vyd. 06/02, s. 163), a pokud jde o směrnici 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), viz rozsudek Soudního dvora ze dne 21. února 2008, Komise v. Itálie, C-412/04, Sb. rozh. s. I-619, body 66, 81 a 82]. Dále podle Soudního dvora nemůže zveřejnění *ex post* zajistit odpovídající zveřejnění ve smyslu judikatury Telaustria a Coname, bod 36 výše, což znamená, že povinnost transparentnosti vyplývající ze zásad Smlouvy o ES znamená, že oznámení o veřejné zakázce musí být předmětem předchozího zveřejnění, ke kterému musí dojít před zadáním zakázky (rozsudek Komise v. Irsko, bod 57 výše, body 30 a 32).

81 Závěr, podle kterého povinnost zveřejnění stanovená v bodě 2.1.1 sdělení nejde nad rámec výkladu základních zásad Smlouvy o ES podaného Soudním dvorem, nemůže

být zpochybněn různými argumenty Spolkové republiky Německo a vedlejšími účastníky řízení.

<sup>82</sup> Zaprvé Spolková republika Německo v podstatě tvrdí, že se rozsudky Telaustria, Coname a Parking Brixen, bod 36 výše, vztahují k udělování koncesí na služby, které, byť se nacházejí mimo oblast působnosti směrnic o zadávání veřejných zakázek, jsou svojí hodnotou srovnatelné s veřejnými zakázkami, jež spadají do působnosti uvedených směrnic, a že se v důsledku toho judikatura vycházející z těchto rozsudků nemůže použít na veřejné zakázky, na které se vztahuje sdělení.

<sup>83</sup> V tomto ohledu je třeba uvést, že z judikatury, o kterou se opírá Spolková republika Německo, aby podložila svoji argumentaci, vyplývá, že Soudní dvůr ve vztahu ke smlouvám o koncesi již rozhodl, že i když se zadání takové koncese neřídí žádnou ze směrnic o zadávání veřejných zakázek, podléhají takové smlouvy i nadále obecným pravidlům Smlouvy o ES (v tomto smyslu viz rozsudek Coname, bod 36 výše, bod 16, potvrzený rozsudkem Komise v. Francie, bod 38 výše, bod 33). Je rovněž třeba konstatovat, že podle této judikatury vyplývá povinnost transparentnosti přímo z obecných pravidel uvedené smlouvy a zejména ze zásady rovného zacházení a zákazu diskriminace (rozsudky Telaustria, bod 36 výše, bod 61, a Parking Brixen, bod 36 výše, bod 49) a že uvedená povinnost transparentnosti již zahrnuje sama o sobě povinnost předchozího zveřejnění (v tomto smyslu viz rozsudek Coname, bod 36 výše, bod 21). Naopak okolnost, že zakázky, které byly předmětem těchto rozsudků, jsou z hlediska svého významu srovnatelné s veřejnými zakázkami, na něž se vztahují směrnice o zadávání veřejných zakázek, není v těchto rozsudcích nijak zmíněna za tím účelem, aby odůvodnila povinnost odpovídajícího, a zejména předchozího zveřejnění. Z toho plyne, že na rozdíl od toho, co tvrdí Spolková republika Německo, je tato judikatura použitelná na veřejné zakázky, na něž se vztahuje sdělení a na něž se rovněž, jak bylo již uvedeno, uplatní zásada rovného zacházení a z ní vyplývající povinnost transparentnosti.

- 84 Pro úplnost je třeba zdůraznit, že výše uvedené je ostatně potvrzeno judikaturou Soudního dvora přijatou až po zveřejnění sdělení. V bodě 33 rozsudku *Medipac-Kazantzidis*, bod 80 výše, totiž Soudní dvůr odkázal, pokud jde o veřejnou zakázku na stavební práce, na ustálenou judikaturu, podle níž jsou zadavatelé zakázky povinni dodržovat obecné zásady práva Společenství, jako je zásada rovného zacházení a povinnost transparentnosti, která z toho vyplývá, i tehdy, když hodnota zakázky, která je předmětem nabídkového řízení, nedosahuje prahové hodnoty směrnic o zadávání veřejných zakázek, kterými zákonodárce Společenství upravil oblast veřejných zakázek, a dotčené nabídkové řízení proto nespadá do oblasti působnosti těchto směrnic, a v tomtéž bodě uvedl jako ustálenou judikaturu rozsudky *Telaustria*, *Coname* a *Parking Brixen*, bod 36 výše. Soudní dvůr tak rozhodl, že se přístup přijatý ve vztahu k podmínkám uzavírání smluv o koncesích na veřejné služby uplatní i na pravidla o zadávání zakázek, jejichž finanční hodnota nedosahuje prahových hodnot pro použití směrnic (rozsudek *Medipac-Kazantzidis*, bod 70 výše, bod 33).
- 85 Zadruhé, pokud jde o argument Spolkové republiky Německo, shrnutý v bodě 38 výše, podle něhož se usnesení *Vestergaard*, bod 38 výše, a rozsudek *Komise v. Francie*, bod 38 výše, týkají pouze zásady zákazu diskriminace, a tudíž nemohou odůvodnit povinnost předchozího zveřejnění, postačí uvést, že povinnost transparentnosti zejména ve formě odpovídajícího zveřejnění vyplývá podle judikatury uvedené v bodě 76 výše právě ze zásady rovného zacházení a zákazu diskriminace na základě státní příslušnosti. Vzhledem k tomu, že z těchto rozhodnutí vyplývá, že základní pravidla Smlouvy o ES se uplatní na všechny veřejné zakázky, i když se na ně nevztahují směrnice o zadávání veřejných zakázek (usnesení *Vestergaard*, bod 38 výše, bod 19, a rozsudek *Komise v. Francie*, bod 38 výše, body 32 a 33), Komise postupovala správně, když ve sdělení uvedla toto usnesení a uvedený rozsudek.
- 86 Zatřetí argumentace, podle které zákonodárce Společenství, když stanovil prahové hodnoty pro použití směrnic o zadávání veřejných zakázek výslovně uvedl, že nedosahují-li zakázky těchto hodnot, je v zásadě třeba mít za to, že účinky na vnitřní trh

jsou spíše „nahodilé a nepřímé“, a tudíž dospět k závěru o neexistenci zájmu zahraničních uchazečů, rovněž neobstojí.

87 V tomto ohledu je třeba uvést, že na základě pouhé skutečnosti, že veřejná zakázka nedosahuje prahových hodnot pro použití směrnice o zadávání veřejných zakázek nelze mít za to, že účinky uvedené veřejné zakázky na vnitřní trh jsou téměř zanedbatelné. Tento závěr je v rozporu s judikaturou zmíněnou v bodech 73 a 74 výše, podle níž takové zakázky nejsou vyloučeny z působnosti práva Společenství. Pokud by však bylo možné *a priori* vyloučit veškerý dopad uvedených zakázek na vnitřní trh, právo Společenství by se neuplatnilo.

88 Jak uznal Soudní dvůr, je zajisté docela možné, že z důvodu zvláštních okolností, jako je zejména nepatrný hospodářský význam, by bylo možné důvodně tvrdit, že podnik nacházející se v jiném členském státě, než ve kterém se nachází zadavatel předmětné veřejné zakázky, by neměl zájem o uvedenou zakázku, a proto by důsledky pro dotyčné základní svobody měly být považovány za příliš nahodilé a nepřímé, než aby bylo možné dospět k závěru, že případně došlo k jejich porušení (v tomto smyslu viz rozsudek Coname, bod 36 výše, bod 20 a citovaná judikatura). Závěr, že nedošlo k porušení základních svobod, však musí vyplývat z vyhodnocení daných okolností každého dotčeného případu a nemůže být založen na pouhé okolnosti, že hodnota dotčené zakázky nepřesahuje určitou prahovou hodnotu.

89 Bod 1.3 sdělení tak stanoví následující:

„Je povinností jednotlivých veřejných zadavatelů, aby rozhodli, zda by zamýšlené zadání zakázky mohlo být pro hospodářské subjekty usazené [nacházející se] v jiných



členských státech případně zajímavé. Podle Komise musí být toto rozhodnutí založeno na vyhodnocení daných okolností dotčeného případu, jako je například předmět zakázky, její odhadovaná hodnota, zvláštnosti dotyčného odvětví (velikost a struktura trhu, obchodní zvyklosti atd.) a zeměpisná poloha místa provedení. Dospěje-li veřejný zadavatel k závěru, že dotčená zakázka je pro vnitřní trh významná, musí ji zadat v souladu se základními normami odvozenými z právních předpisů Společenství [práva Společenství].“

- 90 Začtvrté však Spolková republika Německo tvrdí, že uvedené sdělení tím, že po zadavatelích vyžaduje, aby v každém dotčeném případě posoudili význam veřejné zakázky pro vnitřní trh za účelem určení zejména toho, zda se v daném případě uplatní povinnost předchozího zveřejnění, stanovená v bodě 2.1.1 téhož sdělení, vytváří novou povinnost, a tudíž vyvolává závazné právní účinky.
- 91 Judikatura Soudního dvora, pokud jde o veřejné zakázky mimo oblast působnosti směrnic o zadávání veřejných zakázek, již přitom uvádí povinnost zadavatele posoudit za přezkumu příslušných soudů zvláštnosti dotčené zakázky z hlediska přiměřenosti způsobu zajištění hospodářské soutěže (v tomto smyslu viz rozsudek Parking Brixen, bod 36 výše, body 49 a 50). Nelze tedy tvrdit, že bod 1.3 sdělení ve spojení s bodem 2.1.1 vytváří novou povinnost pro členské státy.
- 92 Spolková republika Německo a Rakouská republika na jednání k tomuto bodu dodaly, že zvláštní vyhodnocení, jaké je stanoveno v bodě 1.3 sdělení, je v rozporu s rozsudkem SECAP, bod 42 výše (body 30 až 32), který uvádí abstraktní a obecnou definici významu veřejné zakázky pro vnitřní trh.

- 93 V tomto ohledu je třeba konstatovat, že bod 30 rozsudku SECAP, bod 42 výše, potvrzuje závěr uvedený v bodě 91 výše, podle něhož je v zásadě věcí zadavatele, aby před formulací vyhlášení zakázky posoudil případný přeshraniční význam zakázky, jejíž odhadovaná hodnota je nižší než prahová hodnota stanovená pravidly Společenství, přičemž toto posouzení může podléhat soudnímu přezkumu.
- 94 Krom toho je třeba uvést, že mezi sdělením, a to zejména jeho bodem 1.3 a rozsudkem SECAP, bod 42 výše, neexistuje rozpor. Sdělení totiž nevylučuje možnost, aby právní úprava stanovila na státní či místní úrovni objektivní kritéria existence nepochybného přeshraničního významu, jak stanoví bod 31 rozsudku SECAP, bod 42 výše. Zadavatelé, kteří uplatňují takovou vnitrostátní právní úpravu, jsou nicméně povinni dodržovat základní pravidla Smlouvy o ES, a obzvláště zásadu zákazu diskriminace na základě státní příslušnosti (rozsudek SECAP, bod 42 výše, bod 29).
- 95 Co se týče bodu 32 rozsudku SECAP, bod 42 výše, je třeba konstatovat, že rovněž není v rozporu s body 1.3 a 2.1.2 sdělení. Uvedený bod se totiž týká automatického vyloučení určitých nabídek z důvodu jejich mimořádně nízkého charakteru, přestože mají nepochybný přeshraniční význam, a uplatní se tudíž na jinou fázi zadávání veřejné zakázky, než je fáze určování toho, zda hospodářské subjekty nacházející se v jiných členských státech mohou mít o veřejnou zakázku zájem, stanovené v bodě 1.3 sdělení nebo volby nejvhodnějšího média k zajištění zveřejnění stanovené v bodě 2.1.2 sdělení. V každém případě je třeba zdůraznit, že uvedené body sdělení nevylučují zohlednění správní kapacity zadavatele a nemohou tudíž vytvářet novou povinnost ve vztahu k členským státům nebo jejich zadavatelům.
- 96 Zapáté na rozdíl od toho, co tvrdí Spolková republika Německo (viz bod 46 výše), bod 2.1.2 sdělení, podle něhož „[z]a rozhodnutí o tom, jaké bude nejvhodnější

médium pro zveřejnění zakázek, zodpovídají veřejní zadavatelé“, není neslučitelný s tím, že vnitrostátní právní úprava stanoví obecná kritéria pro tuto volbu, přičemž použitím takových kritérií nemůže být zpochybněno dodržování základních pravidel Smlouvy o ES, a to zejména zásady zákazu diskriminace na základě státní příslušnosti. Jak již bylo uvedeno v bodě 91 výše, zadávajícímu veřejnému orgánu totiž přísluší posoudit za přezkumu příslušných soudů přiměřenost způsobu zajištění hospodářské soutěže odpovídající zvláštnostem dotčené veřejné zakázky. V souladu s judikaturou Soudního dvora nechává tedy sdělení na zadavatelích, aby určili stupeň a formu odpovídajícího zveřejnění (v tomto smyslu viz rozsudek *Parking Brixen*, bod 36 výše, body 49 a 50). Sdělení tak ve svém bodě 2.1.2 správně uvádí, že „[z]a rozhodnutí o tom, jaké bude nejvhodnější médium pro zveřejnění zakázek, zodpovídají veřejní zadavatelé“. Nevytváří tedy pro zadavatele novou právní povinnost.

97 Krom toho v reakci na argumentaci Spolkové republiky Německo založené na srovnání prahových hodnot pro použití směrnice o zadávání veřejných zakázek s pravidlem *de minimis* použitelným na státní podpory, postačí uvést, že z uvedených směrnic nijak nevyplývá, že by předmětné prahové hodnoty byly založeny na obdobných úvahách, jako jsou úvahy, které odůvodňují pravidlo *de minimis* v oblasti státních podpor.

98 Zašesté, co se týče argumentace Francouzské republiky, podle níž sdělení v bodě 2.1.2 zavádí povinnost zveřejnění v listinné podobě k zajištění zveřejnění dotčených zakázek, je třeba uvést, že tato argumentace vychází z chybného předpokladu. Nikde ve sdělení není totiž uvedena povinnost zveřejnění v listinné podobě k zajištění zveřejnění veřejných zakázek, kterých se týká. Jednak bod 2.1.3 první pododstavec sdělení připomíná judikaturu, podle níž povinnost transparentnosti nemusí nutně

zahrnovat povinnost formálně vyhlásit veřejnou zakázku (rozsudek Coname, bod 36 výše, bod 21). Dále bod 2.1.2 třetí pododstavec stanoví následující:

„Mezi vhodné a běžně používané publikační prostředky patří:

– Internet, [...]“

Jak ostatně uznává Spolková republika Německo a vedlejší účastníci řízení, jedná se o demonstrativní, a nikoli taxativní výčet různých forem odpovídajícího zveřejnění.

<sup>99</sup> Zasedmé, pokud jde o argumentaci Spolkové republiky Německo, jakož i Francouzské republiky, podle níž vyloučení jednání spočívajícího v kontaktování případných uchazečů, a to i když by se zadavatel obrátil rovněž na podniky z jiných členských států nebo se pokusil kontaktovat všechny případné dodavatele z důvodu povinnosti transparentnosti zavedené sdělením (bod 2.1.1 třetí odstavec sdělení), je prvkem zakládajícím zvláštní povinnost ve vztahu k zásadám Smlouvy o ES, je důležité zdůraznit, že se týká části sdělení, která není nijak zpochybňována v žalobě nebo ve spisu účastníka řízení. V tomto ohledu je třeba uvést, že i když čl. 48 odst. 2 jednacího řádu za určitých okolností umožňuje předložení nových žalobních důvodů v průběhu řízení, nemůže toto ustanovení být v žádném případě vykládáno tak, že opravňuje žalobce předložit Tribunálu nová návrhová žádání, a změnit tak předmět sporu (viz rozsudek Tribunálu ze dne 12. července 2001, Banatrading v. Rada, T-3/99, Recueil, s. II-2123, bod 28 a citovaná judikatura). Z toho plyne, že předmětná argumentace není přípustná, jelikož rozšiřuje předmět sporu zahrnutím části sdělení, která není uvedena v žalobě.

<sup>100</sup> V každém případě je třeba konstatovat, že sdělení nevylučuje toto jednání absolutně a konečně. Jak stanoví body 2.2.2 a 2.1.3 sdělení, zadavatel může přijmout opatření k omezení počtu žadatelů, které vyzve k podání nabídky, na přiměřenou úroveň. Sdělení v tomto ohledu nicméně vyžaduje, aby za účelem zajištění dostatečné hospodářské soutěže byla dodržena zásada zákazu diskriminace a povinnost transparentnosti (bod 2.2.2 sdělení). K tomu, aby mohl být prováděn přezkum nestrannosti zadávacích řízení, má Tribunál za to, že z povinnosti transparentnosti vyplývá, že aktivní zveřejňování informací ze strany zadavatelů je nezbytné, neboť přiměřenost způsobu předchozího zajištění hospodářské soutěže je věcí zadavatelů (rozsudek Parking Brixen, bod 36 výše, bod 50). Obsah bodu 2.1.1 třetího odstavce sdělení, který je zpochybňován Francouzskou republikou a Spolkovou republikou Německo, nevytváří zvláštní povinnosti.

*2. Ke druhému žalobnímu důvodu, vycházejícímu z upřesnění povinnosti zveřejnění (bod 2.2 sdělení)*

a) Argumenty účastníků řízení

Spolková republika Německo

<sup>101</sup> Spolková republika Německo tvrdí, že povinnosti vyplývající z bodu 2.2 sdělení jdou výrazně nad rámec toho, co vyplývá z výkladu základních zásad Smlouvy o ES podaném Soudním dvorem. Podle Spolkové republiky Německo Komise nejprve v bodě 2.2

sdělení rozhodla, že zakázky musejí být zadány v souladu se zásadami Smlouvy o ES, aby byly zajištěny spravedlivé podmínky hospodářské soutěže pro všechny uchazeče, kteří mají o zakázku zájem, a dále z této obecné povinnosti odvodila řadu konkrétních povinností týkajících se zveřejnění záměru zadat zakázku.

- <sup>102</sup> Spolková republika Německo zejména tvrdí, že podle bodu 2.2 sdělení musejí členské státy popsat předmět zakázky, tak aby ji všichni případní uchazeči mohli chápat stejně, přičemž je třeba zajistit rovný přístup hospodářských subjektů ze všech členských států. Navíc pokud členské státy vyžadují, aby uchazeči předložili písemné doklady, měly by orgány rovněž akceptovat dokumenty vydané v jiných členských státech. Stanovené lhůty by měly být dostatečné tak, aby je uchazeči z jiných členských států mohli dodržet. Konečně by měl být postup transparentní pro všechny účastníky. Tento výčet pravidel by měl být v případě členských států, které si přejí vytvořit užší seznam uchazečů vyzvaných k podání nabídek v rámci předmětné zakázky doplněn o procesní ustanovení (bod 2.2.2 sdělení) a normy použitelné na rozhodnutí o zadání zakázky (2.2.3 sdělení).

- <sup>103</sup> Zatímco povinnost nediskriminačního popisu předmětu zakázky uvedená v první odrážce výčtu v bodě 2.2.1 sdělení by mohla případně vyplývat z judikatury Soudního dvora, a to z usnesení Vestergaard, bod 38 výše (bod 24), ostatní povinnosti uvedené v bodě 2.2.1 sdělení obsahují konkrétní pokyny, které nemohou vycházet z pozitivního práva Společenství. To potvrzuje tvrzení Komise, podle něhož výše uvedené zásady mohou v praxi zajistit dodržování základních zásad Smlouvy o ES (bod 1.2 sdělení). Nejedná se tedy o popis judikatury Soudního dvora, ale o nová pravidla pro zadávání veřejných zakázek. Spolková republika Německo tak v podstatě

zpochybňuje jednotlivé způsoby uvedené v bodě 2.2.1 sdělení, které podle ní zavádějí nové povinnosti.

### Vedlejší účastníci řízení

- <sup>104</sup> Ve vztahu k upřesnění povinnosti zveřejnění stanovené v bodě 2.2 sdělení, Rakouská republika tvrdí, že některé z aspektů, o kterých sdělení pojednává, jako je požadavek dostatečně dlouhých lhůt a počet uchazečů zapsaných na užším seznamu, pokud jde o zadávání zakázek, které plně nebo částečně nepodléhají směrnicím o zadávání veřejných zakázek, rovněž vyvolávají nové závazné právní účinky. Tyto povinnosti přitom podle ní nelze vyvodit z judikatury Soudního dvora.
- <sup>105</sup> Parlament se připojuje k návrhovým žádáním Spolkové republiky Německo týkajícím se bodu 2.2 sdělení, ale trvá na některých dalších aspektech, čímž tedy posiluje argumentaci Spolkové republiky Německo. Podle Parlamentu Komise v tomto bodě stanoví podrobná pravidla k obsahu a lhůtám nabídkových řízení, k případnému předběžnému výběru a k soudní ochraně.
- <sup>106</sup> Polská republika tvrdí, že Komise, když stanovila způsoby zveřejnění a obsah oznámení a rovněž když zavedla pravidla týkající se procesních lhůt v oblasti zadávání veřejných zakázek, neuvedla na podporu svého postoje žádný rozsudek Soudního dvora. Dle názoru Komise přitom sdělení v tomto ohledu slouží k výkladu judikatury Soudního dvora. To vysvětluje, proč prohlášení Komise, podle něhož sdělení shrnuje judikaturu, není potvrzeno jeho obsahem.

## Komise

- 107 Komise odmítá argumentaci Spolkové republiky Německo a vedlejších účastníků řízení ohledně kritérií stanovených v bodě 2.2.1 sdělení. Pro ní zásady rovného přístupu hospodářských subjektů ze všech členských států a vzájemného uznávání diplomů, osvědčení a jiných dokladů o dosažené kvalifikaci, jakož i požadavek přiměřených lhůt a požadavek transparentního a objektivního přístupu představují zásady vyplývající ze Smlouvy o ES. Nejedná se v žádném ohledu o nová pravidla o zadávání zakázek, ale o provedení obecných pravidel práva Společenství v oblasti veřejných zakázek.

## b) Závěry Tribunálu

- 108 Předmětem bodu 2.2 sdělení je „zadání zakázky“.

- 109 Bod 2.2.1 sdělení v tomto ohledu stanoví:

„Zásady

[Soudní dvůr] v rozsudku v případě Telaustria stanovil, že povinnost transparentnosti spočívá v zajištění odpovídajícího stupně zveřejnění umožňujícího otevření trhu



[veřejné zakázky] hospodářské soutěži ve prospěch každého potenciálního uchazeče, jakož i kontrolu nestrannosti postupů řízení o zadání zakázky. Zaručení spravedlivého a nestranného řízení je nezbytným důsledkem povinnosti zajistit transparentní zveřejnění.

Zakázka tedy musí být zadána v souladu s pravidly a zásadami Smlouvy o ES, aby spravedlivé podmínky hospodářské soutěže platily pro všechny hospodářské subjekty, které mají o zakázku zájem. Toho lze v praxi nejlépe dosáhnout pomocí následujících nástrojů:

- Nediskriminační popis předmětu zakázky

Popis požadovaných vlastností produktu nebo služby by neměl odkazovat na určitou výrobu nebo zdroj nebo na určitý postup nebo na obchodní značky, patenty, typy nebo určitý původ či výrobu, není-li tento odkaz odůvodněn předmětem zakázky a doprovázen slovy ‚nebo rovnocenný‘. Vhodnější by v každém případě byly obecnější popisy výkonu nebo funkcí.

- Rovnocenný [Rovný] přístup pro hospodářské subjekty ze všech členských států

Veřejní zadavatelé by neměli stanovovat podmínky, které přímo či nepřímo diskriminují případné uchazeče v jiných členských státech, například požadavek, že

podniky, které mají o zakázku zájem, musí být usazeny ve stejném členském státě nebo regionu jako veřejný zadavatel.

- Vzájemné uznávání diplomů, osvědčení a jiných dokladů o dosažené kvalifikaci

Pokud musí žadatelé nebo uchazeči předložit osvědčení, diplomy nebo jiné písemné doklady, musí být podle zásady vzájemného uznávání diplomů, osvědčení a jiných dokladů o dosažené kvalifikaci akceptovány rovněž dokumenty z jiných členských států nabízející rovnocennou záruku.

- Přiměřené lhůty

Lhůty pro vyjádření zájmu a podání nabídek by měly být dostatečně dlouhé, aby podniky z jiných členských států mohly zakázku řádně posoudit a vypracovat nabídku.

- Transparentní a objektivní přístup

Všichni účastníci musí předem znát platná pravidla a musí mít jistotu, že tato pravidla platí stejným způsobem pro všechny.“

## Úvodní poznámky

- 110 Úvodem je třeba konstatovat, že argumentace Spolkové republiky Německo vychází z předpokladu, že zakázky, na něž se vztahuje sdělení, nepodléhají žádné obecné povinnosti transparentnosti vyplývající z práva Společenství. Je však nutno konstatovat, jak bylo uvedeno výše (viz body 68 až 100), že tento předpoklad je nesprávný.
- 111 Tribunál dále poukazuje na to, že bod 2.2.1 sdělení má zajistit jednak povinnost zveřejnění uvedenou v bodě 2.1 sdělení a jednak zadání zakázky v souladu s pravidly a zásadami Smlouvy o ES. Z toho důvodu se sdělení opírá o judikaturu Soudního dvora, podle které postup zadávání veřejné zakázky musí být ve všech fázích, a to zejména ve fázi výběru zájemců v rámci omezeného řízení, v souladu jak se zásadou rovného zacházení s případnými uchazeči, tak s povinností transparentnosti tak, aby všichni měli stejné příležitosti při formulaci svých žádostí o účast nebo nabídek (v tomto smyslu, pokud jde o fázi porovnávání nabídek, viz rozsudky Soudního dvora ze dne 25. dubna 1996, *Komise v. Belgie*, C-87/94, Recueil, s. I-2043, bod 54, a ze dne 12. prosince 2002, *Universale-Bau a další*, C-470/99, Recueil, s. I-11617, bod 93).
- 112 Krom toho je třeba uvést, že podle judikatury Soudního dvora zásada rovného zacházení, jejímž jsou články 43 ES a 49 ES zvláštním vyjádřením, zakazuje nejen zjevnou diskriminaci na základě státní příslušnosti, ale také všechny skryté formy diskriminace, které použitím jiných rozlišovacích kritérií vedou ve skutečnosti ke stejnému výsledku (rozsudky Soudního dvora ze dne 29. října 1980, *Boussac Saint-Frères*, 22/80, Recueil, s. 3427, bod 7, a ze dne 5. prosince 1989, *Komise v. Itálie*, C-3/88, Recueil, s. 4035, bod 8), aby tak bylo zajištěno, že veřejné zakázky v různých členských státech budou přístupné všem podnikatelům usazeným ve Společenství. Konečně Soudní dvůr potvrdil zásadu rovného zacházení s uchazeči (rozsudky Soudního dvora ze dne

22. června 1993, Komise v. Dánsko, C-243/89, Recueil, s. I-3353, bod 23, a Komise v. Belgie, bod 111 výše, bod 51). Je tedy třeba zanalyzovat jednotlivé nástroje uvedené v bodě 2.2.1 sdělení s ohledem na výše uvedené.

K bodu 2.2.1 sdělení

– K první odrážce bodu 2.2.1 sdělení

<sup>113</sup> První odrážka bodu 2.2.1 sdělení stanoví nediskriminační popis předmětu zakázky. Je nutno konstatovat, jak připouští sama Spolková republika Německo, že tento požadavek vyplývá již z usnesení Vestergaard, bod 38 výše. U zadávání zakázek tento cíl totiž vyplývá ze zásady rovného zacházení, jejímiž jsou základní svobody zvláštním vyjádřením. Soudní dvůr tak ve své judikatuře konstatoval, že legalita ustanovení obsaženého v zadávací dokumentaci týkající se zakázky, která nedosahuje prahovou hodnotu směrnice 93/37, a tudíž nespadá do působnosti uvedené směrnice, musí být posouzena s ohledem na základní pravidla Smlouvy o ES, mezi něž patří volný pohyb zboží uvedený v článku 28 ES (usnesení Vestergaard, bod 38 výše, bod 21).

<sup>114</sup> K vysvětlení podanému v první odrážce bodu 2.2.1 sdělení, Tribunál podotýká, že podle judikatury v oblasti veřejných zakázek na dodávky, skutečnost, že není po označení určitého výrobku v zadávací dokumentaci doplněno „nebo rovnocenný“, může

nejen odradit hospodářské subjekty používající systém podobný tomuto výrobku od účasti v nabídkovém řízení, ale také v rozporu s článkem 28 ES bránit dovozům v rámci obchodu uvnitř Společenství vyhrazováním zakázky pouze uchazečům, kteří navrhnou použít výslovně uvedený výrobek (rozsudky Soudního dvora ze dne 22. září 1988, Komise v. Irsko, 45/87, Recueil, s. 4929, bod 22; ze dne 24. ledna 1995, Komise v. Nizozemsko, C-359/93, Recueil, s. I-157, bod 27, a usnesení Vestergaard, bod 38 výše, bod 24).

- <sup>115</sup> Obsah první odrážky bodu 2.2.1 sdělení tudíž odpovídá výkladu základních zásad Smlouvy o ES podanému Soudním dvorem.

– K druhé odrážce bodu 2.2.1 sdělení

- <sup>116</sup> Co se týče druhé odrážky bodu 2.2.1 sdělení, a sice rovného přístupu hospodářských subjektů ze všech členských států, Tribunál má za to, že tento cíl, který směřuje k zajištění rovného přístupu k zadávaným zakázkám všem hospodářským subjektům bez ohledu na jejich původ, vyplývá z dodržování zásad svobody usazování a poskytování služeb, jakož i volné soutěže (v tomto ohledu viz stanovisko generálního advokáta Légera předcházejícího rozsudku Soudního dvora ze dne 15. ledna 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria a další, C-44/96, Recueil, s. I-73, I-77, bod 47, převzaté ve stanovisku generálního advokáta Mischa předcházejícím rozsudku Soudního dvora ze dne 1. února 2001, Komise v. Francie, C-237/99, Recueil, s. I-939, I-941, bod 49), a zejména ze zásady rovného zacházení (viz výše bod 112) v jejím vyjádření zásady zákazu diskriminace na základě státní příslušnosti uvedené v článku 12 ES.

- 117 Je zřejmé, že zásada zákazu diskriminace zakazuje zadavatelům, aby kladli přímo či nepřímo diskriminující podmínky, jak stanoví druhá odrážka bodu 2.2.1 sdělení. Obecné podmínky zadávací dokumentace musí být podle judikatury Soudního dvora v souladu s veškerými relevantními ustanoveními práva Společenství, zejména pak se zákazy vyplývajícími ze zásad zakotvených ve Smlouvě o ES v oblasti práva usazování a volného pohybu služeb, jakož i se zásadou zákazu diskriminace na základě státní příslušnosti (v tomto smyslu viz rozsudky Soudního dvora ze dne 9. července 1987, CEI a Bellini, 27/86 až 29/86, Recueil, s. 3347, bod 15, a ze dne 20. září 1988, Beentjes, 31/87, Recueil, s. 4635, body 29 a 30).
- 118 V důsledku toho zásada rovného zacházení s uchazeči pokrývá obsah první a druhé odrážky bodu 2.2.1 sdělení.

– Ke třetí odrážce bodu 2.2.1 sdělení

- 119 Třetí odrážka bodu 2.2.1. sdělení zavádí zásadu vzájemného uznávání, která umožňuje zajistit volný pohyb zboží a služeb, aniž je nezbytná harmonizace vnitrostátních právních předpisů členských států (rozsudek Soudního dvora ze dne 20. února 1979, Rewe-Zentral, 120/78, Recueil, s. 649). V tomto ohledu je třeba připomenout, že orgány členských států jsou povinny zohlednit všechny diplomy, osvědčení a jiné doklady o dosažené kvalifikaci, jakož i relevantní zkušenosti zájemce o zakázku, a to porovnáním způsobilosti potvrzené těmito diplomy a zkušenostmi na jedné straně se znalostmi a kvalifikací, které vyžadují vnitrostátní právní předpisy na straně druhé (obdobně viz zejména ohledně přístupu k povolání, rozsudky Soudního dvora ze dne 7. května 1991, Vlassopoulou, C-340/89, Recueil, s. I-2357, body 16, 19 a 20; ze dne 9. února 1994, Haim, C-319/92, Recueil, s. I-425, body 27 a 28; ze dne 14. září 2000,

Hocsman, C-238/98, Recueil, s. I-6623, bod 23, a ze dne 22. ledna 2002, Dreessen, C-31/00, Recueil, s. I-663, bod 24).

- <sup>120</sup> Soudní dvůr zdůraznil, že tato judikatura je pouhým judikatorním vyjádřením zásady inherentní základním svobodám Smlouvy o ES a že tato zásada neztrácí část své právní hodnoty z důvodu přijetí směrnic týkajících se vzájemného uznávání diplomů (rozsudky Hocsman, bod 123 výše, body 24 a 31, a Dreessen, bod 123 výše, bod 25) a že z toho plyne, že členské státy musejí dodržovat své povinnosti v oblasti vzájemného uznávání, jaké vyplývají z výkladu článků 43 ES a 47 ES podaného Soudním dvorem (obdobně viz zejména ohledně přístupu k povolání rozsudek Dreessen, bod 123 výše, bod 27 a citovaná judikatura). V tomto ohledu Soudní dvůr již rozhodl, že vzájemné uznávání musí umožnit vnitrostátním orgánům se objektivně přesvědčit o tom, že zahraniční diplom osvědčuje, že jeho držitel má znalosti a dovednosti, když ne totožné, tak alespoň rovnocenné se znalostmi a kvalifikací osvědčovanými vnitrostátním diplomem (v tomto smyslu viz rozsudek Soudního dvora ze dne 15. října 1987, Heylens a další, 222/86, Recueil, s. 4097, bod 13).
- <sup>121</sup> Z toho plyne, že cíl sledovaný třetí odrážkou bodu 2.2.1 sdělení nevytváří nové povinnosti pro členské státy.

– Ke čtvrté odrážce bodu 2.2.1 sdělení

- <sup>122</sup> Co se týče požadavku přiměřených lhůt, které mají podnikům z jiných členských států umožnit zakázku řádně posoudit a vypracovat svoji nabídku, je třeba připomenout, že zadavatelé musejí dodržovat zásadu volného pohybu služeb a zásadu zákazu diskriminace, jejichž cílem je chránit zájmy hospodářských subjektů usazených v některém

členském státě, které si přejí nabízet zboží nebo služby zadavatelům usazeným v jiném členském státě (rozsudky Soudního dvora ze dne 3. října 2000, *University of Cambridge*, C-380/98, Recueil, s. I-8035, bod 16; ze dne 1. února 2001, *Komise v. Francie*, bod 116 výše, bod 41; HI, bod 76 výše, bod 43, a *Universale-Bau* a další, bod 111 výše, bod 51). Jejich cílem je vyloučit riziko, že při každém zadání zakázky zadavateli budou upřednostněni tuzemští uchazeči nebo zájemci (v tomto smyslu viz rozsudek *Universale-Bau* a další, bod 111 výše, bod 52 a citovaná judikatura).

- <sup>123</sup> V důsledku toho cíl čtvrté odrážky bodu 2.2.1 sdělení, kterým je zabránit zadavateli, aby mohl prostřednictvím lhůt daných uchazečům vyloučit z účasti hospodářský subjekt usazený v jiném členském státě, vyplývá ze zásad Smlouvy o ES, což znamená, že tato část sdělení rovněž nezavádí žádnou novou povinnost.

– K páté odrážce bodu 2.2.1 sdělení

- <sup>124</sup> Co se týče obsahu páté odrážky bodu 2.2.1 sdělení, má Tribunál za to, že jak již bylo zdůrazněno Soudním dvorem, cílem zajištění dodržování zásad rovného zacházení s uchazeči a transparentnosti je právě to, aby všichni případní uchazeči již v okamžiku přípravy svých nabídek znali kritéria pro zadání zakázky, která musejí uvedené nabídky splňovat, jakož i poměrný význam těchto kritérií [pokud jde o čl. 27 odst. 2 směrnice Rady 90/531/EHS ze dne 17. září 1990 o postupech při zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a telekomunikací (*neoficiální překlad*) (Úř. věst. L 297, s. 1), který zní v podstatně totožně jako



čl. 30 odst. 2 směrnice 93/37, viz rozsudky Komise v. Belgie, bod 111 výše, body 88 a 89, a Universale-Bau a další, bod 115 výše, bod 99]. Pátá odrážka bodu 2.2.1 sdělení tak směřuje k zajištění toho, aby v souladu s judikaturou Soudního dvora měli všichni případní uchazeči stejné příležitosti při formulaci svých žádostí o účast nebo nabídek.

- 125 Vzhledem k výše uvedenému má Tribunál za to, že prostředky k dodržení spravedlivých podmínek hospodářské soutěže uvedené v jednotlivých odrážkách bodu 2.2.1 sdělení, slouží v souladu s judikaturou Soudního dvora jak k dodržení zásady rovného zacházení s případnými uchazeči, tak povinnosti transparentnosti, jakož i k dodržení volného pohybu služeb při zadání zakázky (rozsudky Komise v. Belgie, bod 111 výše, bod 54, a Universale-Bau a další, bod 111 výše, bod 93), a tudíž nezavádějí nové povinnosti.

K bodu 2.2.2 sdělení

- 126 Bod 2.2.2 sdělení stanoví následující:

„Omezení počtu žadatelů vyzvaných k podání nabídky

Veřejní zadavatelé mohou přijmout opatření k omezení počtu žadatelů na přiměřenou úroveň, pokud tak učiní transparentním a nediskriminačním způsobem. Za tímto účelem mohou například použít objektivní faktory, jako jsou zkušenosti

žadatelů v dotyčném odvětví, velikost a infrastruktura jejich podniku, jejich technická a odborná způsobilost nebo jiné faktory. Mohou se dokonce rozhodnout pro losování, a to buď jako jediné kritérium výběru, nebo v kombinaci s jinými kritérii. V každém případě musí být počet žadatelů zařazených do užšího výběru takový, aby byla zajištěna přiměřená hospodářská soutěž.

Veřejní zadavatelé rovněž mohou zvážit použití systémů kvalifikace, u nichž bude v rámci dostatečně zveřejněného, transparentního a otevřeného řízení vypracován seznam způsobilých subjektů. Později při zadávání jednotlivých zakázek v rámci systému může veřejný zadavatel ze seznamu způsobilých subjektů nediskriminačním způsobem vybrat subjekty, které vyzve k podání nabídky (například střídavým losováním subjektů uvedených na seznamu).“

127 Bod 2.2.2 sdělení se týká omezení počtu zájemců vyzvaných k podávání nabídek na přiměřenou úroveň a umožňuje zadavatelům například využít určitých podmínek a možností za předpokladu, že tak učiní transparentním a nediskriminačním způsobem a s cílem zajistit dostatečnou soutěž. Uvedený bod sdělení požaduje zejména použít objektivní kritéria, a to v rámci dostatečně zveřejněného, transparentního a otevřeného řízení.

128 V tomto ohledu je nutno konstatovat, že tyto požadavky jsou plně v souladu se zásadami Smlouvy o ES a judikaturou Soudního dvora. Vyplynávají zejména z judikatury Soudního dvora, podle které postup zadávání veřejné zakázky musí být ve všech fázích, a to zejména ve fázi výběru zájemců v rámci omezeného řízení, v souladu jak se zásadou rovného zacházení s případnými uchazeči, tak se zásadou transparentnosti

tak, aby všichni měli stejné příležitosti při formulaci svých žádostí o účast nebo nabídek (v tomto smyslu, pokud jde o fázi porovnávání nabídek, viz rozsudky Komise v. Belgie, bod 111 výše, bod 54, a Universale-Bau a další, bod 111 výše, bod 93).

K bodu 2.2.3 sdělení

129 Bod 2.2.3 sdělení zní takto:

„Rozhodnutí o zadání zakázky

Je důležité, aby konečné rozhodnutí o zadání zakázky bylo v souladu s procedurálními pravidly, stanovenými od začátku, a aby byly plně dodržovány zásady nediskriminace [zákazu diskriminace] a rovného zacházení. Týká se to zejména řízení, v nichž se dají předpokládat jednání s uchazeči zařazenými do užšího výběru. Tato jednání by měla být organizována tak, aby měli všichni uchazeči přístup ke stejnému množství informací a aby bylo vyloučeno jakékoliv neoprávněné zvýhodnění jednotlivých uchazečů.“

130 Bod 2.2.3 sdělení stanoví, že konečné rozhodnutí o zadání zakázky musí být v souladu se zásadami zákazu diskriminace a rovného zacházení. Tento cíl, ani jeho obsah, nejde dále než zásady, o které se opírá uvedený bod.

- 131 Z výše uvedeného vyplývá, že výčet nástrojů uvedený v bodě 2.2 sdělení týkajícího se zadávání zakázky směřuje v souladu s judikaturou Soudního dvora k zajištění dodržování zásady rovného zacházení s případnými uchazeči, povinnosti transparentnosti, jakož i zásad volného pohybu služeb (rozsudky Komise v. Belgie, pod 111 výše, bod 54, a Universale-Bau a další, bod 111 výše, bod 93) a svobodné soutěže (rozsudek ze dne 1. února 2001, Komise v. Francie, bod 116 výše, bod 49), a tedy nevytváří nové povinnosti, které by mohly být předmětem žaloby na neplatnost.

*3. K třetímu žalobnímu důvodu, vycházejícímu z odchylek od povinnosti předchozího zveřejnění (bod 2.1.4. sdělení)*

a) Argumenty účastníků řízení

- 132 Spolková republika Německo tvrdí, že Komise stanovila nové právní povinnosti tím, že v bodě 2.1.4 sdělení převzala režim výjimky stanovený ve směrnících o zadávání veřejných zakázek u zadávacích řízení po vzájemné dohodě do oblasti zakázek, které se nacházejí mimo působnosti směrnic, přestože uplatnění výjimek stanovených ve směrnících o zadávání veřejných zakázek podléhá požadavku překročení uvedených prahových hodnot.
- 133 Krom toho Spolková republika Německo zpochybňuje argument Komise, podle něhož Komise tím, že rozšířila odchylky od povinnosti zveřejnění stanovené ve směrnících o zadávání veřejných zakázek na veřejné zakázky, které nespadají do působnosti

těchto směrnic, pouze provedla přípustnou analogii, přičemž tento výklad odůvodnila základními zásadami Smlouvy o ES. Podle Spolkové republiky Německo by totiž k tomu, aby tato analogie byla přípustná, bylo zapotřebí právní mezery, čemuž tak v projednávaném případě není, neboť zákonodárce tím, že přijal prahové hodnoty, výslovně rozhodl neuplatňovat tyto požadavky zveřejnění na určité zakázky.

- <sup>134</sup> Spolková republika Německo na jednání uvedla, že odchylky stanovené v bodě 2.1.4 sdělení jsou podle ní vypočteny taxativně, a tudíž další odchylky nejsou možné. Sdělení tedy podle ní obsahuje velmi přísně vymezenou koncepci taxativního výčtu možných odchylek, která je v tomto ohledu v rozporu s judikaturou Soudního dvora v oblasti základních svobod, jako možné odůvodnění rozdílného zacházení objektivními okolnostmi. Sdělení ve spojení se svým bodem 2.1.1 tedy podle ní zavádí bezpodmínečnou povinnost předchozího zveřejnění a vylučuje jakoukoli jinou formu transparentnosti.
- <sup>135</sup> Podle Spolkové republiky Německo text bodu 2.1.4 sdělení, zejména ve své poslední větě, jednoznačně stanoví vazbu na odchylky vyplývající ze směrnic o zadávání veřejných zakázek, a tudíž omezuje výjimky z povinnosti předchozího zveřejnění na tyto odchylky. Jiné výjimky vyplývající z primárního práva jsou tudíž sdělením vyloučeny. Tato koncepce taxativního výčtu odchylek je v rozporu s rozsudkem SECAP, bod 42 výše, který stanoví, že lze vzít v úvahu i jiné odchylky.
- <sup>136</sup> Ve vztahu k odchylkám ze zásady předchozího zveřejnění stanovené v bodě 2.1.4 sdělení Parlament uvádí, že Komise rozšiřuje odchylky stanovené ve směrnicích o zadávání veřejných zakázek, co se týče řízení po vzájemné dohodě, na zakázky, jejichž hodnota je nižší než prahové hodnoty pro použití těchto směrnic. V tomto případě je podle něj obzvláště zřejmé, že Komise ve svém sdělení stanovila autonomní pravidla o zadávání zakázek, aniž zohlednila skutečnost, že předpoklady pro takovou analogii,

tedy neúmyslné opomenutí zákonodárce mimo oblast působnosti směrnic o zadávání veřejných zakázek, nejsou v projednávaném případě splněny.

- <sup>137</sup> Komise tvrdí, že analogie navrhovaná ve sdělení, jež spočívá v rozšíření odchylek od povinnosti předchozího zveřejnění stanovených ve směrnicích o veřejných zakázkách na zakázky, na které se nevztahují tyto směrnice, pouze odráží výklad základních zásad Smlouvy o ES navrhovaný Komisí a nezakotvuje žádnou právní normu. Navíc je Komise toho názoru, že bod 2.1.4 sdělení není restriktivní, nýbrž naopak demonstračně uvádí pouze nejvýznamnější odchylky. Komise zaujetím stanoviska ke specifickému bodu, které spočívá v uplatnění odchylek z povinnosti předchozího zveřejnění stanovených ve směrnicích o zadávání veřejných zakázek na zakázky, na které se vztahuje sdělení, nechtěla docílit toho, aby nebyla přípustná žádná další výjimka z povinnosti předchozího zveřejnění, která by byla v souladu s výše uvedenými zásadami.

## b) Závěry Tribunálu

- <sup>138</sup> Bod 2.1.4 sdělení se podle svého nadpisu uplatní na „[ř]ízení bez předchozího zveřejnění oznámení“. Uvedený bod stanoví:

„Směrnice o zadávání veřejných zakázek obsahují zvláštní odchylky, kterými jsou za určitých podmínek povolena řízení bez předchozího zveřejnění oznámení. Nejdůležitější odchylky se týkají situací krajní naléhavosti způsobené nepředvídatelnými událostmi a zakázek, které mohou být z technických či uměleckých důvodů nebo z důvodů spojených s ochranou výlučných práv provedeny pouze jedním určitým hospodářským subjektem.

Podle Komise lze příslušné odchylky uplatňovat na zadání zakázek, na které se směrnice nevztahují. Proto mohou veřejní zadavatelé zadat takové zakázky bez oznámení předchozího zveřejnění za předpokladu, že splní podmínky stanovené ve směrniciích pro jednu z odchylek.“

<sup>139</sup> Tribunál má především za to, že na rozdíl od toho, co tvrdí Spolková republika Německo, bod 2.1.4 sdělení nijak nevylučuje možnost dalších odchylek od povinnosti předchozího zveřejnění. Jak ostatně připomínají body 1.1 a 1.2 sdělení, členské státy, jakož i jejich zadavatelé jsou totiž povinni dodržovat pravidla a zásady Smlouvy o ES. Potud, pokud tedy tato pravidla a zásady zahrnují výjimky z povinnosti předchozího zveřejnění, mohou se členské státy nebo zadavatelé zadávající veřejnou zakázku, na kterou se vztahuje sdělení, těchto výjimek bez dalšího dovolávat.

<sup>140</sup> V tomto ohledu je třeba zejména uvést, že pokud se členský stát nebo zadavatel může dovolávat ustanovení Smlouvy o ES, které obecně vylučuje použití primárního práva, jako je čl. 86 odst. 2 ES nebo články 296 ES a 297 ES, nebo pokud se uplatní odůvodnění výslovně stanovené v uvedené Smlouvě (viz například veřejný pořádek a veřejné zdraví, vyplývající z článků 46 ES a 55 ES a veřejná moc, vyplývající z článků 45 ES a 55 ES), nebo jsou-li splněny podmínky odůvodnění uznaného judikaturou (viz ohledně naléhavého důvodu obecného zájmu rozsudek Soudního dvora ze dne 27. října 2005, Komise v. Španělsko, C-158/03, nezveřejněný ve Sbírce, bod 35 a citovaná judikatura), nejsou zásady Smlouvy o ES dotčeny. V důsledku toho se v takových případech povinnost zveřejnění stanovená ve sdělení vyplývající ze zásad uvedené Smlouvy, na zadávání veřejné zakázky nepoužije.

<sup>141</sup> Krom toho je důležité zdůraznit, že cílem bodu 2.1.4 sdělení je pouze umožnit zadavatelům, aby mohli uplatňovat odchylky od povinnosti zveřejnění stanovené ve směrniciích o zadávání veřejných zakázek v souladu s podmínkami takového uplatňování stanovenými v uvedených směrniciích, a to i přesto, že se tyto směrnice na veřejné zakázky, na něž se vztahuje sdělení, neuplatní. Jak bylo uvedeno ve stanovisku

generálního advokáta Jacobse předcházejícího rozsudku Soudního dvora ze dne 27. října 2005, Komise v. Itálie (C-525/03, Sb. rozh. s. I-9405, I-9407, body 46 až 49), jestliže je odchylka od směrnic o zadávání veřejných zakázek výslovně povolena, jsou-li splněny podmínky pro použití této odchylky, a jestliže je tak vyjednávací řízení bez předchozího zveřejnění vyhlášení veřejné soutěže odůvodněno, nemůže tedy existovat povinnost zveřejnění. Zásady, které vyplývají ze Smlouvy o ES, tudíž nemohou ukládat povinnost zveřejnění, když směrnice výslovně stanoví odchylku, jinak by tato odchylka byla neúčinná (v tomto smyslu viz rovněž stanovisko generální advokátky Stix Hackl předcházejícího rozsudku Coname, bod 36 výše, Sb. rozh. s. I-7289, bod 93).

- 142 Z toho plyne, že bod 2.1.4 sdělení, než aby vytvářel nové povinnosti pro členské státy, k čemuž má daleko, tak hovoří spíše v jejich prospěch v tom smyslu, že členským státům dovoluje, aby za předpokladu, že jsou splněny podmínky pro jeho použití, nedodržovaly povinnost předchozího zveřejnění.
- 143 Co se týče argumentu Spolkové republiky Německo vycházejícího z rozsudku SECAP, bod 42 výše (viz výše, bod 135), je nutno konstatovat, že tento argument vychází z chybného předpokladu, jelikož bod 2.1.4 sdělení nevyklučuje další možné odchylky.

*4. Ke čtvrtému žalobnímu důvodu, vycházejícímu z řízení o nesplnění povinnosti (bod 1.3 sdělení)*

a) Argumenty účastníků řízení

- 144 Spolková republika Německo podporovaná vedlejšími účastníky řízení nakonec tvrdí, že oznámení učiněné Komisí v bodě 1.3 sdělení, podle něhož v případě nedodržení



stanoveného postupu zahájí řízení pro porušení práva [o nesplnění povinnosti], dokazuje, že tento text je určen k tomu, aby zakládal povinnosti pro členské státy. To je potvrzeno řízením o nesplnění povinnosti č. 2005/4043 proti Spolkové republice Německo týkajícím se zadávání zakázky IIB, která nepodléhala předchozímu zveřejnění: sdělení zde bylo citováno jako by se jednalo o doplňující právní základ. Komise navíc již vedla řízení o nesplnění povinnosti proti některým členským státům, aby zajistila použití zásad nyní vyjádřených ve sdělení na zakázky nespádající do působnosti směrnic o zadávání veřejných zakázek. V tomto ohledu Spolková republika Německo cituje věci, ve kterých byly vydány rozsudky Komise v. Finsko, bod 39 výše, a ze dne 13. listopadu 2007, Komise v. Irsko, bod 57 výše. V důsledku toho podle ní založení právních účinků sdělení vyplývá z jeho bodu 1.3 a z jeho spojitosti s řízením o nesplnění povinnosti.

<sup>145</sup> Krom toho podle Spolkové republiky Německo nejsou účinky sdělení vyplývající z jeho bodu 1.3 pouze informativní, nýbrž rovněž stanoví pravidla chování a mají tudíž právní povahu. To uznala Komise, podle níž by sdělení mělo určit způsob chování. Závazný účinek sdělení vyplývá tedy ze záměru Komise založit svou praxi v oblasti řízení o nesplnění povinnosti na sdělení.

<sup>146</sup> Navíc Parlament v souvislosti s bodem 1.3 sdělení tvrdí, že Komise jakožto autor sdělení zastává zároveň jak pozici ústředního výkonného orgánu Společenství, tak pozici strážce Smluv. Zadavatelé členských států by tedy měli jednat v souladu s obsahem sdělení, aby tak předešli žalobě pro nesplnění povinnosti, u které Komise vychází z pravidel stanovených ve svém vlastním sdělení.

<sup>147</sup> Polská republika dodává, že je třeba očekávat, že pokyny obsažené ve sdělení slouží jako odkaz auditorům Komise, kteří kontrolují postupy zadávání veřejných zakázek financovaných z rozpočtu Evropské unie, a to včetně strukturálních opatření.

V případě eventuálních nesrovnalostí v postupech prováděných v souvislosti s pokyny obsaženými ve sdělení, auditori spíše odmítají kvalifikovat náklady jako náklady financovatelné z finančních prostředků Společenství. Tímto způsobem – navzdory tvrzení uvedenému na začátku sdělení – jsou doporučení v něm obsažená používána „jako právní norma“. Vzhledem k významu finanční pomoci plynoucí z rozpočtu Evropské unie v Polsku je tedy přístup auditorů dostačující okolností k tomu, aby doporučení byla považována za závazná.

- <sup>148</sup> Na rozdíl od argumentace Spolkové republiky Německo, podle níž právní účinek vyplývá z bodu 1.3 sdělení, Komise tvrdí, že možný dopad sdělení na politiku Komise v oblasti řízení o nesplnění povinností nemůže vytvářet právní účinky vůči třetím osobám, ale má důsledky pouze pro samotnou Komisi. Komise totiž nemá prostřednictvím politiky, kterou uplatňuje v řízeních o nesplnění povinností, pravomoc stanovovat povinnosti pro členské státy. Rozsah práv a povinností členských států může být podle ní stanoven právně závazným způsobem pouze ve fázi před Soudním dvorem, v rámci řízení o nesplnění povinností.

## b) Závěry Tribunálu

- <sup>149</sup> Poslední odstavec bodu 1.3 sdělení stanoví:

„Dozví-li se Komise o případném porušení základních norem pro zadávání veřejných zakázek, na které se nevztahují směrnice o zadávání veřejných zakázek, posoudí význam dotčené zakázky pro vnitřní trh s ohledem na specifické okolnosti každého

případu. Řízení pro porušení práva [o nesplnění povinnosti] podle článku [226 ES] bude zahájeno pouze v případech, kdy se to bude zdát přiměřené vzhledem k závažnosti porušení Smlouvy a z toho vyplývajícího dopadu na vnitřní trh.“

- 150 V tomto ohledu je třeba uvést, že Komise může zahájit řízení o nesplnění povinnosti na základě článku 226 ES proti členskému státu za předpokladu, že uvedený stát nedodržuje povinnosti vyplývající pro zadavatele členských států při zadávání veřejné zakázky z pravidel a zásad uvedených ve Smlouvě o ES. V důsledku toho pouhá skutečnost, že bod 1.3 sdělení uvádí možnost zahájení takového řízení nijak nedokazuje – na rozdíl od toho, co tvrdí Spolková republika Německo – že uvedené sdělení vytváří nové povinnosti pro členské státy při zadávání veřejných zakázek, a je tedy aktem zakládajícím právně závazné účinky.
- 151 I když je pravda, že tento bod sdělení může upozorňovat členské státy na to, že podstupují reálné riziko, že proti nim bude zahájeno řízení o nesplnění povinnosti v případě nedodržení jejich povinností vyplývajících z primárního práva Společenství a připomenutých ve sdělení, představuje to pouze faktický důsledek a nezakládá závazný právní účinek (v tomto smyslu viz rozsudky Soudního dvora ze dne 11. listopadu 1981, IBM v. Komise, 60/81, Recueil, s. 2639, bod 19, a ze dne 1. prosince 2005, Itálie v. Komise, C-301/03, Sb. rozh. s. I-10217, bod 30).
- 152 Argumentace Spolkové republiky Německo je tím spíše neúčinná, že zahájení řízení o nesplnění povinnosti na základě článku 226 ES není aktem, který by měl závazný účinek. V rámci uvedeného řízení, jehož část předcházející předložení věci Soudnímu dvoru představuje fázi před zahájením soudního řízení určenou k vyzvání členského státu ke splnění svých povinností, Komise oznámí svůj postoj prostřednictvím stanoviska až poté, co umožní členskému státu, aby předložil své vyjádření. Tato fáze před zahájením soudního řízení nezahrnuje podle Soudního dvora žádný akt Komise,

který by byl právně závazný (rozsudek Soudního dvora ze dne 1. března 1966, Lüticke a další v. Komise, 48/65, Recueil, s. 27, 39).

- 153 Krom toho podle systému zavedeného články 226 ES až 228 ES, určení práv a povinností členských států, jakož i posouzení jejich chování může vyplývat pouze z rozsudku Soudního dvora (v tomto smyslu viz rozsudky Soudního dvora ze dne 27. května 1981, *Essevi a Salengo*, 142/80 a 143/80, Recueil, s. 1413, body 15 a 16, a ze dne 29. září 1998, *Komise v. Německo*, C-191/95, Recueil, s. I-5449, bod 45). Z toho plyne, že na rozdíl od argumentace Spolkové republiky Německo, může mít závazný účinek v této oblasti pouze rozsudek Soudního dvora.
- 154 Argumentace Spolkové republiky Německo a vedlejších účastníků řízení vycházející ze závazného účinku, který vyplývá ze zahájení řízení o nesplnění povinnosti v případě nedodržení postupu stanoveného ve sdělení, musí být proto odmítnuta.
- 155 Tento závěr nelze zpochybnit argumentem Spolkové republiky Německo vycházejícím z bodu 6 stanoviska generálního advokáta Tesaura předcházejícího rozsudku ze dne 16. června 1993, *Francie v. Komise*, bod 28 výše (Recueil, s. I-3292), který se přiklání k výslovnému uznávání závazných právních účinků vyplývajících z hrozby zahájení řízení o nesplnění povinnosti.
- 156 Na rozdíl od projednávaného případu však Komise nikdy během celého řízení, ve kterém byl vydán rozsudek ze dne 16. června 1993, *Francie v. Komise*, bod 28 výše, nezpochybnila závaznost dotčeného aktu. Na základě tohoto předpokladu vyložil generální advokát Tesaura zahájení řízení o nesplnění povinnosti jako doplňující nepřímý důkaz svědčící ve prospěch toho, aby Soudní dvůr neprohlásil bez návrhu žalobu za nepřípustnou, nýbrž přezkoumal její obsah (stanovisko generálního advokáta Tesaura předcházející rozsudku ze dne 16. června 1993, *Francie v. Komise*, bod 28

výše, bod 6). Navíc je třeba uvést, že Soudní dvůr v uvedeném rozsudku nepřevzal tuto úvahu, o kterou se opírá argument Spolkové republiky Německo.

- <sup>157</sup> Vzhledem ke konstatování učiněným v bodech 150 až 153 výše, argument Spolkové republiky Německo, Nizozemského království a Polské republiky směřující k prokázání toho, že Komise sdělením sama sebe omezuje, musí být rovněž odmítnut přinejmenším jako neúčinný. Z textu bodu 1.3 sdělení navíc vyplývá, že Komise ne zahájí řízení o nesplnění povinnosti ve všech případech nesplnění povinnosti, o nichž se dozví, nýbrž, že takové řízení zahájí podle okolností každého jednotlivého případu a přitom se bude řídit dvěma hlavními kritérii – závažností protiprávního jednání a jeho dopadem na vnitřní trh.
- <sup>158</sup> Konečně co se týče argumentu Spolkové republiky Německo, podle něhož Komise odkazovala na sdělení jako na legislativní akt a již vedla několik řízení o nesplnění povinnosti k prosazení uplatňování v něm uvedených zásad, je nutno konstatovat, že neobstojí.
- <sup>159</sup> Co se týče řízení o nesplnění povinnosti č. 2005/4043, jehož se dovolává Spolková republika Německo, je třeba konstatovat, že Komise v bodě 7 odůvodněného stanoviska skutečně odkazuje na sdělení. Nicméně na rozdíl od toho, co tvrdí Spolková republika Německo, sdělení nefiguruje v tomto stanovisku jako právní základ, nýbrž je na konci uvedeného bodu uvedeno pouze jako odkaz v závorce. Výrok odůvodněného stanoviska je založen na článcích 43 ES a 49 ES, jakož i na zásadách rovného zacházení, transparentnosti a zákazu diskriminace.

<sup>160</sup> Stejně je tomu tak u dvou případů, kterých se dovolává Spolková republika Německo a v nichž byly vydány rozsudky Komise v. Finsko, bod 39 výše, a ze dne 13. listopadu 2007, Komise v. Irsko, bod 57 výše. V tomto ohledu je třeba poznamenat, že ve věci, v níž byl vydán rozsudek Komise v. Finsko, bod 39 výše, prohlásil Soudní dvůr žalobu Komise za nepřijatelnou, jelikož když Komise založila žalobu na některých základních pravidlech Smlouvy o ES, a zejména na zásadě zákazu diskriminace, která zahrnuje povinnost transparentnosti, nepředložila dostačující důkazy, které by Soudnímu dvoru umožnily přesně pojmut rozsah porušení práva Společenství vytykaného členskému státu (rozsudek Komise v. Finsko, bod 39 výše, bod 32). V souvislosti s věcí, v níž byl vydán rozsudek ze dne 13. listopadu 2007, Komise v. Irsko, bod 57 výše, je třeba konstatovat, že z uvedeného rozsudku vyplývá, že zveřejnění *ex post* nemůže zaručit odpovídající zveřejnění a že tento rozsudek potvrzuje existenci povinnosti předchozího zveřejnění, což uznala Spolková republika Německo na jednání.

<sup>161</sup> Pokud jde o argument uplatněný Polskou republikou, podle něhož je účinkem sdělení upozornění členskými státy, že podstupují riziko odmítnutí financování Společenstvím některých uskutečněných výdajů, je třeba ještě jednou konstatovat, že se jedná pouze o faktický důsledek, a nikoliv závazný právní účinek uvedeného sdělení (viz bod 151 výše).

<sup>162</sup> Ze všech výše uvedených úvah vyplývá, že sdělení neobsahuje nová pravidla pro zadávání veřejných zakázek, která by šla nad rámec povinností vyplývajících ze stávajícího práva Společenství. Za těchto podmínek nelze mít za to, že sdělení zakládá závazné právní účinky, kterými by mohlo být dotčeno právní postavení Spolkové republiky Německo a vedlejších účastníků řízení, a žaloba musí být tudíž odmítnuta jako nepřijatelná.

## **K nákladům řízení**

- <sup>163</sup> Podle čl. 87 odst. 2 jednacího řádu se účastníku řízení, který neměl úspěch ve věci, uloží náhrada nákladů řízení, pokud to účastník řízení, který měl ve věci úspěch, požadoval. Vzhledem k tomu, že Komise požadovala náhradu nákladů řízení a Spolková republika Německo neměla ve věci úspěch, je důvodné posledně uvedené uložit náhradu nákladů řízení.
- <sup>164</sup> Podle čl. 87 odst. 4 prvního pododstavce téhož jednacího řádu členské státy, které vstoupily do řízení jako vedlejší účastníci, nesou vlastní náklady řízení. V projednávaném případě tedy vedlejší účastníci řízení, kteří vstoupili do řízení na podporu Spolkové republiky Německo, ponесou vlastní náklady řízení.

Z těchto důvodů

TRIBUNÁL (pátý senát)

rozhodl takto:

- 1) Žaloba se odmítá jako nepřijatelná.**
  
- 2) Spolková republika Německo ponесе vlastní náklady řízení a nahradí náklady řízení vynaložené Evropskou komisí.**

- 3) Francouzská republika, Rakouská republika, Polská republika, Nizozemské království, Evropský parlament, Řecká republika a Spojené království Velké Británie a Severního Irsku ponesou vlastní náklady řízení.**

Vilaras

Prek

Ciucă

Takto vyhlášeno na veřejném zasedání v Lucemburku dne 20. května 2010.

Podpisy.



## Obsah

Skutkový základ sporu .....	II - 2036
Řízení .....	II - 2039
Návrhová žádání účastníků řízení .....	II - 2041
K přípustnosti .....	II - 2042
A – Úvodní poznámky .....	II - 2042
B – K obsahu sdělení .....	II - 2045
1. K prvnímu žalobnímu důvodu, vycházejícímu z existence povinnosti předchozího zveřejnění .....	II - 2046
a) Argumenty účastníků řízení .....	II - 2046
Spolková republika Německo .....	II - 2046
Vedlejší účastníci řízení .....	II - 2050
Komise .....	II - 2055
b) Závěry Tribunálu .....	II - 2056
2. Ke druhému žalobnímu důvodu, vycházejícímu z upřesnění povinnosti zveřejnění (bod 2.2 sdělení) .....	II - 2069
a) Argumenty účastníků řízení .....	II - 2069
Spolková republika Německo .....	II - 2069
Vedlejší účastníci řízení .....	II - 2071
Komise .....	II - 2072
b) Závěry Tribunálu .....	II - 2072
Úvodní poznámky .....	II - 2075
K bodu 2.2.1 sdělení .....	II - 2076
– K první odrážce bodu 2.2.1 sdělení .....	II - 2076
	II - 2097

– K druhé odrážce bodu 2.2.1 sdělení .....	II - 2077
– Ke třetí odrážce bodu 2.2.1 sdělení .....	II - 2078
– Ke čtvrté odrážce bodu 2.2.1 sdělení .....	II - 2079
– K páté odrážce bodu 2.2.1 sdělení .....	II - 2080
K bodu 2.2.2 sdělení .....	II - 2081
K bodu 2.2.3 sdělení .....	II - 2083
3. K třetímu žalobnímu důvodu, vycházejícímu z odchylek od povinnosti předchozího zveřejnění (bod 2.1.4. sdělení) .....	II - 2084
a) Argumenty účastníků řízení .....	II - 2084
b) Závěry Tribunálu .....	II - 2086
4. Ke čtvrtému žalobnímu důvodu, vycházejícímu z řízení o nesplnění povinnosti (bod 1.3 sdělení) .....	II - 2088
a) Argumenty účastníků řízení .....	II - 2088
b) Závěry Tribunálu .....	II - 2090
K nákladům řízení .....	II - 2095