

STANOVISKO GENERÁLNÍ ADVOKÁTKY

ELEANOR SHARPSTON

přednesené dne 9. července 2009¹

1. V projednávané věci, která se týká zadávacího řízení na projektové a poradenské služby organizovaného řeckou veřejnou železniční společností, Komise tvrdí, že Řecko porušuje své povinnosti podle směrnice Rady 93/38/EHS (dále jen „směrnice 93/38“)², zásadu rovného zacházení zakotvenou v článku 12 ES, článek 49 ES, který zaručuje volný pohyb služeb uvnitř Společenství a zásadu vzájemného uznávání odborné způsobilosti.

3. Článek 49 ES zakazuje omezení volného pohybu služeb pro státní příslušníky, kteří podnikají v jiném státě Společenství, než se nachází příjemce služeb.

Směrnice 93/38

Relevantní právní úprava Společenství

2. Článek 12 ES zakazuje diskriminaci na základě státní příslušnosti.

4. Směrnice 93/38 koordinuje postup zadávání zakázek subjekty, které jsou orgány veřejné moci nebo veřejnými podniky³ působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a telekomunikací.

1 — Původní jazyk: angličtina.

2 — Směrnice Rady 93/38/EHS ze dne 14. června 1993 o koordinaci postupů při zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a telekomunikací (Úř. věst. L 199, s. 84; Zvl. vyd. 06/02, s. 194), ve znění směrnice Evropského parlamentu a Rady 98/4/ES ze dne 19. února 1998 (Úř. věst. L 101, s. 1; Zvl. vyd. 06/03, s. 91) a směrnice Komise 2001/78/ES ze dne 13. září 2001 (Úř. věst. L 285, s. 1; Zvl. vyd. 06/04, s. 94).

3 — Viz čl. 2 odst. 1 písm. a) směrnice 93/38.

5. Směrnice 93/38 stanoví tři druhy řízení:

- „otevřená řízení“, v nichž mohou všichni dodavatelé, zhotovitelé nebo poskytovatelé služeb, kteří mají zájem, podat nabídku;

- „omezená řízení“, v nichž mohou podat nabídku pouze zájemci, které vyzve zadavatel;

- „vyjednávací řízení“, v nichž zadavatel konzultuje dodavatele, zhotovitele nebo poskytovatele služeb podle svého výběru a vyjednává podmínky zakázky s jedním nebo více z nich⁴.

6. Pojem „veřejné soutěže na projekt“ je definován jako vnitrostátní řízení, která zadavateli umožňují získat plán nebo projekt vybraný porotou na základě soutěže⁵.

7. Článek 4 odst. 1 stanoví, že při organizování, mimo jiné, veřejných soutěží na projekt musí zadavatelé používat postupy přizpůsobené ustanovením směrnice 93/38. Článek 4 odst. 2 stanoví: „Zadavatelé zajistí, aby nedocházelo k diskriminaci mezi jednotlivými dodavateli, zhotoviteli nebo poskytovateli služeb“.

8. Do oblasti působnosti směrnice 93/38 spadají zakázky zadávané subjekty vykonávajícími činností v odvětví dopravy, kdy odhadovaná hodnota (bez DPH) není menší než 400 000 eur v případě zakázek na dodávky a služby nebo 5 000 000 eur v případě zakázek na stavební práce⁶.

9. Články 30 až 38 (hlava V směrnice 93/38) upravují kvalifikaci, výběr a zadání v rámci zadávacího řízení. Článek 31 stanoví:

„1. Zadavatelé, kteří vybírají zájemce pro účast v omezených nebo vyjednávacích řízeních, tak činí podle objektivních kritérií a pravidel, která stanovili písemně a která zpřístupní dodavatelům, zhotovitelům a poskytovatelům služeb, kteří projeví zájem.

4 — Viz čl. 1 odst. 7 směrnice 93/38.

5 — Viz čl. 1 odst. 16 směrnice 93/38.

6 — Čl. 14 odst. 1 písm. c) směrnice 93/38.

2. Použitá kritéria mohou zahrnovat kritéria pro vyloučení uvedená v článku 23 směrnice 71/305/EHS a v článku 20 směrnice 77/62/EHS⁷.

v článku 34, jehož relevantní odstavce stanoví:

„1. Aniž jsou dotčeny právní a správní předpisy o odměňování určitých služeb, vycházejí zadavatelé při zadávání zakázek z těchto kritérií:

3. Kritéria mohou být založena na objektivní potřebě zadavatele snížit počet zájemců na úroveň, která je odůvodněná potřebou vyvážení zvláštních znaků zadávacího řízení a prostředků nezbytných pro jeho uskutečnění. Počet vybraných zájemců však musí brát v úvahu nutnost zajištění dostatečné soutěže.“

a) ekonomicky nejvýhodnější nabídka, která zahrnuje nejrůznější kritéria podle dané zakázky, například: dodací lhůta a lhůta pro dokončení, provozní náklady, efektivnost nákladů, kvalita, estetické a funkční charakteristiky, technická úroveň, záruční servis a technická pomoc, závazky s ohledem na náhradní díly, zabezpečení dodávek a ceny nebo

b) pouze nejnižší cena.

10. Kritéria, z nichž mají zadavatelé vycházet při zadávání zakázek jsou stanovena

⁷ — Stručně řečeno, článek 23 směrnice Rady 71/305/EHS ze dne 26. července 1971 o koordinaci postupů zadávání veřejných zakázek na stavební práce (Úř. věst. L 185, s. 5) stanoví, že jakýkoli *zhotovitel*, a článek 20 směrnice Rady 77/62/EHS ze dne 21. prosince 1976 o koordinaci postupů zadávání veřejných zakázek na služby (Úř. věst. L 13, s. 1) stanoví, že jakýkoli *dodavatel*, který je v konkurzu, byl odsouzen za trestný čin související s jeho profesním jednáním, nesplnil své povinnosti k úhradě daní či příspěvků na sociální zabezpečení nebo záměrně zkreslil předložené údaje, které jsou vyžadovány podle kterékoli z obou směrnic ohledně kterékoli z uvedených skutečností, je vyloučen z účasti na řízení.

2. V případě uvedeném v odst. 1 písm. a) stanoví zadavatelé v zadávací dokumentaci nebo ve vyhlášení zakázky všechna kritéria, která mají v úmyslu použít při zadání zakázky, pokud je to možné v sestupném pořadí podle důležitosti.“

Napadené řízení

11. Směrnice Rady 92/13/EHS⁸ stanoví, že členské státy přijmou nezbytná opatření k zajištění účinného přezkumu rozhodnutí zadavatelů z důvodu, že tato rozhodnutí porušila právo Společenství v oblasti zakázek nebo vnitrostátní předpisy je provádějící⁹. Článek 2 odst. 6 směrnice 92/13 stanoví:

12. Následující skutkový stav je nesporný.

„Účinky výkonu pravomocí uvedených v odstavci 1 na uzavření smlouvy po udělení zakázky se řídí vnitrostátními předpisy. S výjimkou případu, kdy je třeba rozhodnutí před přiznáním náhrady škody zrušit, může členský stát dále stanovit, že poté, co byla uzavřena smlouva po udělení zakázky, je pravomoc orgánů příslušných k přezkumnému řízení omezena na přiznání náhrady škody osobám poškozeným protiprávním jednáním.“

13. Dne 24. října 2003 bylo v *Úředním věstníku Evropské unie* zveřejněno vyhlášení zakázky na různé inženýrské a související projektové služby v rámci výstavby komplexu Thriaso Pedio na okraji Atén (dále jen „napadené řízení“). Bylo uvedeno, že se jedná o otevřené řízení. Zadavatelem byl ERGA OSE AE.

14. ERGA OSE AE je veřejný subjekt poskytující veřejné služby v oblasti železniční přepravy. Odhadovaná hodnota zakázky v rámci napadeného řízení činila 3 240 000 eur, což výrazně přesahuje kvantitativní prahy stanovené v čl. 14 odst. 1 písm. c) směrnice 93/38.

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

9 — Článek 1 směrnice 92/13.

15. Vyhlášení zakázky v napadeném řízení bylo zadavatelem zveřejněno v souladu s vnitrostátními právními požadavky platnými v rozhodné době, zejména zákonem č. 716/1977¹⁰.

a) řeckých poradenských společností, které jsou zapsány v příslušném vnitrostátním rejstříku a jsou držiteli osvědčení:

16. Oddíl III vyhlášení zakázky obsahoval právní, hospodářské, finanční a technické informace, které byli zájemci povinni poskytnout. Relevantní ustanovení byla následující:

[...]

„[...]

2.1) Informace týkající se individuální situace [...] poskytovatelů služeb a formální údaje nezbytné k posouzení jejich minimální hospodářské a technické způsobilosti:

b) zahraničních poradenských společností založených podle právních předpisů členského státu Evropské unie nebo EHP, jejichž ústředí, hlavní místo podnikání nebo sídlo leží v Evropské unii nebo EHP [...] Zahraniční poradci musí mít formální a věcnou kvalifikaci pro každou kategorii studie odpovídající kvalifikaci požadované pro řecké poradce, kteří jsou zapsáni v příslušném řeckém rejstříku poradců, a poradenské společnosti musí disponovat zaměstnanci pro každou kategorii studie, kteří odpovídají zaměstnancům požadovaným pro řecké poradenské společnosti.

2.1.3) Technická způsobilost – Požadované podklady: A. Vyjádření zájmu bude přijato od

Zdůrazňuje se, že zahraniční poradenské společnosti/poradci, kteří předložili vyjádření zájmu v zadávacím řízení organizovaném

¹⁰ — Zákon č. 716/1977 byl později zrušen a nahrazen zákonem č. 3316/2005.

ERGA OSE AE v období šesti měsíců předcházejících datu vyjádření zájmu z jejich strany v této soutěži a kteří uvedli kvalifikaci odpovídající kategoriím osvědčení odlišným od těch, které jsou vyžadovány v tomto řízení, nebudou přijati¹¹.“

S přihlédnutím k čl. 34 odst. 1 písm. a) [směrnice 93/38] bude zakázka zadána v souladu s následujícími kritérii:

17. Oddíl IV napadeného oznámení upravuje procesní aspekty soutěže.

1. Konkrétní a obecná praxe, zejména projektové práce prováděné v rámci obdobných projektů buď poradenskými společnostmi nebo poradci a jejich vědeckými pracovníky.

„1) Povaha řízení: otevřené

[...]

2. Reálná schopnost vypracovat studii v plánovaném časovém rámci, a to společně s přijatými závazky k provedení jiných studií, a konkrétní vědecký a provozní personál navrhovaný pro vypracování dotyčné studie, jakož i vybavení týkající se předmětu studie [...].“

2) Kritéria pro zadání zakázky:

ekonomicky nejvýhodnější nabídka
v souladu s následujícími kritérii [...]:

18. Je nesporné, že odkaz na kategorie kvalifikací v čl. III 2.1.3 písm. b) (dále jen „napadené ustanovení“) odráží skutečnost, že v Řecku je uplatňován systém klasifikace inženýrů, jenž řadí inženýry do kategorií podle délky, úrovně a složitosti jejich studia a dělí rovněž inženýrské společnosti do skupin podle klasifikace jejich inženýrů. Pro zahraniční poradenské společnosti a poradce obdobný systém klasifikace neexistuje a takové společnosti tedy nebyly povinny se takto registrovat.

11 — Příklad z vyhlášení zakázky (2003/S 205-185214), který je uveden ve vyhlášení zveřejněném v Úředním věstníku. Poslední odstavec (který jsem zvýraznila kurzivou s ohledem na jeho význam) je aspektem, který Komise napadá, a je jedinou částí napadeného vyhlášení zakázky uvedenou v její žalobě.

Postup před zahájením soudního řízení

19. V průběhu roku 2004 Komise obdržela dvě stížnosti od společnosti, jež tvrdila, že nepodala přihlášku do napadeného řízení, neboť se považovala za vyloučenou z důvodu, že je zahraniční společností a že se v období posledních šesti měsíců účastnila soutěže vyhlášené stejným zadavatelem, v níž byla klasifikace odlišná od klasifikace požadované v napadeném řízení.

20. Komise uvedenou stížnost přezkoumala a došla k závěru, že kritérium uvedené v napadeném ustanovení vyhlášení zakázky i) stanovilo další důvod pro vyloučení nespádající mezi důvody uvedené v taxativním výčtu v čl. 31 odst. 2 směrnice 93/38 a ii) zavádí diskriminaci zahraničních poradenských firem či poradců v rozporu s povinnostmi řeckých orgánů podle práva Společenství.

21. Dne 28. června 2005 Komise zaslala řeckým orgánům dopis s žádostí o prošetření stížnosti. Řecké orgány odpověděly dne 22. července 2005.

22. Komisi zasláná odpověď neuspokojila a zaslala proto Řecku dne 18. října 2005 výzvu dopisem.

23. Řecké orgány na tuto výzvu odpověděly dne 14. prosince 2005. Zdůraznily, že napadené ustanovení nevyžaduje registraci zahraničních společností, ale pouze stanoví způsob prokázání jejich praxe. Řecké orgány namítly, že ERGA OSE AE ve skutečnosti nevyloučila na základě uvedeného ustanovení žádnou zahraniční společnost.

24. Komise shledala odpověď řeckých orgánů nedostatečnou a dne 4. července 2006 proto vydala odůvodněné stanovisko. V něm došla k závěru, že napadené ustanovení je v rozporu se směrnicí, zásadou vzájemného uznávání diplomů a zásadou rovného zacházení a že nerozlišuje mezi kritérii pro výběr a kritérii pro zadání zakázky, což je v této oblasti vyžadováno právními předpisy.

25. Řecké orgány na toto stanovisko odpověděly dne 30. června 2006 a uvedly, i) že vnitrostátní právní předpisy, na nichž bylo vyhlášení zakázky založeno (zákon č. 716/1977), byly změněny a jakákoli žaloba pro nesplnění povinnosti je tedy nepřipustná,

ii) že zakázky již byly v dobré víře zadány třetím osobám a nemohou proto být zrušeny, a iii) že napadené ustanovení nemá absolutně žádný vliv na volnou hospodářskou soutěž.

Vyhovění odůvodněnému stanovisku

Argumentace účastníků řízení

26. Odpověď řeckých orgánů na její odůvodněné stanovisko Komisi neuspokojila a zahájila proto toto řízení pro nesplnění povinnosti.

29. Řecké orgány argumentují, že odůvodněnému stanovisku vyhověly před uplynutím stanovené lhůty, neboť zákon č. 716/1977 byl zrušen a nahrazen zákonem č. 3316/2005, kterým bylo vyloučeno použití takových ustanovení, jako je napadené ustanovení, a vyjasněn rozdíl mezi kritérii pro výběr a kritérii pro zadání zakázky.

K přípustnosti

27. Řecké orgány argumentují, že žaloba je nepřijatelná ze tří důvodů. Tvrdí zaprvé, že odůvodněnému stanovisku vyhověly před uplynutím stanovené lhůty. Zadruhé uplatňují, že rozsah žaloby Komise jde nad rámec výtek vznesených během postupu před zahájením soudního řízení. Zatřetí tvrdí, že údajné nesplnění povinnosti již není možné napravit zrušením zakázek, které již byly zadány v rámci napadeného řízení, a to z určitých praktických důvodů (viz body 39 až 41 tohoto stanoviska) a s ohledem na účinky čl. 2 odst. 6 směrnice 92/13.

30. Ve své replice Komise vysvětluje, že předmětem žaloby není vnitrostátní právní rámec. Zrušení zákona č. 716/1977 není tedy z hlediska tohoto řízení relevantní.

Posouzení

28. Podle mého názoru je žaloba Komise přípustná.

31. Souhlasím s Komisí.

32. Vzhledem k tomu, že argumentace Komise vychází výhradně z napadeného

řízení, nemá zrušení zákona č. 716/1977 žádný vliv na podstatu žaloby Komise a žaloba proto nemůže být z tohoto důvodu nepřijatelná.

Posouzení

35. Podle ustálené judikatury je předmět řízení zahájeného na základě článku 226 ES vymezen postupem před zahájením soudního řízení a v důsledku toho musí být odůvodněné stanovisko Komise a žaloba založeny na stejných důvodech¹².

Rozsah žaloby

Argumentace účastnic řízení

33. Řecké orgány namítají, že rozsah žaloby jde nad rámec výtek vznesených během postupu před zahájením soudního řízení, a to ve dvou ohledech. Uplatňují zaprvé, že Komise poprvé vznesla výtku, že Řecko nezrušilo zadávací řízení, v odůvodněném stanovisku, a nikoli ve výzvě dopisem. Zadruhé argumentují, že výtku, podle níž došlo k porušení práva Společenství z důvodu uplatňované správní praxe, byla poprvé vznesena v žalobě Komise. Řecko rovněž tvrdí, že výrok odůvodněného stanoviska je vágní a nepřesný.

36. Mám za to, že řecká vláda neprokázala, že Komise rozšířila předmět své žaloby nad rámec odůvodněného stanoviska. Komise se nedomáhá určení, že řecké orgány mají zrušit zadávací řízení. Neuplatňuje ani porušení povinností vyplývajících z práva Společenství z důvodu uplatňované správní praxe¹³.

37. Rozsah žaloby tedy odpovídá postupu před zahájením soudního řízení.

38. Obdobně z ustálené judikatury Soudního dvora vyplývají podmínky, které je třeba splnit pro podání žaloby podle článku 226 ES. Návrh

34. Komise vysvětluje, že rozsah její žaloby je omezen na napadené řízení. Ve své replice Komise výslovně uvádí, že netvrdí, že k porušení práva Společenství řeckými orgány dochází z důvodu uplatňované správní praxe.

¹² — Rozsudek ze dne 26. dubna 2007, Komise v. Finsko (C-195/04, Sb. rozh. s. I-3351, bod 18 a citovaná judikatura).

¹³ — Viz například rozsudek ze dne 19. března 2009, Komise v. Řecko (C-489/06, Sb. rozh. s. I-1797, bod 48), pokud jde o aspekty, které je třeba stanovit, aby bylo možné prokázat, že členský stát nesplnil své povinnosti z důvodu správní praxe.

na zahájení řízení musí v zásadě uvádět předmět sporu a stručný popis žalobních důvodů, na nichž je založen, a tyto údaje musí být natolik jasné a přesné, aby umožnily žalovanému připravit si obhajobu a Soudnímu dvoru vykonávat přezkum¹⁴.

39. Mám za to, že výrok odůvodněného stanoviska vymezuje důvody výtky Komise způsobem, který umožňuje řeckým orgánům seznámit se s argumenty, které jsou proti nim uplatňovány. Nesouhlasím proto, že by návrh Komise na zahájení řízení byl vágní a nepřesný.

Nemožnost nápravy údajného porušení

Argumentace účastnic řízení

40. Řecké orgány argumentují, že údajné porušení není možné napravit z právních a praktických důvodů.

41. Pokud jde o právní důvody, tvrdí, že napadené řízení nelze zrušit a že zakázky, které byly na jeho základě zadány, nemohou být na vnitrostátní úrovni anulovány. Z vnitrostátních právních předpisů provádějících čl. 2 odst. 6 směrnice 92/13 zejména vyplývá, že pravomoc orgánu příslušného k přezkumnému řízení je omezena na přiznání náhrady škody.

42. Komise argumentuje, že směrnice 92/13 se na žalobu v projednávané věci nevztahuje a Řecko se jí proto nemůže dovolávat.

43. Pokud jde o praktické důvody, řecké orgány tvrdí, že projekt je zčásti financován Společenstvím a podléhá proto časovému rámci, který nelze měnit.

44. Je rovněž argumentováno, že pokud by bylo napadené řízení zrušeno a provedeno znovu, došlo by k narušení hospodářské soutěže.

¹⁴ — Rozsudek Komise v. Finsko, uvedený v poznámce pod čarou 12, bod 22 a citovaná judikatura.

Posouzení

deného řízení nelze dosáhnout z praktických důvodů. Není tedy nezbytné se tímto argumentem dále zabývat.

45. Argumenty týkající se právních účinků zrušení se vztahují k právům a právním prostředkům, jež může poškozená osoba uplatnit na vnitrostátní úrovni. Mám za to, že tyto aspekty nejsou relevantní, pokud jde o otázky, které je třeba zodpovědět v tomto řízení o nesplnění povinnosti.

48. Za těchto okolností je žaloba přípustná.

46. Přesněji, směrnice 92/13 členským státům ukládá zajistit účinný přezkum rozhodnutí zadavatelů na vnitrostátní úrovni v případě porušení předpisů Společenství v oblasti zakázek¹⁵. Týká se tedy právních prostředků ve vnitrostátních řízeních, v nichž se jednotlivec domáhá nápravy před vnitrostátními orgány. Řízení pro nesplnění povinnosti podle článku 226 ES má zcela jinou povahu. Taková řízení probíhají na úrovni Společenství a týkají se otázky, zda členský stát porušuje své povinnosti podle práva Společenství. Směrnice 92/13 tedy není v tomto řízení relevantní.

Návrhová žádání

47. Řecké orgány nepředložily žádné důkazy na podporu svých tvrzení, že souladu napa-

49. Komise se domáhá určení, že Řecko tím, že zavedlo *de facto* dodatečné kritérium pro automatické vyloučení, mimo kritérií výslovně stanovených v čl. 31 odst. 2 směrnice 93/38, ke škodě zahraničních poradenských společností, a tím, že nečinilo rozdíl v dotčeném zadávacím řízení mezi kritérii kvalitativního výběru a kritérii pro zadání zakázky, nesplnilo povinnosti, které pro něj vyplývají z právních předpisů Společenství o zadávání veřejných zakázek, a zejména z čl. 4 odst. 2, čl. 31 odst. 1 a 2 a čl. 34 odst. 1 písm. a) směrnice 93/38, jak jsou vyloženy Soudním

¹⁵ — Viz článek 1 směrnice 92/13.

dvorem, jakož i ze zásady vzájemného uznávání odborné způsobilosti, která je upravena právem Společenství o zadávání veřejných zakázek, jakož i z článků 12 ES a 49 ES.

K porušení kritérií týkajících se postupů hodnocení kvalifikace, výběru a zadávání zakázek

K čl. 31 odst. 1 a 2 směrnice 93/38

50. S ohledem na důvody, na jejichž základě je navrhováno výše uvedené určení, je namístě uvést dvě úvodní poznámky.

51. Zprvé musí být jasný právní a skutkový základ navrhovaného určení. Zadruhé Komise nese v řízení podle článku 226 ES důkazní břemeno a musí Soudnímu dvoru předložit informace, které prokazují existenci nesplnění dotčené povinnosti¹⁶.

53. Článek 31 v úvodu obsahuje výslovný odkaz na omezená a vyjednávací řízení¹⁷. Napadené řízení však bylo řízením otevřeným¹⁸. Je tedy třeba posoudit, zda a případně v jakém rozsahu může Komise uplatňovat, že Řecko porušilo své povinnosti podle článku 31 v průběhu napadeného řízení.

54. V odpovědi na otázky položené na jednání Komise přiznala, že článek 31 nezmiňuje výslovně otevřené řízení, argumentovala však, že ustanovení uvedeného článku se uplatní *per analogiam*. Není zcela jasné, co tím měla Komise na mysli a Komise tento argument během ústní části řízení dále nerozvedla.

Argumenty účastníků řízení k věci samé

52. Komise uplatňuje šest žalobních důvodů, které jsem uspořádala do následujících okruhů. Nejprve se budu zabývat tvrzením o porušení kritérií týkajících se postupů hodnocení kvalifikace, výběru a zadávání zakázek. Dále se pak budu zabývat tvrzením o porušení zásad zákazu diskriminace a transparentnosti.

55. Ve svém návrhu na zahájení řízení se však Komise na podporu svého stanoviska dovolává rozsudků Komise v. Španělsko¹⁹, Teckal Srl²⁰ a Komise v. Španělsko²¹. V uvedených

16 — Rozsudek ze dne 18. prosince 2007, Komise v. Irsko (C-532/03, Sb. rozh. s. I-11353, bod 29 a citovaná judikatura).

17 — Článek 31 odst. 1 směrnice 93/38.

18 — Viz bod 17 tohoto stanoviska.

19 — Rozsudek ze dne 17. listopadu 1993 (C-71/92, Recueil, s. I-5923).

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

21 — Rozsudek ze dne 13. ledna 2005 (C-84/03, Sb. rozh. s. I-139).

věcech Soudní dvůr rozhodl, že z oblasti působnosti směrnic o zadávání veřejných zakázek jsou přípustné pouze takové výjimky, které jsou v nich taxativně a výslovně uvedeny. Komise tedy snad argumentuje, že zadavatel může vyloučit zájemce ze zadávacího řízení pouze z důvodů, které jsou výslovně uvedeny v čl. 31 odst. 2, bez ohledu na to, zda se jedná o omezené, vyjednávací nebo otevřené řízení.

vztahuje na dvě výslovně uvedená řízení. Na zbývající řízení (otevřené řízení použité k zadání napadené zakázky) se nevztahuje.

56. Takový argument vyžaduje, aby byla z uvedených věcí odvozena obecná zásada, pokud jde o případy, na něž se směrnice mají vztahovat, a uplatněna ve snaze změnit formulaci konkrétního ustanovení určité směrnice s cílem rozšířit oblast působnosti takového ustanovení z některých řízení na všechna řízení.

57. To není podle mého názoru možné.

58. V projednávané věci je nesporné, že napadené řízení spadalo do oblasti působnosti směrnice 93/38. Obecná zásada stanovená Soudním dvorem v těchto věcech je tedy již splněna. Mám za to, že něco zcela jiného – a nepřipustného – je uplatnit uvedenou obecnou zásadu s cílem přeformulovat text, který začíná slovy „Zadavatelé, kteří vybírají zájemce pro účast v omezených nebo vyjednávacích řízeních [...]“ tak, aby veškerý následující text byl použitelný nikoli pouze pro omezená a vyjednávací řízení, ale pro všechna řízení. Ze zjevného a přirozeného výkladu uvedeného ustanovení vyplývá, že se

59. Tento výklad článku 31 podporují další tři faktory.

60. Zprvče, pokud by autor zamýšlel, aby se text následující po uvedené uvozovací formulaci vztahoval na všechna řízení, nebylo by nic snazšího, než tento úmysl vyjádřit. Postačilo by vynechat slova „kteří vybírají zájemce pro účast v omezených nebo vyjednávacích řízeních“.

61. Zadruhé ze znění dalšího odstavce (čl. 31 odst. 2) do značné míry vyplývá, že výčet kritérií pro vyloučení uvedený v tomto odstavci – ani z hlediska omezených a vyjednávacích řízení – *není* taxativní. Pro ilustraci: anglický text uvádí „The criteria used *may include* the criteria specified in Article 23 of Directive 71/305/EEC and in Article 20 of Directive 77/62/EEC“. Francouzský text zní

„Les critères utilisés *peuvent inclure* ceux d'exclusion énumérés à l'article 23 de la directive 71/305/CEE et à l'article 20 de la directive 77/62/CEE“ a německé znění je „Die angewandten Kriterien können die in Artikel 23 der Richtlinie 71/305/EWG und Artikel 20 der Richtlinie 77/62/EWG angegebenen Ausschlussgründe einschließen“²². Slova „mohou zahrnovat“ v různých jazykových verzích textu naznačují (a podle mého názoru vcelku konzistentně), že uvedený výčet kritérií pro výběr je demonstrativní, a nikoli taxativní.

62. Zatřetí tento výklad je podpořen zněním třetího odstavce. Článek 31 odst. 3 obsahuje další permissivní formulaci (že kritéria pro vyloučení „mohou“ být založena na určitém důvodu, nikoli že „musí“) a přímo spojuje důvod v tomto ustanovení uvedený („na objektivní potřebě zadavatele snížit počet zájemců na úroveň, která je odůvodněná potřebou vyvážení zvláštních znaků zadávacího řízení a prostředků nezbytných pro jeho uskutečnění“) s omezenými a vyjednávacími řízeními. V otevřených řízeních není počet zájemců (z povahy věci) zpočátku snižován: naopak, „všichni dodavatelé, zhotovitelé nebo

poskytovatelé služeb, kteří mají zájem, [mohou] podat nabídku“²³. Pojistka obsažená v poslední větě čl. 31 odst. 3 („Počet vybraných zájemců však musí brát v úvahu nutnost zajištění dostatečné soutěže“) je rovněž dokonale srozumitelná v rámci omezeného a vyjednávacího řízení, ale v otevřeném řízení postrádá smysl. Nic nemůže vést k „zajištění dostatečné soutěže“ lépe, než otevření řízení všem zájemcům.

63. Komise se konečně zčásti dovolává rozsudku La Cascina a další²⁴. Nesouhlasím ovšem, že by uvedený rozsudek mohl Soudnímu dvoru napomoci při výkladu článku 31 směrnice 93/38. V rozsudku La Cascina a další Soudní dvůr rozhodl, že článek 29 směrnice 92/50/ES ze dne 18. června 1992 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na služby²⁵ stanoví (taxativně) sedm důvodů pro vyloučení zájemců z účasti v soutěži o veřejnou zakázku. Článek 31 směrnice je však konstruován odlišně od článku 29 směrnice 92/50. Článek 31 odst. 1 obsahuje kogentní ustanovení, podle něhož zájemci budou vybráni podle „objektivních kritérií a pravidel, která stanovili“ a stanoví, že zadavatelé je „zpřístupní dodavatelům, zhotovitelům a poskytovatelům služeb, kteří projeví

22 — Viz obdobné „Los criterios empleados podrán incluir [...]“, „I criteri utilizzati possono comprendere [...]“, „De gehanteerde criteria kunnen [...] omvatten“, a „Os critérios utilizados podem incluir...“ ve španělské, italské, nizozemské a portugalské verzi.

23 — Viz čl. 1 odst. 7, uvedený v bodu 5 tohoto stanoviska, a porovnej definice otevřeného, omezeného a vyjednávacího řízení.

24 — Rozsudek ze dne 9. února 2006 (C-226/04 a C-228/04, Sb. rozh. s. I-1347, bod 22).

25 — Úř. věst. L 209, s. 1; Zvl. vyd. 06/01, s. 322.

zájem“. Na rozdíl od článku 29, čl. 31 odst. 2 a 3 tedy poskytují členským státům určitý prostor pro uvážení, pokud jde o kritéria pro vyloučení, jež mohou použít.

67. V otevřeném řízení musí zadavatel pouze rozhodnout, komu (z řad poskytovatelů služeb, kteří projevíli zájem a předložili nabídku) má být zakázka zadána.

64. Mám tedy za to, že výtky Komise, podle níž bylo napadené řízení v rozporu s čl. 31 odst. 1 a 2, je nesprávná.

68. Napadené řízení bylo otevřené.

K čl. 34 odst. 1 písm. a) směrnice 93/38

69. Není mi proto jasné, z čeho Komise vychází ve svém tvrzení, že zadavatel prováděl dvoufázový proces, který zahrnoval použití kritérií pro výběr i kritérií pro zadání zakázky.

65. Komise tvrdí, že řecké orgány v rozporu se svými povinnostmi podle čl. 34 odst. 1 písm. a) nerozlišovaly v této konkrétní soutěži mezi kvalitativními kritérii pro výběr a kritérii pro zadání zakázky.

70. Stěžovatel nepředložil v napadeném řízení nabídku, neboť měl za to, že je ze soutěže automaticky vyloučen s ohledem na znění čl. 2.1.3 oddílu III vyhlášení zakázky. Komise nepředložila Soudnímu dvoru žádný důkaz, ať už s ohledem na napadené řízení nebo jiná zadávací řízení, kterým by podložila své tvrzení, že řecké orgány nerozlišovaly mezi kritérii pro výběr a kritérii pro zadání zakázky.

66. V omezeném nebo vyjednávacím řízení sestává zadávací řízení ze dvou fází: první fáze, kdy zadavatel (na základě kritérií pro výběr) vybírá zájemce, které vyzve k podání nabídek nebo k zahájení jednání, a druhé fáze, kdy zadavatel (na základě kritérií pro zadání zakázky) rozhodne, komu bude zakázka zadána.

71. Mám tedy za to, že tento žalobní důvod je neopodstatněný.

K porušení zásady vzájemného uznávání podle směrnice

vzájemného uznávání odborné způsobilosti a zda postupem použitým v napadeném řízení byly porušeny zásady zákazu diskriminace a transparentnosti (argumenty podle čl. 4 odst. 2 směrnice 93/38 a článků 12 ES a 49 ES).

72. Komise tvrdí, že řecké orgány nesplnily svou povinnost uplatnit zásadu vzájemného uznávání. Komise neuvádí na podporu tohoto svého tvrzení žádné hmotněprávní ustanovení směrnice, ale uvádí, že vychází z bodů 34 a 36 odůvodnění směrnice²⁶. Z ustálené judikatury však vyplývá, že preambule aktu Společenství není závazná²⁷.

K vzájemnému uznávání zvláštní odborné způsobilosti podle Smlouvy

73. Neexistuje proto žádný základ pro další posouzení uvedeného argumentu.

75. Zásada vzájemného uznávání odborné způsobilosti je odvozena z judikatury Soudního dvora týkající se svobody usazování²⁸. Platí však stejně i pro poskytování služeb²⁹.

74. Soudnímu dvoru proto zbývá posoudit dvě otázky: zda řecké orgány porušují své povinnosti vyplývající ze Smlouvy ohledně

76. Komise argumentuje, že v důsledku napadeného ustanovení nemohou zájemci

26 — Bod 34 odůvodnění uvádí, že požaduje-li se pro účast v zadávacím řízení nebo veřejné soutěži na projekt doklad o zvláštní odborné způsobilosti, platí příslušné předpisy Společenství o vzájemném uznávání odborné způsobilosti. Bod 36 odůvodnění stanoví, že v oblasti působnosti směrnice platí zásada vzájemného uznávání. Platí zde přitom mnohokrát opakované pravidlo, že odůvodnění popisuje důvody hmotněprávních ustanovení, jak vyžaduje článek 253 ES.

27 — Viz rozsudek ze dne 24. listopadu 2005, *Deutsches Milchkontor* (C-136/04, Sb. rozh. s. I-10095, bod 32 a citovaná judikatura).

28 — Viz například rozsudky ze dne 7. května 1991, *Vlassopoulou* (C-340/89, Recueil, s. I-2357, body 15 až 17), a ze dne 7. října 2004, *Markopoulos a další* (C-255/01, Sb. rozh. s. I-9077, bod 63 a citovaná judikatura).

29 — Podle ustálené judikatury článek 49 ES vyžaduje nejen odstranění jakékoli diskriminace poskytovatele služeb z důvodu jeho státní příslušnosti, ale rovněž odstranění jakéhokoli omezení, je-li takové povahy, že může zakazovat činnosti poskytovatele usazeného v jiném členském státě, kde legálně poskytuje obdobné služby, být na překážku těmto činnostem nebo je činit méně atraktivními. Viz rozsudek ze dne 17. července 2008, *Komise v. Francie* (C-389/05, Sb. rozh. s. I-5337, bod 57).

prokázat svou kvalifikaci a praxi na základě pravidel, která by platila v jejich domovských členských státech.

K porušení zásad zákazu diskriminace a transparentnosti

K článku 4 odst. 2 směrnice 93/38

77. Řecké orgány odmítají výklad napadeného ustanovení uplatňovaný Komisí a tvrdí, že prokázání technické praxe a kvalifikace je méně zatěžující pro zahraniční společnosti, než pro společnosti vnitrostátní. Tvrdí, že na základě napadeného ustanovení nebyl z účasti v soutěži vyloučen žádný zájemce.

80. Je nesporné, že napadené řízení spadá do oblasti působnosti směrnice³⁰ a že ERGA OSE AE tedy podléhá jejím ustanovením.

78. Stěžovatel sám nepředložil nabídku, protože se považoval za automaticky vyloučeného z napadeného řízení. Otázka, zda by řecké orgány uznaly jeho odbornou způsobilost, či nikoli, tak nebyla zodpovězena. Komise rovněž nijak Soudnímu dvoru neprokázala, že zadavatel neuznal odbornou způsobilost zájemce z jiného členského státu, který předložil nabídku k posouzení v napadeném řízení.

81. Článek 4 odst. 2 směrnice 93/38 stanoví, že zadavatelé „zajistí“, aby nedocházelo k diskriminaci mezi jednotlivými dodavateli, zhotoviteli nebo poskytovateli služeb.

79. Z výše uvedeného vyplývá, že tento žalobní důvod je třeba odmítnout jako neopodstatněný.

82. V rámci své judikatury týkající se zadávání veřejných zakázek Soudní dvůr nerozlišuje mezi „zásadou zákazu diskriminace“ a „zásadou rovného zacházení“. Konstatuje přitom, že zásada rovného zacházení je základním kamenem směrnic o zadávání veřejných zakázek³¹. Obdobně vysvětluje, že zásada zákazu diskriminace v oblasti zadávání veřejných zakázek představuje zvláštní vyjád-

³⁰ — Viz bod 14 tohoto stanoviska.

³¹ — Rozsudek ze dne 16. prosince 2008, Michaniki (C-213/07, Sb. rozh. s. I-9999, body 44 a 45 a citovaná judikatura).

ření stejnojmenné obecné zásady práva Společenství³².

znevýhodnění postupem uplatňovaným zadavatelem“.

83. Ze zásady rovného zacházení pak vyplývá povinnost transparentnosti, která se dodržuje při všech postupech při zadávání veřejných zakázek³³, aby všichni potenciální zájemci měli stejnou příležitost při formulování svých nabídek³⁴.

85. V uvedené věci Soudní dvůr rozhodl, že zveřejnění *omezených informací* v *Úředním věstníku Evropských společenství* představuje diskriminaci, neboť zájemci, kteří měli přístup k dalším informacím zveřejněným ve vnitrostátním věstníku, byli zvýhodněni, neboť jim byly známy veškeré údaje týkající se přesného rozsahu předpokládaných prací³⁶.

84. Zásada transparentnosti vyžaduje, aby zadavatel zajistil, že všichni potenciální uchazeči mají snadný přístup k podmínkám, které platí pro podávání nabídek. To zahrnuje i údaje o odborné způsobilosti, jíž musí zájemci disponovat, aby se mohli soutěže zúčastnit. V rozsudku Komise v. Francie³⁵ Soudní dvůr uvedl: „[...] čl. 4 odst. 2 směrnice [93/38], který zakazuje jakoukoli diskriminaci mezi uchazeči, rovněž chrání ty, kteří jsou odrazeni od účasti v soutěži, neboť jsou

86. Splnily řecké orgány požadavky čl. 4 odst. 2, pokud jde o napadené řízení?

87. Řecké orgány argumentují, že napadené ustanovení nevylučuje potenciální zájemce. Podle jejich názoru pouze stanoví nutnost předložení diplomů a oficiálních atestací a dokladů o obecné technické praxi s cílem prokázat, že uchazeč má konkrétní minimální technickou způsobilost. Řecko argumentuje, že zahraniční poradenské společnosti či

32 — Rozsudky ze dne 13. října 2005, Parking Brixen (C-458/03, Sb. rozh. s. I-8585, bod 48) a ze dne 8. října 1980, Überschar (810/79, Recueil, s. 2747, bod 16).

33 — Viz například rozsudky ze dne 25. dubna 1996, Komise v. Belgie (C-87/94, Recueil, s. I-2043, body 51 až 54); ze dne 7. prosince 2000, Telaustria a Telefonadress (C-324/98, Recueil, s. I-10745, bod 61), a La Cascina a další, uvedený v poznámce pod čarou 24, bod 32.

34 — Rozsudek ze dne 12. prosince 2002, Universale-Bau a další (C-470/99, Recueil, s. I-11617, bod 93).

35 — Rozsudek ze dne 5. října 2000 (C-16/98, Recueil, s. I-8315, bod 109), kde se Soudní dvůr zabýval čl. 4 odst. 2 směrnice 93/38.

36 — Viz rozsudek Komise v. Francie, uvedený v poznámce pod čarou 35, bod 111.

poradci byli skutečně do určité míry zvýhodněni oproti vnitrostátním uchazečům, neboť měli možnost prokázat, že splňují podmínky jakýmkoli vhodným způsobem, včetně přihlédnutí k dřívějším prohlášením týkajícím se jejich praxe. Řecko navíc zdůrazňuje, že v případě pochybností ohledně své situace mohl jakýkoli zájemce jednoduše požádat zadavatele o vyjasnění.

denské společnosti či poradce, neboť (výslovně) uvádí, že za určitých zvláštních okolností by nebyli přijati jako zájemci.

88. Komise tvrdí, že napadené ustanovení lze vykládat pouze v tom smyslu, že zahraniční projektové či poradenské společnosti by byly klasifikovány na základě klasifikace dřívější kvalifikace předložené zadavateli (v předcházejících šesti měsících). Komise upozorňuje, že tato podmínka odradila stěžovatele od účasti v napadeném řízení. Komise má rovněž za to, že napadené ustanovení zavádí dodatečnou podmínku, která je obzvláště obtížně splnitelná pro zahraniční projektové či poradenské společnosti.

89. Souhlasím s Komisí.

90. Zprvč podle mého názoru mělo napadené ustanovení pravděpodobně nevyhnutelně odrazující účinek pro zahraniční pora-

91. Zadruhé řecké orgány neprokázaly, že informace vyjasňující případné zacházení s nabídkou poradenských společností či poradců byly potenciálním zájemcům snadno dostupné v okamžiku zveřejnění vyhlášení zakázky.

92. Konečně nesouhlasím s argumentem řeckých orgánů, že jelikož v případě pochybností o své způsobilosti mohli potenciální zahraniční zájemci položit dotaz zadavateli, pokud by měli zájem vyjasnit svou situaci, neexistoval zde žádný odrazující účinek. Zásada transparentnosti vyžaduje, aby se potenciální uchazeč mohl na základě snadno dostupných zveřejněných informací rozhodnout, zda podá nabídku, či nikoli. Nepostačuje, že může zjistit svou skutečnou situaci, pokud vyvine iniciativu a podstoupí obtíže a náklady spojené s dalšími podrobnými dotazy³⁷. To platí *a fortiori*, pokud (jako je tomu v projednávané věci) je ve zveřejněných

37 — Netvrdím tím, že dochází k porušení zásady transparentnosti, pokud potenciální uchazeč může získat podrobnější informace prostřednictvím jednoduché žádosti předložené zadavateli: viz mé stanovisko k věci Lämertzahl (rozsudek ze dne 11. října 2007, C-241/06, Sb. rozh. s. I-8415, body 70 až 73).

podmínkách výzvy k podání nabídek výslovně uvedeno, že určitá kategorie potenciálních zájemců z jiných členských států, do níž patří, bude vyloučena z posuzování.

96. Jelikož však napadené řízení spadá do oblasti působnosti směrnice, není nutné se zabývat použitím ustanovení Smlouvy³⁸.

93. Je navíc zřejmé, že přinejmenším jeden potenciální zájemce (stěžovatel) byl skutečně odrazen od podání nabídky.

K nákladům řízení

94. Mám tedy za to, že napadené řízení nesplňovalo požadavky čl. 4 odst. 2 směrnice 93/38.

97. Komise i řecká vláda požádaly o náhradu nákladů řízení. Mám za to, že Komise by měla být úspěšná pouze na základě jediného z jejích žalobních důvodů. Způsob, jímž bylo řízení vedeno jeho účastnicemi, příliš nepomohl Soudnímu dvoru při vymezení parametrů věci a vyjasnění argumentů, jichž se obě strany dovolávají.

K článkům 12 ES a 49 ES

95. Diskriminace na základě státní příslušnosti, která znemožňuje nebo brání volnému pohybu služeb, je samozřejmě zakázána podle článku 49 ES – který je zvláštním vyjádřením obecné zásady zákazu diskriminace na základě státní příslušnosti stanovené v článku 12 ES v oblasti služeb.

98. Podle čl. 69 odst. 3 prvního pododstavce jednacího řádu by tedy každá z účastnic řízení měla nést vlastní náklady řízení.

³⁸ — Viz obdobně rozsudek ze dne 18. prosince 2007, Laval un Partneri (C-341/05, Sb. rozh. s. I-11767, body 54 a 55).

Závěry

99. Navrhuji proto, aby Soudní dvůr:

- „– určil, že řecké orgány tím, že zahrnuly napadené ustanovení do vyhlášení zakázky (2003/S 205-185214), aniž by poskytly další informace o způsobilosti zahraničních poradenských společností či poradců podat nabídku, nesplnily své povinnosti podle čl. 4 odst. 2 směrnice Rady 93/38/EHS ze dne 14. června 1993 o koordinaci postupů při zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a telekomunikací;
- ve zbývajících částech žalobu zamítl;
- uložil každé z účastnic řízení, aby nesla své vlastní náklady řízení.“