



## Zbierka súdnych rozhodnutí

NÁVRHY GENERÁLNEHO ADVOKÁTA  
YVES BOT  
prednesené 10. apríla 2014<sup>1</sup>

**Vec C-19/13**

**Ministero dell'Interno  
proti  
Fastweb SpA[návrh na začatie prejudiciálneho konania, ktorý podala**

Consiglio di Stato (Taliansko)]

„Verejné zákazky — Smernica 89/665/EHS — Postup preskúmania v oblasti verejného obstarávania — Neexistencia podmienok vyžadovaných pre rokovacie konanie bez uverejnenia oznámenia o vyhlásení zadávacieho konania — Právomoc orgánu zodpovedného za postupy preskúmania vyhlásiť zmluvu, ktorej predmetom je zadanie zákazky, za neúčinnú — Rozsah výnimky stanovenej v článku 2d ods. 4 smernice 89/665, podľa ktorej musí tento orgán zachovať účinky zmluvy — Zásada rovnosti zaobchádzania — Právo na účinný prostriedok nápravy“

1. V konaní o prejednávacom prejudiciálnom návrhu má Súdny dvor spresniť rozsah zrušovacej a sankčnej právomoci, ktorú vnútroštátnemu súdu priznáva článok 2d smernice 89/665/EHS<sup>2</sup>, ak tento súd konštatuje, že verejná zákazka bola zadaná v rozpore s pravidlami zverejnenia a umožnenia hospodárskej súťaže stanovenými smernicou 2004/18/ES<sup>3</sup>.

2. Cieľom smernice 89/665 je zabezpečiť účinné uplatňovanie pravidiel verejného obstarávania tým, že sa zaručí existencia účinných a rýchlych postupov preskúmania vo všetkých členských štátoch.<sup>4</sup> Zmenou zavedenou smernicou 2007/66 chcel normotvorca Únie zvýšiť účinnosť týchto postupov prostredníctvom posilnenia záruk transparentnosti a nediskriminácie. Na tento účel normotvorca Únie zaviedol v článku 2d smernice 89/665 sankcie, ktoré majú byť účinné a odrádzajúce<sup>5</sup>, aby sa zaručila účinná súdna ochrana potenciálnych uchádzačov a poškodených hospodárskych subjektov a aby sa bojovalo proti najzávažnejším porušeniam práva verejného obstarávania, ktoré predstavuje protiprávne priame zadávanie zákaziek.

3. Podľa článku 2d ods. 1 písm. a) smernice 89/665 členské štáty zabezpečia, aby orgán zodpovedný za preskúmanie, ktorý je nezávislý od verejného obstarávateľa, považoval zmluvu za neúčinnú, ak verejný obstarávateľ zadal zákazku bez predchádzajúceho uverejnenia oznámenia o vyhlásení zadávacieho konania v *Úradnom vestníku Európskej únie* bez toho, aby to povoľovala smernica 2004/18/ES.

1 — Jazyk prednesu: francúzština.

2 — Smernica Rady z 21. decembra 1989 o koordinácii zákonov, iných právnych predpisov a správnych opatrení týkajúcich sa uplatňovania postupov preskúmania v rámci verejného obstarávania tovarov a prác (Ú. v. ES L 395, s. 33; Mim. vyd. 06/001, s. 246) zmenená a doplnená smernicou Európskeho parlamentu a Rady 2007/66/ES z 11. decembra 2007 (Ú. v. EÚ L 335, s. 31) (ďalej len „smernica 89/665“).

3 — Smernica Európskeho parlamentu a Rady z 31. marca 2004 o koordinácii postupov zadávania verejných zákaziek na práce, verejných zákaziek na dodávku tovaru a verejných zákaziek na služby (Ú. v. EÚ L 134, s. 114; Mim. vyd. 06/007, s. 132).

4 — Pozri tretie odôvodnenie, ako aj článok 1 ods. 1 tretí pododsek smernice 89/665. Pozri tiež rozsudok Komisia/Nemecko (C-503/04, EU:C:2007:432, bod 35 a citovanú judikatúru).

5 — Pozri odôvodnenia 27 a 28 smernice 2007/66.

4. Existuje však výnimka z tejto zásady, ktorá je stanovená v článku 2d *ods.* 4 smernice 89/665, a v prejednáwanej veci je potrebné preskúmať jej rozsah.

5. Toto ustanovenie znie:

„Členské štáty ustanovia, že odsek 1 písm. a) tohto článku sa neuplatňuje, ak:

- verejný obstarávateľ považuje zadanie zákazky bez predchádzajúceho uverejnenia oznámenia o vyhlásení zadávacieho konania v *Úradnom vestníku Európskej únie* za prípustné v súlade so smernicou 2004/18...,
- verejný obstarávateľ uverejnil v *Úradnom vestníku Európskej únie* oznámenie uvedené v článku 3a tejto smernice, v ktorom vyjadruje svoj zámer uzavrieť zmluvu, a
- zmluva sa neuzavrela pred uplynutím lehoty najmenej 10 kalendárnych dní, ktorá začína plynúť dňom nasledujúcim po dni uverejnenia tohto oznámenia.“

6. Podľa článku 3a smernice 89/665 musí verejný obstarávateľ v oznámení, v ktorom vyjadruje svoj zámer uzavrieť zmluvu, uviesť svoje meno, ako aj svoje kontaktné údaje. Musí tiež opísať predmet zákazky a odôvodniť svoje rozhodnutie o jej zadaní bez predchádzajúceho uverejnenia oznámenia o vyhlásení zadávacieho konania v *Úradnom vestníku Európskej únie*. Okrem toho musí uviesť názov a kontaktné údaje hospodárskeho subjektu, v prospech ktorého sa rozhodlo o zadaní zákazky, a v prípade potreby musí doplniť akékoľvek ďalšie informácie, ktoré považuje za užitočné na tento účel.

7. Článok 2d *ods.* 4 smernice 89/665 má uľahčiť preskúmanie pred uzavretím zmluvy, keďže súd môže uverejnením oznámenia vyjadrujúceho zámer uzavrieť zmluvu<sup>6</sup> a odložením podpísania zmluvy aspoň o 10 dní včas napraviť porušenie pravidiel verejného obstarávania<sup>7</sup>.

8. Svojím návrhom na začatie prejudiciálneho konania sa Consiglio di Stato (Štátna rada, Taliansko) pýta Súdneho dvora na výklad a platnosť tohto ustanovenia z hľadiska zásady rovnosti zaobchádzania, ktorá je zakotvená v judikatúre ako základná zásada práva Únie, a práva na účinný prostriedok nápravy, ktoré je zakotvené v článku 47 Charty základných práv Európskej únie (ďalej len „Charta“).

9. Tento návrh bol podaný v konaní medzi Ministero dell'Interno (ministerstvo vnútra) a spoločnosťou Fastweb SpA (ďalej len „Fastweb“). Predmetom tohto sporu je zadanie verejnej zákazky spoločnosti Telecom Italia SpA (ďalej len „Telecom Italia“) v hodnote 521 500 000 eur týkajúcej sa poskytovania elektronických komunikačných služieb počas siedmich rokov.

10. V prejednáwanej veci je nesporné, že Ministero dell'Interno nedodržalo pravidlá verejného obstarávania, keďže túto zákazku zadalo prostredníctvom rokovacieho konania bez predchádzajúceho uverejnenia oznámenia o vyhlásení zadávacieho konania v *Úradnom vestníku Európskej únie*.

11. Rozhodnutím z 8. januára 2013 Consiglio di Stato rozhodla, že táto zákazka bola zadaná protiprávne, a zrušila ju.

6 — Toto oznámenie sa nazýva aj „oznámenie pre dobrovoľnú transparentnosť *ex-ante*“.

7 — Pozri odôvodnenie 28 smernice 2007/66.

12. Consiglio di Stato však konštatovala, že Ministero dell'Interno uverejnilo v *Úradnom vestníku Európskej únie* oznámenie vyjadrujúce jeho zámer uzavrieť zmluvu so spoločnosťou Telecom Italia v súlade s článkom 3a smernice 89/665. Tiež uznala, že Ministero dell'Interno dodržalo minimálnu desaťdňovú odkladnú lehotu od zadania zákazky po podpísanie zmluvy. Na základe článku 2d ods. 4 tejto smernice by teda vnútroštátny súd bol povinný zachovať účinky tejto zmluvy aj napriek jej protiprávnosti.

13. V tejto súvislosti vnútroštátny súd skúmal, aký je rozsah zrušovacej a sankčnej právomoci priznanej vnútroštátnemu súdu.

14. Consiglio di Stato v dôsledku toho prerušila konanie a položila Súdnemu dvoru nasledujúce prejudiciálne otázky:

- „1. Má sa článok 2d ods. 4 smernice [89/665] vykladať v tom zmysle, že ak verejný obstarávateľ predtým, než priamo zadal zákazku určitému hospodárskemu subjektu, ktorého vybral bez predchádzajúceho uverejnenia oznámenia o vyhlásení zadávacieho konania, uverejnil v *Úradnom vestníku Európskej únie* oznámenie pre dobrovoľnú transparentnosť *ex ante* a zmluvu uzavrel až po uplynutí najmenej desiatich dní, automaticky to – vždy a za každých okolností – vylučuje, aby vnútroštátny súd vyhlásil zmluvu za neúčinnú, aj keď zistí porušenie ustanovení, ktoré za určitých podmienok umožňujú zadať zákazku bez vykonania zadávacieho konania?
2. Subsidiárne, je článok 2d ods. 4 smernice [89/665] – ak sa má vykladať v tom zmysle, že vylučuje možnosť vyhlásiť zmluvu na základe vnútroštátnej právnej normy (článku 122 správneho poriadku) za neúčinnú napriek tomu, že súd zistil porušenie ustanovení, ktoré za určitých podmienok umožňujú zadať zákazku bez vykonania zadávacieho konania – v súlade so zásadami rovnosti účastníkov konania, zákazu diskriminácie a ochrany hospodárskej súťaže a zabezpečuje právo na účinný prostriedok nápravy zakotvené v článku 47 Charty...?“

15. Pripomienky predložili účastníci konania vo veci samej, talianska, rakúska a poľská vláda, ako aj Európsky parlament, Rada Európskej únie a Európska komisia.

16. V týchto návrhoch uvediem, že účel smernice 89/665 ani znenie jej článku 2d nebránia tomu, aby členský štát priznal orgánu zodpovednému za postup preskúmania právomoc posúdiť, v akom rozsahu sa má zmluva uzavretá bez predchádzajúceho uverejnenia oznámenia o vyhlásení zadávacieho konania v *Úradnom vestníku Európskej únie* považovať za neúčinnú, ak tento orgán konštatuje, že verejný obstarávateľ napriek uverejneniu oznámenia vyjadrujúceho jeho zámer uzavrieť zmluvu v *Úradnom vestníku Európskej únie* a dodržaniu minimálnej desaťdňovej odkladnej lehoty dní od zadania tejto zákazky po podpísanie zmluvy zámerne a úmyselne porušil pravidlá zverejnenia a umožnenia hospodárskej súťaže stanovené smernicou 2004/18.

#### I – Skutkové okolnosti sporu vo veci samej

17. Oddelenie verejnej bezpečnosti Ministero dell'Interno uzavrelo v roku 2003 so spoločnosťou Telecom Italia dohodu o správe a vývoji telekomunikačných služieb, ktorej účinnosť sa mala skončiť 31. decembra 2011.

18. Vzhľadom na skončenie účinnosti tejto dohody Ministero dell'Interno rozhodnutím z 15. decembra 2011 opäť určilo spoločnosť Telecom Italia za svojho dodávateľa a technického partnera pri správe a vývoji týchto služieb.

19. So zreteľom na zadanie zákazky sa Ministero dell'Interno domnievalo, že môže použiť rokovacie konanie bez predchádzajúceho uverejnenia oznámenia o vyhlásení zadávacieho konania, pričom vychádzalo zo znenia článku 57 ods. 2 písm. b) legislatívneho dekrétu č. 163 – Zákonníka verejných zákaziek na práce, služby a dodávku tovaru, ktorým sa vykonávajú smernice 2004/17/ES a 2004/18/ES (decreto legislativo n. 163 – Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE), z 12. apríla 2006<sup>8</sup>, ktorým sa do talianskeho právneho poriadku preberá článok 28 ods. 1 písm. e) smernice 2009/81/ES<sup>9</sup>.

20. Podľa tohto posledného uvedeného ustanovenia môže verejný obstarávateľ zadať zákazku rokovacím konaním bez uverejnenia oznámenia o vyhlásení zadávacieho konania, „ak sa z technických dôvodov alebo z dôvodov súvisiacich s ochranou výlučných práv zákazka môže zadať len určitému hospodárskemu subjektu“.

21. V prejednávacom prípade sa Ministero dell'Interno domnievalo, že Telecom Italia je z technických dôvodov a z dôvodov ochrany (určitých) výlučných práv jediným hospodárskym subjektom schopným vykonať zákazku na služby.

22. Toto rozhodnutie bolo predložené Avvocatura Generale dello Stato, ktorá 20. decembra 2011 zaujala kladné stanovisko k zákonnosti plánovaného postupu.

23. V ten istý deň Ministero dell'Interno uverejnilo v *Úradnom vestníku Európskej únie* oznámenie vyjadrujúce jeho zámer zadať spoločnosti Telecom Italia zákazku, ktorej predmetom bolo „poskytovanie elektronických komunikačných služieb oddeleniu verejnej bezpečnosti a zboru karabinieriov, konkrétne hlasových telefónnych služieb, mobilných telefónnych služieb a dátových komunikačných služieb, pri dodržiavaní všetkých podmienok dôvernosti a bezpečnosti informácií v záujme národnej bezpečnosti“.

24. Dňa 22. decembra 2011 Ministero dell'Interno prijalo správne rozhodnutie, ktorým vyzvalo spoločnosť Telecom Italia, aby sa 23. decembra 2011 zúčastnila na plánovanom rokovaní.

25. Účastníci podpísali rámcovú dohodu 31. decembra 2011, teda po uplynutí desaťdňovej lehoty počítanej odo dňa uverejnenia oznámenia v *Úradnom vestníku Európskej únie*, na sedem rokov a na sumu 521 500 000 eur.

26. Oznámenie o zadaní zákazky bolo uverejnené v *Úradnom vestníku Európskej únie* 16. februára 2012.

27. Fastweb podala žalobu o neplatnosť na Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Správny súd pre región Lazio), ktorý je orgánom zodpovedným za postupy preskúmania týkajúce sa zadania verejnej zákazky v Taliansku. Fastweb navrhla vyhlásiť zadanie tejto zákazky za neplatné a neúčinné z dôvodu, že neboli splnené podmienky uvedené v článku 28 ods. 1 písm. e) smernice 2009/81 na uplatnenie rokovacieho konania bez uverejnenia oznámenia o vyhlásení zadávacieho konania.

28. Tribunale amministrativo regionale per il Lazio tejto žalobe vyhovel. Konštatoval, že údaje a okolnosti, na ktoré sa odvoláva Ministero dell'Interno, nepredstavujú „technické dôvody“ v zmysle článku 57 ods. 2 písm. b) legislatívneho dekrétu č. 163/2006, ale sú založené na dôvodoch súvisiacich s príhodnosťou a s ťažkosťami, ktoré by mohli vyplývať zo zadania zákazky inému hospodárskemu

8 — Riadna príloha GURI č. 100 z 2. mája 2006. Tento dekrét bol zmenený a doplnený legislatívnym dekrétom č. 152 z 11. septembra 2008 (riadna príloha GURI č. 231 z 2. októbra 2008) (ďalej len „legislatívny dekrét č. 163/2006“).

9 — Smernica Európskeho parlamentu a Rady z 13. júla 2009 o koordinácii postupov pre zadávanie určitých zákaziek na práce, zákaziek na dodávku tovaru a zákaziek na služby verejnými obstarávateľmi alebo obstarávateľmi v oblastiach obrany a bezpečnosti a o zmene a doplnení smerníc 2004/17/ES a 2004/18/ES (Ú. v. EÚ L 216, s. 76) zmenená a doplnená nariadením Komisie (EÚ) č. 1251/2011 z 30. novembra 2011 (Ú. v. EÚ L 319, s. 43) (ďalej len „smernica 2009/81“). Článok 28 ods. 1 písm. e) smernice 2009/81 preberá v podstate v rovnakom znení znenie článku 31 ods. 1 písm. b) smernice 2004/18.

subjektu. Tribunale amministrativo regionale per il Lazio po zrušení zadania zákazky konštatoval, že nemôže vyhlásiť zmluvu za neúčinnú, keďže Ministero dell'Interno si splnilo povinnosť transparentnosti a dodržalo minimálnu odkladnú lehotu stanovenú v článku 121 ods. 5 správneho poriadku, ktorým sa do talianskeho právneho poriadku preberá článok 2d ods. 4 smernice 89/665.

29. Tribunale amministrativo regionale per il Lazio naopak konštatoval, že tieto ustanovenia nebránia tomu, aby vyhlásil zmluvu za neúčinnú od 31. decembra 2013, a to na základe znenia článku 122 správneho poriadku.

30. Ministero dell'Interno, ako aj Telecom Italia podali proti tomuto rozsudku odvolanie na Consiglio di Stato.

31. Consiglio di Stato potvrdila zrušenie zadania predmetnej zákazky. Tiež rozhodla, že verejný obstarávateľ dostatočne nepreukázal, že boli splnené podmienky na uplatnenie rokovacieho konania bez uverejnenia oznámenia o vyhlásení zadávacieho konania. V tejto súvislosti konštatovala, že všetky pripomienky a predložené listiny, vrátane technickej správy, nesvedčia o objektívnej nemožnosti zveriť tieto služby iným hospodárskym subjektom, ale skôr o zložitosti takého riešenia, a to najmä preto, lebo podľa Ministero dell'Interno by také riešenie spôsobilo zmeny a náklady a vyžadovalo by si adaptačné obdobia.

32. Consiglio di Stato naopak skúmala, aké následky treba vyvodiť z takého zrušenia, pokiaľ ide o účinky predmetnej zmluvy, vzhľadom na zásady stanovené normotvorcom Únie v článku 2d ods. 4 smernice 89/665.

## II – Talianske právo

33. Smernica 89/665 bola prebratá do talianskeho právneho poriadku legislatívnym dekrétom č. 53 z 20. marca 2010, ktorého obsah bol následne prebratý do článku 120 a naśl. správneho poriadku.

34. Článkom 121 ods. 1 správneho poriadku sa do talianskeho právneho poriadku preberá článok 2d ods. 1 smernice 89/665. Uvedené ustanovenie správneho poriadku stanovuje, že súd, ktorý zruší definitívne zadanie zákazky, vyhlási zákazku za neúčinnú v nasledujúcich prípadoch, pričom v závislosti od návrhov účastníkov konania a posúdenia závažnosti správania obstarávateľa a skutkového stavu spresní, či je vyhlásenie neúčinnosti obmedzené na plnenia, ktoré sa majú ešte vykonať ku dňu uverejnenia rozhodnutia, alebo či pôsobí spätne:

- ak k definitívnemu zadaniu zákazky došlo bez predchádzajúceho uverejnenia oznámenia o vyhlásení zadávacieho konania v *Úradnom vestníku Európskej únie* alebo v *Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana*, pokiaľ toto uverejnenie predpisuje legislatívny dekrét č. 163/2006,
- ak k definitívnemu zadaniu zákazky došlo rokovacím konaním bez uverejnenia oznámenia alebo zjednodušeným zadáním bez toho, aby to bolo povolené, a spôsobilo to neuverejnenie oznámenia v *Úradnom vestníku Európskej únie* alebo v *Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana*, pokiaľ také uverejnenie predpisuje legislatívny dekrét č. 163/2006.

35. Článok 2d ods. 4 smernice 89/665 bol prebratý článkom 121 ods. 5 správneho poriadku, ktorý stanovuje, že neúčinnosť zákazky stanovená v odseku 1 písm. a) a b) tohto článku 121 sa neuplatní, pokiaľ obstarávateľ:

- odôvodneným aktom pred začatím zadávacieho konania určil, že postup bez predchádzajúceho uverejnenia oznámenia o vyhlásení zadávacieho konania v *Úradnom vestníku Európskej únie* alebo v *Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana* je povolený legislatívnym dekrétom č. 163/2006,

- uverejnil oznámenie – ak ide o zákazky s významom pre Spoločenstvo, v *Úradnom vestníku Európskej únie*, a ak ide o podprahové zákazky, v *Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana* – pre dobrovoľnú transparentnosť *ex ante* v zmysle článku 79a legislatívneho dekrétu č. 163/2006, v ktorom prejavil svoj zámer uzavrieť zmluvu, a
- neuzavrel zmluvu pred uplynutím desiatich dní odo dňa nasledujúceho po uverejnení oznámenia v zmysle uvedeného písmena b).

36. Článok 122 správneho poriadku ďalej stanovuje, že okrem prípadov uvedených v článku 121 ods. 1 správneho poriadku súd, ktorý zruší definitívne zadanie zákazky, určí, či je potrebné vyhlásiť zákazku za neúčinnú, pričom uvedie deň, od ktorého je neúčinná, najmä s prihliadnutím na záujmy účastníkov konania, na skutočnú možnosť žalobcu získať zákazku vzhľadom na zistené vady, na stav vykonávania zmluvy a na možnosť pokračovať v jej vykonávaní v prípadoch, keď z vady zadania zákazky nevyplýva povinnosť obnoviť konanie a bola podaná žiadosť o pokračovanie vo vykonávaní zmluvy.

37. Článok 3a smernice 89/665 týkajúci sa obsahu a formy oznámenia pre dobrovoľnú transparentnosť *ex ante* je prebratý v článku 79a legislatívneho dekrétu č. 163/2006.

### III – Moja analýza

38. Rozhodol som sa preskúmať obidve otázky, ktoré položila Consiglio di Stato, spoločne.

39. Týmito otázkami sa Consiglio di Stato v podstate pýta Súdneho dvora, či je vnútroštátny súd podľa článku 2d *ods.* 4 smernice 89/665 – vykladaného z hľadiska zásady rovnosti zaobchádzania a práva na účinný prostriedok nápravy – povinný bez ohľadu na okolnosti zachovať účinky zmluvy uzavretej bez predchádzajúceho uverejnenia oznámenia o vyhlásení zadávacieho konania, ak verejný obstarávateľ uverejnil oznámenie vyjadrujúce jeho zámer uzavrieť zmluvu v *Úradnom vestníku Európskej únie* a dodržal minimálnu desaťdňovú odkladnú lehotu od zadania tejto zákazky po podpísanie zmluvy stanovenú v uvedenom ustanovení.

40. Domnievam sa, že nie. Zastávam totiž názor, že článok 2d *ods.* 4 smernice 89/665 nemôže zaviesť taký automatický postup, lebo inak by bol ohrozený potrebný účinok ustanovení zavedených normotvorcom Únie v rámci smernice 2007/66 a mohlo by dôjsť k porušeniu niektorých základných zásad, ktoré tento normotvorca priznáva poškodenému hospodárskemu subjektu.

41. Článok 2 smernice 2004/18 nazvaný „Zásady zadávania zákaziek“ ukladá verejnemu obstarávateľovi povinnosť zaobchádzať s hospodárskymi subjektmi rovnako a nediskriminačne a konať transparentne.

42. V tejto súvislosti Súdny dvor rozhodol, že zásada rovnosti zaobchádzania s uchádzačmi alebo záujemcami predstavuje základnú zásadu práva Únie v oblasti verejných zákaziek.<sup>10</sup> Dodržiavanie uvedenej zásady má umožniť zabezpečiť voľný pohyb služieb v Európskej únii a jej cieľom je podporiť rozvoj zdravej a účinnej súťaže medzi dotknutými hospodárskymi subjektmi vo všetkých členských štátoch.<sup>11</sup> Ako pripomenul Súdny dvor, táto zásada v dôsledku toho bráni akémukoľvek rokovaniu medzi verejným obstarávateľom a uchádzačom v rámci postupu zadávania zákazky. Dodržiavanie zásady rovnosti zaobchádzania znamená nielen neexistenciu diskriminácie na základe štátnej

10 — Pozri úvahy venované tejto zásade, ktoré som uviedol v bode 34 a nasl. návrhov, ktoré som predniesol vo veci Wall (C-91/08, EU:C:2009:659).

11 — Pozri najmä rozsudok Manova (C-336/12, EU:C:2013:647, bod 28). Pozri tiež rozsudok Wall (C-91/08, EU:C:2010:182), v ktorom Súdny dvor spresnil, že „[články 43 ES a 49 ES] a zásady rovnosti zaobchádzania a zákazu diskriminácie na základe štátnej príslušnosti, ako aj povinnosť transparentnosti, ktorá z nich vyplýva,... sledujú tie isté ciele, ako sú ciele stanovené... smernicou [Rady 92/50/EHS z 18. júna 1992 o koordinácii postupov verejného obstarávania služieb (Ú. v. ES L 209, s. 1; Mim. vyd. 06/001, s. 322) zmenenou a doplnenou smernicou Komisie 2001/78/ES z 13. septembra 2001 (Ú. v. ES L 285, s. 1; Mim. vyd. 06/004, s. 94)], najmä upravujú voľný pohyb služieb a nastolenie nenarušenej hospodárskej súťaže v členských štátoch“ (bod 48).

príslušnosti, ale aj povinnosť transparentnosti postupu verejného obstarávania.<sup>12</sup> Cieľom tejto transparentnosti je najmä zabezpečiť pre všetkých potenciálnych uchádzačov adekvátny stupeň zverejnenia zadávacieho konania umožňujúci prístupnosť postupu konkurencii a kontrolu nestrannosti postupu.<sup>13</sup> Transparentnosť má teda zabrániť riziku uprednostňovania a arbitrárnosti verejného obstarávateľa, aby títo uchádzači mali pri zostavovaní svojich ponúk rovnaké šance.<sup>14</sup>

43. Takéto povinnosti zakladajú práva hospodárskych subjektov, ktoré musia podliehať účinnej súdnej ochrane zo strany vnútroštátneho súdu. Vnútroštátny súd teda musí byť schopný zabezpečiť úplnú vykonateľnosť súdneho rozhodnutia a musí mať právomoc uložiť účinné, primerané a odradzujúce sankcie s cieľom zabezpečiť úplnú účinnosť pravidiel verejného obstarávania.

44. Práve na zabezpečenie účinného uplatňovania týchto zásad, ako aj účinnej súdnej ochrany dotknutých uchádzačov pred rizikami uprednostňovania a arbitrárnosti verejného obstarávateľa sa normotvorca Únie rozhodol posilniť v smernici 2007/66 účinnosť postupov preskúmania vedených v členských štátoch na návrh osôb, ktoré majú záujem o získanie určitej zákazky a boli poškodené údajným porušením.<sup>15</sup>

45. Smernica 89/665 stanovuje v zásade iba minimálne podmienky, ktoré musia spĺňať postupy preskúmania zavedené do vnútroštátnych právnych poriadkov<sup>16</sup>, a nevylučuje v súlade s odôvodnením 20 smernice 2007/66 uplatňovanie prísnejších sankcií v súlade s vnútroštátnym právom, čím v súlade s odôvodnením 34 tejto smernice dodržiava zásadu procesnej nezávislosti členských štátov.

46. Článok 1 ods. 1 smernice 89/665 vyžaduje, aby členské štáty zabezpečili každému poškodenému hospodárskemu subjektu možnosť dosiahnuť účinné a čo najrýchlejšie preskúmanie protiprávných rozhodnutí verejných obstarávateľov v súlade s podmienkami ustanovenými v článkoch 2 až 2f tejto smernice.<sup>17</sup>

47. Na tento účel sú členské štáty podľa článku 2 ods. 1 uvedenej smernice povinné priznať orgánu zodpovednému za postupy preskúmania nasledujúce právomoci:

- právomoc prijať predbežné opatrenia na účely nápravy údajného porušenia alebo zabránenia ďalšiemu poškodeniu dotknutých záujmov,
- právomoc zrušiť nezákonne prijaté rozhodnutia, a
- právomoc priznať poškodeným nárok na náhradu škody.

48. V článku 2 ods. 7 smernice 89/665 normotvorca Únie priznal členským štátom slobodu určiť vo svojom vnútroštátnom práve účinky spojené s výkonom týchto právomocí, pokiaľ ide o ďalšie plnenie predmetnej zmluvy.

12 — Pozri rozsudky Komisia/CAS Succhi di Frutta (C-496/99 P, EU:C:2004:236, bod 109 a citovanú judikatúru), ako aj Parking Brixen (C-458/03, EU:C:2005:605, bod 49 a citovanú judikatúru).

13 — Pozri rozsudok Wall (EU:C:2010:182, bod 36 a citovanú judikatúru).

14 — Pozri rozsudok Komisia/Belgicko (C-87/94, EU:C:1996:161, body 54 až 56).

15 — Pozri najmä odôvodnenia 3 a 4 tejto smernice. Pozri tiež rozsudok Komisia/Rakúsko (C-212/02, EU:C:2004:386, body 20 až 22).

16 — Pozri rozsudok Strabag a i. (C-314/09, EU:C:2010:567, bod 33 a citovanú judikatúru).

17 — Pozri tiež rozsudok GAT (C-315/01, EU:C:2003:360, bod 44 a citovanú judikatúru).

49. Normotvorca Únie však vylúčil z tejto slobody prípady stanovené v článku 2d až 2f tejto smernice a najmä prípad, v ktorom vnútroštátny súd zrušil zmluvu z dôvodu porušenia pravidiel zverejnenia a umožnenia hospodárskej súťaže stanovených smernicou 2004/18. V tomto prípade sa teda rozhodol obmedziť právomoci orgánu zodpovedného za postup preskúmania tým, že výslovne stanovil účinky spojené so zrušením takej zmluvy.

50. Článok 2d smernice 89/665 nazvaný „Neplatnosť [Neúčinnosť – *neoficiálny preklad*]“ v odseku 1 písm. a) vyžaduje, aby orgán zodpovedný za postup preskúmania vyhlásil zmluvu za neúčinnú, ak verejný obstarávateľ zadal zákazku bez predchádzajúceho uverejnenia oznámenia o vyhlásení zadávacieho konania v *Úradnom vestníku Európskej únie*, a to v rozpore s požiadavkami smernice 2004/18. Táto formulácia je jasná – členské štáty v zásade nemajú nijaký priestor na voľnú úvahu.

51. Normotvorca Únie odôvodnil toto obmedzenie v odôvodnení 13 smernice 2007/66 tým, že nezákonné priame zadanie zákazky predstavuje podľa judikatúry Súdneho dvora najväčšie porušenie práva Únie v oblasti zadávania verejných zákaziek<sup>18</sup>. Podľa názoru normotvorcu Únie by sa mali v dôsledku toho ustanoviť účinné, primerané a odradzujúce sankcie, čo znamená, že taká zmluva sa musí považovať za neúčinnú.

52. Za týchto podmienok musí orgán zodpovedný za postup preskúmania v prípade, ak konštatuje, že zadanie verejnej zákazky prostredníctvom rokovacieho konania bez predchádzajúceho uverejnenia oznámenia o vyhlásení zadávacieho konania je protiprávne, zrušiť zákazku a vyhlásiť ju za neúčinnú, aby sa obnovila súťaž a aby sa vytvorili nové obchodné príležitosti pre poškodený hospodársky subjekt.<sup>19</sup>

53. Prísnosť tejto zásady je však zmiernená v článku 2d *ods.* 2 smernice 89/665, keďže normotvorca Únie priznáva členským štátom právomoc určiť dôsledky spojené s vyhlásením zákazky za neúčinnú.

54. Okrem toho existuje výnimka z tejto zásady stanovená v článku 2d *ods.* 4 tejto smernice, ktorej znenie a rozsah teraz musím vyložiť.

55. Pripomínam, že podľa tohto ustanovenia „členské štáty ustanovia, že odsek 1 písm. a) tohto článku sa neuplatňuje, ak“:

- verejný obstarávateľ považoval zadanie zákazky bez predchádzajúceho uverejnenia za prípustné v súlade so smernicou 2004/18,
- verejný obstarávateľ splnil povinnosť transparentnosti pred podpísaním zmluvy tým, že uverejnil oznámenie pre dobrovoľnú transparentnosť *ex ante* v *Úradnom vestníku Európskej únie*, a
- verejný obstarávateľ dodržal minimálnu desaťdňovú odkladnú lehotu od uverejnenia oznámenia vyjadrujúceho jeho zámer uzavrieť zmluvu v *Úradnom vestníku Európskej únie* po uzavretí zmluvy.

56. Parlament a Komisia na pojednávaní potvrdili, že tieto podmienky sú naozaj kumulatívne.

18 — Pozri rozsudok Stadt Halle a RPL Lochau (C-26/03, EU:C:2005:5, bod 37).

19 — Odôvodnenie 14 smernice 2007/66.



57. Z odôvodu 13, 14 a 26 smernice 2007/66 jednoznačne vyplýva, že normotvorca Únie chcel zavedením tejto výnimky z pravidla zosúladiť jednotlivé dotknuté záujmy, konkrétne záujmy poškodeného podniku, ktorých uspokojenie si vyžaduje možnosť podať návrh na vydanie predbežného opatrenia pred uzavretím zmluvy a zrušenie protiprávne uzavretej zmluvy, ako aj záujmy verejného obstarávateľa a vybraného podniku, ktoré si vyžadujú zabrániť právnej neistote, ktorá môže vyplývať z neúčinnosti zmluvy.

58. Normotvorca Únie sformuloval článok 2d ods. 4 smernice 89/665 kogentne a toto ustanovenie – vzhľadom na to, že z neho nevyplýva nič iné – vyžaduje, aby orgán zodpovedný za postup preskúmania zachoval účinky zmluvy, ktorá však bola zrušená, ak sú splnené všetky tri podmienky, a to s cieľom zachovať rovnováhu, ktorá sa má dosiahnuť medzi jednotlivými dotknutými subjektmi.

59. Domnievam sa, že normotvorca Únie chcel tým, že doplnil do pôvodného znenia smernice 89/665 samostatné a také špecifické ustanovenie, akým je článok 2d ods. 4, stanoviť spoločné kogentné pravidlo pre všetky členské štáty. Na rozdiel od iných ustanovení, v ktorých normotvorca Únie výslovne priznal členským štátom právomoc, aby v rámci svojej procesnej nezávislosti určili, aké následky sa majú vyvodiť zo zrušenia zmluvy a z jej vyhlásenia za neúčinnú<sup>20</sup>, článok 2d ods. 4 smernice 89/665 podľa všetkého neumožňuje týmto štátom uložiť prísnejšiu sankciu v zmysle odôvodnenia 20 smernice 2007/66 a najmä vyhlásiť zmluvu za neúčinnú.

60. Znamená to však, že – ako sa vnútroštátny súd výslovne pýta Súdneho dvora – „automaticky to – vždy a za každých okolností –“ vylučuje, aby orgán zodpovedný za postup preskúmania vyhlásil zmluvu za neúčinnú?

61. Domnievam sa, že miera voľnej úvahy, ktorú má tento orgán, spočíva v súdnom preskúmaní, ktoré musí vykonať, pokiaľ ide o splnenie podmienok uvedených v článku 2d ods. 4 smernice 89/665 a najmä prvej podmienky.

62. Ak totiž uvedený orgán konštatuje, že podmienky uvedené v tomto ustanovení sú splnené, v tom prípade je povinný zachovať účinky zmluvy v súlade so znením a účelom uvedeného ustanovenia. Naopak, ak orgán zodpovedný za postup preskúmania po vykonaní súdneho preskúmania konštatuje, že tieto podmienky nie sú splnené, v tom prípade musí vyhlásiť zmluvu za neúčinnú v súlade s pravidlom uvedeným v článku 2d ods. 1 písm. a) smernice 89/665 a v tejto súvislosti má mieru voľnej úvahy, ktorú mu priznáva táto smernica v článku 2d ods. 2.

63. Miera voľnej úvahy orgánu zodpovedného za postup preskúmania teda závisí od výsledku súdneho preskúmania.

64. Rozsah tohto preskúmania zdôrazňujem z dvoch dôvodov.

65. Prvý dôvod súvisí s dosiahnutím cieľov, ktoré normotvorca Únie sleduje v článku 1 ods. 1 smernice 89/665, a najmä s vytvorením účinných prostriedkov nápravy proti rozhodnutiam prijatým verejnými obstarávateľmi v rozpore s právom verejného obstarávania.

66. Súdne preskúmanie je nevyhnutné na zabezpečenie dodržania zásady rovnosti zaobchádzania, ako aj povinnosti transparentnosti, ktorá z nej vyplýva, a na prípadné uloženie účinnej a odradzujúcej sankcie.

20 — Pozri najmä článok 2d ods. 3 smernice 89/665, ktorý zmiernuje zásadu uvedenú v odseku 1 tohto článku, pričom stanovuje, že „členské štáty môžu ustanoviť, že orgán zodpovedný za preskúmanie..., nesmie [nemusi – *neoficiálny preklad*] vyhlásiť zmluvu za neplatnú [neúčinnú – *neoficiálny preklad*], aj keď sa uzavrela nezákonne..., ak tento orgán... zistí, že prevažujúce dôvody týkajúce sa všeobecného záujmu si vyžadujú, aby sa účinky zmluvy zachovali“. Znenie tohto ustanovenia je jasné – normotvorca Únie zjavne priznal vnútroštátnemu súdu diskrečnú právomoc, pokiaľ ide o určenie najvhodnejšej sankcie, ak existujú prevažujúce dôvody týkajúce sa všeobecného záujmu.

67. Toto preskúmanie je nevyhnutné aj v prípade, ak chceme zaručiť účinnosť prostriedku nápravy uplatneného poškodeným podnikom v súlade s článkom 47 Charty. Pripomínam, že podľa odôvodnenia 36 smernice 2007/66 sa normotvorca Únie zaväzuje, aby táto „smernica rešpekt[ovala] základné práva a dodržiav[ala] zásady uznané najmä Chartou“ a najmä aby zabezpečila plné dodržiavanie práva na účinný prostriedok nápravy, ktoré je zakotvené v článku 47 Charty. Predpokladom dodržiavania práva na účinný prostriedok nápravy pritom je, aby mal vnútroštátny súd diskrečnú právomoc v súvislosti s dodržaním uplatniteľného práva a – v prejednávacom prípade – v súvislosti so splnením podmienok uvedených v článku 2d ods. 4 smernice 89/665.

68. Druhý dôvod súvisí s výrazmi, ktoré normotvorca Únie použil pri formulovaní prvej podmienky uvedenej v článku 2d ods. 4 prvej zarážke tejto smernice.

69. Pripomínam totiž, že podľa tohto ustanovenia je vnútroštátny súd povinný zachovať účinky protiprávne uzavretej zmluvy, ak „verejný obstarávateľ *považuje* zadanie zákazky bez predchádzajúceho uverejnenia oznámenia o vyhlásení zadávacieho konania v *Úradnom vestníku Európskej únie* za prípustné v súlade so smernicou 2004/18“<sup>21</sup>.

70. Domnievam sa však, že je mimoriadne zložité dosiahnuť vyššie uvedené ciele, ak sa verejnému obstarávateľovi prizná taká široká miera voľnej úvahy, akú má podľa uvedeného ustanovenia, bez toho, aby podliehala akémukoľvek súdnemu preskúmaniu.

71. Za súčasného stavu je totiž táto podmienka viazaná výlučne na vôľu jednej strany a právna ochrana poškodeného hospodárskeho subjektu je narušená.<sup>22</sup>

72. Po prvé táto podmienka priznáva verejnému obstarávateľovi – v rozpore so znením, kontextom a cieľom ustanovení smernice 89/665 – právo slobodne sa rozhodnúť, či vykoná verejné obstarávanie, a teda či dodrží zásady transparentnosti a zákazu diskriminácie zakotvené v článku 2 smernice 2004/18, pričom mu zaručuje, že zmluva uzavretá v rozpore s pravidlami zverejnenia nebude vyhlásená za neúčinnú, ak uverejnil v *Úradnom vestníku Európskej únie* oznámenie vyjadrujúce jeho zámer uzavrieť zmluvu a dodržal minimálnu desaťdňovú odkladnú lehotu. Vylúčený hospodársky subjekt v skutočnosti bude mať len možnosť podať žalobu o náhradu škody, ktorá neumožní zadať protiprávne zadanú zákazku v rámci hospodárskej súťaže.

73. Zjavne je tu však jeden paradox.

74. Pripomínam totiž, že výslovným cieľom smernice 89/665 je zvýšiť záruky transparentnosti a nediskriminácie v rámci postupov verejného obstarávania, aby mal poškodený hospodársky subjekt zaručenú úplnú právnu ochranu.<sup>23</sup> Okrem toho tiež pripomínam, že normotvorca Únie sa rozhodol posilniť účinnosť postupov preskúmania v smernici 2007/66 s cieľom bojovať proti nezákonne vedenému priamemu zadávaniu zákaziek a chrániť potenciálnych uchádzačov pred arbitrárnosťou verejného obstarávateľa.<sup>24</sup>

21 — Kurzívou zvýraznil generálny advokát. Tento pojem sa nachádza v článku 2e ods. 2 návrhu smernice Európskeho parlamentu a Rady, ktorou sa menia a dopĺňajú smernice Rady 89/665/EHS a 92/13/EHS, pokiaľ ide o zvýšenie účinnosti revízných postupov v oblasti verejného obstarávania [KOM(2006) 195 v konečnom znení], a podobný pojem je použitý v bode 3 dôvodovej správy k tomuto návrhu, ktorý stanovuje, že „v prípade, že sa obstarávateľ *považuje* za oprávneného na pridelenie zákazky... priamym zadaním, musí... pozastaviť uzavretie zmluvy počas minimálnej lehoty 10 kalendárnych dní po uverejnení zjednodušeného oznámenia o výsledku verejného obstarávania“ (kurzívou zvýraznil generálny advokát).

22 — Podmienka je viazaná výlučne na vôľu jednej strany, ak vznik alebo splnenie záväzku závisí len od vôle jednej zo zmluvných strán.

23 — Pozri tretie odôvodnenie tejto smernice.

24 — Rozsudok Komisia/Rakúsko (EU:C:2004:386, body 20 až 22).

75. Po druhej uvedenej podmienke za súčasného stavu umožňuje verejnému obstarávateľovi priamo zadať verejnú zákazku v rozpore s požiadavkami uvedenými v smernici 2004/18, s vykonaním minimálnych formalít a s rizikom minimálnej sankcie, takže verejný obstarávateľ by mohol zneužiť práva, ktoré sú mu priznané.

76. Ako poznamenáva Fastweb vo svojich pripomienkach, je teda jednoduchšie zadať verejnú zákazku podniku podľa vlastného výberu ako uskutočniť riadne verejné obstarávanie, ktoré zodpovedá pravidlám zverejnenia a umožnenia hospodárskej súťaže stanoveným smernicou 2004/18.

77. V prvom rade sa dá účinne vyhnúť lehotám verejného obstarávania a verejnú zákazku možno zadať rýchlejšie. Prejednávaná vec je dokonalým príkladom tejto skutočnosti, keďže postup spojený so zadaním predmetnej zákazky na sedem rokov a na sumu 521 500 000 eur sa začal 15. decembra 2011 a skončil 31. decembra 2011, teda po pätnástich dňoch.

78. Okrem toho režim zverejnenia je odlišný. V rámci riadneho zadávacieho konania je verejný obstarávateľ totiž povinný uverejniť oznámenie o vyhlásení zadávacieho konania a oznámiť prijaté rozhodnutia každému z uchádzačov. Predbežné zverejnenie a umožnenie hospodárskej súťaže sú teda formalizované. V rámci rokovacieho konania bez uverejnenia oznámenia o vyhlásení zadávacieho konania má verejný obstarávateľ len povinnosť uverejnenia v *Úradnom vestníku Európskej únie* a dotknutý podnik má potom desať dní na podanie žaloby pred uzavretím zmluvy. Je zrejme, že toto zverejnenie nezaručí také informovanie dotknutej osoby, aké môže zaručiť uverejnenie oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania v *Úradnom vestníku Európskej únie* alebo individuálne oznámenie rozhodnutí prijatých verejným obstarávateľom a v dôsledku toho obmedzuje postupy preskúmania.

79. Napokon, ak je zadanie zákazky protiprávne, najmä z dôvodu vady zadávacieho konania, zmluvu možno vyhlásiť za neúčinnú. Naproti tomu, v rámci postupu uvedeného v článku 2d ods. 4 smernice 89/665 je orgán zodpovedný za postup preskúmania povinný zachovať účinky zmluvy uzavretej v rozpore s pravidlami zverejnenia a umožnenia hospodárskej súťaže, ak verejný obstarávateľ uverejnil oznámenie pre dobrovoľnú transparentnosť *ex ante* a dodržal minimálnu desaťdňovú odkladnú lehotu od tohto uverejnenia po uzavretie zmluvy. Je pravda, že uvedený orgán môže uložiť verejnému obstarávateľovi povinnosť nahradiť škodu. Uloženie povinnosti nahradiť škodu však neumožňuje zadať protiprávne zadanú zákazku v rámci hospodárskej súťaže.

80. V dôsledku toho považujem za nevyhnutné, aby orgán zodpovedný za postup preskúmania v rámci súdneho preskúmania podmienok uvedených v článku 2d ods. 4 smernice 89/665 posúdil správanie verejného obstarávateľa. Podľa môjho názoru musí tento orgán najmä preskúmať, či verejný obstarávateľ konal pri uzatváraní zmluvy v dobrej viere a s potrebnou starostlivosťou, a či dôvody, ktoré uviedol s cieľom zadať zákazku prostredníctvom rokovacieho konania bez uverejnenia oznámenia o vyhlásení zadávacieho konania v *Úradnom vestníku Európskej únie*, sú alebo boli oprávnené.

81. Tento názor rovnako vyjadrili vo svojich pripomienkach talianska a poľská vláda, ako aj Rada a Komisia.<sup>25</sup>

82. Netreba totiž zabúdať na to, že zachovanie účinkov zmluvy uvedené v článku 2d ods. 4 smernice 89/665 spočíva na dobrej viere verejného obstarávateľa a smeruje k zachovaniu právnej istoty zmluvných partnerov. Normotvorca Únie to výslovne uznal v odôvodnení 26 smernice 2007/66, kde zdôraznil potrebu „vyhnúť sa právnej neistote, ktorú by mohla neplatnosť [neúčinnosť – *neoficiálny preklad*] [zmluvy] spôsobiť“. Súdny dvor to navyše výslovne uznal v rozsudku Komisia/Nemecko<sup>26</sup>.

25 — Pozri body 22 a 27 pripomienok, ktoré predložila talianska vláda, bod 12 pripomienok predložených poľskou vládou, bod 33 pripomienok predložených Radou a bod 48 pripomienok predložených Komisiou.

26 — EU:C:2007:432, bod 33 a citovaná judikatúra. Pozri tiež analogicky rozsudok Strabag a i. (EU:C:2010:567), v ktorom Súdny dvor spresnil, že lehoty sú nevyhnutné „s cieľom zabrániť záujemcom a uchádzačom namietat' v ktoromkoľvek okamihu verejného obstarávania porušenie pravidiel verejného obstarávania a donútiť tak verejného obstarávateľa, aby začal celý postup od začiatku a odstránil tieto porušenia“ (bod 37 a citovaná judikatúra).

83. Právna istota ani legitímna dôvera pritom nemôže existovať v prípade, ak verejný obstarávateľ konal pri uplatňovaní právnej normy v zlej viere a zámerne a úmyselne porušil pravidlá verejného obstarávania.

84. Telecom Italia na pojednávaní vyjadrila myšlienku, podľa ktorej článok 2d ods. 4 prvá zarážka smernice 89/665 neukladá verejnému obstarávateľovi konať v dobrej viere a s potrebnou starostlivosťou, ale ukladá mu iba povinnosť odôvodnenia. S týmto výkladom absolútne nesúhlasím, pretože dobrá vôľa správneho orgánu je neoddeliteľnou súčasťou jeho činnosti a základom pre legitímnu dôveru, ktorá je jeho činnosti nadradená. Ide tak o jednu zo základných zásad, ktorá denne ovplyvňuje jeho konanie. Následne je podľa môjho názoru zjavné, že článok 2d ods. 4 prvá zarážka uvedenej smernice na účely svojho uplatnenia predpokladá, že verejný obstarávateľ koná v dobrej viere.

85. Je teda nevyhnutné, aby vnútroštátny súd preskúmal dôvody, ktoré logicky a úprimne mohli viesť verejného obstarávateľa k presvedčeniu, že bol oprávnený zadať zákazku prostredníctvom rokovacieho konania bez uverejnenia oznámenia o vyhlásení zadávacieho konania, a odlišil omyl, ku ktorému došlo v dobrej viere, od úmyselného porušenia pravidiel verejného obstarávania. Po takomto preskúmaní bude vnútroštátny súd môcť určiť najvhodnejšiu sankciu.

86. Existujú tak dve domnienky.

87. Prvá domnienka je taká, v ktorej vnútroštátny súd konštatuje, že právny omyl, ktorého sa dopustil verejný obstarávateľ, je ospravedlniteľný, lebo konal v dobrej viere. Za týchto podmienok je povinný zachovať účinky zmluvy v súlade s článkom 2d ods. 4 smernice 89/665, aby sa udržala rovnováha, ktorá sa má dosiahnuť medzi záujmami jednotlivých subjektov.

88. V tejto súvislosti nikde nie je uvedené, že orgán zodpovedný za postup preskúmania tak môže prijať alternatívne sankcie, ako sú uvedené v článku 2e ods. 2 uvedenej smernice.

89. Po prvé, orgán zodpovedný za postup preskúmania môže pristúpiť k alternatívnym sankciám iba ak existuje sankcia, ktorú treba zmeniť. Inými slovami, musí existovať právny základ na to, aby tento orgán mohol uložiť sankciu. Presvedčil som sa, že za predpokladu, že všetky podmienky uvedené v článku 2d ods. 4 smernice 89/665 sú splnené, vyžaduje normotvorca Únie od uvedeného orgánu, aby ponechal účinky zmluvy, čím mu berie možnosť uložiť verejnému obstarávateľovi sankciu spočívajúcu v neúčinnosti zmluvy. „Sankcia“ teda v zmysle stanovenom v uvedenej smernici chýba.

90. Po druhé, pokiaľ ide o alternatívne sankcie uvedené v článku 2e smernice 89/665, normotvorca Únie sa výslovne zameriava na predpoklady, v ktorých orgán zodpovedný za postup preskúmania môže nahradiť vyhlásenie neúčinnosti zmluvy finančnou sankciou alebo skrátením dĺžky trvania zmluvy, a situácia uvedená v článku 2d ods. 4 uvedenej smernice sa vôbec nespomína<sup>27</sup>.

91. Za týchto podmienok si môžem položiť otázku, či treba rozšíriť vecnú pôsobnosť článku 2e smernice 89/665. Nemyslím si to však, pretože taký výklad by bol v rozpore so samotným znením článku 2 ods. 7 uvedenej smernice, ako aj zámerom normotvorcu Únie. V článku 2 ods. 7 normotvorca Únie totiž výslovne vylúčil situácie upravené v uvedenom článku 2e z rozsahu právomoci priznanej členským štátom pri stanovení účinkov, ktoré sa musia priznať výkonu ich sankčnej právomoci.

27 — Uvedené predpoklady sú tieto. Prvý, založený na článku 1 ods. 5 smernice 89/665, je predpoklad, v ktorom je zmluva uzavretá napriek tomu, že poškodený hospodársky subjekt podal žalobu u verejného obstarávateľa. Druhý, založený na článku 2 ods. 3 tejto smernice, je predpoklad, v ktorom verejný obstarávateľ uzavrel zmluvu predtým, ako vnútroštátny súd rozhodol o žiadosti o uplatnenie predbežných opatrení, alebo o žiadosti o preskúmanie. Tretí, založený na článku 2a ods. 2 uvedenej smernice, je predpoklad, v ktorom sa zmluva uzavrela po rozhodnutí o zadaní zákazky pred uplynutím lehoty najmenej 10 dní nasledujúcich po dni, keď bolo rozhodnutie o zadaní zákazky poslané dotknutým uchádzačom a záujemcom. Nakoniec štvrtý je predpoklad, v ktorom bola zmluva vyhlásená za neúčinnú z dôvodov výslovne uvedených v článku 2d ods. 1 tejto smernice.

92. Druhá domnienka je taká, v ktorej vnútroštátny súd dospeje k záveru, že právny omyl je neospravedliteľný, že verejný obstarávateľ zámerne a dobrovoľne porušil pravidlá predbežného zverejnenia a umožnenia hospodárskej súťaže. V tomto prípade sa také porušenie zjavne musí sankcionovať. Neexistuje totiž nijaký oprávnený dôvod, pre ktorý by sa mali zachovať účinky zmluvy, ktorej uzavretie predstavuje v zmysle judikatúry Súdneho dvora najzávažnejšie porušenie práva verejných zákaziek.

93. Za týchto podmienok je teda orgán zodpovedný za postup preskúmania povinný vyhlásiť zmluvu za neúčinnú v súlade so zásadou uvedenou v článku 2d *ods.* 1 písm. a) smernice 89/665 a obnoviť práva hospodárskeho subjektu poškodeného týmto podvodným konaním.

94. V takom prípade členským štátom nemožno odňať možnosť vyhlásiť zmluvu za neúčinnú, lebo – ak by to tak bolo – verejný obstarávateľ by mohol porušiť pravidlá zverejnenia a umožnenia hospodárskej súťaže stanovené zákonom, pričom by len prípadne musel zaplatiť poškodenému hospodárskemu subjektu náhradu škody. Taký výklad by však určite ohrozil ciele, ktoré chcel normotvorca Únie dosiahnuť prijatím smernice 2007/66.<sup>28</sup>

95. Pripomínam, že cieľom je zaručiť účinnosť sankcie. V prípade, ak verejný obstarávateľ zjavne konal v úmysle obísť uplatniteľné pravidlá, však jedine neúčinnosť zmluvy umožní zaručiť odradzujúcu a účinnú sankciu.

96. Tiež pripomínam, že účelom smernice 89/665 je zaručiť dodržiavanie zásady rovnosti zaobchádzania. Len zrušenie protiprávne uzavretej zmluvy a jej vyhlásenie za neúčinnú však umožní obnoviť hospodársku súťaž na trhu a vytvoriť nové obchodné príležitosti pre hospodársky subjekt, ktorému bola protiprávne odňatá možnosť zúčastniť sa na postupe zadávania zákazky.

97. Na tomto mieste však treba spresniť, že orgán zodpovedný za postup preskúmania je naďalej oprávnený posúdiť, v akom rozsahu sa má zmluva považovať za neúčinnú, a to v súlade s článkom 2d *ods.* 2 smernice 89/665.

98. Ako totiž už bolo uvedené, toto ustanovenie oprávňuje členské štáty, aby vo svojom vnútroštátnom práve upravili dôsledky spojené s vyhlásením zmluvy za neúčinnú. Podľa normotvorcu Únie tak členské štáty môžu priznať orgánu zodpovednému za postup preskúmania právomoc zrušiť so spätnou účinnosťou všetky zmluvné záväzky alebo obmedziť rozsah zrušenia zmluvy na záväzky, ktoré sa ešte majú splniť. Zámerom normotvorcu Únie však je priznať v tomto poslednom uvedenom prípade širokú mieru voľnej úvahy orgánu zodpovednému za postup preskúmania. Normotvorca Únie totiž výslovne odkazuje na znenie článku 2e *ods.* 2 smernice 89/665. Podľa tohto ustanovenia členské štáty môžu priznať tomuto orgánu značnú diskrečnú právomoc, aby – vzhľadom na všetky relevantné faktory, vrátane závažnosti porušenia, správania verejného obstarávateľa a v prípadoch uvedených v článku 2d *ods.* 2 tejto smernice rozsahu, v akom má zmluva naďalej spôsobovať účinky – prípadne určil, či je potrebné skrátiť dĺžku trvania zmluvy alebo uložiť pokuty.

99. Práve vo výklade článku 2d *ods.* 2 smernice 89/665 v spojení s jej článkom 2e *ods.* 2 teda spočíva priestor na voľnú úvahu, ktorý môže mať orgán zodpovedný za postup preskúmania, keď má vyhlásiť protiprávne uzavretú zmluvu za neúčinnú.

100. Vzhľadom na všetky tieto skutočnosti sa teda domnievam, že účel smernice 89/665 ani znenie jej článku 2d nebránia tomu, aby členský štát priznal tomuto orgánu právomoc posúdiť, v akom rozsahu sa má zmluva uzavretá bez predchádzajúceho uverejnenia oznámenia o vyhlásení zadávacieho konania v *Úradnom vestníku Európskej únie* považovať za neúčinnú, ak tento orgán konštatuje, že verejný

28 — Z ustálenej judikatúry vyplýva, že s cieľom zabezpečiť jednotný výklad a uplatňovanie ustanovenia, ktorého znenie sa v jednom jazyku Únie odlišuje od znení v ostatných jazykoch, je potrebné vykladať ho nielen z hľadiska všeobecnej štruktúry predpisu, ktorého je súčasťou, ale aj z hľadiska účelu sledovaného normotvorcom Únie [pozri najmä rozsudok Endendijk (C-187/07, EU:C:2008:197, bod 22 a nasl.)].

obstarávateľ napriek uverejneniu oznámenia vyjadrujúceho jeho zámer uzavrieť zmluvu v *Úradnom vestníku Európskej únie* a dodržaniu minimálnej desaťdňovej odkladnej lehoty od zadania tejto zákazky po podpísanie zmluvy zámerne a úmyselne porušil pravidlá zverejnenia a umožnenia hospodárskej súťaže stanovené smernicou 2004/18.

101. Práve naopak, zastávam názor, že taký výklad je nevyhnutný, ak sa má zaručiť potrebný účinok smernice 89/665 a zabezpečiť ochranu základných práv priznaných hospodárskemu subjektu, ktorému bola protiprávne odňatá možnosť zúčastniť sa na postupe zadávania zákazky.

102. Domnievam sa, že v konaní vo veci samej bude teda príslušný vnútroštátny súd musieť posúdiť oprávnenosť dôvodov, na základe ktorých Ministero dell'Interno zadalo predmetnú zákazku prostredníctvom rokovacieho konania bez predchádzajúceho uverejnenia oznámenia o vyhlásení zadávacieho konania v *Úradnom vestníku Európskej únie*.

103. V tejto súvislosti by som chcel uviesť nasledujúce poznámky.

104. Pripomínam, že v prejednávanej veci sa Ministero dell'Interno domnievalo, že môže uplatniť tento postup na základe článku 57 ods. 2 písm. b) legislatívneho dekrétu č. 163/2006, ktorým sa do talianskeho právneho poriadku preberá článok 28 ods. 1 písm. e) smernice 2009/81.

105. Pripomínam, že podľa tohto ustanovenia je uvedený postup prípustný „ak sa z technických dôvodov alebo z dôvodov súvisiacich s ochranou výlučných práv zákazka môže zadať len určitému hospodárskemu subjektu“.

106. V prejednávanom prípade sa Ministero dell'Interno domnievalo, že Telecom Italia je z technických dôvodov a z dôvodov ochrany (určitých) výlučných práv jediným hospodárskym subjektom schopným vykonať zákazku na služby.

107. Tribunale amministrativo regionale per il Lazio však konštatoval, že údaje a okolnosti, na ktoré sa odvoláva Ministero dell'Interno, nepredstavujú „technické dôvody“ v zmysle článku 57 ods. 2 písm. b) legislatívneho dekrétu č. 163/2006, ale sú založené na dôvodoch súvisiacich s príhodnosťou a s ťažkosťami, ktoré by mohli vyplývať zo zadania zákazky inému hospodárskemu subjektu.

108. Consiglio di Stato rovnako rozhodla, že verejný obstarávateľ z právneho hľadiska dostatočne nepreukázal, že boli splnené podmienky na uplatnenie rokovacieho konania bez uverejnenia oznámenia o vyhlásení zadávacieho konania. V tejto súvislosti konštatovala, že všetky pripomienky a predložené listiny, vrátane technickej správy, nesvedčia o objektívnej nemožnosti zveriť tieto služby iným hospodárskym subjektom, ale skôr o zložitosti takého riešenia, a to najmä preto, lebo podľa Ministero dell'Interno by také riešenie spôsobilo zmeny a náklady a vyžadovalo by si adaptačné obdobia.

109. Je pravda, že vzhľadom na informácie, ktoré mám k dispozícii, Ministero dell'Interno podľa všetkého neuviedlo osobitné technické dôvody ani požiadavky týkajúce sa osobitosti predmetných zariadení alebo citlivosti zákazky.

110. Chápem, že v oblasti bezpečnosti alebo obrany môže byť opodstatnené, aby sa určité ustanovenia práva verejných zákaziek neuplatňovali, keďže určité zákazky sú natoľko citlivé, že by bolo nevhodné vykonať najprv zverejnenie a umožniť súťaž hospodárskych subjektov. Je to tak v prípade zákaziek zadávaných informačnými službami alebo zákaziek určených napríklad na boj proti nepriateľskej špionáži. Platí to aj v prípade nákupu osobitne citlivého tovaru, ktorý si vyžaduje mimoriadne vysokú mieru dôvernosti, ako je tovar súvisiaci s bojom proti terorizmu alebo špecificky určený na citlivé činnosti vykonávané poriadkovými a bezpečnostnými silami.

111. V prejednávanej veci však Ministero dell'Interno podľa všetkého neuvádza také okolnosti. Je pravda, že spresňuje, že predmetom zákazky je „poskytovanie elektronických komunikačných služieb oddeleniu verejnej bezpečnosti a zboru karabinieriov, konkrétne hlasových telefónnych služieb, mobilných telefónnych služieb a dátových komunikačných služieb, *pri dodržiavaní všetkých podmienok dôvernosti a bezpečnosti informácií v záujme národnej bezpečnosti*“<sup>29</sup>. Najmä vzhľadom na zistenia, ku ktorým dospeli Tribunale amministrativo regionale per il Lazio a Consiglio di Stato, sa však zdá, že Ministero dell'Interno nepreukázalo citlivosť predmetnej zákazky a predmetných zariadení ani neuviedlo osobitné požiadavky súvisiace napríklad s bezpečnosťou informácií alebo s ochranou dôverných alebo utajovaných informácií, ktoré by si v záujme národnej bezpečnosti skutočne mohli vyžadovať špecifickú ochranu a znamenať, že záujemca sa musí vybrať osobitne.

112. Okrem toho ma prekvapuje časový sled skutkových okolností, najmä rýchlosť zadania zákazky. Zdieľam preto v tomto bode výhrady vyjadrené Komisiou na pojednávaní. Zo skutočností uvedených v spise totiž vyplýva, že Ministero dell'Interno rozhodlo o obnovení zmluvy o poskytovaní telefónnych služieb uzavretej v roku 2003 so spoločnosťou Telecom Italia len pätnásť dní pred skončením platnosti predchádzajúcej zmluvy, teda 15. decembra 2011. Z listín založených v spise navyše tiež vyplýva, že zmluva bola podpísaná 31. decembra 2011, teda po pätnástich dňoch. Taký prístup ma prekvapuje vzhľadom na význam tejto zmluvy a – čo sa týka fungovania správneho orgánu – na dobu platnosti uvedenej zmluvy (sedem rokov) a jej hodnotu (521 500 000 eur), ibaže by sa vychádzalo z toho, že medzi Ministero dell'Interno a spoločnosťou Telecom Italia bolo dohodnuté, že zmluva sa obnoví.

113. Napokon zastávam názor, že treba zjavne vziať do úvahy skutočnosť, že Ministero dell'Interno je orgánom verejnej moci, ktorý má dostatočne obozretných právnych poradcov na to, aby sa nedopustili omylu pri posudzovaní podmienok, za ktorých možno zadať verejnú zákazku bez predchádzajúceho zverejnenia a umožnenia hospodárskej súťaže.

114. Napriek tomu prináleží príslušnému vnútroštátnemu súdu, aby vzhľadom na všetky informácie, ktoré má k dispozícii, preskúmal, či je taký omyl ospravedlniteľný, alebo či predstavuje zámerné a úmyselné porušenie pravidiel verejného obstarávania.

115. Vzhľadom na všetky tieto skutočnosti teda zastávam názor, že článok 2d *ods.* 4 smernice 89/665 – vykladaný z hľadiska zásady rovnosti zaobchádzania a práva na účinný prostriedok nápravy – sa má vykladať v tom zmysle, že nebráni tomu, aby členský štát priznal orgánu zodpovednému za postup preskúmania právomoc posúdiť, v akom rozsahu sa má zmluva uzavretá bez predchádzajúceho uverejnenia oznámenia o vyhlásení zadávacieho konania v *Úradnom vestníku Európskej únie* považovať za neúčinnú, ak tento orgán konštatuje, že verejný obstarávateľ napriek uverejneniu oznámenia vyjadrujúceho jeho zámer uzavrieť zmluvu v *Úradnom vestníku Európskej únie* a dodržaniu minimálnej desaťdňovej odkladnej lehoty od zadania tejto zákazky po podpísanie zmluvy zámerné a úmyselne porušil pravidlá zverejnenia a umožnenia hospodárskej súťaže stanovené smernicou 2004/18.

#### IV – Návrh

116. Vzhľadom na vyššie uvedené úvahy navrhujem, aby Súdny dvor odpovedal na prejudiciálne otázky, ktoré položila Consiglio di Stato, takto:

Článok 2d *ods.* 4 smernice Rady 89/665/EHS z 21. decembra 1989 o koordinácii zákonov, iných právnych predpisov a správnych opatrení týkajúcich sa uplatňovania postupov preskúmania v rámci verejného obstarávania tovarov a prác, zmenenej a doplnenej smernicou Európskeho parlamentu a Rady 2007/66/ES z 11. decembra 2007 – vykladaný z hľadiska zásady rovnosti zaobchádzania a práva na účinný prostriedok nápravy – sa má vykladať v tom zmysle, že nebráni tomu, aby členský

29 — Kurzívou zvýraznil generálny advokát.

štát priznal orgánu zodpovednému za postup preskúmania právomoc posúdiť, v akom rozsahu sa má zmluva uzavretá bez predchádzajúceho uverejnenia oznámenia o vyhlásení zadávacieho konania v *Úradnom vestníku Európskej únie* považovať za neúčinnú, ak tento orgán konštatuje, že verejný obstarávateľ napriek uverejneniu oznámenia vyjadrujúceho jeho zámer uzavrieť zmluvu v *Úradnom vestníku Európskej únie* a dodržaniu minimálnej desaťdňovej odkladnej lehoty od zadania tejto zákazky po podpísanie zmluvy zámerne a úmyselne porušil pravidlá zverejnenia a umožnenia hospodárskej súťaže stanovené smernicou Európskeho parlamentu a Rady 2004/18/ES z 31. marca 2004 o koordinácii postupov zadávania verejných zákaziek na práce, verejných zákaziek na dodávku tovaru a verejných zákaziek na služby.