



Sbírka soudních rozhodnutí

ROZSUDEK SOUDNÍHO DVORA (pátého senátu)

11. září 2014*

„Řízení o předběžné otázce — Veřejné zakázky — Směrnice 89/665/EHS — Článek 2d odst. 4 — Výklad a platnost — Přezkumná řízení v oblasti zadávání veřejných zakázek — Neúčinnost smlouvy — Vyloučení“

Ve věci C-19/13,

jejímž předmětem je žádost o rozhodnutí o předběžné otázce na základě článku 267 SFEU, podaná rozhodnutím Consiglio di Stato (Itálie) ze dne 14. prosince 2012, došlým Soudnímu dvoru dne 15. ledna 2013, v řízení

Ministero dell'Interno

proti

Fastweb SpA,

za přítomnosti:

Telecom Italia SpA,

SOUDNÍ DVŮR (pátý senát),

ve složení T. von Danwitz, předseda senátu, E. Juhász, A. Rosas, D. Šváby a C. Vajda (zpravodaj),
sudci,

generální advokát: Y. Bot,

vedoucí soudní kanceláře: L. Hewlett, vrchní rada,

s přihlédnutím k písemné části řízení a po jednání konaném dne 20. března 2014,

s ohledem na vyjádření předložená:

- za Fastweb SpA P. Stella Richterem a G.-L. Tosatem, avvocati,
- za Telecom Italia SpA F. Cardarellim, F. Lattanzim a F. S. Cantellou, avvocati,
- za italskou vládu G. Palmieri, jako zmocněnkyní, ve spolupráci s G. Fiengem, avvocato dello Stato,
- za rakouskou vládu M. Fruhmannem, jako zmocněncem,

* Jednací jazyk: italština.

— za polskou vládu B. Majczynou, jakož i M. Szwarc a E. Gromnickou, jako zmocněnci,
— za Evropský parlament J. Rodriguesem a L. Visaggiem, jako zmocněnci,
— za Radu Evropské unie P. Mahnič Bruní a A. Vitrem, jako zmocněnci,
— za Evropskou komisi L. Pignataro-Nolin a A. Tokárem, jako zmocněnci,
po vyslechnutí stanoviska generálního advokáta na jednání konaném dne 10. dubna 2014,
vydává tento

Rozsudek

- 1 Žádost o rozhodnutí o předběžné otázce se týká výkladu a platnosti čl. 2d odst. 4 směrnice Rady 89/665/EHS ze dne 21. prosince 1989 o koordinaci právních a správních předpisů týkajících se přezkumného řízení při zadávání veřejných zakázek na dodávky a stavební práce (Úř. věst. L 395, s. 33; Zvl. vyd. 06/01, s. 246), ve znění směrnice Evropského parlamentu a Rady 2007/66/ES ze dne 11. prosince 2007 (Úř. věst. L 335, s. 31, dále jen „směrnice 89/665“).
- 2 Projednávaná žádost byla předložena v rámci sporu mezi společnostmi Fastweb SpA (dále jen „Fastweb“) a Ministero dell’Interno, Dipartimento di Pubblica Sicurezza (ministerstvo vnitra, odbor veřejné bezpečnosti, dále jen „Ministero dell’Interno“) ve věci zadání veřejné zakázky na poskytování služeb elektronických komunikací společnosti Telecom Italia SpA (dále jen „Telecom Italia“) v rámci vyjednávacího řízení bez předchozího zveřejnění oznámení o zakázce.

Právní rámec

Unijní právo

Směrnice 2007/66

- 3 Body 3, 13, 14, 21, 26 a 36 odůvodnění směrnice 2007/66 uvádějí:

„(3) [...] [A]by Společenství jako celek plně využívalo pozitivních účinků modernizace a zjednodušení pravidel zadávání veřejných zakázek, jichž bylo dosaženo díky směrnici [Evropského parlamentu a Rady] 2004/18/ES [ze dne 31. března 2004 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby (Úř. věst. L 134, s. 114; Zvl. vyd. 06/07, s. 132)] a [směrnici Evropského parlamentu a Rady] 2004/17/ES [ze dne 31. března 2004 o koordinaci postupů při zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb (Úř. věst. L 134, s. 1; Zvl. vyd. 06/07, s. 19)], měly by být posíleny záruky průhlednosti [transparentnosti] a zákazu diskriminace, o něž [směrnice 89/665 a 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. 41)] usilují. Směrnice [89/665] a [92/13] by proto měly být změněny a měla by být do nich doplněna důležitá vysvětlení, která umožní, aby bylo dosaženo výsledků podle legislativního záměru Společenství.

[...]

(13) Za účelem boje proti protiprávnímu přímému zadávání zakázek, které Soudní dvůr označil za nejzávažnější porušení práva Společenství v oblasti zadávání veřejných zakázek ze strany veřejného zadavatele či zadavatele, by měly být stanoveny účinné, přiměřené a odrazující sankce. Smlouva uzavřená na základě protiprávního přímého zadání zakázky by proto měla být v zásadě považována za neúčinnou. Neúčinnost by neměla být automatická, nýbrž by měla být prohlášena nezávislým orgánem příslušným k přezkumu nebo by měla být výsledkem jeho rozhodnutí.

(14) Neúčinnost je nejúčinnějším způsobem obnovení hospodářské soutěže a vytvoření nových obchodních příležitostí pro hospodářské subjekty, které byly protiprávně zbaveny možnosti zúčastnit se řízení o zadání zakázky. Přímé zadávání ve smyslu této směrnice zahrnuje veškeré zakázky zadávané bez předchozího zveřejnění oznámení o zakázce v *Úředním věstníku Evropské unie* ve smyslu směrnice [2004/18]. To odpovídá postupu bez předchozí výzvy k účasti v soutěži ve smyslu směrnice [2004/17].

[...]

(21) Cílem, kterého má být dosaženo v případech, kdy členské státy stanoví pravidla zajišťující, že smlouva je považována za neúčinnou, je skutečnost, že práva a závazky smluvních stran by neměly být dále uplatňovány a prováděny. Důsledky toho, že smlouva je považována za neúčinnou, by měly stanovit vnitrostátní právní předpisy. Vnitrostátní právní předpisy proto mohou například stanovit zpětné zrušení všech smluvních závazků (*ex tunc*), nebo naopak omezit rozsah zrušení na ty závazky, které je třeba ještě splnit (*ex nunc*). To by nemělo vést k neexistenci důrazných sankcí, pokud závazky vyplývající ze smlouvy již byly zcela nebo téměř zcela splněny. V těchto případech by členské státy měly stanovit také alternativní sankce zohledňující rozsah, v jakém zůstává smlouva, v souladu s vnitrostátním právem, v platnosti. Vnitrostátní právní předpisy obdobně stanoví i důsledky, pokud jde o možné zpětné získání všech částek, které již případně byly vyplaceny, jakož i všech ostatních forem možné náhrady – včetně poskytnutí peněžité náhrady, pokud věcná náhrada není možná.

[...]

(26) Aby se zamezilo právní nejistotě, jež může být důsledkem neúčinnosti, měly by členské státy stanovit výjimku z jakéhokoliv zjištění neúčinnosti v případech, kdy se veřejný zadavatel nebo zadavatel domnívá, že přímé zadání jakékoliv zakázky bez předchozího zveřejnění oznámení o zakázce v *Úředním věstníku Evropské unie* je v souladu se směrnicemi [2004/18] a [2004/17] přípustné, a kdy uplatnil minimální odkladnou lhůtu umožňující účinná nápravná opatření. Dobrovolné zveřejnění, kterým počíná tato odkladná lhůta, nezakládá rozšíření povinností vyplývajících ze směrnice [2004/18] nebo směrnice [2004/17].

[...]

(36) Tato směrnice je založena na úctě k základním lidským právům, a zejména na zásadách uznávaných Listinou základních práv Evropské unie [dále jen ‚Listina‘]. Cílem této směrnice je zejména zajistit plné dodržování práva na účinnou právní ochranu a spravedlivý proces v souladu s čl. 47 prvním a druhým pododstavcem uvedené [L]istiny.“

Směrnice 89/665

- 4 Třetí bod odůvodnění směrnice 89/665 zní následovně:

„[...] otevření veřejných zakázek soutěži na úrovni Společenství vyžaduje značné posílení záruk transparentnosti a nediskriminace [zákazu diskriminace] [a] [...] k dosažení hmatatelných výsledků je třeba mít k dispozici účinné a rychlé opravné prostředky pro případy porušení práva Společenství v oblasti veřejných zakázek nebo vnitrostátních předpisů je provádějících.“

- 5 Podle čl. 1 odst. 1 třetího pododstavce směrnice 89/665:

„Pokud jde o zakázky, které spadají do oblasti působnosti směrnice [2004/18], přijmou členské státy opatření nezbytná k zajištění možnosti účinného, a zejména co nejrychlejšího přezkumu rozhodnutí veřejných zadavatelů v souladu s podmínkami stanovenými v člancích 2 až 2f této směrnice z důvodu, že těmito rozhodnutími bylo porušeno právo Společenství v oblasti zadávání veřejných zakázek nebo vnitrostátní předpisy je provádějící.“

- 6 Článek 2 směrnice 89/665, nadepsaný „Náležitosti přezkumného řízení“, v odstavci 1 stanoví:

„Členské státy zajistí, aby opatření přijímaná v souvislosti s přezkumným řízením uvedeným v článku 1 zahrnovala pravomoci

[...]

- b) zrušit protiprávní rozhodnutí nebo zajistit jeho zrušení, včetně odstranění diskriminačních technických, hospodářských nebo finančních specifikací ve výzvě k podání nabídek, v zadávací dokumentaci nebo v jakýchkoliv dalších dokumentech souvisejících se zadávacím řízením;
- c) přiznat náhradu škody osobám poškozeným protiprávním jednáním.“

- 7 Článek 2 odst. 7 první pododstavec směrnice 89/665 stanoví:

„S výjimkou případů uvedených v člancích 2d až 2f se účinky výkonu pravomocí uvedených v odstavci 1 tohoto článku na uzavření smlouvy po zadání zakázky řídí vnitrostátním právem.“

- 8 Článek 2d směrnice 89/665, nadepsaný „Neúčinnost“, stanoví:

„1. Členské státy zajistí, aby orgán příslušný k přezkumu, který je nezávislý na veřejném zadavateli, považoval smlouvu za neúčinnou nebo aby její neúčinnost byla výsledkem rozhodnutí tohoto orgánu v kterémkoli z těchto případů:

- a) jestliže veřejný zadavatel zadal zakázku bez předchozího zveřejnění oznámení o zakázce v *Úředním věstníku Evropské unie*, aniž by to bylo podle směrnice [2004/18] přípustné;

[...]

2. Důsledky považování smlouvy za neúčinnou stanoví vnitrostátní právo.

Vnitrostátní právo může stanovit zpětné zrušení všech smluvních závazků, anebo omezit rozsah zrušení na ty závazky, které by bylo třeba ještě splnit. Ve druhém případě členské státy stanoví použití jiných sankcí ve smyslu čl. 2e odst. 2.

[...]

4. Členské státy stanoví, že se odst. 1 písm. a) této směrnice nepoužije, pokud

- veřejný zadavatel považuje zadání zakázky bez předchozího zveřejnění oznámení o zakázce v *Úředním věstníku Evropské unie* za přípustné v souladu se směrnicí [2004/18],
- veřejný zadavatel zveřejnil v *Úředním věstníku Evropské unie* oznámení vyjadřující úmysl uzavřít smlouvu, jak je uvedeno v článku 3a této směrnice, a
- smlouva nebyla uzavřena před uplynutím lhůty alespoň deseti kalendářních dnů ode dne následujícího po dni zveřejnění tohoto oznámení.

[...]“

- 9 Podle článku 3a směrnice 89/665, nadepsaného „Obsah oznámení o dobrovolné průhlednosti [transparentnosti] *ex ante*“, oznámení uvedené v čl. 2d odst. 4 druhé odrážce této směrnice obsahuje název a kontaktní údaje veřejného zadavatele, popis předmětu smlouvy, odůvodnění rozhodnutí veřejného zadavatele zadat zakázku bez předchozího zveřejnění oznámení o zadání zakázky, název a kontaktní údaje subjektu, v jehož prospěch bylo přijato rozhodnutí o zadání zakázky, a případně veškeré další informace, jež veřejný zadavatel považuje za důležité.

Směrnice 2004/18

- 10 Článek 2 směrnice 2004/18, nadepsaný „Zásady zadávání zakázek“, stanoví:

„Veřejní zadavatelé jednají s hospodářskými subjekty na základě zásad rovnosti a zákazu diskriminace a postupují transparentním způsobem.“

- 11 Podle článku 31 směrnice 2004/18, nadepsaného „Případy, které odůvodňují použití vyjednávacího řízení bez zveřejnění oznámení o zakázce“:

„Veřejní zadavatelé mohou zadávat své veřejné zakázky ve vyjednávacím řízení bez předchozího zveřejnění oznámení o zakázce v těchto případech:

- 1) V případě veřejných zakázek na stavební práce, na dodávky a na služby:

[...]

- b) jestliže zakázka může být z technických či uměleckých důvodů nebo z důvodů spojených s ochranou výlučných práv zadána pouze určitému hospodářskému subjektu;

[...]“

Směrnice 2009/81/ES

- 12 Podle článku 28 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2009/81/ES ze dne 13. července 2009 o koordinaci postupů při zadávání některých zakázek na stavební práce, dodávky a služby zadavateli v oblasti obrany a bezpečnosti a o změně směrnic 2004/17/ES a 2004/18/ES (Úř. věst. L 216, s. 76), nadepsaného „Případy, které odůvodňují použití vyjednávacího řízení bez zveřejnění oznámení o zakázce“:

„Zadavatelé mohou zadávat své zakázky ve vyjednávacím řízení bez předchozího zveřejnění oznámení o zakázce, přičemž odůvodní použití takového postupu v oznámení o udělení zakázky podle čl. 30 odst. 3, v těchto případech:

1. v případě zakázek na stavební práce, zakázek na dodávky a zakázek na služby:

[...]

- e) jestliže zakázka může být z technických důvodů nebo z důvodů spojených s ochranou výlučných práv zadána pouze určitému hospodářskému subjektu;

[...]“

- 13 Článek 60 této směrnice, nadepsaný „Neúčinnost“, stanoví:

„1. Členské státy zajistí, aby orgán příslušný k přezkumu, který je nezávislý na zadavateli, považoval smlouvu za neúčinnou nebo aby její neúčinnost byla výsledkem rozhodnutí tohoto orgánu v kterémkoli z těchto případů:

- a) jestliže zadavatel zadal zakázku bez předchozího zveřejnění oznámení o zakázce v *Úředním věstníku Evropské unie*, aniž by to bylo podle této směrnice přípustné;

[...]

4. Členské státy stanoví, že se odst. 1 písm. a) nepoužije, pokud

— zadavatel považuje zadání zakázky bez předchozího zveřejnění oznámení o zakázce v *Úředním věstníku Evropské unie* za přípustné v souladu s touto směrnicí;

— zadavatel zveřejnil v *Úředním věstníku Evropské unie* oznámení vyjadřující úmysl uzavřít smlouvu, jak je uvedeno v článku 64 a

— smlouva nebyla uzavřena před uplynutím lhůty alespoň deseti kalendářních dnů ode dne následujícího po dni zveřejnění tohoto oznámení.

[...]“

Italské právo

- 14 Směrnice 2007/66 byla do italského právního řádu provedena legislativním nařízením č. 53 ze dne 20. března 2010, jehož obsah byl následně začleněn do článků 120 až 125 legislativního nařízení č. 104, kterým se stanoví správní řád (decreto legislativo no 104 – Codice di procedura amministrativa) ze dne 2. července 2010 (řádný doplněk ke GURI č. 158 ze dne 7. července 2010, dále jen „správní řád“).

- 15 Z článku 121 správního řádu vyplývá, že v případě takových závažných porušení, jako je nepovolené zadání zakázky prostřednictvím vyjednávacího řízení bez předchozího zveřejnění oznámení o zakázce, je nezbytné – není-li stanoveno jinak, a aniž je tím dotčena posuzovací pravomoc vyhrazená správním soudům – aby smlouva uzavřená na základě takového postupu byla zbavena účinnosti.
- 16 Mezi výjimkami z tohoto pravidla čl. 121 odst. 5 správního řádu, který provádí čl. 2d odst. 4 směrnice 89/665, stanoví, že si smlouva nicméně zachová své účinky, jestliže veřejný zadavatel odůvodněným aktem předcházejícím zahájení zadávacího řízení prohlásil, že vyjednávací řízení bez předchozího zveřejnění oznámení o zakázce je podle správního řádu přípustné, zveřejnil oznámení o dobrovolné transparentnosti *ex ante* a neuzavřel dotčnou smlouvu dříve než po uplynutí alespoň deseti kalendářních dnů ode dne následujícího po dni, kdy bylo posledně uvedené oznámení zveřejněno.
- 17 Podle článku 122 správního řádu, který se týká jiných případů porušení, vnitrostátní soud v mezích stanovených tímto článkem určí, zda je nutné prohlásit smlouvu za neúčinnou.

Spor v původním řízení a předběžné otázky

- 18 Z předkládacího rozhodnutí vyplývá, že Ministero dell'Interno uzavřelo v roce 2003 se společností Telecom Italia dohodu o správě a rozvoji telekomunikačních služeb.
- 19 Vzhledem k tomu, že platnost této dohody končila dne 31. prosince 2011, Ministero dell'Interno rozhodnutím ze dne 15. prosince 2011 určilo společnost Telecom Italia za svého dodavatele a technologického partnera pro správu a rozvoj těchto služeb.
- 20 Ministero dell'Interno bylo toho názoru, že pro účely zadání zakázky v oblasti elektronických komunikací může použít vyjednávací řízení bez předchozího zveřejnění oznámení o zakázce stanovené v čl. 28 odst. 1 písm. e) směrnice 2009/81 a v čl. 57 odst. 2 písm. b) legislativního nařízení č. 163 ze dne 12. dubna 2006, kterým se stanoví zákoník veřejných zakázek na stavební práce, služby a dodávky na základě směrnic 2004/17/ES a 2004/18/ES (decreto legislativo no 163 – Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE) (řádný doplněk ke GURI č. 100 ze dne 2. května 2006), ve znění legislativního nařízení č. 152 ze dne 11. září 2008 (řádný doplněk ke GURI č. 231 ze dne 2. října 2008, dále jen „legislativní nařízení č. 163/2006“).
- 21 Podle posledně uvedeného ustanovení může veřejný zadavatel zadat zakázku prostřednictvím vyjednávacího řízení bez předchozího zveřejnění oznámení o zakázce, „jestliže zakázka může být z technických důvodů nebo z důvodů spojených s ochranou výlučných práv zadána pouze určitému hospodářskému subjektu“.
- 22 Ministero dell'Interno bylo v projednávané věci toho názoru, že z technických důvodů a z důvodů spojených s ochranou určitých výlučných práv je společnost Telecom Italia jediným hospodářským subjektem, který je schopen provádět dotčenou zakázku.
- 23 Ministero dell'Interno, jež 20. prosince 2011 obdrželo kladné stanovisko Avvocatura Generale týkající se zamýšleného řízení, též den zveřejnilo v *Úředním věstníku Evropské unie* oznámení vyjadřující jeho záměr zadat tuto zakázku společnosti Telecom Italia.
- 24 Ministero dell'Interno vyzvalo dne 22. prosince 2011 společnost Telecom Italia, aby se účastnila jednání.
- 25 V návaznosti na toto jednání podepsaly strany dne 31. prosince 2011 rámcovou dohodu, jejímž předmětem bylo „poskytování služeb elektronických komunikací odboru veřejné bezpečnosti a sboru Carabinieri, konkrétně hlasových telefonních služeb, mobilních telefonních služeb a přenosu dat“.

- 26 Oznámení o zadání zakázky bylo dne 16. února 2012 zveřejněno v *Úředním věstníku Evropské unie*.
- 27 Společnost Fastweb podala k Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (regionální správní soud pro region Lazio) žalobu domáhající se zrušení zadání zakázky a prohlášení uzavřené smlouvy za neúčinnou z důvodu, že nebyly splněny podmínky stanovené v článku 28 směrnice 2009/81 a v článku 57 legislativního nařízení č. 163/2006 umožňující použití vyjednávacího řízení bez předchozího zveřejnění oznámení o zakázce.
- 28 Tribunale amministrativo regionale per il Lazio žalobě společnosti Fastweb vyhověl. Měl za to, že skutečnosti odůvodňující použití tohoto postupu, které uplatnilo Ministero dell'Interno, představují nikoli technické důvody ve smyslu čl. 57 odst. 2 písm. b) legislativního nařízení č. 163/2006, pro které může být zakázka zadána pouze určitému hospodářskému subjektu, ale spíše důvody týkající se účelnosti. Tribunale amministrativo regionale per il Lazio sice rozhodnutí o zadání zakázky zrušil, byl však toho názoru, že podle čl. 121 odst. 5 správního řádu nemůže rozhodnout o neúčinnosti smlouvy uzavřené dne 31. prosince 2011, jelikož podmínky stanovené v tomto ustanovení, které vylučují použití této zásady, byly splněny. Na základě článku 122 správního řádu však prohlásil smlouvu za neúčinnou ode dne 31. prosince 2013.
- 29 Ministero dell'Interno a společnost Telecom Italia proti tomuto rozsudku podaly odvolání ke Consiglio di Stato.
- 30 Consiglio di Stato zrušení zadání zakázky potvrdila usnesením ze dne 8. ledna 2013 z důvodu, že Ministero dell'Interno neprokázalo, že byly splněny podmínky umožňující uplatnění vyjednávacího řízení bez předchozího zveřejnění oznámení o zakázce. Consiglio di Stato totiž zastávala názor, že ze skutečností ve spisu vyplývá nikoli objektivní nemožnost zadat zakázku jiným hospodářským subjektům, ale nevhodnost takového postupu, a to v zásadě proto, že podle názoru Ministero dell'Interno by toto řešení vedlo ke změnám, nákladům a vyžadovalo by adaptační dobu.
- 31 V této souvislosti Consiglio di Stato sice uvádí, že směrnice 2009/81 v oblasti přezkumu stanoví režim, který je téměř rovnocenný s režimem směrnice 89/665, ve svém vyjádření se však soustředí na směrnici 89/665.
- 32 Consiglio di Stato, která má pochybnosti ohledně důsledků, jež je třeba dovodit z takového zrušení, pokud jde o účinky dotčené smlouvy s ohledem na znění čl. 2d odst. 4 směrnice 89/665, se rozhodla řízení přerušit a položit Soudnímu dvoru následující předběžné otázky:
- „1) Je třeba čl. 2d odst. 4 směrnice [89/665] vykládat v tom smyslu, že pokud veřejný zadavatel před zadáním zakázky přímo určitému hospodářskému subjektu, vybranému bez předchozího zveřejnění oznámení o zakázce, zveřejnil v *Úředním věstníku Evropské unie* oznámení o dobrovolné průhlednosti *ex ante* a vyčkal alespoň deset dní na uzavření smlouvy, je automaticky vyloučeno – vždy a za všech okolností – aby vnitrostátní soud rozhodl o neúčinnosti smlouvy, i když shledá porušení ustanovení, která za určitých podmínek umožňují zadat zakázku bez provedení zadávacího řízení?
- 2) Pokud je čl. 2d odst. 4 směrnice [89/665] vykládán v tom smyslu, že vylučuje jakoukoli možnost, aby na základě vnitrostátního práva (článek 122 správního řádu) bylo rozhodnuto o neúčinnosti smlouvy, přestože soud shledal porušení ustanovení, která za určitých podmínek umožňují zadat zakázku bez provedení zadávacího řízení, je toto ustanovení směrnice [89/665] v souladu se zásadami rovnosti stran, zákazu diskriminace a ochrany hospodářské soutěže, a zajišťuje právo na účinnou právní ochranu zakotvenou v článku 47 Listiny [...]?“

K předběžným otázkám

K první otázce

- 33 Podstatou první otázky předkládajícího soudu je, zda čl. 2d odst. 4 směrnice 89/665 musí být vykládán v tom smyslu, že pokud je veřejná zakázka zadána bez předchozího zveřejnění oznámení o zakázce, aniž byly splněny podmínky požadované směrnicí 2004/18 pro použití tohoto postupu, toto ustanovení vylučuje, aby smlouva byla prohlášena za neúčinnou, pokud veřejný zadavatel zveřejnil v *Úředním věstníku Evropské unie* oznámení s cílem zajištění transparentnosti *ex ante* a před uzavřením smlouvy dodržel minimální odkladnou lhůtu deseti dnů ode dne následujícího po dni zveřejnění tohoto oznámení.
- 34 Úvodem je třeba připomenout, že ustanovení směrnice 89/665, která jsou určena k ochraně uchazečů před svévolí veřejného zadavatele, mají posílit stávající mechanismy, aby bylo zajištěno účinné použití unijních pravidel v oblasti zadávání veřejných zakázek, a to zejména ve stadiu, kdy může být protiprávní jednání ještě napraveno (rozsudek Komise v. Rakousko, C-212/12, EU:C:2004:386, bod 20 a citovaná judikatura).
- 35 Kromě toho z bodů 3 a 4 odůvodnění směrnice 2007/66 vyplývá, že tato směrnice má za cíl zlepšení záruk transparentnosti a zákazu diskriminace, o něž usiluje směrnice 89/665, aby byla posílena účinnost přezkumných řízení zahájených v členských státech osobami, které mají zájem získat zakázku.
- 36 Článek 1 odst. 1 třetí pododstavec směrnice 89/665 členským státům ukládá, aby přijaly opatření k zajištění možnosti účinného, a zejména co nejrychlejšího přezkumu rozhodnutí veřejných zadavatelů v souladu s podmínkami stanovenými v člancích 2 až 2f uvedené směrnice.
- 37 Za tímto účelem článek 2 směrnice 89/665, nadepsaný „Náležitosti přezkumného řízení“, v odst. 1 písm. b) stanoví, že členské státy musí zajistit, aby orgán příslušný k přezkumnému řízení byl oprávněn zrušit nebo zajistit zrušení protiprávních rozhodnutí.
- 38 Článek 2d odst. 1 písm. a) směrnice 89/665 v tomto ohledu vyžaduje, aby orgán příslušný k přezkumu považoval smlouvu za neúčinnou, jestliže veřejný zadavatel zadal zakázku bez předchozího zveřejnění oznámení o zakázce v *Úředním věstníku Evropské unie*, aniž to bylo podle směrnice 2004/18 přípustné.
- 39 Unijní zákonodárce však v čl. 2d odst. 4 směrnice 89/665 z tohoto pravidla neúčinnosti smlouvy stanovil výjimku. Podle tohoto ustanovení se uvedená zásada nepoužije, pokud zaprvé veřejný zadavatel považuje zadání zakázky bez předchozího zveřejnění oznámení o zakázce v *Úředním věstníku Evropské unie* za přípustné v souladu se směrnicí 2004/18, zadruhé veřejný zadavatel zveřejnil v *Úředním věstníku Evropské unie* oznámení vyjadřující úmysl uzavřít smlouvu, jak je uvedeno v článku 3a směrnice 89/665, a zatřetí smlouva nebyla uzavřena před uplynutím lhůty alespoň deseti kalendářních dnů ode dne následujícího po dni zveřejnění tohoto oznámení.
- 40 Jelikož čl. 2d odst. 4 směrnice 89/665 představuje výjimku z pravidla o neúčinnosti smlouvy ve smyslu čl. 2d odst. 1 uvedené směrnice, musí být vykládán striktně (obdobně viz rozsudek Komise v. Německo, C-275/08, EU:C:2009:632, bod 55 a citovaná judikatura). Výklad této výjimky však musí být v souladu s cíli, které sleduje. Tato zásada striktního výkladu tak neznamená, že by výrazy použité k vymezení výjimky uvedené ve zmíněném čl. 2d odst. 4 směrnice 89/665 měly být vykládány způsobem, který by tuto výjimku zbavoval jejích účinků (obdobně viz rozsudek Future Health Technologies, C-86/09, EU:C:2010:334, bod 30 a citovaná judikatura).

- 41 Společnost Fastweb tvrdí, že v souladu s cíli směrnice 89/665, jakož i s pravidly týkajícími se svobody usazování a hospodářské soutěže, jejichž realizaci má za cíl unijní právo v oblasti zadávání veřejných zakázek, je tato výjimka pouze fakultativní. Společnost Fastweb v tomto ohledu tvrdí, že z bodů 20 až 22 odůvodnění směrnice 2007/66 vyplývá, že čl. 2d odst. 4 směrnice 89/665 nevyklučuje použití přísnějších sankcí podle vnitrostátního práva, a tedy možnost, aby vnitrostátní soud po zvážení dotčených obecných a individuálních zájmů rozhodl, zda je třeba prohlásit smlouvu za neúčinnou.
- 42 V tomto ohledu je třeba uvést, že podle čl. 2 odst. 7 směrnice 89/665 se – s výjimkou případů uvedených v člancích 2d až 2f této směrnice – účinky výkonu pravomocí uvedených v odstavci 1 uvedeného článku 2 na uzavření smlouvy po zadání zakázky řídí vnitrostátním právem. Z toho vyplývá, že v případě situací, na které se vztahuje zejména článek 2d uvedené směrnice, se opatření, která mohou být přijata v souvislosti s opravnými prostředky podanými proti veřejným zadavatelům, stanoví pouze na základě pravidel stanovených touto směrnicí. V tomto ohledu je třeba uvést, že podle čl. 2 odst. 7 směrnice 89/665 se na případy stanovené v člancích 2d až 2f této směrnice nevztahuje obecné pravidlo, podle kterého se účinky porušení unijního práva v oblasti veřejných zakázek řídí vnitrostátním právem. V důsledku toho členské státy nejsou oprávněny stanovit ve svém vnitrostátním právu úpravu týkající se účinků, které se vážou k porušení unijního práva v oblasti veřejných zakázek za takových okolností, jako jsou okolnosti stanovené v čl. 2d odst. 4 téže směrnice.
- 43 I když z bodů 13 a 14 odůvodnění směrnice 2007/66 vyplývá, že protiprávní přímé zadávání zakázek představuje nejzávažnější porušení unijního práva v oblasti zadávání veřejných zakázek, u kterého je v zásadě třeba stanovit jako sankci neúčinnost smlouvy, bod 26 odůvodnění této směrnice zdůrazňuje potřebu zamezit právní nejistotě, která by z takové neúčinnosti mohla v konkrétním případě čl. 2d odst. 4 směrnice 89/665 vyplývat.
- 44 Jak uvedl generální advokát v bodě 57 svého stanoviska, unijní zákonodárce tím, že čl. 2d odst. 4 směrnice 89/665 zavedl tuto výjimku z pravidla neúčinnosti smlouvy, usiluje o uvedení různých dotčených zájmů do souladu, a to zájmů poškozeného podniku, kterému je třeba poskytnout možnost podat opravný prostředek před uzavřením smlouvy a zrušení protiprávně uzavřené smlouvy, jakož i zájmů veřejného zadavatele a vybraného podniku, spočívajících ve vyhnutí se právní nejistotě, která může vzniknout v důsledku neúčinnosti smlouvy.
- 45 S ohledem na výše uvedené je třeba konstatovat, že by bylo v rozporu jak se zněním čl. 2d odst. 4 směrnice 89/665, tak s cílem tohoto ustanovení, kdyby bylo umožněno vnitrostátním soudům prohlásit smlouvu za neúčinnou v případě, kdy byly tři podmínky stanovené v tomto ustanovení splněny.
- 46 Za účelem dosažení cílů uvedených v čl. 1 odst. 1 třetím pododstavci směrnice 89/665, zejména stanovení účinných opravných prostředků proti rozhodnutím přijatým veřejnými zadavateli v rozporu s právem v oblasti veřejných zakázek, je však třeba, aby orgán příslušný k přezkumnému řízení vykonal účinný přezkum, když ověřuje, zda jsou splněny podmínky stanovené v čl. 2d odst. 4 směrnice 89/665.
- 47 Podmínka stanovená v uvedeném čl. 2d odst. 4 první odrážce se konkrétně týká skutečnosti, že veřejný zadavatel považuje zadání zakázky bez předchozího zveřejnění oznámení o zakázce v *Úředním věstníku Evropské unie* za přípustné v souladu se směrnicí 2004/18. Kromě toho podmínka uvedená v druhé odrážce čl. 2d odst. 4 směrnice 89/665 stanoví, že veřejný zadavatel zveřejní v *Úředním věstníku Evropské unie* oznámení vyjadřující úmysl uzavřít smlouvu, jak je uvedeno v článku 3a uvedené směrnice. Podle tohoto čl. 3a písm. c) musí oznámení obsahovat odůvodnění rozhodnutí veřejného zadavatele zadat zakázku bez předchozího zveřejnění oznámení o zadání zakázky.

- 48 V posledně uvedené souvislosti musí z uvedeného odůvodnění jasně a jednoznačně vyplývat důvody, které veřejného zadavatele vedly k tomu, že měl za to, že může zadat zakázku bez předchozího zveřejnění oznámení o zakázce, aby dotčeným osobám umožnil se s plnou znalostí věci rozhodnout, zda považují za užitečné obrátit se na orgán příslušný k přezkumnému řízení a uvedenému orgánu umožnil provedení účinného přezkumu.
- 49 Jak vyplývá z předkládajícího rozhodnutí, veřejný zadavatel v projednávané věci využil vyjednávacího řízení bez předchozího zveřejnění oznámení o zakázce, když vycházel z čl. 31 odst. 1 písm. b) směrnice 2004/18. V tomto ohledu je třeba připomenout, že vyjednávacího řízení lze využít pouze za okolností, které jsou taxativně uvedeny v člancích 30 a 31 směrnice 2004/18, a že toto řízení má ve vztahu k otevřenému a omezenému řízení výjimečný charakter (rozsudek Komise v. Belgie, C-292/07, EU:C:2009:246, bod 106 a citovaná judikatura).
- 50 Orgán příslušný k přezkumnému řízení je v rámci svého přezkumu povinen posoudit, zda veřejný zadavatel, když rozhodl o zadání zakázky prostřednictvím vyjednávacího řízení bez předchozího zveřejnění oznámení o zakázce, jednal s řádnou péčí a mohl se domnívat, že podmínky stanovené v čl. 31 odst. 1 písm. b) směrnice 2004/18 byly skutečně splněny.
- 51 Mezi skutečnostmi, které tento orgán musí vzít v této souvislosti v úvahu, jsou okolnosti a důvody uvedené v oznámení uvedeném v čl. 2d odst. 4 druhé odrážce směrnice 89/665, které veřejného zadavatele vedly k použití vyjednávacího řízení upraveného v článku 31 směrnice 2004/18.
- 52 Pokud orgán příslušný k přezkumnému řízení po provedení přezkumu konstatuje, že podmínky stanovené v čl. 2d odst. 4 směrnice 89/665 nejsou splněny, musí podle pravidla stanoveného v odst. 1 písm. a) tohoto článku smlouvu prohlásit za neúčinnou. Uvedený orgán určí důsledky neúčinnosti smlouvy podle čl. 2d odst. 2 směrnice 89/665 podle vnitrostátního práva.
- 53 Naproti tomu, pokud uvedený orgán konstatuje, že tyto podmínky splněny jsou, je podle čl. 2d odst. 4 směrnice 89/665 povinen zachovat účinky smlouvy.
- 54 V důsledku toho je třeba odpovědět na první otázku tak, že čl. 2d odst. 4 směrnice 89/665 musí být vykládán v tom smyslu, že pokud je veřejná zakázka zadána bez předchozího zveřejnění oznámení o zakázce v *Úředním věstníku Evropské unie*, aniž je to podle směrnice 2004/18 přípustné, toto ustanovení vylučuje, aby smlouva byla prohlášena za neúčinnou, pokud jsou splněny podmínky stanovené v uvedeném ustanovení, což přísluší ověřit předkládajícímu soudu.

Ke druhé otázce

- 55 Podstatou druhé otázky předkládajícího soudu je, zda je v případě kladné odpovědi na první otázku čl. 2d odst. 4 směrnice 89/665 platný s ohledem na zásadu zákazu diskriminace a právo na účinnou právní ochranu ve smyslu článku 47 Listiny.
- 56 Společnost Fastweb v této souvislosti tvrdí, že zveřejnění oznámení v případě dobrovolné transparentnosti *ex ante* v *Úředním věstníku Evropské unie* a dodržení minimální odkladné lhůty deseti dnů mezi tímto zveřejněním a uzavřením smlouvy nezajišťují dodržení zásady účinné soudní ochrany. Takové zveřejnění totiž nezaručuje, že potenciální soutěžitelé budou informováni o zadání zakázky určitému hospodářskému subjektu, a to zejména tehdy, pokud ke zveřejnění dojde v průběhu období, ve kterém jsou činnosti omezené nebo pozastavené.
- 57 Pokud jde o základní právo na účinnou soudní ochranu, čl. 47 první pododstavec Listiny stanoví, že každý, jehož práva a svobody zaručené právem Unie byly porušeny, má za podmínek stanovených tímto článkem právo na účinné prostředky nápravy před soudem za podmínek stanovených v uvedeném článku.

- 58 Z ustálené judikatury vyplývá, že stanovení přiměřených promlčecích lhůt pro podání žaloby je slučitelné se základním právem na účinnou soudní ochranu, a to v zájmu právní jistoty, která chrání jak jednotlivce, tak příslušný orgán veřejné správy. Povaha těchto lhůt nesmí být taková, aby v praxi znemožňovala nebo nadměrně ztěžovala výkon práv přiznaných unijním právním řádem (v tomto smyslu viz rozsudek Pelati, C-603/10, EU:C:2012:639, bod 30 a citovaná judikatura).
- 59 Mimoto ustanovení směrnice 89/665, která jsou určena k ochraně uchazečů před svévolí veřejného zadavatele, mají posílit stávající mechanismy, aby bylo zajištěno účinné použití unijních pravidel v oblasti zadávání veřejných zakázek, a to zejména ve stadiu, kdy může být protiprávní jednání ještě napraveno. Taková ochrana nemůže být účinná, pokud se dotyčná osoba nemůže těchto pravidel dovolávat ve vztahu k zadavateli (v tomto smyslu viz rozsudek Komise v. Rakousko, EU:C:2004:386, bod 20).
- 60 Účinná soudní ochrana tak vyžaduje, aby dotyčné osoby byly informovány o rozhodnutí o zadání zakázky v určité době před uzavřením smlouvy tak, aby měly skutečnou možnost podat opravný prostředek, a zejména návrh na vydání předběžného opatření před uvedeným uzavřením smlouvy (v tomto smyslu viz rozsudky Komise v. Španělsko, C-444/06, EU:C:2008:190, body 38 a 39, jakož i Komise v. Irsko, C-456/08, EU:C:2010:46, bod 33).
- 61 Článek 2d odst. 4 druhá odrážka směrnice 89/665 tím, že stanoví zveřejnění oznámení vyjadřujícího úmysl uzavřít smlouvu ve smyslu článku 3a směrnice 89/665 v *Úředním věstníku Evropské unie*, zaručuje transparentnost zadání zakázky. Toto ustanovení tak má zajistit, aby se všichni potenciálně dotčení uchazeči mohli seznámit s rozhodnutím veřejného zadavatele o zadání zakázky bez předchozího zveřejnění oznámení o zakázce. Kromě toho podle třetí odrážky tohoto ustanovení je zadavatel povinen dodržet odkladnou lhůtu v délce deseti dnů. Dotčené osoby tak mohou u soudu napadnout zadání zakázky před tím, než smlouva bude uzavřena.
- 62 Mimoto je rovněž třeba zdůraznit, že i když již uplynula odkladná lhůta v délce nejméně deseti kalendářních dnů, stanovená v čl. 2d odst. 4 směrnice 89/665, poškozené subjekty mohou podat žalobu na náhradu škody podle čl. 2 odst. 1 písm. c) směrnice 89/665.
- 63 V tomto ohledu, jak vyplývá z bodu 44 tohoto rozsudku, je třeba vzít v úvahu skutečnost, že unijní zákonodárce výjimkou stanovenou v čl. 2d odst. 4 směrnice 89/665 usiluje o uvedení různých zájmů do souladu, a to zájmů poškozeného podniku tím, že mu poskytne právo podat opravný prostředek před uzavřením smlouvy a dosáhnout zrušení protiprávně uzavřené smlouvy, jakož i zájmů veřejného zadavatele a vybraného podniku tím, že omezuje právní nejistotu, která by mohla vyplývat z neúčinnosti smlouvy.
- 64 S ohledem na výše uvedené je třeba konstatovat, že čl. 2d odst. 4 směrnice 89/665 v rozsahu, v němž stanoví zachování účinků smlouvy, není v rozporu s požadavky, které vyplývají z článku 47 Listiny.
- 65 Stejně tomu je v případě zásady zákazu diskriminace, která v oblasti veřejných zakázek sleduje stejné cíle, zejména zajištění volného pohybu služeb a jejich otevření nenarušené hospodářské soutěži ve všech členských státech (viz zejména rozsudky Wall, C-91/08, EU:C:2010:182, bod 48, a Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, bod 28). Jak již totiž bylo konstatováno v bodě 61 tohoto rozsudku, čl. 2d odst. 4 druhá odrážka směrnice 89/665 má zajistit, aby se všichni potenciálně dotčení uchazeči mohli seznámit s rozhodnutím veřejného zadavatele o zadání zakázky bez předchozího zveřejnění oznámení o zakázce, a mohli tak podat opravný prostředek proti takovému rozhodnutí směřující k přezkoumání legality tohoto rozhodnutí.
- 66 S ohledem na výše uvedené je třeba na druhou otázku odpovědět tak, že její přezkum neodhalil žádnou skutečnost, kterou by mohla být dotčena platnost čl. 2d odst. 4 směrnice 89/665.

K nákladům řízení

- ⁶⁷ Vzhledem k tomu, že řízení má, pokud jde o účastníky původního řízení, povahu incidenčního řízení ve vztahu ke sporu probíhajícímu před předkládajícím soudem, je k rozhodnutí o nákladech řízení příslušný uvedený soud. Výdaje vzniklé předložením jiných vyjádření Soudnímu dvoru než vyjádření uvedených účastníků řízení se nenahrazují.

Z těchto důvodů Soudní dvůr (pátý senát) rozhodl takto:

- 1) Článek 2d odst. 4 směrnice Rady 89/665/EHS ze dne 21. prosince 1989 o koordinaci právních a správních předpisů týkajících se přezkumného řízení při zadávání veřejných zakázek na dodávky a stavební práce, ve znění směrnice Evropského parlamentu a Rady 2007/66/ES ze dne 11. prosince 2007, musí být vykládán v tom smyslu, že pokud je veřejná zakázka zadána bez předchozího zveřejnění oznámení o zakázce v *Úředním věstníku Evropské unie*, aniž je to podle směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES ze dne 31. března 2004 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby přípustné, toto ustanovení vylučuje, aby smlouva byla prohlášena za neúčinnou, pokud jsou splněny podmínky stanovené v uvedeném ustanovení, což přísluší ověřit předkládajícímu soudu.
- 2) Přezkum druhé otázky neodhalil žádnou skutečnost, kterou by mohla být dotčena platnost čl. 2d odst. 4 směrnice 89/665, ve znění směrnice 2007/66.

Podpisy.