

Věc C-274/21

**Shrnutí žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce podle čl. 98 odst. 1
jednacího řádu Soudního dvora****Datum doručení:**

28. dubna 2021

Předkládající soud:

Bundesverwaltungsgericht (Rakousko)

Datum předkládacího rozhodnutí:

22. dubna 2021

Navrhovatelka:

EPIC Financial Consulting Ges.m.b.H.

Odpůrkyně:

Rakouská republika

Bundesbeschaffung GmbH

Předmět původního řízení

Řízení o nařízení předběžného opatření v rámci přezkumu jednoho nebo více rozhodnutí v zadávacím řízení

Předmět a právní základ předběžné otázky

Výklad směrnice Rady 89/665/EHS a nařízení (EU) č. 1215/2012; slučitelnost vnitrostátních právních předpisů o poplatcích za právní ochranu v řízeních o nařízení předběžného opatření vedených u Bundesverwaltungsgericht (spolkový správní soud, dále jen „BVwG“) a důsledků nezaplacení těchto poplatků s unijním právem; článek 267 SFEU

Předběžné otázky

1. Je řízení o nařízení předběžného opatření podle čl. 2 odst. 1 písm. a) směrnice 89/665/EHS ve znění směrnice 2014/23/EU, které může být podle vnitrostátního rakouského práva vedeno rovněž u Bundesverwaltungsgericht (spolkový správní soud) a jímž může být například dosaženo rovněž dočasného zákazu uzavírání rámcových dohod nebo smluv o dodávkách, sporem v občanské a obchodní věci podle čl. 1 odst. 1 nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 1215/2012 o příslušnosti a uznávání a výkonu soudních rozhodnutí v občanských a obchodních věcech („nařízení č. 1215/2012“)? Je takovéto řízení o nařízení předběžného opatření podle výše uvedené otázky přinejmenším občanskou věcí podle čl. 81 odst. 1 Smlouvy o fungování Evropské unie (SFEU)? Je řízení o nařízení předběžného opatření podle čl. 2 odst. 1 písm. a) směrnice 89/665/EHS ve znění směrnice 2014/23/EU postupem k přijetí předběžných opatření podle článku 35 nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 1215/2012 o příslušnosti a uznávání a výkonu soudních rozhodnutí v občanských a obchodních věcech („nařízení č. 1215/2012“)?

2. Musí být zásada rovnocennosti s přihlédnutím k ostatním předpisům unijního práva vykládána v tom smyslu, že jednotlivci propůjčuje subjektivní práva vůči členskému státu a brání použití takových rakouských vnitrostátních ustanovení, podle nichž soud před zpracováním návrhu na nařízení předběžného opatření, jak stanoví čl. 2 odst. 1 písm. a) směrnice 89/665/EHS ve znění směrnice 2014/23/EU, musí zjistit druh zadávacího řízení a (odhadovanou) hodnotu zakázky, jakož i součet samostatně napadnutelných rozhodnutí napadených z určitého zadávacího řízení resp. popřípadě rovněž položky z určitého zadávacího řízení, aby poté případně prostřednictvím soudce předsedajícího příslušnému senátu soudu vydal výzvu k doplnění za účelem úhrady poplatku a aby v případě neuhrazení poplatku před nebo nejpozději současně se zamítnutím návrhu na nařízení předběžného opatření z důvodu nedoplatení poplatku senát soudu příslušný pro návrh na přezkum stanovil soudní poplatek pod sankcí ztráty nároku, jestliže u (ostatních) občanských věcí v Rakousku, jako např. u žalob na náhradu škody nebo na zdržení se z důvodu porušení hospodářské soutěže, nezaplacení poplatků nebrání vyřízení současně podaného návrhu na nařízení předběžného opatření bez ohledu na otázku poplatků za právní ochranu dlužných v jakémkoliv rozsahu, přičemž nezaplacení paušálních poplatků v zásadě nebrání ani vyřízení návrhů na nařízení předběžného opatření podaných k občanským soudům nezávisle na žalobě; a dále pro srovnání v Rakousku nemá neuhrazení poplatků za stížnosti proti správním rozhodnutím nebo poplatků za stížnosti nebo opravné prostředky podané proti rozhodnutím správních soudů k Verfassungsgerichtshof (Ústavní soud) nebo Verwaltungsgerichtshof (správní soudní dvůr) za následek zamítnutí opravného prostředku z důvodu neuhrazení poplatku a nemá například za následek ani to, že by v tomto řízení o stížnosti nebo opravném prostředku mohly být návrhy na přiznání odkladného účinku vyřízeny pouze odmítnutím?

2.1. Musí být zásada rovnocennosti s přihlédnutím k ostatním předpisům unijního práva vykládána v tom smyslu, že brání použití takových rakouských

vnitrostátních ustanovení, podle nichž před vyřízením návrhu na nařízení předběžného opatření, jak stanoví čl. 2 odst. 1 písm. a) směrnice 89/665/EHS ve znění směrnice 2014/23/EU, musí předseda senátu jako samosoudce z důvodu nedostatečně uhrazeného paušálního poplatků vydat výzvu k doplnění za účelem úhrady poplatku a tento samosoudce musí návrh na nařízení předběžného opatření v důsledku neuhrazení poplatku odmítnout, jestliže jinak podle Gerichtsgebührengesetz (zákon o soudních poplatcích) u občanskoprávních žalob v Rakousku zásadně nemusí být za návrh na nařízení předběžného opatření podaný společně se žalobou zaplacen kromě poplatku za žalobu v prvním stupni žádný další paušální poplatek a rovněž ani v případě návrhů na přiznání odkladného účinku, které jsou podány společně se stížností proti rozhodnutí k Verwaltungsgericht (správní soud), opravným prostředkem k Verwaltungsgerichtshof (správní soudní dvůr) nebo stížností k Verfassungsgerichtshof (Ústavní soud) a funkčně mají stejný nebo podobný cíl právní ochrany jako je návrh na předběžné opatření, nemusí být uhrazeny žádné samostatné poplatky za tyto akcesorické návrhy na přiznání odkladného účinku?

3. Musí být povinnost stanovená v čl. 2 odst. 1 písm. a) směrnice Rady ze dne 21. prosince 1989 o koordinaci právních a správních předpisů týkajících se přezkumného řízení při zadávání veřejných zakázek na dodávky a stavební práce (89/665/EHS) (Úř. věst. 1989, L 395, s. 33; Zvl. vyd. 06/03, s. 48), ve znění směrnice 2014/24/EU,

přijímat co nejrychleji prostřednictvím předběžných postupů předběžná opatření směřující k nápravě domnělého protiprávního jednání nebo k zabránění dalšímu poškození dotčených zájmů,

s přihlédnutím k dalším předpisům unijního práva vykládána v tom smyslu, že tato povinnost bezodkladného postupu propůjčuje subjektivní právo na bezodkladné rozhodnutí o návrhu na nařízení předběžného opatření a brání použití rakouských vnitrostátních ustanovení, podle nichž soud rovněž u netransparentně provedených zadávacích řízení před vyřízením návrhu na nařízení předběžného opatření, jímž má být zamezeno dalším nákupům zadavatele, musí i bez relevantnosti pro příslušné rozhodnutí zjistit druh zadávacího řízení a (odhadovanou) hodnotu zakázky, jakož i součet rozhodnutí samostatně napadnutelných z určitého zadávacího řízení, které byly nebo mají být napadeny, resp. případně i položky určitého zadávacího řízení, aby podle toho případně soudce předsedající příslušnému senátu soudu vydal výzvu k doplnění za účelem úhrady poplatku a v případě neuhrazení poplatku před nebo nejpozději současně s odmítnutím návrhu na nařízení předběžného opatření z důvodu nedoplatení poplatku senát soudu příslušný pro rozhodnutí o návrhu na přezkum vyměřil navrhovatelce soudní poplatek pod sankcí ztráty nároku?

4. Musí být právo na spravedlivý proces před soudem podle článku 47 Listiny (= Listina základních práv Evropské unie (2012/C 326/02)CS 26.10.2012 Úřední věstník Evropské unie C 326/391)

s přihlédnutím k dalším předpisům unijního práva vykládáno v tom smyslu, že propůjčuje subjektivní právo jednotlivci a brání použití rakouských vnitrostátních předpisů, podle nichž soud rovněž u netransparentně provedených zadávacích

řízení před vyřízením návrhu na nařízení předběžného opatření, jímž má být zamezeno dalším nákupům zadavatele, musí i bez relevantnosti pro příslušné rozhodnutí zjistit druh zadávacího řízení a (odhadovanou) hodnotu zakázky, jakož i součet napadených samostatně napadnutelných rozhodnutí z určitého zadávacího řízení, resp. případně i položky určitého zadávacího řízení, aby podle toho případně soudce předsedající příslušnému senátu soudu vydal výzvu k doplnění za účelem úhrady poplatku a v případě nezaplacení poplatku před nebo nejpozději současně s odmítnutím návrhu na nařízení předběžného opatření z důvodu nedoplnění poplatku senát soudu příslušný pro rozhodnutí o návrhu na přezkum vyměřil navrhovatelce soudní poplatek pod sankcí ztráty nároku?

5. Musí být zásada rovnocennosti s přihlédnutím k dalším předpisům unijního práva vykládána v tom smyslu, že propůjčuje subjektivní práva jednotlivci vůči členskému státu a brání použití rakouských vnitrostátních předpisů, podle nichž při nezaplacení paušálního poplatku za návrh na nařízení předběžného opatření ve smyslu směrnice 89/665/EHS v platném znění musí paušální poplatek vyměřit senát Verwaltungsgericht (správní soud) jako soudní orgán (s omezenými možnostmi dlužníka poplatku na právní ochranu, které z toho plynou), jestliže jinak jsou poplatky za žalobu, návrh na předběžné opatření a opravné prostředky v občanskoprávním řízení v případě neuhrazení stanoveny výměrem podle Gerichtliches Einbringungsgesetz (zákon o výběru soudních poplatků) a poplatky za opravné prostředky ve správním právu za stížnosti k Verwaltungsgericht (správní soud) resp. k Verfassungsgerichtshof (Ústavní soud) resp. poplatky za opravné prostředky k Verwaltungsgerichtshof (správní soudní dvůr) jsou při jejich neuhrazení zpravidla stanoveny výměrem daňového orgánu (označovaným jako výměr soudního poplatku), proti němuž lze vždy podat opravný prostředek k Verwaltungsgericht (správní soud) a poté opět opravný prostředek k Verwaltungsgerichtshof (správní soudní dvůr) nebo stížnost k Verfassungsgerichtshof (Ústavní soud)?

6. Musí být čl. 1 odst. 1 směrnice 89/665/EHS ve znění směrnice 2014/23/EU s přihlédnutím k dalším předpisům unijního práva vykládán v tom smyslu, že uzavření rámcové dohody pouze s jedním hospodářským subjektem podle čl. 33 odst. 3 směrnice 2014/24/EU je uzavřením smlouvy podle čl. 2a odst. 2 směrnice 89/665/EHS ve znění směrnice 2014/23/EU?

6.1. Musí být formulace v čl. 33 odst. 3 směrnice 2014/24/EU: „*veřejné zakázky založené na této rámcové dohodě*“ vykládána v tom smyslu, že se jedná o zakázku založenou na rámcové dohodě, jestliže zadavatel zadá jednotlivou veřejnou zakázku s výslovným odvoláním na uzavřenou rámcovou dohodu? Nebo musí být citovaná pasáž „*veřejné zakázky založené na této rámcové dohodě*“ vykládána v tom smyslu, že v případě, že je celková hodnota rámcové dohody ve smyslu rozsudku Soudního dvora Evropské unie ve věci C-216/17, bod 64, již vyčerpána, nejedná se již o veřejnou zakázku zakládající se na původně uzavřené rámcové dohodě?

7. Musí být právo na spravedlivý soudní proces podle článku 47 Listiny (Listina základních práv Evropské unie (2012/C 326/02)CS 26.10.2012 Úřední věstník Evropské unie C 326/391) s přihlédnutím k ostatním předpisům unijního práva vykládáno v tom smyslu, že brání použití ustanovení, podle něž zadavatel jmenovaný ve sporu týkajícím se práva veřejných zakázek musí v řízení o nařízení předběžného opatření poskytnout veškeré nezbytné informace a předložit veškeré nezbytné podklady – přičemž v opačném případě platí možnost rozsudku pro zmeškání k jeho tíži –, jestliže statutární zástupce nebo zaměstnanec tohoto zadavatele, kteří musí tyto informace za zadavatele poskytnout, se poskytnutím informací nebo předložením podkladů dokonce sami vystavují riziku trestního stíhání?

8. Musí být povinnost stanovená v čl. 1 odst. 1 směrnice Rady ze dne 21. prosince 1989 o koordinaci právních a správních předpisů týkajících se přezkumného řízení při zadávání veřejných zakázek na dodávky a stavební práce (89/665/EHS) (Úř. věst. 1989, L 395, s. 33; Zvl. vyd. 06/03, s. 48), ve znění směrnice 2014/24/EU, *že přezkum zadávacího řízení musí být proveden především účinně*, s ohledem na právo na účinnou právní ochranu podle článku 47 Listiny s přihlédnutím k dalším předpisům unijního práva vykládána v tom smyslu, že tato ustanovení propůjčují subjektivní práva a brání použití vnitrostátních předpisů, podle nichž přísluší navrhovateli předběžného opatření domáhajícímu se právní ochrany, aby ve svém návrhu na nařízení předběžného opatření uvedl konkrétní zadávací řízení a konkrétní rozhodnutí zadavatele, ačkoliv tento navrhovatel u zadávacího řízení bez uveřejnění zpravidla nebude vědět, kolik netransparentních zadávacích řízení zadavatel uskutečnil a kolik rozhodnutí o zadání veřejné zakázky již bylo v netransparentních zadávacích řízeních přijato?

9. Musí být zásada spravedlivého procesu před soudem podle článku 47 Listiny s přihlédnutím k dalším předpisům unijního práva vykládána v tom smyslu, že toto ustanovení propůjčuje subjektivní práva a brání použití vnitrostátních předpisů, podle nichž navrhovateli přezkumu domáhajícímu se právní ochrany přísluší, aby ve svém návrhu na nařízení předběžného [opatření] uvedl konkrétní zadávací řízení a konkrétní samostatně napadnutelná a i napadená rozhodnutí zadavatele, ačkoliv tento navrhovatel nemůže v zadávacím řízení bez uveřejnění, které je pro něj netransparentní, zpravidla vědět, kolik netransparentních zadávacích řízení zadavatel uskutečnil a kolik rozhodnutí o zadání veřejné zakázky v netransparentním zadávacím řízení již přijal?

10. Musí být zásada spravedlivého procesu před soudem podle článku 47 Listiny s přihlédnutím k dalším předpisům unijního práva vykládána v tom smyslu, že toto ustanovení propůjčuje subjektivní práva a brání použití vnitrostátních předpisů, podle nichž navrhovateli předběžného opatření domáhajícímu se právní ochrany přísluší, aby zaplatil paušální poplatek ve výši, kterou nemůže předvídat, protože tento navrhovatel nemůže u zadávacího řízení bez uveřejnění, které je pro něj netransparentní, zpravidla vědět, zda a případně kolik netransparentních zadávacích řízení v jaké odhadované hodnotě zadavatel uskutečnil a kolik

samostatně napadnutelných rozhodnutí o zadání veřejné zakázky v netransparentním zadávacím řízení již přijal?

Uplatňovaná ustanovení unijního práva

Smlouva o fungování Evropské unie (SFEU), zejména článek 81 odst. 1

Nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 1215/2012 ze dne 12. prosince 2012 o příslušnosti a uznávání a výkonu soudních rozhodnutí v občanských a obchodních věcech („nařízení (EU) č. 1215/2012“), zejména čl. 1 odst. 1, článek 35

Směrnice 89/665/EHS ve znění směrnice 2014/23/EU, zejména čl. 1 odst. 1, čl. 2 odst. 1 písm. a), čl. 2a odst. 2

Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES, zejména čl. 33 odst. 3

Listina základních práv Evropské unie, zejména článek 47

Uplatňovaná ustanovení vnitrostátního práva

Bundesvergabegesetzes 2018 (spolkový zákon o zadávání veřejných zakázek z roku 2018), BGBl I 2018/65 (dále jen „BVerG“), zejména § 2, § 31, § 46, § 142 a násl., § 334, § 336, § 340 a násl., § 344, § 350, § 353, § 354, § 356, § 382

Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz (obecný zákon o správním řízení, dále jen „AVG“), zejména § 49 a § 51

BVwG-Pauschalgebührenverordnung Vergabe 2018 (nařízení spolkové vlády týkající se paušálního poplatku za využití Spolkového správního soudu v záležitostech veřejných zadávacích řízení), BGBl II 2018/212 (dále jen „nařízení o paušálním poplatku“)

Uplatňovaná ustanovení BVerG a nařízení o paušálním poplatku lze shrnout následovně:

- předpokladem pro návrhy na přezkum před zadáním veřejné zakázky, jimiž mohou být samostatně napadnutelná rozhodnutí zadavatele prohlášena za neplatná, tedy mohou být zrušena ve smyslu směrnice 89/665/EHS v platném znění, je, že zakázka ještě nebyla v zadávacím řízení zadána. V případě, že zakázka již byla zadána, je možná pouze určovací žaloba.
- Návrhy na přezkum smí směřovat pouze k prohlášení neplatnosti samostatně napadnutelného rozhodnutí, přičemž otázku, co je samostatně napadnutelné

rozhodnutí, je nutno zodpovědět v závislosti na druhu výběrového řízení podle příslušného seznamu v § 2 bod 15 písm. a) BVergG.

– Přímé uzavření smlouvy, jak ji stanoví § 46 BVergG, je v současnosti na základě nařízení o stanovení částek přípustné pouze do 100 000 euro.

– Nařízení předběžného opatření, jak jej stanoví § 350 a násl. BVergG (v unijním právu článek 2 směrnice 89/665/EHS ve znění směrnice 2014/23/EU), je přípustné pouze k zajištění návrhů na přezkum, které směřují vůči samostatně napadnutelným rozhodnutím z konkrétních výběrových řízení. Od zadání zakázky není nařízení předběžného opatření na základě § 351 BVergG přípustné.

– Ustanovení § 344 odst. 1 a § 350 odst. 2 BVergG stanoví, že navrhovatel musí označit zadávací řízení a rozhodnutí zadavatele napadená v tomto zadávacím řízení, přičemž tato rozhodnutí musí být podle seznamu v § 2 bodu 15 BVergG samostatně napadnutelná.

– Jak vyplývá z § 344 odst. 1 a 2, jakož i z § 350 odst. 2 BVergG, musí být návrh na přezkum a návrh na nařízení předběžného opatření sloužící k jeho zajištění podán zásadně vždy s ohledem na jedno jediné rozhodnutí zadavatele.

– Za návrh na přezkum týkající se přímého uzavření smlouvy je nutno za každé řízení s přímým uzavřením smlouvy a za každé samostatně napadené rozhodnutí uhradit paušální poplatek ve výši 324 eur. Za návrh na nařízení předběžného opatření je nutno navíc uhradit ještě 50 % tohoto poplatku, tedy 486 eur (za každé přímé uzavření smlouvy).

Stručný popis skutkového stavu a řízení

- 1 Na podzim roku 2020 uzavřely odpůrkyně (alespoň) 15 rámcových dohod o dodávkách antigenních testů na onemocnění Covid-19 vždy v rámci jednacího řízení bez uveřejnění. Tyto rámcové dohody byly vždy uzavřeny s jedním hospodářským subjektem (čl. 33 odst. 3 směrnice 2014/24/EU).
- 2 Navrhovatelka předložila dne 1. prosince 2020 předkládajícímu soudu písemné vyjádření, v němž odpůrkyním vytýkala, že netransparentně uzavřely 21 rámcových dohod, každou v hodnotě 3 mil. euro, na nákup antigenních testů na Covid-19. Tato skutečnost a jednotlivé výzvy k dodávkám realizované v rámci těchto rámcových dohod ji v rozporu s právem v oblasti veřejných zakázek poškodily.
- 3 Navrhla, aby BVwG zahájil přezkumné řízení týkající se zákonnosti zvoleného zadávacího řízení resp. zvolených zadávacích řízení, výzev k předložení nabídky v rámci jednacích řízení bez uveřejnění, jakož i dalších plánovaných odvolávek resp. výzev k soutěži na základě rámcových dohod společnosti Bundesbeschaffung GmbH (dále jen „BBG“) a aby prohlásil různá rozhodnutí odpůrkyní za neplatná.

- 4 Dne 1. prosince 2020 podala navrhovatelka navíc návrh na nařízení předběžného opatření, podle nějž měl BVwG odpůrkyním zakázat pokračování zadávacího řízení resp. zadávacích řízení, jakož i přímé uzavírání smluv o dodávkách, odvolávky resp. výzvy k soutěži z rámcových dohod uzavřených společnostmi BBG na dodávky antigenních testů a provádění jednacího řízení bez uveřejnění na dodávky antigenních testů po dobu přezkumného řízení.
- 5 Ještě dne 1. prosince 2020 vydal BVwG výzvu k doplnění, protože z písemných vyjádření jasně nevyplývalo, která konkrétní samostatně napadnutelná rozhodnutí z kterých zadávacích řízení chce navrhovatelka prohlásit za neplatné a ohledně kterých konkrétních zadávacích řízení požaduje předběžné opatření konkrétního obsahu.
- 6 Písemným vyjádřením ze dne 7. prosince 2020 navrhovatelka sdělila, že napadá pouze jedno samostatně napadnutelné rozhodnutí odpůrkyni týkající se jednoho zadávacího řízení, totiž rozhodnutí o volbě zadávacího řízení na objednávku dodatečných „antigenních testů na SARS-Cov-2 (Covid-19)“ pro hromadné testování v Rakousku.
- 7 V písemném vyjádření ze dne 9. prosince 2020 objasnila, že její návrh na přezkum nesměruje proti rámcovým dohodám uzavřeným společnostmi BBG, nýbrž proti nepřipustné odvolávce ze strany Rakouské republiky, protože rámcové dohody uzavřené společnostmi BBG byly omezeny celkovým objemem odvolávek v hodnotě 3 mil. eur. Odvolávka jdoucí nad tento rámec podle ní proto představuje přímé uzavření smlouvy, které je podle práva v oblasti veřejných zakázek nepřipustné. Uvedla tři podniky, u nichž napadla příslušné rozhodnutí o nákupu resp. další odvolávku z rámcové dohody.
- 8 BVwG si vyžádal vyjádření navrhovatelky k paušálním poplatkům, které má uhradit. Navrhovatelka uvedla, že nenapadla uzavření 21 rámcových dohod společností BBG, nýbrž přímé uzavření smlouvy na objednávku dalších (výhledově dvou) milionů antigenních testů na SARS-Cov-2 (Covid-19) Rakouskou republikou. Podle ní je naprosto vyloučeno, aby požadovaný poplatek byl vypočten na základě celé hodnoty 21 rámcových dohod. Je nutno vycházet výhradně z hodnoty uskutečněných nebo zamýšlených objednávek.
- 9 Navrhovatelka požádala předkládající soud, aby podrobně zjistil, která zadávací řízení a která napadnutelná rozhodnutí zadavatele existují, ačkoliv označení zadávacího resp. zadávacích řízení a napadaného rozhodnutí zadavatele spadá podle BVergG do břemene tvrzení navrhovatelky.
- 10 Navrhovatelka ve svém písemném vyjádření z 5. ledna 2021 uvedla, že se jí, aniž by to bylo zjevné již z písemného vyjádření ze dne 1. prosince 2020, kterým bylo řízení zahájeno, nyní jedná výlučně o odvolávky z rámcových dohod s podniky S a I od 20. listopadu 2020. Vycházela přitom z toho, že byl překročen přípustný objem odvolávek z rámcových dohod s podniky S a I. Opakovaně tvrdila, že odvolávky překračující odhadovaný objem zakázky podle příslušných rámcových

dohod chce napadnout jako „přímé uzavření smlouvy“ (ve smyslu pojmů vnitrostátního BVergG). Skutečnost, zda tím navrhovatelka mohla objektivně ve smyslu vnitrostátní judikatury myslet jednací řízení bez uveřejnění, bude ještě předmětem šetření BVwG.

- 11 Ohledně zákazu výpovědi ve vlastní neprospěch je nutno konkretizovat skutkový stav v tom smyslu, že podle novinového článku bylo zjevně učiněno oznámení na členy spolkové vlády (ve smyslu § 80 Strafprozessordnung [trestní řád]). Státní zastupitelství potvrdilo, že obdrželo trestní oznámení, je tedy možné, že v budoucnu lze očekávat trestněprávní kroky.

Hlavní argumenty účastníků původního řízení

- 12 Navrhovatelka napadá netransparentnost nákupů, protože není známo, zda BBG provedla k uzavření dotčené zakázky jednotlivá samostatná zadávací řízení bez uveřejnění vždy s jedním podnikem nebo jediné řízení se všemi podniky. Při označení zadávacích řízení je proto nucena zohlednit rovněž možná jednací řízení bez uveřejnění a tedy možné výzvy k soutěži na základě stávajících rámcových dohod. Jak bylo podrobně vyloženo v návrhu na přezkum, jedná se u rozhodnutí napadeného navrhovatelkou de facto o jediné konkrétní rozhodnutí odpůrkyně, totiž rozhodnutí objednat několik milionů kusů antigenních testů na SARS-Cov-2 (Covid-19) bez dodržení formy (bez jakéhokoliv právního základu v oblasti veřejných zakázek).
- 13 Vzhledem k závažnému porušení zásady transparentnosti podle práva v oblasti veřejných zakázek neměla navrhovatelka k dispozici uveřejnění, ani podklady zadávacího řízení. Jedná se spíše o formu přímého uzavření smlouvy v řádu milionů, která by neměla být zastírána formálními hledisky resp. by nemělo být možné ji takto zastírat.
- 14 Ve smyslu účinné právní ochrany nemusí být konkrétní název zadávacího řízení znám. Při nákupu zboží v řádu milionů bez uveřejnění, bez jiných zajištěných informací dostupných navrhovatelce (např. podklady výběrového řízení) a pouze na základě vědomostí vycházejících z informací v médiích, není možné, aby břemeno konkrétního označení zadávacího řízení spočívalo na navrhovatelce. To by se v daném případě, zejména z důvodu závažného porušení zásady transparentnosti, rovnalo vyloučení účinné právní ochrany.
- 15 Výklad ustanovení BVergG z roku 2018, podle něž by navrhovatelka byla povinna uvést přesný počet a název zadávacího resp. zadávacích řízení, jakož i název samostatně napadnutelných rozhodnutí odpůrce, aniž by měla možnost se o nich vzhledem k netransparentnosti ze strany odpůrce dozvědět, by byl v rozporu s požadavky účinné právní ochrany formulovanými Soudním dvorem Evropské unie v jeho ustálené judikatuře.
- 16 Odpůrkyně popírají legitimaci navrhovatelky k podání návrhu a navrhují, aby návrhy na předběžné opatření byly zamítnuty, podpůrně odmítnuty.

- 17 Vzhledem k tomu, že podle jednoznačného znění ustanovení § 344 BVergG z roku 2018, podle něžž musí být v návrhu podle § 342 odst. 1 BVergG z roku 2018 každopádně uveden název dotčeného zadávacího řízení, jakož i napadeného samostatně napadnutelného rozhodnutí, je navrhovatelka sama povinna již v návrhu přesně označit napadené rozhodnutí, BVwG podle judikatury Verwaltungsgerichtshof (správní soudní dvůr) každopádně není povinen provádět šetření skutkových okolností.
- 18 Podle názoru odpůrkyň jsou návrhy předložené navrhovatelkou neopodstatněné a neslouží prosazení subjektivního práva uchazeče. Jsou proto nepřijatelné.

Stručný popis odůvodnění žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce

- 19 BVwG je v projednávané věci konfrontován se situací, že navrhovatelka označila předměty napadení i žádosti o zajištění nejednotně.
- 20 V závislosti na počtu napadených rozhodnutí z určitých zadávacích řízení a v závislosti na zadávacím řízení, které je předmětem návrhu na přezkum a na nařízení předběžného opatření, musí být v Rakousku uhrazeny paušální poplatky.
- 21 V souladu s vnitrostátním výkladem této úpravy poplatků podle judikatury Verfassungsgerichtshof (Ústavní soud) nesmí BVwG před zaplacením nebo před vyměřením dlužných poplatků formou usnesení návrh na přezkum nebo na nařízení předběžného opatření schválit, zamítnout nebo odmítnout resp. po vzetí příslušného návrhu na právní ochranu zpět příslušné řízení zastavit, protože příslušné paušální poplatky již nesmí být po vyřízení návrhu na právní ochranu vyměřeny. Úhrada poplatku v dostatečné výši je tedy podmínkou pro rozhodnutí ve věci.
- 22 V případě, že by dlužné poplatky nebyly vyměřeny, by bylo možno nahlížet na soudce tak, že zaviněně způsobil majetkovou újmu státní pokladně.
- 23 Takováto ustanovení o propadnutí nebo promlčení poplatků za právní ochranu, která jsou omezena trváním řízení, jinak rakouský právní řád nezná. Pro vyměření poplatků zpravidla platí výrazně delší lhůty (např. v občanskoprávních věcech 5 let nebo u opravných prostředků podávaných k Verwaltungsgerichtshof [správní soudní dvůr] 3 roky).
- 24 S tím souvisí, že zejména u netransparentních nákupů, jako je tomu v projednávané věci, je nezbytné provést před vyměřením poplatků rozsáhlé šetření skutkového stavu, které by pro vyřízení návrhů na právní ochranu jako takových vůbec nemuselo být nezbytné.
- 25 Navrhovatelka u takto pro ni netransparentních nákupů při podávání svého návrhu na právní ochranu (který zakládá povinnost zaplatit poplatek) vůbec nemůže vědět, v jaké výši bude muset nakonec paušální soudní poplatek uhradit, v závislosti na tom, kolik smluv bylo opravdu uzavřeno přímo nebo kolik jednacích

řízení bez uveřejnění skutečně proběhlo a kolik samostatně napadnutelných rozhodnutí přitom bylo přijato.

- 26 Podle práva upravujícího poplatky musí BVwG navíc rovněž zjistit, zda navrhovatelka případně jednou nebo několika změnami svých návrhů na právní ochranu provedla stažení návrhu, s nímž souvisí následné snížení paušálních poplatků vždy o 25 % za každý zpoplatněný návrh na právní ochranu. Případně je nutno rovněž zjistit, zda se případně ve skutečnosti jednalo o novou dodatečnou žádost o právní ochranu.
- 27 Dabei kommt es nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs nicht (primär) auf zB die Vergabeverfahrensbezeichnung durch die Antragstellerin an, sondern darauf, worauf der Antrag inhaltlich gerichtet war, weil sich danach der Verfahrensaufwand und der mögliche Nutzen bestimmt. Podle judikatury Verwaltungsgerichtshof (správní soudní dvůr) přitom (primárně) není relevantní například uvedení názvu zadávacího řízení navrhovatelkou, nýbrž obsahové zaměření žádosti, protože to pak určuje náklady řízení a možný prospěch.
- 28 Bei der Anfechtung in Zusammenhang mit Lieferaufträgen (zB von Antigentests) bei einem geschätzten Auftragswert von drei Millionen je Rahmenvereinbarung bei drei angefochtenen Entscheidungen einschließlich Anträgen auf eV bei zentralen öffentlichen Auftraggebern wie der Republik Österreich und 21 behaupteten Rahmenvereinbarungssachverhalten würden 1.061.424 Euro an Pauschalgebühren anfallen. Při napadení zakázek na dodávky (např. antigenních testů) v odhadovaném hodnotě tři miliony na každou rámcovou dohodu při třech napadených rozhodnutích včetně návrhů na předběžné opatření u hlavních veřejných zadavatelů jako je Rakouská republika a 21 tvrzených rámcových smlouvách by paušální poplatky činily 1 061 424 eur.
- 29 Die Antragstellerin hat bislang 486 Euro an Pauschalgebühren bezahlt. Navrhovatelka dosud uhradila paušální poplatky ve výši 486 eur.
- 30 Bei intransparenten Vergabegeschehnissen und einem anwaltlicher Vorsicht entsprechendem Prozessvortrag von zB 21 Vergabeverfahren und drei daraus angefochtenen gesondert anfechtbaren Entscheidungen und einem Auftragswert von mehr als der zwanzigfachen Oberschwellenbereichsgrenze bei Lieferaufträgen wird damit eine Partei wie die Antragstellerin eventuell erst im Wege eines Gebührenverbesserungsauftrags mit einer Pauschalgebührennachforderung im Millionenbereich konfrontiert, mit welcher sie zuvor nicht unbedingt zu rechnen hatte. V případě netransparentních zadávacích řízení a opatrného tvrzení o 21 zadávacích řízení, a o tři z nich napadených samostatně napadnutelných tvrzení a hodnotě zakázky ve výši přesahující dvacetinásobek hranice pro nadlimitní veřejné zakázky bude účastník řízení, jako je navrhovatelka, případně až cestou výzvy k doplnění za účelem úhrady poplatků konfrontován s doplatkem na poplatcích v milionové výši, s nímž předtím nutně nemusel počítat.

- 31 Das BVwG hat nunmehr entsprechend der höchstgerichtlichen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs zu V 64/2019 zuerst mangels hinreichender Gebührenbezahlung einen Gebührenverbesserungsauftrag zu erlassen und dann mangels Entrichtung der nachverlangten Pauschalgebühren selbige zwecks Schaffung eines Exekutionstitels vorzuschreiben, bevor zB die im Beispiel geschilderten Nachprüfungs- und eV-Anträge enderledigt werden dürfen BVwG nyní musí v souladu s judikaturou Verfassungsgerichtshof (Ústavní soud) k V 64/2019 nejprve s ohledem na poplatek, který nebyl uhrazen v dostatečné výši, vydat výzvu k doplnění za účelem úhrady poplatků a následně vzhledem k neuhrazení dodatečně požadovaného paušálního poplatku tento poplatek vyměřit, aby tak vznikl exekuční titul, a až poté mohou být s konečnou platností vyřízeny návrhy na přezkum a na předběžné opatření, které byly uvedeny pro příklad.
- 32 Přitom je nutno uvést, že podle znění vnitrostátního zákona povinnost úhrady poplatků neodpadá ani v případě, že návrhy na přezkum a na předběžné opatření musí být z důvodu neuhrazení poplatků odmítnuty.
- 33 Zrušena ve smyslu směrnice 89/665/EHS ve znění směrnice 2014/23/EU a prohlášena za neplatné ve smyslu terminologie BVergG mohou být podle tohoto zákona pouze samostatně napadnutelná rozhodnutí z určitého zadávacího řízení.
- 34 V projednávané věci tedy přichází do úvahy buď v případě zadávacího řízení s přímým uzavřením smlouvy podle BVergG *volba přímého uzavření smlouvy* nebo u jednacím řízení bez uveřejnění za účelem uzavření rámcové dohody s jediným hospodářským subjektem/podnikatelem zjevná rozhodnutí zadavatele příslušně uvedená na seznamu v § 2 bodě 15 písm. a).
- 35 Dementsprechend hat die Antragstellerin in ihrem Nachprüfungsantrag und in ihrem korrespondierenden Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung das Vergabeverfahren und die gesondert anfechtbare Entscheidung zu bezeichnen. Bei mehreren „beeinspruchten“ Vergabeverfahren muss klar sein, welche gesondert anfechtbare Entscheidung aus welchem Vergabeverfahren angefochten wird. Navrhovatelka proto musí ve svém návrhu na přezkum a ve svém odpovídajícím návrhu na nařízení předběžného opatření označit zadávací řízení a samostatně napadnutelné rozhodnutí. V případě několika „nárokovaných“ zadávacích řízení musí být jasné, které samostatně napadnutelné rozhodnutí z kterého zadávacího řízení je napadáno.
- 36 U rámcové dohody, která je uzavírána s jediným podnikatelem/hospodářským subjektem v jednacím řízení bez zveřejnění oznámení, je poslední rozhodnutí, které může konkurent vybraného podnikatele napadnout, rozhodnutí o tom, že podnikatel má uzavřít rámcovou dohodu.
- 37 Z toho vyplývá, že subjektu, který se domáhá právní ochrany podle směrnice 89/665/EHS ve znění směrnice 2014/23/EU, zbývá v případě netransparentního zadávacího řízení jako opravný prostředek návrh na určení týkající se konkrétního zadávacího řízení.

- 38 Pokud se skutečně, v závislosti na výsledku dokazování, jedná o přímé uzavření smlouvy ve smyslu § 31 odst. 11 BVergG, lze pouze návrhem na přezkum napadnout volbu zadávacího řízení formou přímého uzavření smlouvy.
- 39 V souvislosti s návrhy na přezkum vyvstává pro BVwG v projednávané věci předně otázka, zda právní ochrana s takovými povinnostmi týkajícími se označení zadávacích řízení je u návrhů na přezkum a na předběžné opatření v případě zadávacích řízení, které jsou pro navrhovatele netransparentní, přiměřená, účinná a spravedlivá.
- 40 V případě, že tyto povinnosti označení nemají oporu v unijním právu a jsou tedy neúčinné resp. potlačené, lze si představit, že by se z úřední povinnosti použila pravomoc BVwG zjistit rozhodnutí zadavatele z určitých zadávacích řízení a prohlásit jejich neplatnost, přičemž takováto rozhodnutí by pak mohla být zrušena před zadáním zakázky. Jsou-li naproti tomu dotčené povinnosti označení v souladu s unijním právem, musí BVwG návrhy pro nedostatek příslušného označení po provedení řízení o doplnění případně odmítnout.

K zásadě rovnocennosti a zásadě efektivity

- 41 Hmotněprávní úprava veřejných zakázek jako souhrn norem, které upravují především předšmluvní povinnosti zadavatelů, na něž se vztahuje právo v oblasti veřejných zakázek, a podnikatelů majících zájem o poskytování plnění, je jako právo upravující uzavírání smluv podle zde zastávaného názoru speciálním občanským právem a spadá proto do oblasti působnosti nařízení č. 1215/2012.
- 42 Článek 25 nařízení č. 1215/2012 stanoví dohodu o příslušnosti jako možnost, jak založit příslušnost soudu. Rakouský Verwaltungsgerichtshof (správní soudní dvůr) v oblasti práva veřejných zakázek dohodu o příslušnosti podle vnitrostátního procesního práva. Z toho by bylo možno usuzovat, že právo v oblasti veřejných zakázek zakotvené v Rakousku v BVergG není občanským právem.
- 43 Otázka občanskoprávní povahy hmotného práva upravujícího veřejné zakázky (první předběžná otázka) je předotázkou k otázkám položeným v řízení o předběžné otázce v souvislosti se zásadou rovnocennosti.
- 44 Německý Bundesverwaltungsgericht (spolkový správní soud, BVerwG) vychází, v mezinárodním srovnání, z toho, že právo v oblasti veřejných zakázek patří do občanského práva (BVerwG 02.05.2007, BVerwG 6 B 10.07 a tam citovaná judikatura).
- 45 Vzhledem k tomu, že cestou předběžného opatření, jak stanoví směrnice 89/665/EHS v platném znění a rovněž vnitrostátní BVergG, mohou být možnosti uzavření smlouvy časově omezeně velmi zúženy, je zde zastáván názor, že rovněž řízení o nařízení předběžného opatření podle čl. 2 odst. 1 písm. a) směrnice 89/665/EHS ve znění směrnice 2014/23/EU je řízením o občanskoprávních nárocích ve smyslu ESLP, 15.10.2009, 15BSW 17056/06, *Micaleff proti Maltě*.

- 46 Podle unijní zásady rovnocennosti nesmí být uplatňování práv přiznaných unijním právem nelogicky obtížnější než prosazování práv, která vyplývají z vnitrostátního právního řádu.
- 47 Unijní právo proto zásadou rovnocennosti zakazuje procesněprávní diskriminaci prosazování práv odvozených z unijního práva v porovnání s procesními pravidly, kterými jsou uplatňována práva přiznaná vnitrostátním právem.
- 48 V občanskoprávních sporech, které jsou zahajovány žalobou u okresního nebo zemského soudu v prvním stupni, jsou vybírány paušální soudní poplatky v závislosti na hodnotě sporu, který žalobce, jenž je srovnatelný s navrhovatelem podle práva v oblasti veřejných zakázek, zpravidla předem zná. Žalobce tedy ví, s jakými poplatky musí počítat.
- 49 Zatímco podle BVergG musí být za návrh na předběžné opatření podle § 340 odst. 1 bodu 4 uhrazen paušální poplatek ve výši 50 % poplatku dluženého za návrh na přezkum, i když je předběžné opatření navrhováno ve spojení s návrhy na přezkum, jimiž je zahajováno řízení, nemusí být u občanských soudů v Rakousku za předběžná opatření navržená takto ve spojení se žalobou uhrazen žádný další paušální poplatek navíc k obecnému poplatku za žalobu.
- 50 Rozhodující se zde však jeví to, že u paušálních poplatků podle Gerichtsgebührengesetz (zákon o soudních poplatcích) za žaloby a návrhy na nařízení předběžného opatření není úhrada poplatku podmínkou pro rozhodnutí věci a že stát tím svůj nárok na poplatek neztrácí.
- 51 Na rozdíl od paušálních poplatků podle BVergG jsou soudní paušální poplatky při nezaplacení vyměřeny správním výměrem, aniž by to mělo jakýkoliv vliv na vyřízení žaloby nebo návrhu na předběžné opatření.
- 52 Proti výměru poplatku lze pak využít opravný prostředek stížnosti k BVwG jako soudu s plnou rozhodovací pravomocí. Příslušná rozhodnutí BVwG o poplatcích pak mohou být napadena ještě opravným prostředkem k Verwaltungsgerichtshof (správní soudní dvůr) nebo stížností podanou k Verfassungsgerichtshof (Ústavní soud).
- 53 V tomto ohledu se tedy zdá, že postavení navrhovatelů přezkumu a předběžných opatření u BVwG, kteří dodržují postupy právní ochrany stanovené unijním právem ve směrnici 89/665/EHS ve znění směrnice 2014/23/EU, je v porovnání s čistě vnitrostátními postupy právní ochrany mnohonásobně horší.
- 54 Za návrh na předběžné opatření podaný k BVwG zpravidla ve spojení s návrhem na přezkum musí na rozdíl od občanskoprávního procesu každopádně vždy zaplatit další paušální poplatky.
- 55 Návrh na přezkum a předběžné opatření je podle BVergG odmítnut, pokud navrhovatel nezaplatí své paušální poplatky ve výši dlužené podle názoru soudu v souladu s výzvou k doplnění za účelem úhrady poplatků; pozbývá nárok na

obsahové vyřízení svého návrhu na právní ochranu již z důvodu neuhrazení poplatků. Návrh na přezkum nebo na předběžné opatření podle BVergG také nesmí být odmítnut před výměrem poplatků z jiných důvodů než z důvodu neuhrazení poplatku, ani v případě, že by o něm již bylo možno rozhodnout. Zejména zadavatelé, kteří jsou konfrontováni s návrhy na předběžná opatření se zákonem stanoveným odkladným účinkem, mohou být případně nepříznivě dotčeni tím, že musí být nejprve vyřízena otázka poplatků - jinak soudce potenciálně nese odpovědnost z důvodu nevyměřených paušálních poplatků -, a až poté lze vyříditi návrhy na předběžná opatření.

- 56 V případě, že jsou paušální poplatky podle BVergG vyměřeny BVwG jako soudním orgánem, nemá navrhovatel jako v jiných případech právo podat stížnost k Verwaltungsgericht (správní soud) s plnou rozhodovací pravomocí, nýbrž mu zbývá pouze buď opravný prostředek k Verwaltungsgerichtshof (správní soudní dvůr), kde mohou být otázky zhodnocení důkazů posuzovány jen velmi omezeně, nebo právo podat stížnost k Verfassungsgerichtshof (Ústavní soud), k němuž lze stížnost podat zásadně pouze z důvodu použití protiprávních, obecně abstraktních norem nebo z důvodu uplatnění práva v rozporu s Ústavou v konkrétním případě.
- 57 Nehledě na zde zastávaný názor, že systém poplatků za občanskoprávní žaloby a s tím spojené návrhy na předběžná opatření a systém poplatků za návrhy na přezkum, určení a předběžná opatření musí být stejně výhodný ve smyslu unijní zásady rovnocennosti, měl by být za účelem dalšího právního porovnání popsán rovněž systém poplatků v souvislosti se stížnostmi proti správním rozhodnutím podávaným k Verwaltungsgericht (správní soud), opravnými prostředky k Verwaltungsgerichtshof (správní soudní dvůr) a stížnostmi na rozhodnutí správního soudu podané k Verfassungsgerichtshof (Ústavní soud).
- 58 I v těchto případech je nutno uhradit poplatky. V případech, kdy jsou u stížností na správní rozhodnutí k Verwaltungsgericht (správní soud) nebo stížností k Verfassungsgerichtshof (Ústavní soud) nebo opravných prostředků k Verwaltungsgerichtshof (správní soudní dvůr) podávány návrhy na přiznání (resp. odejmutí) odkladného účinku, čímž je funkčně někdy dosaženo stejného účinku jako u předběžného opatření, zastával Verwaltungsgerichtshof (správní soudní dvůr) k tomu vždy názor, že takovéto návrhy, které jsou podávány současně se stížností nebo opravným prostředkem, nepodléhají jako akcesorické návrhy dalšímu paušálnímu poplatku.
- 59 V žádné z výše uvedených úprav týkajících se poplatků ve správní oblasti není úhrada poplatku podmínkou obsahového vyřízení příslušného opravného prostředku.
- 60 V případě, že poplatky za výše uvedené opravné prostředky nejsou uhrazeny, vyměří je příslušný finanční úřad svým výměrem. Osoba povinná uhradit poplatek pak má právo podat stížnost k Bundesfinanzgericht (spolkový finanční soud) jako soudu s plnou rozhodovací pravomocí, proti rozhodnutím Bundesfinanzgericht (spolkový finanční soud) je pak možnost podání opravného prostředku k

Verwaltungsgerichtshof (správní soudní dvůr) nebo stížnosti k Verfassungsgerichtshof (Ústavní soud).

- 61 Zásada efektivity nebo účinnosti zakotvená v unijním právu brání vnitrostátním právním předpisům, aby výkon práv v oblasti veřejných zakázek přiznaných unijním právem v praxi znemožňovaly nebo nadměrně ztěžovaly. Tato zásada účinně možného uplatňování práva je zmíněna rovněž v článku 1 směrnice 89/665/EHS ve znění směrnice 2014/23/EU resp. v článku 47 Listiny.
- 62 Směrnice 89/665/EHS ve znění směrnice 2014/23/EU má zajistit rychlá a účinná přezkumná řízení, která mohou vést ke zrušení rozhodnutí přijatých zadavateli. Prostřednictvím předběžných postupů podle této směrnice mají být co nejrychleji přijata předběžná opatření v souvislosti s hlavním návrhem na přezkum a prohlášení neplatnosti.
- 63 Podle čl. 1 odst. 1 této směrnice jsou přitom zakázkami ve smyslu této směrnice rovněž rámcové dohody.
- 64 Z bezpodmínečných, dostatečně přesných ustanovení této směrnice vyplývají subjektivní práva jednotlivce, jak rozhodl Soudní dvůr Evropské unie například ve věci C-391/15.
- 65 BVwG je proto toho názoru, že unijní právo stanoví subjektivní nárok, aby návrhy na přezkum a předběžná opatření byly vyřízeny co nejrychleji a nezávisle na otázkách souvisejících se soudními paušálními poplatky.
- 66 Ohledně vnitrostátního systému poplatků vytvořeného specificky na ochranu práva v oblasti veřejných zakázek vyvstává pro BVwG otázka, zda situace, kdy při netransparentním zadávacím řízení vznikne podáním návrhu povinnost zaplatit soudní poplatky, jejichž výše nemůže být v okamžiku podání návrhu případně ještě vůbec známa, je v souladu s unijním právem, účinná, spravedlivá, přiměřená a odpovídající požadavkům rychlého řízení.
- 67 Jinými slovy vyvstává otázka, zda je zejména přiměřené, účinné a spravedlivé resp. odpovídající požadavkům rychlého řízení o přezkumu a předběžném opatření, pokud BVwG musí dokonce v případě, že by o návrhu na přezkum a předběžné opatření mohl rozhodnout, přesto na jiné úrovni nejprve zjistit, kolik kdy přijatých rozhodnutí zadavatele z kolika zadávacích řízení bylo navrhovatelkou napadeno v okamžiku zahájení řízení podle vůle účastníka řízení objektivně vyjádřené návrhem na přezkum včetně příslušného návrhu na předběžné řízení a kolik příslušných požadavků na přezkum včetně příslušného požadavku na předběžné řízení, v projednávané věci např. 5. ledna 2021, ještě zachovala.

K jednotlivým předběžným otázkám

- 68 Podle názoru BVwG je nutno předně vyjasnit unijní právní stav a přímou účinnost unijního práva včetně nepoužitelnosti vnitrostátních ustanovení, které mu

odporují, předtím než pak bude na základě vyjasněného právního stavu nutno provést více či méně obsáhlá skutková šetření týkající se konkrétní specifické právní situace.

- 69 **K první otázce:** Představuje-li hmotné právo v oblasti veřejných zakázek určitou část občanského práva, pak se v souladu se zásadou rovnocennosti stanovenou unijním právem jeví jako nezbytné, aby uplatňování práva pro navrhovatelku nebylo v oblasti veřejných zakázek upraveno nevýhodněji než u jiného čistě vnitrostátního občanského práva.
- 70 Je navrhováno odpovědět na tyto otázky v tom smyslu, že hmotné právo v oblasti veřejných zakázek jako souhrn norem ukládajících předmluvní práva a povinnosti během navázání obchodu představuje oblast občanského práva rovnocennou s jinými právními normami upravujícími uzavření smlouvy; a že předběžná opatření podle čl. 2 odst. 1 písm. a) směrnice 89/665/EHS ve znění směrnice 2014/23/EU jsou rovněž řízeními občanského práva, minimálně však řízeními ve smyslu článku 35 nařízení č. 1215/2012.
- 71 **Ke druhé otázce:** Druhou otázkou se soud táže, zda zásada rovnocennosti stanovená v unijním právu ve spojení s dalšími předpisy unijního práva vede k tomu, že výše popsaný vnitrostátní systém poplatků nelze použít.
- 72 V případě, že Soudní dvůr Evropské unie odpoví na tuto otázku v tom smyslu, že unijní právo vede k tomu, že návrh na předběžné opatření, stejně jako jiné prostředky individuální právní ochrany v Rakousku mohou být vyřízeny nehledě na otázku paušálních poplatků a jejich platbu, mohl by BVwG v projednávané věci považovat šetření nezbytná pro stanovení poplatku za subsidiární a podle zásady hospodárnosti řízení předložený návrh nebo návrhy na předběžné opatření podle výsledku šetření velmi rychle vyřídit, aniž by předtím musel provádět šetření týkající se počtu zadávacích řízení.
- 73 **K otázce 2.1:** Na pozadí zejména zásady rovnocennosti zakotvené v unijním právu se soud táže, zda smí být podle unijního práva návrh na nařízení předběžného opatření podroben vlastnímu paušálnímu poplatku, je-li podáván společně s návrhem na přezkum, ačkoliv v jiném občanském právu návrhy na předběžné opatření spojené s žalobou nejsou kromě poplatku za žalobu spojeny s žádným dalším poplatkem a ani v oblasti správního práva návrhy na odkladný účinek spojené s opravným prostředkem nepodléhají žádnému dalšímu poplatku.
- 74 V případě, že Soudní dvůr Evropské unie jinými slovy rozhodne, že navrhovatel přezkumu nemusí z důvodu procesně právní diskriminace v porovnání s jinými odvolateli v Rakousku uhradit žádný další poplatek za předběžné opatření navrhované společně s přezkumem, bylo by možné žádost o předběžné opatření podanou navrhovatelkou vyřídit podstatně rychleji a zejména bez nezbytnosti provádět šetření v souvislosti s poplatky.
- 75 **Ke třetí otázce:** Touto otázkou se soud táže, zda je podle unijního práva zejména s ohledem na požadavek rychlosti podle čl. 1 odst. 1 směrnice 89/665/EHS ve

znění směrnice 2014/23/EU resp. na požadavek naléhavosti stanovený v čl. 2 odst. 1 písm. a) této směrnice nepřipustné, aby rychlé vyřízení návrhu na přezkum resp. na předběžné opatření bylo podmíněno tím, že jsou zaplacený soudní poplatky dlužené za takovýto návrh nebo budou uhrazeny na základě výzvy k doplnění za účelem úhrady poplatku pod sankcí odmítnutí pro neuhrazení poplatků, pokud by bylo možno tento návrh nezávisle na otázce poplatků případně vyřídit velmi rychle. Soud navrhuje odpovědět na tuto otázku v tom smyslu, že je to nepřipustné.

- 76 **Ke čtvrté otázce:** Podle zde zastávaného názoru je pro všechny účastníky řízení nespravedlivé, jestliže soud, jako v projednávané věci, musí u netransparentní veřejné zakázky provádět šetření skutečností relevantních pro výpočet poplatku, případně musí vydat výzvu k doplnění za účelem úhrady poplatku a poté musí návrh na přezkum resp. na předběžné opatření odmítnout z důvodu neuhrazení příslušného poplatku. V případě, že je takovýto systém poplatků podle unijního práva nepřipustný a nelze jej tedy použít ani na vnitrostátní úrovni, by BVwG mohl dotčené návrhy rovněž vyřídit mnohem rychleji.
- 77 **K páté otázce:** Proti výměru soudních poplatků vydaného správním orgánem zpravidla lze podat stížnost k Verwaltungsgericht (správní soud) s plnou rozhodovací pravomocí, zatímco u specifických soudních poplatků podle BVergG za návrhy na přezkum, určení a předběžné opatření po rozhodnutí o poplatcích přijatém v prvním stupni lze proti výměru poplatků podat již jen opravný prostředek k Verfassungsgerichtshof (Ústavní soud) a Verwaltungsgerichtshof (správní soudní dvůr) a tyto dva nejvyšší soudy neprovádí obsáhlý přezkum (viz výše, bod 57).
- 78 V porovnání s tím u soudního poplatku za žalobu v občanskoprávním řízení a za opravný prostředek ve správním právu vydává správní orgán výměr soudního poplatku, jenž lze vždy napadnout stížností k příslušnému Verwaltungsgericht (správní soud) a poté opravným prostředkem k Verwaltungsgerichtshof (správní soudní dvůr) nebo stížností k Verfassungsgerichtshof (Ústavní soud).
- 79 Podle zde zastávaného názoru není takováto diskriminující vnitrostátní úprava soudních poplatků v právní ochraně v oblasti veřejných zakázek podle BVergG obecně slučitelná s unijním právem, zejména s přihlédnutím ke skutečnosti, že úhrada těchto soudních poplatků je na rozdíl od jiných soudních poplatků dokonce podmínkou pro rozhodnutí ve věci.
- 80 **K šesté otázce:** Touto otázkou se soud táže, zda zejména ve světle čl. 1 odst. 1 směrnice 89/665/EHS ve znění směrnice 2014/23/EU představuje uzavření rámcové dohody s jediným hospodářským subjektem z pohledu zadavatele uzavření smlouvy podle výše uvedené směrnice a tedy zadání veřejné zakázky podle vnitrostátního práva.
- 81 V případě kladné odpovědi na tuto otázku, je pro přípravné řízení probíhající u BVwG v souladu s unijním právem jasné, že již od tohoto okamžiku byly

vnitrostátně přípustné již jen návrhy na určení podle § 334 BVergG a návrhy na předběžné opatření musí být odmítnuty již jen z důvodu „zadání zakázky“, k němuž došlo.

- 82 Soud navrhuje odpovědět na tyto dvě otázky v tom smyslu, že uzavření rámcové dohody s jediným hospodářským subjektem je uzavřením smlouvy resp. zadáním zakázky, jestliže takto stanoví již článek 1 uvedené směrnice.
- 83 **K otázce 6.1:** Tato otázka má vyjasnit, zda se podle unijního práva zakázky opírající se o rámcovou dohodu zakládají na této rámcové dohodě i v případě, že přitom již dojde k překročení celkové hodnoty rámcové dohody ve smyslu rozsudku Soudního dvora Evropské unie ve věci C-216/17. V případě kladné odpovědi by se podle vnitrostátního práva muselo v případě odpovídajících výsledků šetření vycházet z toho, že návrhem na určení by bylo možno napadnout rovněž zakázky převyšující celkovou hodnotu, protože byly zadány po uzavření rámcové dohody, aniž by v tomto ohledu bylo přípustné předběžné opatření.
- 84 V případě, že by Soudní dvůr Evropské unie dospěl naopak k závěru, že se jednotlivé zakázky po překročení celkové hodnoty původní rámcové dohody již nezakládají na původní rámcové dohodě, je nutno v takovém případě přezkoumat, zda nové jednotlivé zakázky představují (představovaly) přímé uzavření smlouvy podle vnitrostátního práva nebo byly zamýšleny nebo zadány jako zakázka na dodávky v netransparentním zadávacím řízení nebo je nutno je posuzovat jako samostatné zakázky na základě nové, netransparentně uzavřené další rámcové dohody. V tomto smyslu jsou pak nové návrhy na přezkum před zadáním zakázky resp. příslušné návrhy na předběžné opatření ještě možné. Poté je pak nutno posoudit, zda jsou proti takovýmto novým nákupům přípustné návrhy na přezkum, určení nebo předběžné opatření.
- 85 Z důvodu hospodárnosti řízení je navrhováno odpovědět na obě otázky v tom smyslu, že se zakázky, které byly uzavřeny s oporou rámcové dohody, zakládají na rámcové dohodě i v případě, že celková hodnota rámcové dohody již byla vyčerpána.
- 86 **K sedmé otázce:** Tato otázka zmiňuje téma povinnosti poskytnutí informací na pozadí zakazu výpovědi ve vlastní neprospěch.
- 87 Ustanovení § 49 odst. 1 bodu 1 AVG upravuje právo svědka na odepření výpovědi, podle nějž může svědek odepřít odpověď na otázky, jejichž zodpovězením může sobě nebo svým příbuzným způsobit přímou majetkovou újmu nebo se vystavit nebezpečí trestního stíhání nebo se zostudit.
- 88 Podle § 51 AVG se toto právo na odepření výpovědi použije rovněž na účastníky řízení, přičemž ti nemají právo odepřít výpověď z důvodu majetkové újmy.
- 89 Podle § 336 BVergG je v rámci diskrečního rozhodnutí možné rozhodnutí pro zmeškání na základě procesních tvrzení druhého účastníka řízení, pokud jeden z účastníků řízení neposkytne informace nebo nepředloží požadované podklady.

- 90 Ustanovení § 336 BVergG ovšem neupravuje žádná práva na odepření výpovědi nebo poskytnutí informací jako § 49 odst. 1 bod 1 AVG.
- 91 Podle názoru BVwG by se mohlo jednat o porušení zákazu výpovědi ve vlastní neprospěch, jestliže statutární zástupce nebo zaměstnanec zadavatele musí k odvrácení rizika rozhodnutí pro zmeškání poskytnout informace, ačkoliv tím mohou být případně odhaleny skutečnosti, které mohou být v trestněprávním ohledu (příp. i z hlediska náhrady škody) použity proti těmto statutárním zástupcům a zaměstnancům.
- 92 Na druhé straně pokud by takováto možnost rozhodnutí pro zmeškání v případě neposkytnutí informací resp. nepředložení podkladů neexistovala, byla by tím omezena účinnost právní ochrany v oblasti veřejných zakázek.
- 93 S přihlédnutím k základním právům soud navrhuje, aby tyto otázka byla zodpovězena v tom smyslu, že povinnost poskytnout informace a předložit podklady neplatí, pokud by tak fyzickým osobám jednacím v zastoupení zadavatele vznikla povinnost vypovídat ve svůj neprospěch.
- 94 **K osmé a deváté otázce:** Tyto otázky se týkají dostatečné účinnosti a spravedlnosti vnitrostátních ustanovení v případě zadávacích řízení, která jsou pro navrhovatele netransparentní.
- 95 Jako přinejmenším blízké skutečnému stavu a možné se zdá být, že navrhovatelka v okamžiku předání písemnosti zahajující řízení nevěděla, kolik zadávacích řízení jakého druhu (přímé uzavření smlouvy, jednacím řízení bez uveřejnění) odpůrkyně uskutečňují resp. uskutečnily; a kolik samostatně napadnutelných rozhodnutí odpůrkyně v zadávacím řízení nebo řízeních již přijaly.
- 96 Navrhovatelce tak bylo případně bez příslušné transparentnosti uloženo břemeno tvrzení spočívající v konkrétním označení zadávacích řízení a samostatně napadnutelných rozhodnutí. V souladu s tím navrhovatelka uvedla neurčitá procesní tvrzení.
- 97 Na druhé straně musí rovněž každý žalobce v rakouském občanskoprávním řízení v rámci svého břemene tvrzení uvést skutečnosti zakládající jeho nárok a vzhledem k neexistenci opačných zákonných ustanovení o důkazním břemenu nese podle obecné zásady rovněž objektivní břemeno zjištění, nelze-li jím tvrzený skutkový stav zakládající nárok dokázat nebo jej lze dokázat pouze zčásti.
- 98 Takováto rizika břemene tvrzení a důkazního břemene se proto zdají být obecně součástí rakouského právního řádu, a to zejména v oblasti občanského práva (např. v oblasti náhrady škod nebo hospodářské soutěže).
- 99 Požaduje-li BVergG pro přípustný návrh na přezkum a na předběžné opatření označení konkrétně napadeného samostatně napadnutelného rozhodnutí z určitého zadávacího řízení, přičemž v opačném případě je návrh po výzvě k doplnění odmítnut, je pro osobu domáhající se právní ochrany velmi obtížné až nemožné se

zejména včas před zadáním zakázky s dostatečnou jistotou dozvědět, kolik samostatně napadnutelných rozhodnutí v kolika zadávacích řízeních již bylo přijato.

- 100 Ovšem ze srovnání tohoto nedostatku transparentnosti pro osobu domáhající se právní ochrany s jinými systémy právní ochrany a zejména s žalobami u rakouských občanských soudů vyplývá, že i tam nese žalobce domáhající se právní ochrany nejprve břemeno tvrzení a poté objektivní břemeno zjištění, tedy riziko neprokazatelnosti skutečností zakládajících jeho nárok.
- 101 Na základě tohoto závěru srovnání procesního práva proto soud navrhuje zodpovědět otázky v tom smyslu, že povinnost označení nečiní systém právní ochrany podle BVergG jako takový neúčinným ani nespravedlivým ve smyslu unijního práva.
- 102 **K desáté otázce:** Tato otázka směřuje k tomu, zda právo na spravedlivý proces před soudem podle článku 47 Listiny umožňuje v případě zadávacích řízení, která jsou pro osobu domáhající se právní ochrany netransparentní, použít systém soudních poplatků, v němž výše soudních poplatků, které je nakonec nutno uhradit, závisí na výši odhadované hodnoty zakázky, na počtu zadávacích řízení uskutečněných v určité hodnotě a na počtu napadených samostatně napadnutelných rozhodnutí.
- 103 Podle zde zastávaného názoru má netransparentnost pro navrhovatelku v projednávané věci za následek, že se jeví nespravedlivé požadovat paušální poplatky za návrhy na přezkum a na předběžné opatření za každé samostatně napadnutelné rozhodnutí z každého určitého zadávacího řízení, jakmile soud řádně zjistil, kolik samostatně napadnutelných rozhodnutí z kolika zadávacích řízení jaké odhadované hodnoty chtěla navrhovatelka napadnout. Nespravedlivé proto, že ve srovnání je osobě domáhající se právní ochrany u občanského soudu zpravidla již při podání žaloby včetně připojeného návrhu na předběžné opatření jasná výše soudního poplatku, který musí uhradit. V systému soudních poplatků podle § 340 BVergG musí osoby domáhající se právní ochrany případně počítat se značnými „překvapeními“ ohledně soudních poplatků.
- 104 V případě odpovědi na osmou a devátou otázku v tom smyslu, že podle unijního práva u napadených netransparentních veřejných zakázek povinnosti označení napadených rozhodnutí a dotčených zadávacích řízení odpadají, přičemž by pak ale přesto výše poplatků podle § 340 BVergG a nařízení o paušálním poplatku musela být zjištěna až v průběhu řízení o přezkumu a o předběžném opatření na základě poté zjistitelných zadávacích řízení určité odhadované hodnoty a na základě počtu rozhodnutí, která mají být zrušena, byla by netransparentnost výše poplatků při podání návrhu ještě posílena.
- 105 Soud proto navrhuje odpovědět na otázku v tom smyslu, že je z hlediska unijního práva nespravedlivé a vnitrostátní ustanovení o poplatcích proto nesmí být použita, jestliže ustanovení o poplatcích nutí navrhovatele zaplatit poplatky, které

v okamžiku podání návrhu ještě nemohl z důvodu netransparentnosti zadávacího řízení předvídat.

PRACOVNÍ DOKUMENT