STANOVISKO GENERÁLNÍHO ADVOKÁTA PAOLA MENGOZZIHO

přednesené dne 17. listopadu 2009[1]

1. Projednávaná věc, která plyne z několika předběžných otázek vznesených Oberlandesgericht Düsseldorf, umožňuje Soudnímu dvoru se znovu vrátit k problému rozlišení mezi veřejnými zakázkami na stavební práce a regulační činností v oblasti územního plánování vykonávanou orgány veřejné moci.

I – Právní rámec

2. Konkrétně je jádrem věci, kterou má předkládající soud rozhodnout, prodej pozemku veřejnosprávním orgánem soukromé osobě. Typicky může tato situace vést k otázce, zda se nejedná o státní podporu[2]. V projednávané věci nicméně tato otázka nevzniká. Zvláštností projednávané věci je naopak to, že veřejnosprávní orgán rozhodl prodat pozemek uchazeči, který podle názoru místních úřadů, které mají pravomoc v oblasti územního plánování, předložil pro uvedený pozemek nejzajímavější plán na využití a výstavbu. Předkládající soud se táže, zda se za těchto okolností použijí pravidla o veřejných zakázkách, konkrétněji pravidla o koncesích na stavební práce.

3. Ustanovení, ke kterým se má Soudní dvůr vyjádřit, se nachází ve směrnici 2004/18/ES[3].

1 — Původní jazyk: italština.

2 — Taková státní podpora jistě existuje, jestliže je veřejný majetek prodán za cenu, která je nižší než cena na trhu. Viz v tomto smyslu zejména Sdělení Komise o prvcích státní podpory při prodejích pozemků a staveb orgány veřejné moci (Úř. věst. C 209, 10.7.1997, s. 3).

3 — 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 (Úř. věst. L 134, s. 114; Zvl. vyd. 06/07, s. 132, dále jen „směrnice 2004/18“ nebo „směrnice“).

4. Článek 1 směrnice stanoví:

„1. Pro účely této směrnice se použijí definice uvedené v odstavcích 2 až 15.

2. a) ‚Veřejné zakázky'jsou úplatné smlouvy uzavřené písemnou formou mezi jedním nebo více hospodářskými subjekty a jedním nebo více veřejnými zadavateli, jejichž předmětem je provedení stavebních prací, dodání výrobků nebo poskytnutí služeb ve smyslu této směrnice.

b) ‚Veřejné zakázky na stavební práce, jsou veřejné zakázky, jejichž předmětem je buď provedení, nebo projekt i provedení stavebních prací vztahujících se k jedné z činností uvedených v příloze I nebo stavby, nebo provedení stavby, která odpovídá požadavkům stanoveným veřejným zadavatelem, jakýmikoli prostředky. ‚Stavbou' se rozumí výsledek souboru stavebních nebo stavebně inženýrských prací, který je sám o sobě dostačující, aby plnil hospodářskou nebo technickou funkci.

(…)

3. ‚Koncese na stavební práce'je smlouva stejného druhu jako veřejná zakázka na stavební práce s tou výjimkou, že protiplnění za provedení stavebních prací spočívá buď výhradně v právu využívat stavbu, nebo v tomto právu společně s platbou.

(…)"

II – Skutkový stav, spor v původním řízení a předběžné otázky

5. V říjnu 2006 Bundesanstalt für Immobilienaufgaben (spolkový úřad pro správu veřejných nemovitostí; dále jen „Bundesanstalt") zveřejnil prostřednictvím inzerátu v novinách a na internetu, že má v úmyslu prodat pozemek o rozloze asi 24 hektarů v obci Wildeshausen. Na pozemku se mimo jiné nacházely kasárny, které byly zrušeny na začátku roku 2007.

6. Oznámení zveřejněné Bundesanstaltem upřesňovalo, že dovolené využití pozemku bude dohodnuto s městem Wildeshausen.

7. Podle znaleckého posudku, který si Bundesanstalt nechal v květnu 2007 zpracovat, byla hodnota pozemku 2,33 milionu eur.

8. Společnost Helmut Müller GmbH (dále jen „Helmut Müller“) podala v listopadu 2006 nabídku na koupi pozemku za cenu 4 miliony eur, ovšem za podmínky, že územní plán pro dotčenou zónu bude v souladu s jejími projekty. Tento návrh zůstal bez odezvy.

9. V lednu 2007 vyzval Bundesanstalt případné zájemce k podání nabídky ve vztahu k pozemku bez předem vypracovaného územního plánu. Za těchto okolností společnost Helmut Müller podala cenovou nabídku ve výši jednoho milionu eur. Jiná společnost, a to Gut Spascher Sand Immobilien GmbH (dále jen „GSSI“), naproti tomu nabídla 2,5 milionu eur.

10. Město Wildeshausen poté vyzvalo zájemce k předložení jejich projektů využití dotčené oblasti. Tyto plány byly projednány s městem, za účasti zejména Bundesanstalt. Dne 24. května 2007 se městská rada obce Wildeshausen vyslovila pro projekt GSSI a rozhodla, že zahájí řízení s cílem vytvoření územního plánu na základě tohoto projektu. Rozhodnutí městské rady však výslovně uvádělo, že volba učiněná městskou radou ve prospěch projektu GSSI není závazná s ohledem na pravomoci města v oblasti územního plánování a že si městská rada vyhrazuje právo volně vykonávat tyto pravomoci.

11. Dne 6. června 2007 Bundesanstalt prodala pozemek GSSI. Kupní smlouva neobsahovala žádný odkaz na budoucí využití prodaného pozemku.

12. Helmut Müller napadl prodej pozemku před vnitrostátními soudy zejména s tím, že prodej měl být proveden podle pravidel zadávání veřejných zakázek.

13. Předkládající soud, jemuž byl spor předložen položil následující předběžné otázky:

„1) Je třeba chápat pojem veřejné zakázky na stavební práce uvedený v čl. 1 odst. 2 písm. b) směrnice v tom smyslu, že stavební práce jsou fakticky nebo fyzicky

provedeny na účet veřejného zadavatele a v jeho přímém hospodářském zájmu?

2) Pokud pojem ‚veřejné zakázky na stavební práce' ve smyslu čl. 1 odst. 2 písm. b) směrnice neumožňuje odhlédnout od prvku získání: je možné dle druhé varianty uvedené v tomto ustanovení připustit, že k takovému získání dochází, pokud stavební práce splňují veřejný účel stanovený pro veřejného zadavatele (například slouží urbanistickému rozvoji části obce) a veřejný zadavatel má na základě smlouvy pravomoc vyžadovat, aby bylo dosaženo veřejného účelu a aby stavba tomuto účelu do budoucna sloužila?

3) Vyžaduje pojem ‚veřejné zakázky na stavební práce' dle první a druhé varianty čl. 1 odst. 2 písm. b) směrnice, aby byl zhotovitel přímo, či nepřímo povinen provést stavební práce? Musí se jednat o takovou povinnost, jejíž splnění je možné soudně vymáhat?

4) Vyžaduje pojem ‚veřejné zakázky na stavební práce' dle třetí varianty uvedené v čl. 1 odst. 2 písm. b) směrnice, aby byl zhotovitel povinen provést stavební práce nebo aby byly tyto stavební práce jako takové předmětem zakázky?

5) Spadají zakázky, kterými, prostřednictvím požadavků stanovených veřejným zadavatelem, má být zajištěno, aby byla prováděná stavba k dispozici pro určitý veřejný účel, a prostřednictvím kterých má veřejný zadavatel (dle smluvní dohody) současně pravomoc (ve vlastním nepřímém zájmu) vyžadovat, aby stavba sloužila tomuto veřejnému účelu, pod pojem veřejných zakázek na stavební práce ve smyslu třetí varianty uvedené v čl. 1 odst. 2 písm. b) směrnice?

6) ‚Je splněn pojem ‚[odpovídá] požadavkům stanoveným veřejným zadavatelem' dle čl. 1 odst. 2 písm. b) směrnice, pokud mají být stavby provedeny dle plánů, které prověřil a odsouhlasil veřejný zadavatel?

7) Je třeba dle článku 1 odst. 3 směrnice zamítnout koncesi na veřejné stavební

práce, pokud její držitel je nebo bude vlastníkem pozemku, na kterém má být provedena stavba, nebo v případě, kdy bude koncese udělena na dobu neurčitou?

8) Je třeba použít směrnici (s právním důsledkem spočívajícím v povinnosti veřejného zadavatele vyhlásit zadávací řízení) také tehdy, pokud se prodej pozemku uskuteční prostřednictvím třetí osoby a zadání veřejné zakázky na stavební práce proběhne až později a při uzavření smlouvy o prodeji pozemku ještě nebyla veřejná zakázka zadána, ovšem v posledně uvedeném okamžiku již měl veřejný zadavatel v úmyslu takovou zakázku zadat?

9) Je třeba navzájem odlišné, ovšem související úkony týkající se prodeje pozemku a (zadání) veřejné zakázky na stavební práce posuzovat z hlediska předpisů v oblasti zadávání veřejných zakázek jako jeden celek v případě, kdy toto zadání bylo zamýšleno v okamžiku uzavření smlouvy o prodeji pozemku a účastníci vědomě vytvořili z věcného – a rovněž i časového – pohledu úzké propojení těchto smluv (viz rozsudek ze dne 10. listopadu 2005, Komise v. Rakousko, C-29/04, Sb. rozh. s. I-9705)?“

III – Úvodní poznámky

A – *Judikatura předkládajícího soudu*

14. Abychom lépe porozuměli otázkám vzneseným předkládajícím soudem, je třeba určité vysvětlení. Zejména je třeba si povšimnout, že jak to ve svém usnesení uvádí sám vnitrostátní soud, současná judikatura předkládajícího soudu (Oberlandesgericht Düsseldorf) se v určitých ohledech liší od velké části judikatury a doktríny v oblasti práva veřejných zakázek.

15. Zejména předkládající soud vychází z myšlenky, že převážně územně plánovací povaha řízení v zásadě nevylučuje použitelnost ustanovení práva Společenství v oblasti zadávání veřejných zakázek. V tomto ohledu vnitrostátní soud uvádí judikaturu Soudního dvora ve věcech Ordine degli architetti a další[4] a Komise v. Francie[5].

16. Zadruhé předkládající soud vyvozuje z judikatury Auroux a další[6] zásadu, že

4 — Rozsudek ze dne 12. července 2001, Ordine degli Architetti a další (C-399/98, Recueil, s. I-5409).

5 — Rozsudek ze dne 20. října 2005, Komise v. Francie (C-264/03, Sb. rozh. s. I-8831).

6 — Rozsudek ze dne 18. ledna 2007, Auroux a další (C-220/05, Sb. rozh. s. I-385).

použitelnost pravidel Společenství v oblasti veřejných zakázek je zcela nezávislá na tom, zda veřejný zadavatel má v úmyslu stát se vlastníkem staveb, které se mají postavit anebo je pouze držet a používat. Jinými slovy by se právní úprava Společenství v oblasti veřejných zakázek mohla použít nezávisle na tom, zda existuje prvek fyzického získání majetku zadavatelem. Zvláště by rovněž užitečnost, které chce veřejný zadavatel dosáhnout, mohla být nemateriální a spočívat například, jako je tomu v projednávané věci, v dosažení určitých cílů v rámci územního rozvoje obce[7].

17. Na základě této judikatury je situace, která je předmětem sporu v původním řízení vyložena předkládajícím soudem následovně. Podle jeho názoru byla GSSI udělena koncese na stavební práce[8], na kterou se měla použít relevantní ustanovení práva Společenství[9]. Skutečnost, že GSSI získá vlastnické právo k dotyčným nemovitostem není podle názoru předkládajícího soudu v rozporu s takovým výkladem, neboť pojem „koncese" tak, jak je definován ve směrnici, nevylučuje koncese na neurčitou dobu ani uznání práva koncesionáře na vlastnictví majetku, který je předmětem koncese.

18. Okolnost, že město Wildeshausen, přestože se vyslovilo pro urbanistický projekt společnosti GSSI, formálně nebylo vázáno schválit tento projekt, není podle předkládajícího soudu prvkem, který může vyvrátit jeho výklad událostí. Konkrétně soud odkazuje na rozsudek Soudního dvora ve věci Komise v. Rakousko (tzv. rozsudek „Mödling")[10], aby podpořil myšlenku, že i událost, která nastala časově po zadání může, pokud by to bylo rozhodující pro účely tohoto zadání, být zohledněna za účelem právního posouzení skutečností v projednávané věci. Jinak by

7 — Poté, co bylo podáno předkládací rozhodnutí, byla německá právní úprava změněna zákonem ze dne 20. dubna 2009 o modernizaci práva veřejných zakázek (Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts, BGBl. I, s. 790), který změnil článek 99 zákon a omezování hospodářské soutěže (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen nebo „GWB"), tím, že mimo jiné upřesnil, že v případě třetí varianty upravené v definici veřejné zakázky na stavební práce je nezbytné, aby zadavatel získal přímý hospodářský prospěch. Viz též dále poznámka pod čarou 35.

8 — Není však zcela jasné, kdo je osoba, která udělila tuto koncesi. Sama Komise, která je v tomto ohledu spíše otevřená tezi předkládajícího soudu, musela při jednání připustit, že jak Bundesanstalt, tak město Wildeshausen v projednávané věci zastupují určité typické charakteristiky této role, aniž by bylo možné rozpoznat převahu jedné nebo druhé.

9 — Podle předkládacího rozhodnutí není pochyb o tom, že prahy stanovené pro použití směrnice jsou v projednávané věci ve velké míře překročeny. Ve skutečnosti, vzhledem k tomu, že samotná hodnota pozemku nepřekračuje tyto prahy, je odůvodnění vnitrostátního soudu do určité míry hypotetické. Na druhou stranu, vzhledem k ustálené judikatuře, podle které přísluší v zásadě vnitrostátnímu soudu posoudit relevanci otázek, aby se vyjádřil ke sporu, se domnívám, že Soudní dvůr by měl v projednávané věci odpovědět na otázky položené Oberlandesgericht Düsseldorf. Viz v této souvislosti například rozsudky Soudního dvora ze dne 15. prosince 1995, Bosman (C-415/93, Recueil, s. I-4921, bod 61); ze dne 7. září 1999, Beck a Bergdorf (C-355/97, Recueil, s. I-4977, bod 22); ze dne 7. června 2007, van der Weerd a další (C-222/05 až C-225/05, Sb. rozh. s. I-4233, bod 22) a ze dne 17. července 2008, Corporación Dermoestética (C-500/06, Sb. rozh. s. I-5785, bod 23).

10 — Rozsudek ze dne 10. listopadu 2005, Komise v. Rakousko (C-29/04, Sb. rozh. s. I-9705, dále jen „Mödling").

mohl být jednoduše ohrožen užitečný účinek ustanovení práva Společenství.

19. Jak už jsem to uvedl výše, předkládající soud uznává, že jeho výklad práva Společenství v částech použitelných na projednávanou věc není přijímán jednotně. Oberlandesgericht Düsseldorf se tedy v zásadě svými předběžnými otázkami táže, zda jeho výklad je, či není správný.

B – *Rozdíly mezi různými jazykovými verzemi článku 1 směrnice*

20. Článek 1 směrnice rozlišuje ve většině jazykových verzí[11] mezi třemi různými kategoriemi „veřejné zakázky na stavební práce". Jedná se konkrétně o následující:

– provedení, případně i projekt *stavebních prací*[12] uvedených v příloze I (první možnost);

– provedení, případně i projekt *stavby*[13] (druhá možnost);

– provedení *stavby*[14], která odpovídá požadavkům stanoveným veřejným zadavatelem, jakýmikoli prostředky (třetí možnost).

21. Směrnice okamžitě upřesňuje, že „stavbou"[15] se rozumí „výsledek souboru stavebních nebo stavebně inženýrských prací, který je sám o sobě dostačující, aby plnil hospodářskou nebo technickou funkci".

22. Úvodem je třeba konstatovat, že jazykové verze směrnice vykazují několik důležitých rozdílů.

23. Nejdříve jde o rozdíly, které plynou z použití terminologií, které nejsou vždy koherentní v rámci třech výše zmíněných

11 — Avšak nikoliv ve všech: například druhá uvedená varianta nemá v portugalské verzi ekvivalent.

12 — Němčina: „vor Bauvorhaben"; angličtina: „of works"; italština: „lavori"; španělština: „de obras"; nizozemština: „van werken"; portugalština: „de trabalhos"; řečtina: „εργαστών".

13 — Němčina: „eines Bauwerks"; angličtina: „a work"; italština: „di un´opera"; španělština: „de una obra"; nizozemština: „van een werk"; řečtina: „ενός έργου".

14 — Němčina: „einer Bauleistung"; angličtina: „of a work"; italština: „di un opera"; španělština: „de una obra"; nizozemština: „van een werk"; portugalština: „de uma obra"; řečtina: „ενός έργου".

15 — Němčina: „Bauwerk"; angličtina: „work"; italština: „opera"; španělština: „obra"; nizozemština: „werk"; portugalština: „obra"; řečtina: „έργο".

možností: to je zřejmé zejména, zkoumáme-li pojmy, které používají některé jazykové verze, jak je uvedeno v poznámkách pod čarou týkajících se dotčených možností.

24. Krom toho německá jazyková verze vykazuje dva podstatné rozdíly. Zaprvé třetí varianta upřesňuje, že provedení činnosti, která je v ní stanovena musí být učiněna „třetími osobami“ (durch Dritte): toto upřesnění se nevyskytuje v ostatních jazykových verzích[16]. Zadruhé činnost stanovená v třetí variantě není popsána jako „stavba“ (Bauwerk), ale jako „poskytnutí stavební práce“ (Bauleistung): tato definice „stavby“ se zdá být použitelná v německém textu pouze na druhou možnost, a nikoliv na třetí[17].

25. Existence problémů v textu, kterou jsem právě popsal, silně odrazuje od hledání „správného“ výkladu dotčených ustanovení, zvláště pokud je tento výklad vázán pouze na jednu jazykovou verzi. Ve skutečnosti je to pouze výklad systematický a teleologický, které mohou vést, s určitou dávkou zdravého rozumu, ke zkoumání významu, který je třeba dát dotčeným ustanovením.

IV – Právní analýza

A – *Předběžná poznámka: pojem „veřejné zakázky na stavební práce“*

26. Abych mohl poskytnout co nejkomplexnější odpověď na otázky vznesené předkládajícím soudem, je třeba nejdříve definovat základní charakteristiky veřejné zakázky na stavební práce.

27. Na úvod poznamenejme, že se jedná o pojem, který spadá výlučně do práva Společenství, takže kvalifikace situace na základě

16 — Poznamenávám však, že jak rakouská vláda zejména poukázala při jednání, upřesnění obsažené v německém textu jej ve skutečnosti činí nikoliv protichůdným, ale „konkrétnějším“ vzhledem k jiným jazykovým verzím. Zohledníme-li totiž strukturu dotčeného ustanovení, zdá se obtížné, i když odkazujeme na jiné jazykové verze najít případ, který by patřil pod třetí možnost, ve kterém by stavby nebyly prováděny „třetí osobou“. Každopádně je třeba uvést, že podle ustálené judikatury formulace použitá v jednom z jazykových znění ustanovení práva Společenství nemůže sloužit jako jediný základ pro výklad tohoto ustanovení, ani jí nemůže být přiznána přednostní povaha vzhledem k jiným jazykovým zněním. Viz v tomto smyslu rozsudky ze dne 27. března 1990 Cricket St. Thomas (Recueil, I-1345, bod 18) a ze dne 19. dubna 2007, Velvet & Steel Immobilien (C-455/05, Sb. rozh. s. I-3225, bod 19).

17 — Toto specifikum německé verze je založeno již na směrnici Rady 89/440/EHS ze dne 18. července 1989 měnící směrnici 71/305/EHS o koordinaci řízení zadávání veřejných zakázek na stavební práce (Úř. věst. 210, s. 1). Směrnice 89/440 poprvé zavedla do právního řádu Společenství současnou třídílnou definici veřejné zakázky na stavební práce.

vnitrostátního práva členského státu není v této věci relevantní[18].

28. Pokud jde o předmět zakázky, jak jsme viděli výše, směrnice 2004/18 definuje tři hlavní kategorie. V rámci shrnutí je však možno říci, že podle článku 1 uvedené směrnice pojem veřejné zakázky na stavební práce zahrnuje jednak provedení specifických prací uvedených v příloze I směrnice, a jednak provedení stavby. Jinými slovy tento pojem zahrnuje jak stavební činnosti, nehledě na skutečnost, zda výsledek práce představuje konečné nebo dokončené dílo, tak činnosti spojené s provedením, případně také třetími osobami, specifických „dokončených" věcí. Tyto věci, jejichž „dokončený" charakter je stanoven směrnicí tak, že uvádí, že splňují „hospodářskou nebo technickou funkci" jsou běžně definovány jako „stavby".

29. Pokud jde o konkrétní rozdílné situace, které musí být posouzeny, je třeba je pochopitelně přezkoumat případ od případu, zda spadají, či nikoliv, do působnosti směrnice 2004/18. Jsem nicméně toho názoru, že obecně flexibilní přístup, založený nikoliv na třídílné definici, tak jak se objevuje ve většině jazykových verzí článku 1, ale spíše na dvoudílné definici práce/stavby, tak jak je vyloženo v předchozím odstavci, umožňuje ve velké většině případů vyřešit problém týkající se existence objektivních podmínek pro použití směrnice.

30. Nehledě na přijatý přístup, je však třeba nezapomenout, že charakteristickým prvkem všech veřejných zakázek na stavební práce je prvek výstavby. Jinými slovy musí vykonávané činnosti zahrnovat vytvoření věcí. Pouhý prodej už existujících věcí je totiž výslovně vyloučen z působnosti směrnice[19].

31. Článek 1 směrnice výslovně definuje jiné základní vlastnosti veřejné zakázky na stavební práce. Stanoví totiž, že veřejná zakázka je *úplatná smlouva* uzavřená *písemnou formou*. Úplatnost tedy znamená, že protiplnění veřejné správy, které není nezbytně ocenitelné v penězích, ale jistě v ekonomických

18 — Viz výše uvedený rozsudek Auroux a další, poznámka pod čarou 6, bod 40.

19 — Viz článek 16 směrnice.

hodnotách, odpovídá plnění úspěšného uchazeče nabídkového řízení[20].

32. Sama směrnice nicméně stanoví, jak víme, alternativu „typickému“ modelu, podle kterého veřejnosprávní orgán platí (v širokém smyslu slova, jak jsme viděli) zhotoviteli stavby. V tomto alternativním modelu, kterým je koncese na stavební práce, „protiplnění za provedení stavebních prací spočívá buď výhradně v právu využívat stavbu, nebo v tomto právu společně s platbou“. Podle předkládajícího soudu se má v projednávané věci použít režim koncese na veřejné práce, neboť veřejnosprávní orgán povolí osobě, která má vykonávat určité stavební práce, aby plně využila výsledků své stavební činnosti v souladu s normami upravujícími vlastnické právo. Tento problém bude podrobně přezkoumán později, zejména v rámci analýzy sedmé předběžné otázky.

33. Další poznámka, kterou je třeba učinit, se týká účelu, který orgány veřejné moci sledují stavbami nebo stavebními pracemi, které chtějí provést. Jak však Soudní dvůr ve své judikatuře upřesnil, za účelem použitelnosti ustanovení směrnice je sledovaný účel nerozhodný[21]. Co je totiž důležité je výlučně existence objektivních podmínek stanovených v textu.

34. Proč se právní úprava Společenství nevěnuje cílům sledovaným orgány veřejné moci v každém konkrétním případě lze vysvětlit tím, že jak vyplývá z bodů odůvodnění směrnice, hlavním cílem právní úpravy Společenství v oblasti veřejných zakázek je odstranění překážek základním svobodám a podpoření účinné hospodářské soutěže[22]. V důsledku toho je určující pohled osob, které se mohou zajímat o provedení stavebních prací: pro tyto osoby je samozřejmě cíl, který veřejnosprávní orgán sleduje, bezvýznamný.

35. Podle širokého a ambiciózního cíle směrnice, je-li ho třeba zohlednit při jejím výkladu, se nicméně nesmí zdát, že na základě účelu

20 — Například místo zaplacení určitého množství peněz, může správní orgán vyloučit osobu z platby určitých daní (viz Ordine degli Architetti a další, citovaný v poznámce pod čarou 4, odstavce 76 až 86).

21 — Rozsudek ze dne 15. ledna 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria a další (C-44/96, Recueil, s. I-73, bod 32). Viz rovněž rozsudky ze dne 18. listopadu 2004, Komise v. Německo (C-126/03, Sb. rozh. s. I-11197, bod 18) a ze dne 11. ledna 2005, Stadt Halle a RPL Lochau (C-26/03, Sb. rozh. s. I-1, bod 26).

22 — Viz zejména druhý bod odůvodnění směrnice 2004/18, jakož i dříve druhý a desátý bod odůvodnění zrušené směrnice Rady 93/37/EHS ze dne 14. června 1993 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce (Úř. věst. L 199, s. 54, Zvl. vyd. 06/02, s. 163). Viz též v tomto ohledu rozsudky Ordine degli Architetti a další (výše uvedený v poznámce pod čarou 4, bod 52) a rozsudek ze dne 12 prosince 2002, Universale-Bau a další (C-470/99, Recueil, s. I-11617, bod 51 a citovaná judikatura).

směrnice může být její rozsah působnosti neomezeně rozšiřován. Zvláště vidíme, že některé konkrétní oblasti, ve kterých se směrnice nepoužije, jsou nyní uvedeny v textu směrnice: odkazuji zejména na články 10 až 16. Výlučně „funkční" výklad směrnice provedený pouze ve světle základních cílů, které směrnice stanoví, není v důsledku toho přijatelný.

36. Z pohledu funkčního výkladu, který se zdá, že zastává zejména Komise, je základní otázkou určit, jaké je kritérium, na základě kterého se směrnice použije. Sama Komise uvádí, že jejím hlavním kritériem je, zda určité osoby mohou nabýt výhody, aniž by nejdříve byly ve stejné situaci jako ostatní osoby, které případně mohou mít zájem získat tuto výhodu. V případech, jako je ten v projednávané věci, by výhoda spočívala v tom, že se zvýší cena pozemku v souvislosti s tím, že veřejná správa schválí provedení určitých stavebních činností na tomto pozemku. V důsledku toho podle výkladu Komise, každé „zvýšení hodnoty" nemovité věci, pokud souvisí s činností orgánů veřejné moci by se mělo řídit směrnicí. Je nicméně zřejmé, že připustíme-li tuto pozici, vystavujeme se riziku, že budeme muset přijmout hypotézu, ať je jakkoliv absurdní, že ustanovením směrnice je podrobena *veškerá urbanistická regulační činnost:* z povahy věci totiž opatření, která upravují možnost stavět budovy, mění někdy podstatně hodnotu pozemků, na které se tato opatření použijí.

37. Ve skutečnosti nikdo tuto extrémní myšlenku nehájí. Zdůrazňuji však, že je logickým následkem čistě funkčního výkladu směrnice.

38. Jistě, jak je dobře známo, Soudní dvůr v některých oblastech přijal výklad ustanovení práva Společenství zjevně „funkční". To je v rámci práva veřejných zakázek zejména případ pojmů „veřejný zadavatel" a „veřejnoprávní subjekt"[23]. V tomto ohledu je proto třeba nejdříve uvést, že v těchto rozsudcích, byl funkční výklad použit pro vysvětlení významu specifického konceptu, nikoliv pro obecné definování působnosti celé právní úpravy v oblasti veřejných zakázek. Krom toho v uvedených případech bylo účelem přijetí funkčního výkladu předcházení tvorbě mezer, které by otevřely široké možnosti zneužití: myslím tím například případ, kdy

23 — Viz například rozsudky Universale-Bau a další (uvedený výše v poznámce pod čarou 22, bod 53); ze dne 13. prosince 2007, Bayerischer Rundfunk a další (C-337/06, Sb. rozh. s. I-11173, bod 37) a ze dne 10. dubna 2008, Ing. Aigner (C-393/06, Sb. rozh. s. I-2339, bod 37).

typická funkce veřejnoprávního subjektu byla převzata později po vytvoření společnosti, aniž by byly změněny její stanovy[24] nebo případ, kdy veřejnosprávní orgán (v projednávané věci provozovatel vysílání) nebyl financován přímo z veřejných zdrojů, ale prostřednictvím poplatků od osob, které vlastní přijímač[25].

39. Jeví se mi proto zřejmé, že rozsah působnosti směrnice musí být naopak určen především odkazem na objektivní podmínky, které jsou definovány přímo ve směrnici. To samozřejmě neznamená, že je třeba se vyhnout všem „funkčním" úvahám. Cíle stanovené směrnicí totiž jasně tvoří hlavní referenční body pro účely výkladu[26]: nemohou však být jedinými referenčními kritérii ani nemohou obejít vůli zákonodárce definovat rozsah působnosti právní normy.

40. Nyní se budu zabývat předběžnými otázkami. Z důvodu logické souvislosti mezi otázkami začnu nejdříve první, druhou, pátou a šestou otázkou.

24 — Rozsudek Universale-Bau a další, uvedený výše v poznámce pod čarou 22.

25 — Rozsudek Bayerischer Rundfunk a další, uvedený výše v poznámce pod čarou 23. Viz rovněž pro příklad obdobné situace, rozsudek ze dne 11. června 2009, Hans & Christophorus Oymanns (C-300/07, Sb. rozh. s. I-4779, bod 57).

26 — Viz například rozsudky ze dne 17. listopadu 1983, Merck (292/82, Recueil, s. 3781, bod 12); rozsudek ze dne 14. října 1999, Adidas (C-223/98, Recueil, s. I 7081, bod 23) a ze dne 7. června 2005, VEMW a další (C-17/03, Sb. rozh. s. I-4983, bod 41).

B – *První a druhá otázka*

41. Předkládající soud svými dvěma prvními předběžnými otázkami, které mohou být zkoumány společně, žádá Soudní dvůr, aby upřesnil, zda obecně veřejná zakázka na stavební práce ve smyslu směrnice 2004/18 předpokládá, že předmět veřejné zakázky je fyzicky získán veřejným zadavatelem, pro kterého veřejná zakázka představuje přímý hospodářský prospěch. V případě kladné odpovědi to znamená, slovy předkládajícího soudu, pokud není možné „odhlédnout od prvku získání [něčeho]", je Soudní dvůr vyzván vyjádřit se, zda obecně pouhé sledování veřejného zájmu, například určitého územního uspořádání obce, může, či nemůže být takovým prvkem.

1. Pozice stran

42. Pozice hájené zúčastněnými stranami, které předložily svá vyjádření v tomto řízení pokrývají značně široké spektrum.

43. Zaprvé německá vláda, podporovaná v tomto bodě Bundesanstalt a v široké míře

rakouskou vládou, důrazně hájí nutnost existence prvku získání, abychom mohli mluvit o veřejné zakázce na stavební práce. Ve skutečnosti tato vláda zastává názor, že se nemusí nutně jednat o fyzické získání a že pouhý hospodářský zájem veřejnosprávního orgánu může postačovat. Co naopak podle německé vlády nepostačuje, je pouhé obecné sledování veřejného zájmu jako je tomu v projednávané věci. Pokud jde o rozsudek Soudního dvora Auroux a další, který je základem pozice, ke které se přiklání vnitrostátní soud, německá vláda uvádí, že v rámci věci, ve které bylo vydáno toto rozhodnutí, byl přímý hospodářský prospěch pro veřejnosprávní orgán zjevný a Soudní dvůr proto nepovažoval za nutné zaměřit svoji pozornost na tento bod. To však v žádném případě podle německé vlády nesmí být vykládáno tak, že požadavek hospodářského prospěchu není nutný: tento požadavek, přestože to není přímo uvedeno ve směrnici, je v rámci obecného systému směrnice implicitní. Pokud jde o argumenty založené na nutnosti zajistit užitečný účinek směrnice a předcházení riziku zneužití, nelze podle názoru německé vlády připustit pokoutné používání směrnice mimo její běžný rozsah působnosti. Případná nutnost předcházet zneužití v oblastech mimo veřejné zakázky musí být zajištěna pomocí jiných legislativních nástrojů, nikoliv směrnice 2004/18.

44. Pozice, kterou zastává Komise, je naopak diametrálně odlišná od pozice německé vlády. Konkrétně podle Komise spočívá jediný určující prvek pro poskytnutí odpovědi předkládajícímu soudu ve skutečnosti, že text směrnice nevyžaduje, k tomu, aby se jednalo o veřejnou zakázku, aby veřejnosprávní orgán získal něco od třetích osob. Požadovat existenci prvku získání by znamenalo zavést podmínku, která neplyne z textu.

45. Konečně nizozemská vláda zaujímá kompromisní postoj. Podle této vlády přestože získání stavby veřejnosprávním orgánem není nezbytné, a to zejména ve světle judikatury Soudního dvora, pojem „veřejné zakázky na stavební práce“ nicméně předpokládá existenci přímého hospodářského zájmu veřejnosprávního orgánu. Tento přímý hospodářský zájem může zejména spočívat, případ od případu, buď v ekonomické výhodě pro veřejnosprávní orgán nebo v tom, co nizozemská vláda popisuje jako „riziko ztráty“ nesené tímto orgánem. Podle nizozemské vlády však v projednávané věci tento hospodářský zájem není dán nebo alespoň nemůže být určen na základě informací poskytnutých předkládajícím soudem.

2. Posouzení

46. Správný výklad směrnice 2004/18 leží podle mého názoru mezi dvěma „extrémními" pozicemi německé vlády a Komise. Naopak zcela nesdílím pozici nizozemské vlády, která se mi pro definování pojmu „veřejná zakázka na stavební práce" zdá být příliš zaměřená na ekonomický prvek.

47. Abychom mohli odpovědět na otázku položenou Soudnímu dvoru, zdá se nám nezbytné vycházet z výkladu, který podal v rozsudku Auroux a další[27]. Za okolností, které jsou základem tohoto rozsudku, jak víme, obecní správa zadala, aniž by vypsala výběrové řízení, druhému zadavateli provedení územního uspořádání. V tomto kontextu měl druhý zadavatel za částečného použití prostředků, které mu obec přidělila, provést různé stavby, které byly zčásti určeny k prodeji třetím osobám a zčásti předány obecní správě. Soudní dvůr tuto situaci posoudil jako veřejnou zakázku na stavební práce, když rozhodl, že nezáleží na tom, zda je, či není stanoveno, že první veřejný zadavatel, to znamená obec, se stane vlastníkem celé nebo části stavby, která má být provedena[28].

48. Je pravda, že, jak uvádí německá vláda, za okolností projednávané věci nebylo pochyb o tom, že alespoň částečně měla z některých staveb určených k realizaci přímý prospěch obecní správa. Je však také pravda, že velmi široká formulace, kterou Soudní dvůr použil, podle mého názoru vylučuje nutnost považovat přímé získání ve prospěch veřejnosprávního orgánu za podmínku veřejné zakázky na stavební práce.

49. Zadruhé je nicméně třeba upozornit, že v tomto případě byla zkoumána jiná charakteristika případu zkoumaného v rozsudku Auroux a další: v tomto rozsudku obecní správa zaplatila významnou částku peněz a přímo se s druhým zadavatelem podílela na zajištění provedení požadovaných staveb.

50. Pojem „veřejné zakázky na stavební práce", má-li být vykládán široce, aby bylo zabráněno případnému zneužití, nemůže být, jak už jsem uvedl výše, rozšiřován bez omezení[29]. Takový „funkcionalistický" výklad nemůže zcela ignorovat rozsah působnosti směrnice. Ačkoli je totiž jistě pravda, že základním cílem směrnic v oblasti veřejných zakázek je podpořit hospodářskou soutěž mezi podniky a otevřít trhy, je rovněž pravda,

27 — Rozsudek uvedený výše v poznámce pod čarou 6.
28 — Ibidem, bod 47.
29 — Viz výše bod 35 a následující.

že v oblastech, které nespadají do rozsahu působnosti směrnice, tento cíl musí být sledován prostřednictvím dalších legislativních nástrojů, a nikoliv přehnaným rozšiřováním působnosti právních ustanovení v oblasti veřejných zakázek.

51. Je proto třeba s určitou přesností stanovit meze tohoto rozsahu působnosti, které musí být nepřekročitelnými limity pro účely použití ustanovení této směrnice.

52. Podle mého názoru je při zkoumání textu jako celku, při zohlednění rovněž výkladu, který k němu Soudní dvůr podal, možné vyvodit základní zásadu, že aby určitá činnost spadala do oblasti práva veřejných zakázek, je třeba, aby existovala silná *přímá spojitost* mezi veřejnou správou a stavebními pracemi nebo stavbami, které mají být provedeny. Tato spojitost za normálních okolností vyplývá z toho, že stavební práce nebo stavby jsou prováděny na základě iniciativy veřejnosprávního orgánu.

53. Na rozdíl od názoru předkládajícího soudu čistě nemateriální a nepřímý prospěch tedy sám o sobě nestačí. Nepostačuje ani pouhá skutečnost, že činnost je obecně ve veřejném zájmu. Je třeba poznamenat, že v případech, kdy veřejnosprávní orgán musí vydat povolení (což je za normálních okolností u stavebních činností vždy), musí být samozřejmě činnost, aby mohla být schválena, ve veřejném zájmu, neboť veřejný zájem je referenčním kritériem při povolovací činnosti vykonávané orgány veřejné moci. Obecná existence veřejného zájmu, který odůvodňuje schválení činnosti, tedy není, ledaže by se nekontrolovatelně rozšířil rozsah působnosti směrnice, kritériem, které určuje situace spadající do této oblasti. Zejména je třeba vzít v úvahu, že stavební povolení, které je typickým výrazem moci veřejnosprávního orgánu v *objektivně* urbanistické oblasti, je obecně určeno k odstranění překážky v uskutečnění plánu, který pochází od jednotlivce, a nikoliv od veřejnosprávního orgánu.

54. Domnívám se, že požadovat existenci přímé souvislosti mezi veřejnosprávním orgánem a stavbou nebo stavebními pracemi, které se mají provést, umožňuje usmířit potencionální rozpory mezi potřebou předcházet zneužití na jedné straně a potřebou vyhnout se nekontrolovanému rozšíření

rozsahu působnosti směrnice. Toto řešení umožňuje zejména plně respektovat to, co Soudní dvůr již vyslovil ve výše uvedeném rozsudku Auroux a další, podle kterého nabytí vlastnictví staveb veřejnou správou není nezbytnou podmínkou, aby se použila právní úprava o zadávání veřejných zakázek. Tento rozsudek však nemůže sloužit k odůvodnění přístupu, který zcela odhlíží od úzké spojitosti mezi orgány veřejné moci a stavbami, které mají být provedeny: právě kritérium přímé souvislosti může podle mého názoru být odpovídajícím vyjádřením této nezbytné spojitosti.

55. Zaprvé může být tato přímá spojitost jasně určena v situacích, ve kterých veřejná správa přímo nabude vlastnictví věci, která má být vybudována. Jedná se zřejmě o nejtypičtější případ a většina případů, ve kterých se směrnice použije patří pod tento referenční model. S touto typickou situací jsou spojeny situace, kdy věci, které mají být vybudovány, přestože k nim veřejnosprávní orgán nezíská vlastnictví, pro tento orgán představují *přímou ekonomickou výhodu*. Například se může jednat o případy, kdy orgány veřejné moci získají k vystavěným věcem právo, avšak nikoliv vlastnické právo, které jim nicméně umožní alespoň do určité míry využívat dotčenou věc.

56. Druhým příkladem přímé spojitosti mezi veřejnosprávním orgánem a stavbami nebo stavebními pracemi, které mají být provedeny, může být podle mého názoru případ, kdy veřejnosprávní orgán pro provedení stavebních prací nebo staveb používá veřejných zdrojů. Nejčastěji se bude jednat o situace, které rovněž patří do prvního příkladu uvedeného v předešlém bodě, neboť v klasickém modelu použití veřejných zdrojů pro provedení stavebních prací nebo staveb, to znamená v případě veřejné zakázky, orgány veřejné moci platí za účelem získání vlastnictví věcí, které budou vybudovány. Navíc, jak jsme viděli, veřejné zdroje mohou být používány rovněž v modelu koncese, i když nemohou pokrývat celou hodnotu staveb a stavebních prací k realizaci.

57. Tento druhý příklad nicméně zahrnuje rovněž situace, kdy veřejnosprávní orgán vyplatí peníze nebo jiné veřejné zdroje, ale nezíská vlastnictví k věcem, které se mají realizovat. Jak Soudní dvůr rozhodl v rozsudku Auroux a další, nabytí vlastnického práva totiž není nezbytný prvek. Navíc se zdá být zcela v souladu se zásadou ekvity a se základními principy směrnice, že jestliže orgány veřejné moci chtějí využít veřejných zdrojů,

výběr osob, které tyto zdroje získají probíhá pod ochranou, kterou poskytuje směrnice.

58. Tento příklad samozřejmě rovněž zahrnuje situace, kdy veřejné zdroje, které jsou použity, nemají peněžitou povahu: mám na mysli například případ, kdy pro provedení staveb a stavebních prací úspěšný účastník nabídkového řízení nebo koncesionář využívají veřejné pozemky zdarma nebo za cenu nižší, než je cena na trhu.

59. Třetí a poslední příklad přímé spojitosti mezi veřejnosprávním orgánem a stavebními pracemi nebo stavbami, které mají být provedeny, se týká případů, kdy tyto stavby nebo stavební práce, ať už jsou příkladem první nebo druhé varianty, jsou každopádně výsledkem iniciativy samotného veřejnosprávního orgánu. Tak je tomu zejména v případě, kdy orgány veřejné moci zahájí ze své vlastní iniciativy řízení, které vede k provedení staveb nebo stavebních prací. Soudní dvůr zkoumal situaci tohoto druhu v rozsudku Auroux a další[30].

60. Třetí a poslední příklad však vyžaduje důležité upřesnění. Činnost, kterou veřejnosprávní orgán v tomto kontextu vykonává, musí jít nad rámec pouhého využívání pravomocí, které jsou mu obecně přiznány v oblasti územního rozvoje. To je totiž jediný způsob, jakým je možné jasně rozlišit činnosti, které patří do rozsahu působnosti směrnice a „běžné“ činnosti v oblasti územního rozvoje, které tam naopak jako takové nepatří. Konkrétně musí být typ činnosti prováděné veřejnosprávním orgánem v každém konkrétním případě posouzen vnitrostátním soudem případ od případu.

61. V tomto kontextu nemůže být vyloučeno, že realizace určitého schématu územního uspořádání může být předmětem smlouvy a patřit do působnosti směrnice. Taková možnost však předpokládá, že mezi veřejnosprávním orgánem a stavebními pracemi nebo stavbami, které mají být provedeny, existuje přímá spojitost ve smyslu uvedeném v předešlých bodech. Pouhé sledování obecného zájmu pomocí výkonu běžných pravomocí v oblasti územního rozvoje není dostatečným k tomu, aby vedlo k použití právní úpravy Společenství v oblasti veřejných zakázek a koncesí.

62. V projednávané věci přirozeně přísluší předkládajícímu soudu, aby posoudil, zda taková přímá spojitost existuje. Nicméně se domnívám, s ohledem na informace, které vnitrostátní soud poskytl Soudnímu dvoru, že je obtížné shledat existenci této

30 — Rozsudek uvedený výše v poznámce pod čarou 6, bod 42.

spojitosti. Jednak je totiž zřejmé, že veřejnosprávní orgán nezíská v projednávané věci žádnou věc, ani žádnou přímou ekonomickou výhodu. Nezdá se ani, že ostatní možné situace, ve kterých může být shledána přímá spojitost, by se daly v tomto případě použít, neboť město Wildeshausen neuskutečnilo žádnou konkrétní iniciativu k provedení staveb, a naopak se zavázalo k vyhodnocování různých projektů, které mu byly předloženy, a ani nemuselo vynaložit výdaje za účelem výstavby. Stejně tak nelze žádnou takovou spojitost určit ani v případě Bundesanstalt.

C – *Pátá a šestá otázka*

1. Argumenty stran

63. Pátá a šestá předběžná otázka se týkají pouze třetí „varianty" pojmu „veřejná zakázka na stavební práce"[31] a do určité míry opakují, co se této úvahy týká, otázky, které byly vzneseny v rámci prvních dvou otázek a zejména v druhé otázce.

64. Přesněji chce předkládající soud pátou otázkou zjistit, zda „požadavky uvedené veřejným zadavatelem", o které jde v této variantě, mohou spočívat pouze v tom, že veřejnosprávní orgán má pravomoc zajistit, aby stavby, které mají být provedeny, odpovídaly obecnému zájmu.

65. Naproti tomu šestou otázkou je Soudní dvůr vyzván k vyjádření se k tomu, zda tyto „požadavky uvedené veřejným zadavatelem" mohou spočívat ve skutečnosti, že veřejnosprávní orgán má pravomoc prověřit a odsouhlasit stavební projekty.

66. Všechny zúčastněné strany, které předložily svá vyjádření, samozřejmě s výjimkou společnosti Helmut Müller, se v zásadě shodují v tom, že za okolností jako jsou ty v projednávané věci, podmínky požadované pro to, aby se jednalo o veřejnou zakázku na stavební práce ve smyslu třetí varianty, nejsou splněny.

67. Přesněji Komise, nizozemská a francouzská vláda trvají na nutnosti rozlišovat mezi „aktivní" rolí veřejnosprávního orgánu, kdy

31 — Viz výše bod 20.

veřejnosprávní orgán iniciuje realizaci staveb nebo má každopádně rozhodný vliv a mezi rolí čistě „pasivní“, kdy se orgány veřejné moci omezují pouze na schvalovací a kontrolní funkci projektů iniciovaných fyzickými osobami. V tomto případě se nejedná o veřejnou zakázku, ale nanejvýš o výkon běžných funkcí plánování, schvalování, kontroly a dalších veřejnosprávními orgány.

68. Německá vláda vychází z úvahy, že je třeba, aby také v případě třetí varianty pojmu „veřejná zakázka na stavební práce“ byly splněny podmínky, které tato vláda považuje za nezbytné pro existenci dvou prvních variant, a z nich zejména podmínka přímého hospodářského prospěchu pro veřejnosprávní orgán.

2. Posouzení

69. Rozhodnutí předkládajícího soudu oddělit při formulaci jeho otázek předložených Soudnímu dvoru problematiku spojenou s dvěma prvními variantami pojmu „veřejné zakázky na stavební práce“, které jsou předmětem zejména druhé otázky od problematiky, která se týká třetí varianty, které jsou jádrem páté a šesté otázky, vyplývá podle mého názoru z vůle vyvodit ze znění třetí varianty závěr, že rozsah působnosti směrnice je velmi široký.

70. Není pochyb o tom, jak to Komise zdůraznila ve svých vyjádřeních, že třetí varianta pojmu „veřejné zakázky na stavební práce“ byla skutečně zamýšlena tak, aby zabránila obcházení právní úpravy tím, že umožní pokrýt všechny různé typy situací, které je dopředu nemožné definovat vyčerpávajícím způsobem.

71. Jak už jsem uvedl výše, není však možné vycházet ze znění příslušného textu a nekonečně tak rozšiřovat rozsah jeho působnosti. Zejména pokud by „požadavky uvedené veřejným zadavatelem“ mohly zahrnovat všechny schvalovací a územně-plánovací funkce orgánů veřejné správy, rozsah působnosti směrnice by byl nadměrně rozšířen.

72. Ve skutečnosti je třeba, také co se týká třetí varianty, použít úvahy, které jsem popsal výše v souvislosti s první a druhou předběžnou otázkou. Z žádného důvodu nelze předpokládat, s odkazem na třetí variantu, že je

možné se vyhnout požadavku přímé spojitosti mezi veřejnosprávním orgánem a stavbami, které mají být provedeny, aby bylo možné použít směrnici 2004/18.

D – *Dílčí závěry*

73. Podle mojí analýzy první, druhé, páté a šesté předběžné otázky, navrhuji tedy Soudnímu dvoru, aby odpověděl na tyto otázky tak, že rozhodne, že veřejná zakázka na stavební práce nebo koncese na stavební práce ve smyslu směrnice 2004/18 předpokládá existenci přímé spojitosti mezi veřejným zadavatelem a stavebními pracemi nebo stavbami, které mají být provedeny. Tato přímá spojitost může spočívat zejména ve skutečnosti, že stavba má být získána veřejnosprávním orgánem nebo mu poskytovat přímý hospodářský prospěch nebo ve skutečnosti, že veřejný zadavatel dal k jejímu provedení podnět nebo alespoň z části nese náklady související s tímto provedením.

E – *Třetí a čtvrtá otázka*

74. Třetí a čtvrtou otázkou se Oberlandesgericht Düsseldorf v podstatě táže, zda je nezbytné, v rámci pojmu „veřejné zakázky na stavební práce“, aby byl úspěšný účastník nabídkového řízení zavázán k provedení staveb nebo prací. Důvodem pro tyto jednotlivé otázky je, že za okolností věci v původním řízení, je nesporné, že kupující pozemku nemá žádnou povinnost na něm stavět.

75. Téměř všechny zúčastněné strany, které předložily vyjádření se v zásadě shodují na nezbytnosti odpovědět kladně a zdá se, že mezi jejich pozicemi není žádný podstatný rozdíl. Pouze společnost Helmut Müller, žalobkyně v původním řízení, naopak ze zřejmých důvodů navrhuje Soudnímu dvoru držet se přístupu předkládajícího soudu, podle kterého tato povinnost není nezbytná.

76. Zdá se mi však jasné, že je třeba na otázky odpovědět kladně a že povinnost provést stavební práce a stavby představuje nezbytný prvek, aby se jednalo o veřejnou zakázku na stavební práce nebo o koncesi na stavební práce.

77. Zaprvé a hlavně to vyplývá ze samotných ustanovení směrnice 2004/18, která, jak jsme

viděli, definuje veřejnou zakázku na stavební práce jako úplatnou smlouvu. Existuje tedy na základě téhož pojmu myšlenka výměny plnění mezi veřejným orgánem, který platí cenu (nebo subsidiárně postoupí právo) a úspěšným účastníkem nabídkového řízení, který má provést stavební práce a stavby. Z toho jasně vyplývá, že veřejné zakázky mají synalagmatickou povahu. S tím by bylo jasně v rozporu připustit, že úspěšný účastník nabídkového řízení se může, poté, co získal veřejnou zakázku, jednoduše rozhodnout, jednostranně a bez následků, že neprovede, co bylo stanoveno. To by znamenalo úspěšnému účastníkovi nabídkového řízení přiznat diskreční pravomoc vůči požadavkům a potřebám zadavatele.

78. Odlišná a koncepčně jiná otázka, kterou rovněž položil předkládající soud se týká toho, zda je, či není k tomu, aby se jednalo o veřejnou zakázku na stavební práce, nutné, aby byla případná povinnost převzatá úspěšným účastníkem nabídkového řízení vůči veřejnosprávním orgánům povinností, jejíž plnění může být soudně vymáháno. Jinak řečeno se vnitrostátní soud táže, zda musí být stanovena možnost veřejného zadavatele v případě nesplnění povinnosti zahájit soudní řízení a donutit tak úspěšného účastníka nabídkového řízení k jejímu splnění.

79. Pokud se předkládající soud touto formulací snaží dotázat Soudního dvora, zda v oblasti veřejných zakázek na stavební práce ve smyslu směrnice 2004/18 musí vnitrostátní právo nutně upravovat ustanovení, na základě kterých může zadavatel vynutit provedení stavby nebo stavebních prací stanovených ve smlouvě, jeví se mi záporná odpověď jako správná, vzhledem k tomu, že směrnice k této otázce neposkytuje žádnou informaci.

80. To však neznamená, že případné porušení povinnosti úspěšného účastníka nabídkového řízení je nerelevantní. Je třeba nezapomenout na to, že, jak jsem uvedl výše, veřejná zakázka na stavební práce je ve všech ohledech smlouvou, to znamená právním aktem, který je v rozličných vnitrostátních právních řádech závazný. Jak německá vláda správně poznamenává ve svém vyjádření, abychom mohli mluvit o veřejné zakázce na stavební práce, je třeba, aby úspěšný účastník nabídkového řízení byl smluvně vázán poskytnout smluvené plnění. Následky případného nesplnění povinnosti jsou naopak ponechány na vnitrostátním právu: nic nebrání tomu, aby v případě nesplnění smluvní povinnosti úspěšným uchazečem vnitrostátní právo například stanovilo, že smlouva musí být ukončena, veřejná zakázka zadána jinému účastníkovi nabídkového řízení a že veřejnosprávní orgán může žádat od prvního vybraného uchazeče náhradu škody.

81. Navrhuji proto, aby Soudní dvůr odpověděl na třetí a čtvrtou předběžnou otázku tak,

že rozhodne, že pojem veřejné zakázky na stavební práce nebo koncese na stavební práce ve smyslu směrnice 2004/18 předpokládá, že úspěšný účastník nabídkového řízení je vůči veřejnosprávnímu orgánu smluvně vázán poskytnout sjednané plnění. Určení následků případného nesplnění povinnosti úspěšného účastníka nabídkového řízení spadá do působnosti vnitrostátního práva.

1. Pozice stran

83. Nejjednoznačnější pozici k této otázce zastává německá vláda, která obecně vylučuje soulad koncese s existencí vlastnického práva. Z definice koncese totiž vyplývá, že poskytovatel koncese musí být držitelem práv, která jsou převedena na koncesionáře.

F – *Sedmá otázka*

84. Nizozemská a rakouská vláda, které sice úplně nevylučují slučitelnost koncese s vlastnickým právem, se domnívají, že v projednávané věci je role veřejnosprávního orgánu příliš omezená na to, aby se mohlo jednat o koncesi. Aby se jednalo o koncesi, by podle těchto vlád bylo třeba, aby orgány veřejné správy daly koncesionáři alespoň přesné pokyny o stavebních pracích nebo stavbách, které mají být provedeny.

82. Předkládající soud se v sedmé otázce táže, zda může existovat koncese na veřejné stavební práce ve smyslu směrnice 2004/18, pokud je „koncesionář“ vlastníkem pozemku, které mu jako takové přiznává právo užívat majetek, který je předmětem koncese[32]. Obecněji se otázka týká přípustnosti koncese na neomezenou dobu s ohledem na právo Společenství.

85. Pouze Komise naopak zastává otevřenější postoj. Konkrétně vychází z faktu, že koncese na stavební práce se vyznačují tím, že koncesionář nese ekonomické riziko spojené s provedením stavebních prací nebo staveb a domnívá se, že v projednávané věci může toto ekonomické riziko spočívat v nejistotě „koncesionáře“, zda veřejnosprávní orgán odsouhlasí stavební projekty, pro jejichž

32 — Abych byl přesný, je třeba poznamenat, že ve formulaci otázky předkládající soud odkazuje na vlastnictví *pozemku*, na kterém se mají uskutečnit stavební práce nebo stavba. Jak však tento soud poznamenává v důvodech předkládacího usnesení, v německém právu vyplývá právo používat budovu přímo z vlastnického práva k pozemku, na kterém je budova postavena. Opravdovým problémem je tedy právě otázka vztahu mezi koncesí a vlastnickým právem.

realizaci je nejdříve třeba nákladné získání pozemku.

88. I ze samotné etymologie původu slova je koncese možnost, která je přiznána osobě, užívat majetek, ke kterému by jinak neměla žádné právo.

2. Posouzení

89. Pokud jde o směrnici 2004/18, ta mluví v definici koncese na stavební práce o „právu využívat stavbu“ přiznaném jako protiplnění osobě, která stavbu postavila.

86. Sedmá otázka je z určitého úhlu pohledu nejobtížnější, alespoň v jednom důležitém bodě. Otázka slučitelnosti mezi veřejnými zakázkami a vlastnickým právem má totiž důležité teoretické a praktické dopady.

90. Přestože „právo využívat“ může být vykládáno široce, při zohlednění smyslu a obecné struktury dotčené právní úpravy se domnívám, že možnost existence koncese na stavební práce, podle které má koncesionář vlastnické právo k provedeným stavbám, je třeba vyloučit.

87. Rozhodnutí veřejnosprávního orgánu uchýlit se ke koncesi v rámci veřejné zakázky může plynout z různých důvodů. V určitých případech to může být vůle využít zvláštních zkušeností ze soukromého sektoru nebo vůle postavit stavby efektivněji. Není však pochyb o tom, že ve většině případů rozhodnutí o koncesi vychází z finančních požadavků. Prostřednictvím tohoto nástroje je totiž možné provést stavby obecného zájmu, aniž by se zatížil veřejný rozpočet[33].

91. Zaprvé, jak to zejména uvedla německá vláda, skutečnost, že směrnice mluví o právu využívání získaném koncesionářem se logicky

33 — Viz k tomuto *ratio legis* výkladové sdělení Komise o koncesích podle práva Společenství (Úř. věst. 2000, C 121, s. 2, body 1 a 2) a z nedávné doby sdělení Komise Evropskému parlamentu, Radě, Evropskému hospodářskému a sociálnímu výboru a Výboru regionů o partnerství veřejného a soukromého sektoru a právu Společenství o zadávání veřejných zakázek a koncesích K (2005) 569 v konečném znění, ze dne 15. listopadu 2005, bod 1.

zdá implikovat, že koncesionář nemůže mít k nemovitosti širší právo, jakým je vlastnické právo.

92. Navíc by tato situace, kromě toho, že neodpovídá znění dotyčného ustanovení, zbavila orgány veřejné moci toho, co se mi jeví být jednou ze základních charakteristik koncese na stavební práce, a to možnosti těchto orgánů jednoho dne nabýt vlastnictví postavené stavby, ať už by to bylo pouze za účelem opětovného přidělení práva využívat tyto stavby.

93. Jinými slovy, problematická otázka vyvstává, spíše než z důvodu objektivních charakteristik vlastnického práva týkajících se možnosti využívání nemovitosti, z důvodu obecně časově neomezené povahy tohoto práva. Využívaní, které je koncesionáři svěřeno, v žádném případě nemůže být poskytnuto na neomezenou dobu, ať už je právní titul, na základě kterého může být vykonáváno, jakýkoliv.

94. Krom toho nesmíme také zapomenout, že podle typického modelu koncese podle práva Společenství spočívá rozhodný rozlišovací prvek, který slouží zejména k rozlišení koncese od veřejné zakázky, v případě koncese, v existenci ekonomického rizika neseného koncesionářem, rizika, které naopak neexistuje v případě veřejných zakázek[34]. V projednávaném případě, aby bylo možno usoudit na existenci rizika takového druhu, Komise musí zohlednit skutečnost, že při výkonu svých funkcí v oblasti územního rozvoje, by veřejnosprávní orgány mohly poté, co si dotyčný koupí pozemek, odmítnout vydat stavební povolení k navrhovaným stavbám. Avšak tato „možnost“ se zdá být málo spjata s hospodářským rizikem staveb, protože se zdá být běžnou nejistotou, ve které se nachází každý jednotlivec, který je závislý na rozhodnutí, které přijímá veřejnosprávní orgán na základě volného uvážení.

95. Navíc ekonomické riziko, které je charakteristické pro koncese na veřejné práce upravené směrnicí, je popravdě řečeno přímým důsledkem časově omezeného charakteru této koncese. Naproti tomu právo k nemovitostem, které se mají postavit, na neomezenou dobu umožňuje v zásadě vyloučit v každém případě existenci ekonomického rizika, neboť v průběhu doby je vždy možné

34 — Viz rozsudky ze dne 13. října 2005, Parking Brixen (C-458/03, Sb. rozh. s. I-8585, bod 40) a ze dne 13. listopadu 2008, Komise v. Itálie (C-437/07, nezveřejněný ve Sbírce rozhodnutí, body 29 až 31). Toto riziko nemusí nutně vzniknout, neboť jsou činnosti, při kterých je skutečně malé: avšak musí představovat celou nebo alespoň značnou část rizika, kterému by veřejnosprávní orgán byl vystaven, pokud by tuto činnost přímo vykonával (rozsudek ze dne 10. září 2009, C-206/08, Eurawasser, Sb. rozh. s. I-8377, body 69 až 77).

napravit případná obtížná období, která nastanou během využívání nemovitostí.

96. Konečně existuje další prvek ve prospěch časového omezení koncesí v právu Společenství. V tomto stanovisku jsem již opakovaně uvedl, že obecně je základním cílem právní úpravy Společenství v oblasti veřejných zakázek co nejvíce podporovat hospodářskou soutěž tím, že se odstraní všechna omezení základních svobod. V tomto kontextu by připuštění možnosti časově neomezených koncesí znamenalo, k újmě hospodářské soutěže a efektivity, že v budoucnosti by využívání staveb mohlo být případně zajišťováno dalšími osobami podle efektivnějších podmínek a kritérií.

97. Z těchto úvah vyplývají dva následky. Jednak, že časově neomezené koncese v zásadě nemohou být udělovány[35]. Dále pak nelze přidělit osobě koncesi k majetku, který už tato osoba vlastní, ledaže podle vnitrostátního práva veřejnosprávní orgán po nějaké době získá k majetku vlastnické nebo obdobné právo.

98. Jako závěr navrhuji, aby Soudní dvůr odpověděl na sedmou předběžnou otázku tak, že rozhodne, že koncese na stavební práce ve smyslu směrnice 2004/18 v žádném případě nemůže přiznávat koncesionáři časově neomezené právo k majetku, který je předmětem koncese.

G – *Osmá a devátá otázka*

99. Osmá a devátá předběžná otázka mohou být rovněž vzhledem ke svému předmětu posouzeny společně. Osmou otázkou se předkládající soud táže, zda je třeba použít ustanovení směrnice 2004/18 od okamžiku, kdy veřejnosprávní orgán, přestože zatím formálně nerozhodl o zadání veřejné zakázky, prodá pozemek s úmyslem následně zadat zakázku týkající se tohoto pozemku. Naopak

35 — Nový německý zákon uvedený výše v poznámce pod čarou 7, který mimo jiné zavádí definici koncese na stavební práce, která výslovně stanoví, že právo je koncesionáři přiznáno na omezenou dobu, je proto podle mého názoru správný a v souladu s právem Společenství.

devátá otázka se týká možnosti posuzovat z právního pohledu jako jeden celek prodej pozemku a následné zadání zakázky.

100. Obě otázky se, jak vidíme, týkají možnosti postihnout případné zneužití práva s úmyslem vyhnout se uplatnění ustanovení práva Společenství v oblasti veřejných zakázek díky použití těchto ustanovení, které neberou v úvahu typický časový sled upravený ve směrnici.

101. Je třeba poznamenat, že s ohledem na odpovědi, které navrhujeme u předchozích předběžných otázek a zejména u sedmé otázky, je pravděpodobně nadbytečné poskytnout předkládajícímu soudu řešení rovněž osmé a deváté otázky, neboť je třeba vyloučit, že veřejná zakázka nebo koncese na stavební práce ve smyslu práva Společenství může být slučitelná s vlastnickým právem domnělého úspěšného účastníka nabídkového řízení/koncesionáře dotyčných nemovitostí. Pro úplnost a pro případ, že by Soudní dvůr nesdílel můj názor na předchozí otázky, předkládám několik stručných úvah k tomuto tématu.

102. Mezi zúčastněnými, kteří předložili vyjádření v rámci projednávané věci, je pouze Komise otevřena názoru, který zastává předkládající soud. Komise poznamenává, že vnitrostátní soudy musí posoudit každý konkrétní případ a připouští, že v situaci, jako je ta v projednávané věci, je směrnici 2004/18 v zásadě třeba použít již od okamžiku, kdy správní orgán rozhodne o prodeji pozemku. Naproti tomu všechny ostatní strany se s různými odchylkami domnívají, že pouhý úmysl veřejnosprávního orgánu je nerelevantní.

103. Jak uvádí předkládající soud, není pochyb o tom, že odpověď na osmou a devátou otázku musí vzít v úvahu postoj Soudního dvora v rozsudku Mödling[36]. V této věci Soudní dvůr rozhodoval o situaci, kdy rakouská obec přímo zadala službu na sběr odpadů společnosti zcela vlastněné touto obcí a o několik dní později prodala 49 % této společnosti soukromé společnosti. Soudní dvůr tudíž rozhodl, že v případě jasně „umělé konstrukce“[37], která má v podstatě za výsledek narušení užitečného účinku směrnic v oblasti zadávání veřejných zakázek, může být právní

36 — Uvedený v poznámce pod čarou 10.
37 — Tamtéž, bod 40.

posouzení projednávané věci provedeno „s ohledem na všechny tyto fáze, jakož i jejich účel, a nikoliv podle jejich striktně časového sledu“ [38].

104. Zdá se mi zřejmé, že argumentace Soudního dvora v rozsudku Mödling vychází ze dvou pilířů. První, který je výslovně uveden, spočívá v nutnosti zajistit užitečný účinek směrnice [39]. Druhý, implicitní, je v zásadě druhou stranou téže mince a spočívá ve vůli postihovat zneužívání práva.

105. Rozhodnutí Soudního dvora v rozsudku Mödling může být jistě zobecněno a můžeme tedy říci, že s cílem zabránit zneužití práva a zajistit užitečný účinek právní úpravy Společenství v oblasti veřejných zakázek, mohou být dva formálně, zejména z časového hlediska, odlišné úkony, považovány za simultánní, tedy jako tvořící jeden právní úkon.

106. Toto posouzení je samozřejmě věcí vnitrostátního soudu, který disponuje všemi k tomu nezbytnými skutkovými a právními informacemi. Z jasných důvodů, které jsou spojeny s nutností zajistit právní jistotu, však musí být splněny některé přísné podmínky. Konkrétně musí existovat přiměřený časový úsek mezi prodejem pozemku a zadáním zakázky a musí existovat přesvědčivé důkazy o tom, že veřejnosprávní orgán měl zadání zakázky v úmyslu již při prodeji pozemku. S výjimkou zjevných zneužití, při kterých vůle vyhnout se pravidlům je od počátku zcela zřejmá, může pouze posouzení *ex post* patřičně zohlednit všechny uvedené prvky.

107. Navrhuji proto, pokud bude potřeba, odpovědět na osmou a devátou předběžnou otázku, že pokud existují jasné známky vůle vyhnout se ustanovením práva Společenství v oblasti veřejných zakázek a koncesí, lze v projednávaném případě právně posoudit prodej pozemku a zadání zakázky nebo koncese na tento pozemek, což jsou dva úkony formálně odlišné, zejména z pohledu časového, tak, že tvoří jediný právní úkon. Přísluší vnitrostátnímu soudu, aby s ohledem na všechny okolnosti projednávaného případu ověřil existenci takového úmyslu obcházení.

38 — Tamtéž, bod 41.
39 — Tamtéž, bod 42.

V – Závěry

108. V důsledku výše uvedeného navrhuji Soudnímu dvoru zodpovědět předběžné otázky Oberlandesgericht Düsseldorf takto:

„Veřejná zakázka na stavební práce nebo koncese na stavební práce ve smyslu 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 předpokládá existenci přímé spojitosti mezi veřejným zadavatelem a stavebními pracemi nebo stavbami, které mají být provedeny. Tato přímá spojitost může spočívat zejména ve skutečnosti, že stavba má být získána veřejnosprávním orgánem nebo mu poskytovat přímou hospodářskou výhodu nebo ve skutečnosti, že veřejný zadavatel dal k jejímu provedení podnět nebo nese alespoň z části náklady související s tímto provedením.

Pojem veřejné zakázky na stavební práce nebo koncese na stavební práce ve smyslu směrnice 2004/18 předpokládá, že úspěšný účastník nabídkového řízení je vůči veřejnosprávnímu orgánu smluvně vázán poskytnout sjednané plnění. Určení následků případného nesplnění povinnosti úspěšného účastníka nabídkového řízení spadá do působnosti vnitrostátního práva.

Koncese na stavební práce ve smyslu směrnice 2004/18 nemůže v žádném případě koncesionáři přiznávat časově neomezené právo k majetku, který je předmětem koncese.

Pokud existují jasné známky vůle vyhnout se ustanovením práva Společenství v oblasti veřejných zakázek a koncesí, lze v projednávaném případě právně posoudit prodej pozemku a zadání zakázky nebo koncese na tento pozemek, což jsou dva úkony formálně odlišné, zejména z pohledu časového, tak, že tvoří jediný právní úkon. Vnitrostátnímu soudu přísluší, aby s ohledem na všechny okolnosti projednávaného případu ověřil existenci takového úmyslu obcházení."