ROZSUDEK SOUDNÍHO DVORA (velkého senátu)

13. dubna 2010 *

Ve věci C-91/08,

jejímž předmětem je žádost o rozhodnutí o předběžné otázce na základě článku 234 ES, podaná rozhodnutím Landgericht Frankfurt am Main (Německo) ze dne 28. ledna 2008, došlým Soudnímu dvoru dne 28. února 2008, v řízení

Wall AG

proti

městu Frankfurt nad Mohanem,

Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH,

* Jednací jazyk: němčina.

za přítomnosti:

Deutsche Städte Medien (DSM) GmbH,

SOUDNÍ DVŮR (velký senát),

ve složení V. Skouris, předseda, A. Tizzano, J. N. Cunha Rodrigues (zpravodaj), K. Lenaerts, J.-C. Bonichot, R. Silva de Lapuerta a C. Toader, předsedové senátů, C. W. A. Timmermans, A. Rosas, K. Schiemann, J. Malenovský, A. Arabadžev a J.-J. Kasel, soudci,

generální advokát: Y. Bot,
vedoucí soudní kanceláře: K. Malacek, rada,

s přihlédnutím k písemné části řízení a po jednání konaném dne 9. června 2009,

s ohledem na vyjádření předložená:

– za Wall AG H.-J. Ottem, Rechtsanwalt, jakož i C. Friesem a R. von zur Mühlenen, Justitiare,

– za město Frankfurt nad Mohanem L. Hornem a J. Sommerem, Rechtsanwälte, jakož i B. Weißem, Justitiar,

– za Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH H. Höflerem, Rechtsanwalt,

– za Deutsche Städte Medien (DSM) GmbH F. Hausmannem a A. Mutschler-Siebertem, Rechtsanwälte,

– za německou vládu M. Lummou a J. Möllerem, jako zmocněnci,

– za dánskou vládu B. Weis Fogh, jako zmocněnkyní,

– za nizozemskou vládu C. Wissels a Y. de Vriesem, jako zmocněnci,

– za rakouskou vládu M. Fruhmannem, jako zmocněncem,

– za finskou vládu A. Guimaraes-Purokoski, jako zmocněnkyní,

– za vládu Spojeného království S. Ossowskim, jako zmocněncem, ve spolupráci s J. Coppelem, barrister,

– za Komisi Evropských společenství D. Kukovcem, B. Schimou a C. Zadrou, jako zmocněnci,

– za Kontrolní úřad Evropského sdružení volného obchodu (ESVO) N. Fengerem a B. Alterskjærem, jakož i L. Armati, jako zmocněnci,

po vyslechnutí stanoviska generálního advokáta na jednání konaném dne 27. října 2009,

vydává tento

Rozsudek

1 Žádost o rozhodnutí o předběžné otázce se týká výkladu článků 12 ES, 43 ES a 49 ES, zásad rovného zacházení a zákazu diskriminace na základě státní příslušnosti, jakož i povinnosti transparentnosti, která z nich vyplývá, a to ve vztahu k udělování koncesí na služby.

2 Tato žádost byla předložena v rámci sporu mezi společností Wall AG (dále jen „Wall“) a městem Frankfurt nad Mohanem (dále jen „městem Frankfurt“) ve věci udělení koncese na služby týkající se provozování a údržby některých veřejných toalet na území tohoto města.

Právní rámec

3 Směrnice Komise 80/723/EHS ze dne 25. června 1980 o zprůhlednění finančních vztahů mezi členskými státy a veřejnými podniky, jakož i finančním zprůhlednění v některých podnicích (Úř. věst. L 195, s. 35; Zvl. vyd. 08/01, s. 20), ve znění směrnice Komise 2000/52/ES ze dne 26. července 2000, (Úř. věst. L 193, s. 75; Zvl. vyd. 08/02, s. 11, dále jen „směrnice 80/723“) ve svém článku 2 stanoví:

„1. Pro účely této směrnice se rozumí:

[…]

b) ‚veřejným podnikem‘ jakýkoli podnik, nad nímž může veřejná moc přímo nebo nepřímo vykonávat rozhodující vliv vlastnictvím takového podniku, svou finanční účastí v něm nebo pravidly, jimiž je řízen [vzhledem k vlastnictví takového podniku, své finanční účasti v něm nebo pravidlům, jimiž se podnik řídí];

[…]

2. Má se za to, že veřejná moc má rozhodující vliv, pokud ve vztahu k určitému podniku přímo či nepřímo

a) drží většinu upsaného základního kapitálu takového podniku;

b) kontroluje většinu hlasů spojených s akciemi vydanými takovým podnikem nebo

c) mohou [může] jmenovat více než polovinu členů správního, řídícího nebo dozorčího orgánu takového podniku."

4 Podle článku 1 písm. b) směrnice Rady 92/50/EHS ze dne 18. června 1992 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na služby (Úř. věst. L 209, s. 1; Zvl. vyd. 06/01, s. 322), ve znění směrnice Komise 2001/78/ES ze dne 13. září 2001 (Úř. věst. L 285, s. 1; Zvl. vyd. 06/04, s. 94, dále jen „směrnice 92/50"):

„b) [jsou] ‚*zadavateli*' stát, regionální nebo místní orgány [územně správní celky], veřejnoprávní subjekty, sdružení tvořená jedním nebo více takovými orgány [takovými správními celky] či veřejnoprávními subjekty.

‚Veřejnoprávním subjektem' se rozumí jakýkoliv subjekt:

– zřízený za zvláštním účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, který nemá průmyslovou nebo obchodní povahu,

a

– který má právní subjektivitu

a

– je financován převážně státem, regionálními nebo místními orgány [územně správními celky] nebo jinými veřejnoprávními orgány [subjekty] nebo je těmito orgány řízen, nebo v jeho správním, řídícím nebo dozorčím orgánu je více než polovina členů jmenována státem, regionálními nebo místními orgány [územně správními celky] nebo jinými veřejnoprávními subjekty.

[…]“

5 Článek 17 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), stanoví:

„Aniž je dotčeno použití předpisů podle článku 3, nevztahuje se tato směrnice na koncese na služby, jak jsou vymezeny v čl. 1 odst. 4.“

6 Článek 80 odst. 1 první pododstavec směrnice 2004/18 stanoví:

„Členské státy uvedou v účinnost právní a správní předpisy nezbytné pro dosažení souladu s touto směrnicí do 31. ledna 2006. Neprodleně o tom uvědomí Komisi.“

7 Podle článku 82 prvního pododstavce této směrnice:

„Směrnice 92/50/EHS, s výjimkou jejího článku 41, a směrnice 93/36/EHS a 93/37/EHS se zrušují s účinkem ode dne uvedeného v článku 80, aniž jsou dotčeny povinnosti členských států ohledně lhůt pro provedení a používání uvedených v příloze XI."

Spor v původním řízení a předběžné otázky

8 Společnost Wall podniká v oboru reklamních ploch na ulicích a veřejných místech a provádí za tímto účelem zejména výrobu, montáž, údržbu a čištění veřejných toalet.

9 Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH (dále jen „FES") je společností s ručením omezeným, právnickou osobou soukromého práva, jejímž předmětem podnikání je podle stanov odstraňování odpadu, nakládání s odpady, čištění ulic, jakož i zajišťování bezpečnosti silničního provozu, a to na účet orgánů veřejné moci a soukromých osob. Město Frankfurt vlastní 51% obchodní podíl na společnosti FES; zbývající obchodní podíl ve výši 49 % vlastní soukromý podnik. Rozhodnutí FES jsou přijímána valnou hromadou tříčtvrtinovou většinou hlasů. Ze šestnácti členů dozorčí rady FES je polovina jmenována společníky. Zaměstnanci jmenují osm členů a každý ze dvou společníků čtyři. Město Frankfurt má právo navrhnout kandidáta na předsedu dozorčí rady, jehož hlas je v případě rovnosti hlasů rozhodující. Společnost FES zaměstnává přibližně 1 400 zaměstnanců, z nichž se přibližně 800 věnuje činnostem pro město Frankfurt.

10 Společnost FES dosahuje s městem Frankfurt čistého obratu ve výši 92 miliónů eur a s ostatními osobami veřejného nebo soukromého práva čistého obratu ve výši 52 miliónů eur. Z čistého obratu dosaženého společností FES s městem Frankfurt

v roce 2005 připadalo 51,3 miliónu eur na odstraňování odpadu a 36,2 miliónu eur na čištění ulic.

11 Dne 18. prosince 2002 vyzvalo město Frankfurt formou „dobrovolného oznámení pro celou Evropskou unii" uveřejněného v úředním věstníku tohoto města k účasti na soutěži o smlouvu o koncesi na služby týkající se provozu, údržby a čištění jedenácti městských veřejných toalet, a to na dobu šestnácti let. Z těchto jedenácti veřejných toalet měly být dvě zrekonstruovány, a sice ty, které se nachází na nádražích Rödelheim a Galluswarte. Protiplnění za tyto služby mělo spočívat pouze v oprávnění k výběru poplatků za použití toalet a možnosti využívat po dobu platnosti smlouvy reklamní plochy na toaletách i uvnitř toalet, jakož i na jiných veřejných místech na území města Frankfurt.

12 Dne 4. července 2003 vyzvalo město Frankfurt podniky, které projevily zájem, k předložení nabídek. K této výzvě byl připojen návrh smlouvy o koncesi na služby, jehož čl. 18 odst. 2 a čl. 30 odst. 4 stanovily, že změna subdodavatele je možná pouze po schválení ze strany uvedeného města.

13 Nabídky předložily společnosti Wall, FES a tři další podniky usazené rovněž v Německu.

14 Z předkládajícího rozhodnutí vyplývá, že v projektu zpracovaném společností FES v rámci její nabídky uvedla tato společnost následující informace: „Úvod – Výzva [města Frankfurt] umožňuje FES obnovit, a to s tak výkonným a zkušeným partnerem, jakým je společnost [Wall], zařízení i rozvodné sítě pro veřejné toalety, jakož i nabídnout reálné a vůči zaměstnancům zodpovědné refinancování [...]. Galluswarte – [...] Se souhlasem orgánů bude pod mostem příměstského vlaku umístěno plně automatizované City-WC od [společnosti Wall] [...]. Nádraží Rödelheim – Vzhledem k tomu, že toalety na nádraží Rödelheim budou v rámci rekonstrukce zdemolovány, bude v souladu se stávajícími plány do budovy začleněno plně automatizované City-WC od [společnosti Wall] [...]. Aspekty projektu pro oblast bezpečnosti – [...] City-WC

mají zcela automatický samočisticí mechanismus. Aspekty projektu v oblasti reklamy – [...] Obchodní využití reklamních ploch bude zajišťováno prostřednictvím partnera FES, [společností Wall], který je zkušeným specialistou v oblasti reklamy s činností po celém světě [...]. Používané reklamní stojany – Budou využívány moderní a estetické produkty [společnosti Wall] […]“

15 Společnost Wall je majitelkou několika patentů týkajících se fungování zařízení City-WC.

16 Dne 18. března 2004 byla společnost Wall vyloučena z řízení o udělení koncese a její nabídka byla odmítnuta.

17 Dne 9. června 2004 byla koncese udělena společnosti FES. Odpovídající smlouva s platností do 31. prosince 2019 byla mezi posledně uvedenou a městem Frankfurt uzavřena ve dnech 20. a 22. července 2004 (dále jen „smlouva o koncesi“). Podle předkládacího rozhodnutí byly projekty společnosti FES v podobě, v jaké vyplynuly z jednání, předmětem dohody zahrnuté do této smlouvy. Ve svém písemném vyjádření však město Frankfurt tvrdí, že informace obsažené v projektu společnosti FES nebyly do obsahu smlouvy o koncesi začleněny. Zahrnuta byla údajně pouze skutečnost, že mezi subdodavateli společnosti FES bude společnost Wall.

18 Z přezkumu znění smlouvy o koncesi, která byla předložena spolu s vnitrostátním spisem, vyplývá, že společnost Wall byla označena jako subdodavatelka bez toho, aniž by byly do této smlouvy převzaty další podrobnosti o jejích produktech či plněních.

19 Článek 18 odst. 2 smlouvy o koncesi stanoví, že společnost FES provede stavební práce na veřejných toaletách ve vlastní režii nebo prostřednictvím subdodavatelů, mezi nimiž figuruje společnost Wall. Toto ustanovení uvádí, že změna subdodavatele je možná pouze po písemném schválení ze strany města Frankfurt.

20 Článek 30 odst. 4 téže smlouvy stanoví, že společnost Wall je subdodavatelkou společnosti FES, pokud jde o plnění související s reklamou, na něž se vztahuje dotyčná koncese. Podle tohoto ustanovení je změna subdodavatele možná pouze po písemném schválení ze strany města Frankfurt

21 Dne 5. ledna 2005 vyzvala společnost FES společnost Wall k předložení nabídky na plnění související s reklamou, která jsou předmětem koncese udělené společnosti FES. Mimoto tato společnost vyzvala k předložení takové nabídky podnik Deutsche Städte Medien GmbH (dále jen „DSM“).

22 Dopisem ze dne 15. června 2005 požádala společnost FES město Frankfurt, aby pro využívání reklamních ploch schválilo změnu subdodavatele ve prospěch společnosti DSM. Dne 21. června 2005 město tuto změnu subdodavatele schválilo.

23 Společnost FES vybrala pro poskytování uvedených plnění společnost DSM a dne 21. června 2005 s ní uzavřela smlouvu, v níž byla pro společnost DSM ze strany společnosti FES stanovena roční odměna ve výši 786 206 eur.

24 Dne 28. července 2005 vyzvala společnost FES k předložení nabídek na dodávku dvou „Wall-City-WC“. Společnost Wall nabídku předložila, dne 7. září 2005 však byla ze strany společnosti FES informována, že tato společnost dostala výhodnější nabídku a nemohla v důsledku toho zohlednit nabídku společnosti Wall.

25 Dopisem ze dne 10. října 2005 požádala v souladu s koncesní smlouvou společnost FES město Frankfurt o schválení změny subdodavatele tak, aby veřejné toalety mohly být dodány nikoliv společností Wall, ale společnostmi jinými.

26 Dne 19. prosince 2005 město Frankfurt společnosti FES odpovědělo, že není nutné, aby se zabývalo otázkou změny subdodavatele pro dodání veřejných toalet, protože mělo za to, že společnost FES má v úmyslu provést tyto stavební práce ve vlastní režii a na vlastní odpovědnost. Upřesnilo při této příležitosti, že vychází z toho, že standardy popsané ve smluvní dokumentaci budou dodrženy.

27 Společnost Wall podala k předkládajícímu soudu žalobu, jíž se domáhá, aby bylo společnosti FES uloženo, aby se zdržela jednak plnění smlouvy týkající se reklamních služeb uzavřené se společností DSM a jednak uzavření jakékoli smlouvy se třetími osobami na výstavbu dvou veřejných toalet, které měly být rekonstruovány, nebo plnění takové smlouvy. Společnost Wall se rovněž domáhala toho, aby bylo městu Frankfurt uloženo zdržet se schválení uzavření smlouvy o výstavbě těchto dvou veřejných toalet mezi společností FES a jinou stranou nežli samotnou společností Wall. Podpůrně společnost Wall požadovala, aby byla městu Frankfurt a společnosti FES společně a nerozdílně uložena povinnost zaplatit jí částku 1 038 682,18 eur navýšenou o úroky.

28 Za těchto podmínek rozhodl Landgericht Frankfurt am Main přerušit řízení a položit Soudnímu dvoru následující předběžné otázky:

„1) Je třeba zásadu rovného zacházení a zásadu Společenství, podle níž je zakázána diskriminace na základě státní příslušnosti, zakotvené v článcích 12 ES, 43 ES a 49 ES vykládat v tom smyslu, že povinnosti transparentnosti – které z nich pro orgány veřejné moci vyplývají a spočívají v tom, že udělování koncesí na služby je třeba otevřít soutěži s odpovídajícím stupněm zveřejnění a umožnit přezkum nestrannosti řízení o udělení (viz rozsudky Soudního dvora ze dne 7. prosince 2000, Telaustria, C 324/98, body 60 až 62, ze dne 21. července 2005, Coname, C 231/03, body 17 až 22, ze dne 13. října 2005, Parking Brixen, C 458/03, body 46 až 50, ze dne 6. dubna 2006, ANAV, C 410/04, bod 21, a ze dne 13. září 2007, Komise v. Itálie, C 260/04, bod 24), vyžadují, aby vnitrostátní právo přiznalo neúspěšnému uchazeči právo na to, aby bylo soudním příkazem zabráněno hrozícímu porušení těchto povinností nebo pokračování v takovém porušování?

2) V případě záporné odpovědi na první předběžnou otázku, jsou výše uvedené povinnosti transparentnosti součástí obyčejového práva Evropských společenství v tom smyslu, že jsou již užívány dlouhodobě, stále, stejnou měrou a všeobecně a jsou dotyčnými právními subjekty uznány za závazné normy?

3) Vyžadují povinnosti transparentnosti zmíněné v první předběžné otázce rovněž to, aby byla v případě zamýšlené změny smlouvy o koncesi na služby – včetně případu, kdy se tato změna týká nahrazení konkrétního subdodavatele, na něhož byl kladen důraz v rámci soutěže o koncesi – jednání týkající se této změny znovu otevřena soutěži se zárukou odpovídajícího stupně zveřejnění a pomocí jakých postupů by případně mělo být takové znovuotevření soutěži uskutečněno?

4) Je třeba zásady a povinnosti transparentnosti uvedené v první předběžné otázce vykládat v tom smyslu, že je v případě nesplnění povinnosti, která se týká koncese na služby, nezbytné vypovědět smlouvu, která byla uzavřena v návaznosti na toto porušení a jejímž cílem je založení nebo změna závazkového vztahu na dobu neurčitou?

5) Je třeba zásady a povinnosti transparentnosti uvedené v první předběžné otázce a v čl. 86 odst. 1 ES případně ve spojení s čl. 2 odst. 1 písm. b) a odst. 2 směrnice [80/723] a čl. 1 odst. 9 směrnice [2004/18] vykládat v tom smyslu, že podnik, v postavení veřejného podniku nebo zadavatele, je těmito povinnostmi vázán, jestliže:

– byl založen územně správním celkem za účelem odstraňování odpadu a čištění ulic, ale současně také působí na volném trhu,

– uvedený územně správní celek má obchodní podíl na tomto podniku ve výši 51 %, avšak k přijetí rozhodnutí o řízení podniku je třeba tříčtvrtinová většina hlasů,

– uvedený územně správní celek jmenuje pouze jednu čtvrtinu členů dozorčí rady podniku včetně předsedy dozorčí rady a

– tento podnik dosahuje více než polovinu svého obratu ze synallagmatických smluv o odstraňování odpadu a čištění ulic na území uvedeného územně správního celku, přičemž tento celek tyto činnosti financuje prostřednictvím místních poplatků vybíraných od obyvatel?“

K předběžným otázkám

Úvodní poznámka

29 Původní řízení se týká dvou momentů, a to jednak rozhodnutí, kterým společnost FES provedla změnu subdodavatele na plnění spojená s reklamou, jež byla předmětem koncese, která jí byla udělena městem Frankfurt, přičemž smlouva, jíž byla tato změna provedena, byla se souhlasem města Frankfurt uzavřena dne 21. června 2005, a jednak úmyslu společnosti FES svěřit jinému hospodářskému subjektu nežli společnosti Wall rekonstrukci dvou veřejných toalet. Tento úmysl byl projeven v dopise ze dne 10. října 2005, kterým společnost FES žádala město Frankfurt o schválení změny subdodavatele pro toto plnění. Dopisem ze dne 19. prosince 2005 město Frankfurt společnosti FES odpovědělo, že není nutné, aby se otázkou změny subdodavatele pro dodání veřejných toalet zabývalo, protože má za to, že společnost FES má v úmyslu provést tyto stavební práce ve vlastní režii a na vlastní odpovědnost. Tato odpověď je v předkládacím rozhodnutí vykládána v tom smyslu, že město Frankfurt schválilo změnu subdodavatele na dodání dvou veřejných toalet. S ohledem na tento výklad je

třeba za rozhodný okamžik pro posuzování žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce považovat den 19. prosince 2005, ke kterému je datován dopis, jímž mělo město Frankfurt schválit změnu subdodavatele požadovanou ze strany společnosti FES.

Ke třetí otázce

30 Svou třetí otázkou, kterou je třeba se zabývat nejdříve, se předkládající soud táže, zda zásady rovného zacházení a zákazu diskriminace na základě státní příslušnosti, zakotvené v článcích 12 ES, 43 ES a 49 ES, jakož i povinnost transparentnosti, která z nich vyplývá, vyžadují, aby byla v případě zamýšlené změny smlouvy o koncesi na služby – včetně případu, kdy se tato změna týká nahrazení konkrétního subdodavatele, na něhož byl kladen důraz v rámci soutěže o koncesi – znovuotevřena soutěži jednání týkající se této změny se zárukou odpovídajícího stupně zveřejnění, a pomocí jakých postupů by případně mělo být takové znovuotevření soutěži uskutečněno.

31 Předmětem uvedené otázky je uplatnění pravidel a zásad uvedených v předchozím bodě na situaci, v níž má v rámci plnění koncesní smlouvy dojít ke změně jednoho ze subdodavatelů koncesionáře.

32 Vzhledem k tomu, že články 43 ES a 49 ES jsou konkrétním vyjádřením obecné zásady zákazu diskriminace na základě státní příslušnosti zakotvené v článku 12 ES, není nutné se pro účely zodpovězení uvedené otázky zabývat posledně uvedeným článkem (viz v tomto smyslu rozsudek ze dne 8. března 2001, Maallgesellschaft a další, C 397/98 a C 410/98, Recueil, s. I 1727, body 38 a 39, jakož i ze dne 17. ledna 2008, Lammers & Van Cleeff, C-105/07, Sb. rozh. s. I-173, bod 14).

33 Za současného stavu práva Unie nejsou smlouvy o koncesi na služby upraveny žádnou ze směrnic, kterými zákonodárce Unie upravil oblast veřejných zakázek (viz výše uvedený rozsudek Coname, bod 16, a rozsudek ze dne 17. července 2008, ASM Brescia, C-347/06, Sb. rozh. s. I-5641, bod 57). Orgány veřejné moci, které uzavírají takovéto smlouvy, jsou nicméně povinny dodržovat základní pravidla Smlouvy ES, zejména články 43 ES a 49 ES, jakož i povinnost transparentnosti, která z nich vyplývá (viz v tomto smyslu výše uvedené rozsudky Telaustria a Telefonadress, body 60 až 62; Coname, body 16 až 19, a Parking Brixen, body 46 až 49).

34 Tato povinnost transparentnosti se vztahuje na případ, kdy dotyčná koncese na služby může vzbudit zájem podniku, který se nachází v jiném členském státě, než je členský stát, v němž je tato koncese udělována (viz v tomto smyslu výše uvedený rozsudek Coname, bod 17, jakož i obdobně rozsudky ze dne 13. listopadu 2007, Komise v. Irsko, C-507/03, Sb. rozh. s. I-9777, bod 29, a ze dne 21. února 2008, Komise v. Itálie, C-412/04, Sb. rozh. s. I-619, bod 66).

35 Skutečnost, že ve věci v původním řízení může koncese na služby zajímat podniky nacházející se v jiném členském státě než ve Spolkové republice Německo, vyplývá z předkládacího rozhodnutí vzhledem k tomu, že vnitrostátní soud uvádí, že výzva k předkládání nabídek byla uveřejněna v úředním věstníku města Frankfurt „s působností pro celou Evropskou unii“, a že má tento soud za to, že porušení povinnosti transparentnosti by mohlo být přinejmenším potenciální diskriminací podniků z ostatních členských států.

36 Povinnost transparentnosti, jež je uložena orgánům veřejné moci, které uzavírají smlouvu o koncesi na služby předpokládá, že musí být ve prospěch každého potenciálního uchazeče zaručen odpovídající stupeň zveřejnění, který zajistí otevření koncese hospodářské soutěži, jakož i přezkum nestrannosti řízení o udělení (viz výše uvedené rozsudky Telaustria a Telefonadress, body 60 až 62; Parking Brixen, , body 46 až 49, a ANAV, bod 21).

37 Za účelem zajištění transparentnosti postupů a rovného zacházení s uchazeči mohou podstatné změny zásadních ustanovení smlouvy o koncesi na služby v určitých případech zapříčinit nezbytnost udělení nové smlouvy o koncesi na služby, mají-li tyto změny podstatně odlišné charakteristiky než původní koncese na služby, a prokazují v důsledku toho vůli smluvních stran sjednat znovu zásadní podmínky této smlouvy (viz v tomto smyslu rozsudky ze dne 5. října 2000, Komise v. Francie, C-337/98, Recueil, s. I-8377, body 44 a 46 a ze dne 19. června 2008, pressetext Nachrichtenagentur, C-454/06, Sb. rozh. s. I-4401, bod 34).

38 Změnu smlouvy o koncesi na služby během její doby platnosti lze považovat za podstatnou, pokud zavádí podmínky, které by, pokud by byly součástí původního řízení o udělení, umožnily připuštění jiných uchazečů než těch, kteří byli původně připuštěni, nebo umožnily přijmout jinou nabídku než tu, která byla původně přijata (viz obdobně výše uvedený rozsudek pressetext Nachrichtenagentur, bod 35).

39 Změna subdodavatele, ačkoliv je možnost takovéto změny ve smlouvě upravena, může ve výjimečných případech být takovou změnou jednoho z podstatných prvků smlouvy o koncesi, a to v situaci, kdy využití služeb určitého subdodavatele spíše nežli subdodavatele jiného, s ohledem na charakteristiky vlastní dotčenému plnění, bylo rozhodujícím aspektem pro uzavření smlouvy; ověření čehož je v každém případě na vnitrostátním soudu.

40 Předkládající soud poukazuje na to, že v projektu přiloženém k nabídce předložené městu Frankfurt společností FES tato společnost uváděla, že využije City-WC společnosti Wall. Podle tohoto soudu je pravděpodobné, že v takovém případě byla koncese společnosti FES udělena kvůli subdodavateli, kterého uvedla.

41 Je na předkládajícím soudu, aby ověřil, zda jsou v projednávaném případě naplněny znaky situací popsaných v bodech 37 až 39 tohoto rozsudku.

42 Pokud by v rámci tohoto posouzení předkládající soud došel k závěru, že došlo ke změně jednoho z podstatných prvků smlouvy o koncesi, bylo by v souladu s vnitrostátním právním řádem dotyčného členského státu třeba přijmout veškerá opatření nezbytná k obnovení transparentnosti řízení, včetně nového řízení o udělení koncese. Případné nové řízení o udělení koncese by mělo být vedeno podle postupů přizpůsobených specifikům dotčené koncese na služby a mělo by podniku nacházejícímu se na území jiného členského státu umožňovat před udělením koncese přístup k odpovídajícím informacím o ní.

43 Na třetí otázku je proto třeba odpovědět tak, že mají-li změny provedené v ustanoveních smlouvy o koncesi podstatně odlišné charakteristiky, než jsou ty, jež odůvodňovaly původní udělení smlouvy o koncesi, a prokazují-li v důsledku toho vůli stran sjednat znovu podstatné prvky této smlouvy, je v souladu s vnitrostátním právním řádem dotyčného členského státu třeba přijmout veškerá opatření nezbytná k obnovení transparentnosti řízení, včetně nového řízení o udělení koncese. Případné nové řízení o udělení koncese by mělo být vedeno podle postupů přizpůsobených specifikům dotčené koncese na služby a mělo by podniku nacházejícímu se na území jiného členského státu umožňovat před udělením koncese přístup k odpovídajícím informacím o ní.

K páté otázce

44 Svou pátou otázkou, kterou je třeba zkoumat na druhém místě, se předkládající soud v podstatě táže, zda je s ohledem na čl. 86 odst. 1 ES případně ve spojení s čl. 2 odst. 1 písm. b) a odst. 2 směrnice 80/723 a čl. 1 odst. 9 směrnice 2004/18 podnik, který je koncesionářem a má takovou povahu jako společnost FES, vázán povinností transparentnosti, jež vyplývá z článků 43 ES a 49 ES, jakož i zásadami rovného zacházení a zákazu diskriminace na základě státní příslušnosti v situaci, kdy uzavírá smlouvu týkající se služeb, které jsou součástí koncese, jíž byl pověřen ze strany orgánu veřejné moci.

45 Konkrétně se předkládající soud táže, zda je pro vymezení rozsahu působnosti uvedené povinnosti transparentnosti relevantní čl. 86 odst. 1 ES.

46 Pokud jde o čl. 86 odst. 1 ES, postačuje připomenout, že tento článek se vztahuje na členské státy, a nikoliv na podniky.

47 Pro účely posouzení toho, zda může být subjekt s takovými charakteristikami jako FES považován za orgán veřejné moci vázaný povinností transparentnosti, je třeba se inspirovat určitými aspekty definice pojmu „zadavatel" uvedené v čl. 1 písm. b) směrnice 92/50 o veřejných zakázkách na služby v rozsahu, v němž tyto aspekty odpovídají požadavkům uplatňování povinnosti transparentnosti vyplývající z článků 43 ES a 49 ES na koncese na služby.

48 Tyto články a zásady rovného zacházení a zákazu diskriminace na základě státní příslušnosti, jakož i povinnost transparentnosti, která z nich vyplývá, totiž sledují cíle, které jsou totožné s cíli uvedené směrnice, zejména volný pohyb služeb a zajištění nenarušené hospodářské soutěže v členských státech.

49 Vzhledem k výše uvedenému je třeba ověřit splnění dvou podmínek, a to jednak, že je dotyčný podnik skutečně pod kontrolou státu nebo jiného orgánu veřejné moci, a jednak, že na trhu nepůsobí v soutěžním postavení.

50 Pokud jde o první z těchto dvou podmínek, z předkládacího rozhodnutí vyplývá, že ačkoliv město Frankfurt vlastní 51% podíl na kapitálu společnosti FES, neumožňuje

mu tento podíl ve skutečnosti řízení podniku kontrolovat. K přijetí rozhodnutí valné hromady jsou totiž nezbytné tři čtvrtiny hlasů.

51 Mimoto zbývající 49% podíl na kapitálu společnosti FES nedrží jeden nebo více orgánů veřejné moci, ale soukromý podnik, který jako takový jedná na základě úvah vlastních soukromým zájmům a sleduje jiné cíle než veřejný zájem (viz v tomto smyslu rozsudek ze dne 11. ledna 2005, Stadt Halle a RPL Lochau, C-26/03, Sb. rozh. s. I-1, bod 50).

52 V dozorčí radě společnosti FES navíc město Frankfurt disponuje pouze čtvrtinou hlasů. Skutečnost, že má město právo navrhnout kandidáta na post předsedy dozorčí rady tohoto podniku, jehož hlas je v případě rovnosti hlasů rozhodující, městu nepostačuje k tomu, aby mohlo vykonávat rozhodující vliv na podnik FES.

53 Za těchto podmínek není podmínka týkající se skutečné kontroly ze strany státu nebo jiného orgánu veřejné moci splněna.

54 Pokud jde o druhou podmínku uvedenou v bodě 49 tohoto rozsudku, předkládající soud uvádí, že více než polovina obratu FES je dosahována ze synallagmatických smluv o odstraňování odpadu a čištění ulic na území města Frankfurt.

55 Takový poměr musí být považován za poměr existující v obvyklých obchodních vztazích, které vznikají v rámci smluv synallagmatického charakteru, které jsou volně sjednávány smluvními stranami (viz v tomto smyslu rozsudek ze dne 3. října 2000, C-380/98, Recueil, s. I-8035, bod 25).

56 Mimoto lze z předkládajícího rozhodnutí vyvodit, že společnost FES provozuje svou činnost na trhu v soutěžním postavení, jak vyplývá jednak ze skutečnosti, že dosahuje podstatné části svých výnosů z činností pro jiné orgány veřejné moci než město Frankfurt a ze vztahů se soukromými podniky činnými na trhu, a jednak z okolnosti, že o získání koncese dotčené v původním řízení musela soutěžit s jinými podniky.

57 Za těchto podmínek není ani druhá nutná podmínka pro to, aby mohl být určitý podnik považován za orgán veřejné moci, naplněna.

58 Předkládající soud se rovněž Soudního dvora táže na případné použití směrnice 80/723.

59 Vzhledem k tomu, že tato směrnice upravuje zprůhlednění finančních vztahů mezi členskými státy a veřejnými podniky, není jako taková použitelná na oblast, jíž se týká pátá otázka.

60 V důsledku toho je na pátou otázku třeba odpovědět tak, že uzavírá-li podnik, který je koncesionářem, smlouvu týkající se služeb, které jsou součástí koncese, jejímž naplňováním byl pověřen ze strany územně správního celku, nevztahují se na tento podnik povinnost transparentnosti, jež vyplývá z článků 43 ES a 49 ES, jakož i zásady rovného zacházení a zákazu diskriminace na základě státní příslušnosti tehdy, jestliže:

– byl tímto územně správním celkem uvedený podnik založen za účelem odstraňování odpadu a čištění ulic, ale současně rovněž působí na volném trhu;

– uvedený územně správním celek vlastní obchodní podíl na tomto podniku ve výši 51 %, avšak k přijetí rozhodnutí o řízení podniku je třeba tříčtvrtinová většina hlasů valné hromady tohoto podniku;

– je územně správním celkem jmenována pouze čtvrtina členů dozorčí rady tohoto podniku včetně jejího předsedy; a

– tento podnik dosahuje více než poloviny svého obratu ze synallagmatických smluv o odstraňování odpadu a čištění ulic na území uvedeného územního správního celku, přičemž tento celek tyto činnosti financuje prostřednictvím místních poplatků vybíraných od obyvatel.

K první, druhé a čtvrté předběžné otázce

61 Svou první, druhou a čtvrtou otázkou, jež je třeba zkoumat společně, se předkládající soud táže, zda zásady rovného zacházení a zákazu diskriminace na základě státní příslušnosti, zakotvené v článcích 43 ES a 49 ES, jakož i povinnost transparentnosti, která z nich vyplývá, vyžadují, aby vnitrostátní orgány uložily povinnost vypovědět smlouvu, při jejímž uzavírání byla uvedená povinnost transparentnosti porušena, a aby vnitrostátní soudní orgány přiznaly neúspěšnému uchazeči právo na to, aby bylo soudním příkazem zabráněno hrozícímu porušení těchto povinností nebo pokračování v takovém porušování. Vnitrostátní soud se rovněž táže, zda lze tuto povinnost považovat za povinnost vyplývající z obyčejového práva Unie.

62 Jak bylo zdůrazněno v bodě 33 tohoto rozsudku, smlouvy o koncesích na služby nejsou za současného stavu práva Unie upraveny žádnou ze směrnic, jež upravují oblast veřejných zakázek.

63 Podle judikatury Soudního dvora přísluší při neexistenci právní úpravy Unie vnitrostátnímu právnímu řádu každého členského státu, aby upravil procesní postupy určené k zajištění ochrany práv, která jednotlivcům plynou z práva Unie (viz v tomto smyslu rozsudek ze dne 13. března 2007, Unibet, C-432/05, Sb. rozh. s. I-2271, bod 39 a citovaná judikatura).

64 Tyto procesní postupy nesmějí být méně příznivé než obdobné postupy na základě vnitrostátního práva (zásada rovnocennosti) a nesmějí prakticky znemožňovat nebo nadměrně ztěžovat výkon práv přiznaných právním řádem Unie (zásada efektivity) (viz v tomto smyslu výše uvedený rozsudek Unibet, bod 43 a citovaná judikatura).

65 Z toho vyplývá, že zásady rovného zacházení a zákazu diskriminace na základě státní příslušnosti, zakotvené články 43 ES a 49 ES, jakož i povinnost transparentnosti, která z nich vyplývá, nevyžadují, aby vnitrostátní orgány vypověděly smlouvu, ani aby vnitrostátní soudy vydaly soudní příkaz v každé situaci, v níž je údajně tato povinnost v rámci udělování koncese na služby porušena. Je na vnitrostátním právním řádu, aby upravil procesní postupy k zajištění ochrany práv, která jednotlivcům z této povinnosti plynou, tak aby nebyly méně příznivé než obdobné postupy na základě vnitrostátního práva a prakticky neznemožňovaly nebo nadměrně neztěžovaly výkon těchto práv.

66 Předkládající soud pokládá konečně ještě jinou otázku. Podle tohoto soudu nemůže čistě soudcovský vývoj práva být ochrannou zákonnou normou zakládající odpovědnost podle německého občanského zákoníku (Bürgerliches Gesetzbuch). Právní normou ve smyslu tohoto zákoníku je pod něj pouze obyčejové právo. S odkazem na judikaturu Bundesverfassungsgericht (ústavní soud) tento soud tvrdí, že uznání obyčejového práva předpokládá delší, dlouhodobou a stálou zvyklost používanou stejnou měrou a všeobecně, jakož i uznání za závaznou normu ze strany dotyčných právních subjektů.

67 Podle vnitrostátního soudu je nicméně povinnost transparentnosti vyjádřená v rozsudcích Soudního dvora tak nová, že ji nelze považovat za součást obyčejového práva, jak je vymezeno v předchozím bodě.

68 V tomto ohledu je třeba uvést, že povinnost transparentnosti vyplývá z práva Unie a zejména z článků 43 ES a 49 ES (viz v tomto smyslu výše uvedený rozsudek Coname, body 17 až 19). Tato ustanovení, jejichž dodržování zajišťuje Soudní dvůr, mají přímý účinek ve vnitrostátním právním řádu členských států a mají přednost před veškerými ustanoveními vnitrostátního práva, která jsou s nimi v rozporu.

69 V souladu zejména s čl. 4 odst. 3 SFEU musí všechny orgány členských států v rámci svých pravomocí zajišťovat dodržování norem práva Unie (viz v tomto smyslu rozsudek ze dne 12. února 2008, Kempter, C-2/06, Sb. rozh. s. I-411, bod 34 a citovaná judikatura).

70 Je na vnitrostátním soudu, aby vnitrostátní zákon, který musí použít, vykládal v co největším možném rozsahu tak, aby tento výklad byl v souladu s požadavky práva Unie a umožnil zejména zajistit dodržování povinnosti transparentnosti (viz v tomto smyslu rozsudek ze dne 27. února 2003, Santex, C-327/00, Recueil, s. I-1877, bod 63 a citovaná judikatura).

71 S ohledem na výše uvedené je třeba na první, druhou a čtvrtou otázku odpovědět tak, že zásady rovného zacházení a zákazu diskriminace na základě státní příslušnosti, zakotvené články 43 ES a 49 ES, jakož i povinnost transparentnosti, která z nich vyplývá, nevyžadují, aby vnitrostátní orgány vypověděly smlouvu ani aby vnitrostátní soudy vydaly soudní příkaz v každé situaci, v níž je údajně tato povinnost v rámci udělování koncese na služby porušena. Je na vnitrostátním právním řádu, aby upravil procesní postupy k zajištění ochrany práv, která jednotlivcům z této povinnosti plynou, a to tak, aby nebyly méně příznivé než obdobné postupy na základě vnitrostátního práva a prakticky neznemožňovaly nebo nadměrně neztěžovaly výkon těchto práv. Povinnost transparentnosti vyplývá přímo z článků 43 ES a 49 ES, které mají

přímý účinek ve vnitrostátních právních řádech členských států a mají přednost před veškerými ustanoveními vnitrostátního práva, která jsou s nimi v rozporu.

K nákladům řízení

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

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

1) Mají-li změny provedené v ustanoveních smlouvy o koncesi podstatně odlišné charakteristiky, než jsou ty, jež odůvodňovaly původní udělení smlouvy o koncesi, a prokazují-li v důsledku toho vůli stran sjednat znovu podstatné prvky této smlouvy, je v souladu s vnitrostátním právním řádem dotyčného členského státu třeba přijmout veškerá opatření nezbytná k obnovení transparentnosti řízení, včetně nového řízení o udělení koncese. Případné nové řízení o udělení koncese by mělo být vedeno podle postupů přizpůsobených specifikům dotčené koncese na služby a mělo by podniku nacházejícímu se na území jiného členského státu umožňovat před udělením koncese přístup k odpovídajícím informacím o ní.

2) Uzavírá-li podnik, který je koncesionářem, smlouvu týkající se služeb, které jsou součástí koncese, jejímž naplňováním byl pověřen ze strany územně správního celku, nevztahují se na tento podnik povinnost transparentnosti,

jež vyplývá z článků 43 ES a 49 ES, ani zásady rovného zacházení a zákazu diskriminace na základě státní příslušnosti tehdy, jestliže:

– **byl tímto územně správním celkem uvedený podnik založen za účelem odstraňování odpadu a čištění ulic, ale současně rovněž působí na volném trhu;**

– **uvedený územně správní celek vlastní obchodní podíl na tomto podniku ve výši 51 %, avšak k přijetí rozhodnutí o řízení podniku je třeba tříčtvrtinová většina hlasů valné hromady tohoto podniku;**

– **je územně správním celkem jmenována pouze čtvrtina členů dozorčí rady tohoto podniku včetně jejího předsedy; a**

– **tento podnik dosahuje více než poloviny svého obratu ze synallagmatických smluv o odstraňování odpadu a čištění ulic na území uvedeného územního správního celku, přičemž tento celek tyto činnosti financuje prostřednictvím místních poplatků vybíraných od obyvatel.**

3) **Zásady rovného zacházení a zákazu diskriminace na základě státní příslušnosti, zakotvené články 43 ES a 49 ES, jakož i povinnost transparentnosti, která z nich vyplývá, nevyžadují, aby vnitrostátní orgány vypověděly smlouvu ani aby vnitrostátní soudy vydaly soudní příkaz v každé situaci, v níž je údajně tato povinnost v rámci udělování koncese na služby porušena. Je na vnitrostátním právním řádu, aby upravil procesní postupy k zajištění ochrany práv, která jednotlivcům z této povinnosti plynou, a to tak, aby nebyly méně příznivé než obdobné postupy na základě vnitrostátního práva a prakticky**

neznemožňovaly nebo nadměrně neztěžovaly výkon těchto práv. Povinnost transparentnosti vyplývá přímo z článků 43 ES a 49 ES, které mají přímý účinek ve vnitrostátních právních řádech členských států a mají přednost před veškerými ustanoveními vnitrostátního práva, která jsou s nimi v rozporu.

Podpisy.