ROZSUDOK SÚDNEHO DVORA (veľká komora)

z 13. apríla 2010 *

Vo veci C-91/08,

ktorej predmetom je návrh na začatie prejudiciálneho konania podľa článku 234 ES, podaný rozhodnutím Landgericht Frankfurt am Main (Nemecko) z 28. januára 2008 a doručený Súdnemu dvoru 28. februára 2008, ktorý súvisí s konaním:

Wall AG

proti

Mestu Frankfurt nad Mohanom,

Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH,

* Jazyk konania: nemčina.

za účasti:

Deutsche Städte Medien (DSM) GmbH,

SÚDNY DVOR (veľká komora),

v zložení: predseda V. Skouris, predsedovia komôr A. Tizzano, J. N. Cunha Rodrigues (spravodajca), K. Lenaerts, J.-C. Bonichot, R. Silva de Lapuerta a C. Toader, sudcovia C. W. A. Timmermans, A. Rosas, K. Schiemann, J. Malenovský, A. Arabadjiev a J.-J. Kasel,

generálny advokát: Y. Bot,
tajomník: K. Malacek, referent,

so zreteľom na písomnú časť konania a po pojednávaní z 9. júna 2009,

so zreteľom na pripomienky, ktoré predložili:

— Wall AG, v zastúpení: H.-J. Otto, Rechtsanwalt, C. Friese a R. von zur Mühlen, Justitiare,

— mesto Frankfurt nad Mohanom, v zastúpení: L. Horn, J. Sommer, Rechtsanwälte, a B. Weiß, Justitiar,

— Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH, v zastúpení: H. Höfler, Rechtsanwalt,

— Deutsche Städte Medien (DSM) GmbH, v zastúpení: F. Hausmann a A. Mutschler-Siebert, Rechtsanwälte,

— nemecká vláda, v zastúpení: M. Lumma a J. Möller, splnomocnení zástupcovia,

— dánska vláda, v zastúpení: B. Weis Fogh, splnomocnená zástupkyňa,

— holandská vláda, v zastúpení: C. Wissels a Y. de Vries, splnomocnení zástupcovia,

— rakúska vláda, v zastúpení: M. Fruhmann, splnomocnený zástupca,

— fínska vláda, v zastúpení: A. Guimaraes-Purokoski, splnomocnená zástupkyňa,

— vláda Spojeného kráľovstva, v zastúpení: S. Ossowski, splnomocnený zástupca, za právnej pomoci J. Coppel, barrister,

— Komisia Európskych spoločenstiev, v zastúpení: D. Kukovec, B. Schima a C. Zadra, splnomocnení zástupcovia,

— Dozorný orgán EZVO, v zastúpení: N. Fenger, B. Alterskjær a L. Armati, splnomocnení zástupcovia,

po vypočutí návrhov generálneho advokáta na pojednávaní 27. októbra 2009,

vyhlásil tento

Rozsudok

1 Návrh na začatie prejudiciálneho konania sa týka výkladu článkov 12 ES, 43 ES a 49 ES, zásad rovnosti zaobchádzania a zákazu diskriminácie na základe štátnej príslušnosti, ako aj povinnosti transparentnosti, ktorá z nich vyplýva v súvislosti so zadávaním koncesie na služby.

2 Tento návrh bol podaný v rámci sporu medzi spoločnosťou Wall AG (ďalej len „Wall“) a mestom Frankfurt nad Mohanom (ďalej len „mesto Frankfurt“) vo veci zadania koncesie na služby týkajúcej sa prevádzky a údržby niektorých verejných toaliet na území tohto mesta.

Právny rámec

3 Smernica Komisie 80/723/EHS z 25. júna 1980 o transparentnosti finančných vzťahov členských štátov a verejných podnikov a o finančnej transparentnosti v niektorých podnikoch (Ú. v. ES L 195, s. 35; Mim. vyd. 08/001, s. 20) zmenená a doplnená smernicou Komisie 2000/52/ES z 26. júla 2000 (Ú. v. ES L 193, s. 75; Mim. vyd. 08/002, s. 11) (ďalej len „smernica 80/723“) vo svojom článku 2 stanovuje:

„1. Na účely tejto smernice:

…

b) ‚verejné podniky‘ označujú všetky podniky, na ktoré môžu mať štátne orgány, a to priamo alebo nepriamo, dominantný vplyv prostredníctvom ich vlastnenia, finančnej účasti alebo predpisov, ktorými sa riadia;

…

2. Dominantný vplyv časti štátnych orgánov sa predpokladá vtedy, keď tieto orgány priamo alebo nepriamo vo vzťahu k podniku:

a) vlastnia väčšiu časť upísaného kapitálu podniku, alebo

b) kontrolujú väčšinu hlasov pridelených k akciám, ktoré podniky vydali, alebo

c) môžu dosadiť [vymenovať – *neoficiálny preklad*] viac ako polovicu členov do správnych, riadiacich a dozorných orgánov."

4 Podľa článku 1 písm. b) smernice Rady 92/50/EHS z 18. júna 1992 o koordinácii postupov verejného obstarávania služieb (Ú. v. ES L 209, s. 1; Mim. vyd. 06/001, s. 322) zmenenej a doplnenej smernicou Komisie 2001/78/ES z 13. septembra 2001 (Ú. v. ES L 285, s. 1; Mim. vyd. 06/004, s. 94, ďalej len „smernica 92/50"):

„b) ‚*obstarávatelia*' sú štátne, regionálne alebo miestne orgány, verejnoprávne inštitúcie, združenia tvorené jedným alebo viacerými takýmito orgánmi alebo verejnoprávnymi inštitúciami.

Verejnoprávne inštitúcie sú akékoľvek inštitúcie:

— ktoré boli založené na osobitné účely, plniace potreby všeobecného záujmu a nemajú priemyselný alebo komerčný charakter,

— majú právnu subjektivitu, a

— sú financované najmä štátnymi, regionálnymi alebo miestnymi orgánmi alebo inými verejnoprávnymi inštitúciami, alebo sú podriadené riadiacemu dozoru týchto orgánov, alebo ktoré majú v správnom, riadiacom alebo dozornom orgáne viac ako polovicu členov menovaných štátnymi, regionálnymi alebo miestnymi orgánmi alebo verejnoprávnymi inštitúciami.

…“

5 Článok 17 smernice Európskeho parlamentu a Rady 2004/18/ES z 31. marca 2004 o koordinácii postupov zadávania verejných zákaziek na práce, verejných zákaziek na dodávku tovaru a verejných zákaziek na služby (Ú. v. EÚ L 134, s. 114; Mim. vyd. 06/007, s. 132) stanovuje:

„Bez toho, aby bolo dotknuté uplatňovanie článku 3, táto smernica sa nevzťahuje na koncesie na služby v zmysle článku 1 ods. 4.“

6 Článok 80 ods. 1 prvý pododsek smernice 2004/18 upravuje:

„Členské štáty uvedú do účinnosti zákony, iné predpisy a správne opatrenia potrebné na dosiahnutie súladu s touto smernicou najneskôr do 31. januára 2006. Bezodkladne o tom informujú Komisiu.“

7 Podľa článku 82 prvého odseku tejto smernice:

„Smernica 92/50/EHS, s výnimkou jej článku 41, a smernice 93/36/EHS a 93/37/EHS sa zrušujú s účinnosťou od dátumu uvedeného v článku 80 bez toho, aby boli dotknuté povinnosti členských štátov týkajúce sa lehôt stanovených pre transpozíciu a uplatňovanie, ktoré sú uvedené v prílohe XI.“

Spor vo veci samej a prejudiciálne otázky

8 Spoločnosť Wall podniká v oblasti reklamných plôch na verejných komunikáciách a vo verejných priestoroch a na tento účel vykonáva najmä výrobu, montáž, údržbu a čistenie verejných toaliet.

9 Frankfurter Entsorgungs- und Service GmbH (ďalej len „FES“) je spoločnosť s ručením obmedzeným vo forme právnickej osoby súkromného práva, ktorej predmetom podnikania je podľa stanov likvidácia odpadu a nakladanie s ním, čistenie mesta, ako aj bezpečnosť cestnej premávky na účet orgánov verejnej moci a súkromných osôb. Mesto Frankfurt vlastní obchodný podiel FES vo výške 51 %; zvyšných 49 % vlastní súkromný podnik. Rozhodnutia FES prijíma valné zhromaždenie trojštvrtinovou väčšinou. Zo 16-člennej dozornej rady FES spoločníci menujú jej polovicu. Zamestnanci menujú osem členov a každý z dvoch spoločníkov po štyroch členoch. Mesto Frankfurt má právo navrhovať predsedu dozornej rady, ktorého hlas je rozhodujúci v prípade rovnosti hlasov. Podnik FES zamestnáva okolo 1 400 pracovníkov, z toho asi 800 vykonáva práce pre mesto Frankfurt.

10 FES s mestom Frankfurt dosahuje čistý obrat vo výške 92 miliónov eur a s inými osobami súkromného a verejného práva vo výške 52 miliónov eur. Z čistého obratu, ktorý

dosiahol podnik FES s mestom Frankfurt v roku 2005, pripadlo 51,3 milióna eur na likvidáciu odpadu a 36,2 milióna eur na čistenie mesta.

11 Dňa 18. decembra 2002 mesto Frankfurt vo svojom úradnom vestníku formou „dobrovoľného oznámenia na úrovni Európskej únie“ vyzvalo na prihlásenie sa do súťaže na uzatvorenie koncesnej zmluvy na služby týkajúcej sa prevádzky, udržiavania, údržby a čistenia jedenástich mestských verejných toaliet na dobu šestnásť rokov. Z týchto jedenástich verejných toaliet sa mali dve zariadenia zrekonštruovať, a to zariadenia nachádzajúce sa na železničných staniciach Rödelheim a Galluswarte. Protiplnením za tieto služby malo byť len oprávnenie na vyberanie poplatkov za použitie zariadení, ako aj využívanie reklamných plôch na toaletách a v ich interiéri a na iných verejných plochách na území mesta Frankfurt počas platnosti zmluvy.

12 Dňa 4. júla 2003 mesto Frankfurt vyzvalo podniky, ktoré prejavili záujem, na predloženie ponúk. K tejto výzve bol priložený návrh koncesnej zmluvy na služby, ktorej § 18 ods. 2 a § 30 ods. 4 stanovovali, že zmena subdodávateľa je možná len so súhlasom uvedeného mesta.

13 Wall, FES a tri ďalšie podniky taktiež so sídlom v Nemecku predložili svoje ponuky.

14 Z návrhu na začatie prejudiciálneho konania vyplýva, že podnik FES vo svojom projekte vypracovanom pre jeho ponuku uviedol tieto údaje: „Úvod –…Vyhlásenie verejného obstarávania [mestom Frankfurt] poskytuje podniku FES možnosť s výkonným a skúseným partnerom, akým je [spoločnosť Wall], materiálne obnoviť zariadenia a rozvodné siete na verejné toalety, ako aj predložiť reálne a zodpovedné refinancovanie voči zamestnancom… Galluswarte –… Podľa dohody s orgánmi bude pod mostom prímestskej železnice umiestnené plne automatizované City-WC [spoločnosti Wall]… Železničná stanica Rödelheim – Vzhľadom na to, že toalety na železničnej stanici Rödelheim budú v rámci reorganizácie miesta zlikvidované, bude tam v súlade s existujúcimi plánmi inštalované plne automatizované City-WC [spoločnosti Wall]… Projekt z hľadiska bezpečnosti –… City-WC sú vybavené plne automatizovaným

samočistiacim mechanizmom. Projekt z hľadiska reklamy –… Komerčné využitie reklamných plôch bude zabezpečovať partner FES, [spoločnosť Wall], skúsený špecialista v oblasti reklamy pôsobiaci po celom svete… Používané nosiče reklamy – Budú použité moderné a estetické produkty [spoločnosti Wall]…“

15 Spoločnosť Wall je majiteľkou niekoľkých patentov týkajúcich sa fungovania „City-WC“.

16 Dňa 18. marca 2004 bola spoločnosť Wall vylúčená z konania o udelenie koncesie a jej ponuka bola zamietnutá.

17 Dňa 9. júna 2004 bola koncesia udelená podniku FES. V dňoch 20. a 22. júla 2004 bola uzatvorená zodpovedajúca zmluva medzi FES a mestom Frankfurt s platnosťou do 31. decembra 2019 (ďalej len „koncesná zmluva“). Podľa rozhodnutia vnútroštátneho súdu projekty podniku FES, ktoré vyplynuli z rokovaní, sa stali predmetom dohody zahrnutej do tejto zmluvy. V písomných pripomienkach však mesto Frankfurt tvrdí, že údaje obsiahnuté v projekte FES neboli zahrnuté do obsahu koncesnej zmluvy. Do zmluvy bolo začlenené len označenie spoločnosti Wall ako subdodávateľa podniku FES.

18 Z preskúmania textu koncesnej zmluvy predloženej spolu s vnútroštátnym spisom vyplýva, že spoločnosť Wall je označená ako subdodávateľ bez toho, aby boli v tejto zmluve uvedené ďalšie podrobnosti o jej produktoch alebo plneniach.

19 § 18 ods. 2 koncesnej zmluvy stanovuje, že podnik FES uskutoční stavebné práce na verejných toaletách vlastnými prostriedkami a/alebo prostredníctvom subdodávateľov, medzi ktorými figuruje spoločnosť Wall. Toto ustanovenie upravuje, že zmena subdodávateľa je prípustná len s písomným súhlasom mesta Frankfurt.

20 § 30 ods. 4 tejto zmluvy upresňuje, že spoločnosť Wall je subdodávateľom podniku FES na plnenia týkajúce sa reklamy stanovené v dotknutej zmluve. Podľa znenia tohto ustanovenia je zmena subdodávateľa prípustná len s písomným súhlasom mesta Frankfurt.

21 Dňa 5. januára 2005 vyzval podnik FES spoločnosť Wall na predloženie ponuky na plnenia týkajúce sa reklamy, ktoré boli predmetom koncesie udelenej podniku FES. Okrem toho FES vyzval podnik Deutsche Städte Medien GmbH (ďalej len „DSM“), aby predložil ponuku.

22 Listom z 15. júna 2005 podnik FES požiadal mesto Frankfurt, aby odsúhlasilo zmenu subdodávateľa v prospech podniku DSM na používanie reklamných zariadení. Mesto 21. júna 2005 odsúhlasilo zmenu subdodávateľa.

23 FES udelil uvedené plnenia podniku DSM a 21. júna 2005 s ním uzatvoril zmluvu stanovujúcu platbu ročnej odmeny pre FES vo výške 786 206 eur zo strany DSM.

24 Dňa 28. júla 2005 vyzval podnik FES na predloženie ponuky, pokiaľ ide o dodávku dvoch „Wall-City-WC“. Spoločnosť Wall predložila ponuku, ale 7. septembra 2005 ju podnik FES informoval, že dostal výhodnejšiu ponuku, a preto nemôže zohľadniť ponuku spoločnosti Wall.

25 Listom z 10. októbra 2005 podnik FES požiadal mesto Frankfurt o súhlas so zmenou subdodávateľa v súlade s koncesnou zmluvou na účely toho, aby verejné toalety nemusela dodať spoločnosť Wall, ale aby ich mohli dodať iné spoločnosti.

26 Dňa 19. decembra 2005 mesto Frankfurt odpovedalo podniku FES, že nie je potrebné zaoberať sa otázkou zmeny subdodávateľa na verejné toalety, pretože sa domnieva, že podnik FES chce teraz práce uskutočniť vlastnými prostriedkami a na vlastnú zodpovednosť. Mesto Frankfurt pri tejto príležitosti upresnilo, že predpokladá, že požiadavky stanovené v zmluvných dokumentoch budú dodržané.

27 Spoločnosť Wall podala na vnútroštátny súd žalobu, ktorou navrhuje zaviazať podnik FES, aby sa zdržal konania spočívajúceho jednak v plnení zmluvy týkajúcej sa reklamných činností uzatvorenej s podnikom DSM a jednak v uzatvorení zmluvy s treťou osobou o výstavbe dvoch verejných toaliet, ktoré sa mali vybudovať, a/alebo v jej plnení. Spoločnosť Wall tiež navrhuje zaviazať mesto Frankfurt zdržať sa udelenia súhlasu s uzatvorením zmluvy o výstavbe týchto dvoch verejných toaliet medzi podnikom FES a inou stranou, ako je ona sama. Subsidiárne spoločnosť Wall navrhuje solidárne zaviazať mesto Frankfurt a podnik FES, aby jej vyplatili sumu vo výške 1 038 682,18 eura navýšenú o úroky.

28 Za týchto okolností Landgericht Frankfurt am Main rozhodol prerušiť konanie a položil Súdnemu dvoru tieto prejudiciálne otázky:

„1. Má sa zásada rovnosti zaobchádzania a zásada práva Spoločenstva spočívajúca v zákaze diskriminácie na základe štátnej príslušnosti, ktoré sú zakotvené v článkoch 12 ES, 43 ES a 49 ES, vykladať v tom zmysle, že povinnosti transparentnosti, ktoré z nich vyplývajú pre verejné orgány, spočívajúce v sprístupnení postupu zadávania koncesií na služby konkurentom s adekvátnym stupňom zverejnenia a v umožnení kontroly nestrannosti postupu verejného obstarávania (pozri rozsudky zo 7. decembra 2000, Telaustria a Telefonadress, C-324/98, Zb. s. I-10745, body 60 až 62; z 21. júla 2005, Coname, C-231/03, Zb. s. I-7287, body 17 až 22; z 13. októbra 2005, Parking Brixen, C-458/03, Zb. s. I-8585, body 46 až 50; zo 6. apríla 2006, ANAV, C-410/04, Zb. s. I-3303, bod 21, a z 13. septembra 2007, Komisia/Taliansko, C-260/04, Zb. s. I-7083, bod 24) vyžadujú, aby vnútroštátne právo priznalo neúspešnému uchádzačovi nárok na uloženie povinnosti zdržať sa konania s cieľom zabrániť hroziacemu porušeniu týchto povinností a/alebo zabrániť pokračovaniu takéhoto porušenia?

2. V prípade zápornej odpovede na prvú prejudiciálnu otázku sú uvedené povinnosti transparentnosti súčasťou obyčajového práva Európskych spoločenstiev v tom zmysle, že sa už trvalo a stálo, rovnako a všeobecne uplatňujú a príslušné subjekty práva ich uznávajú za záväzné normy?

3. Vyžadujú povinnosti transparentnosti uvedené v prvej prejudiciálnej otázke tiež v prípade, ak sa uvažuje o zmene koncesnej zmluvy na služby – vrátane prípadu, ak je cieľom tejto zmeny nahradiť konkrétneho subdodávateľa, na ktorého sa pri súťaži kládol dôraz – znovu začať súťaž príslušných rokovaní so zabezpečením adekvátneho stupňa zverejnenia, prípadne na základe akých kritérií sa má takýto postup uskutočniť?

4. Majú sa zásady a povinnosti transparentnosti uvedené v prvej prejudiciálnej otázke vykladať v tom zmysle, že v prípade ich porušenia pri koncesiách na služby sa zmluva uzatvorená v dôsledku tohto porušenia, ktorej cieľom je založiť alebo zmeniť časovo neobmedzené záväzky, má vypovedať?

5. Majú sa zásady a povinnosti transparentnosti uvedené v prvej prejudiciálnej otázke a článok 86 ods. 1 ES, prípadne v spojení s článkom 2 ods. 1 písm. b) a článkom 2 ods. 2 smernice [80/723] a článkom 1 ods. 9 smernice [2004/18] vykladať v tom zmysle, že podnik ako verejný podnik alebo verejný obstarávateľ je viazaný týmito povinnosťami transparentnosti, ak:

— bol zriadený územným celkom na účely likvidácie odpadu a čistenia mestských komunikácií, ale je činný aj na voľnom trhu,

— patrí tomuto územnému celku v podiele 51 %, ale na prijatie rozhodnutia o riadení podniku sa vyžaduje trojštvrtinová väčšina,

— tento územný celok vymenúva len štvrtinu členov dozornej rady tohto podniku vrátane predsedu dozornej rady a

— viac ako polovica jeho obratu pochádza zo synalagmatických zmlúv týkajúcich sa likvidácie odpadu a čistenia mestských komunikácií na území tohto územného celku, pričom tento územný celok ich financuje prostredníctvom miestnych daní a poplatkov vyberaných od jeho obyvateľov?“

O prejudiciálnych otázkach

Úvodná pripomienka

29 Konanie vo veci samej sa týka dvoch skutočností, a to po prvé rozhodnutia, ktorým podnik FES zmenil subdodávateľa na plnenia týkajúce sa reklamy, ktoré boli predmetom koncesie udelenej tomuto podniku mestom Frankfurt, pričom zmluva, ktorou sa táto zmena uskutočnila, bola uzatvorená so súhlasom mesta 21. júna 2005; a po druhé zámeru podniku FES udeliť výstavbu dvoch verejných toaliet inému hospodárskemu podniku, ako je spoločnosť Wall. Tento zámer bol vyjadrený v liste z 10. októbra 2005, ktorým podnik FES žiadal mesto Frankfurt o súhlas so zmenou subdodávateľa na toto plnenie. Listom z 19. decembra 2005 uvedené mesto odpovedalo podniku FES, že nie je potrebné zaoberať sa otázkou zmeny subdodávateľa na verejné toalety, pretože sa domnieva, že podnik chce teraz práce uskutočniť vlastnými prostriedkami a na vlastnú zodpovednosť. Táto odpoveď sa v rozhodnutí vnútroštátneho súdu vykladá v tom zmysle, že mesto Frankfurt súhlasilo so zmenou subdodávateľa na dodávku dvoch verejných toaliet. So zreteľom na tento výklad treba na preskúmanie

návrhu na začatie prejudiciálneho konania ako z rozhodujúceho momentu vychádzať z 19. decembra 2005, teda dátumu listu, ktorý sa považuje za list s udelením súhlasu mesta Frankfurt so zmenou subdodávateľa požadovanou podnikom FES.

O tretej otázke

30 Svojou treťou otázkou, ktorou sa treba zaoberať v prvom rade, sa vnútroštátny súd v podstate pýta, či zásady rovnosti zaobchádzania a zákazu diskriminácie na základe štátnej príslušnosti zakotvené v článkoch 12 ES, 43 ES a 49 ES, ako aj z nich vyplývajúca povinnosť transparentnosti vyžadujú, aby sa v prípade uvažovanej zmeny koncesnej zmluvy na služby – vrátane prípadu, ak je cieľom tejto zmeny nahradiť konkrétneho subdodávateľa, na ktorého sa pri súťaži kládol dôraz – znovu začala súťaž rokovaní so zabezpečením adekvátneho stupňa zverejnenia, prípadne na základe akých kritérií sa má takéto začatie súťaže uskutočniť.

31 Predmetom tejto otázky je uplatnenie pravidiel a zásad uvedených v predchádzajúcom bode na situáciu, v ktorej sa v rámci plnenia koncesnej zmluvy na služby uvažuje o nahradení jedného zo subdodávateľov koncesionára.

32 So zreteľom na to, že články 43 ES a 49 ES predstavujú osobitné uplatnenie všeobecnej zásady zákazu diskriminácie na základe štátnej príslušnosti zakotvenej v článku 12 ES, nie je potrebné na účely odpovede na uvedenú otázku odkazovať na tento článok (pozri v tomto zmysle rozsudok z 8. marca 2001, Metallgesellschaft a i., C-397/98 a C-410/98, Zb. s. I-1727, body 38 a 39, ako aj zo 17. januára 2008, Lammers & Van Cleeff, C-105/07, Zb. s. I-173, bod 14).

33 Za súčasného stavu práva Únie nie sú koncesné zmluvy na služby upravené nijakou zo smerníc, ktorými zákonodarca Únie upravil oblasť verejného obstarávania (pozri rozsudky Coname, už citovaný, bod 16, a zo 17. júla 2008, ASM Brescia, C-347/06, Zb. s. I-5641, bod 57). Orgány verejnej moci, ktoré uzatvárajú tieto zmluvy, sú povinné dodržiavať základné pravidlá Zmluvy ES, články 43 ES a 49 ES, ako aj povinnosť transparentnosti, ktorá z nich vyplýva (pozri v tomto zmysle rozsudky Telaustria a Telefonadress, už citovaný, body 60 až 62; Coname, už citovaný, body 16 až 19, a Parking Brixen, už citovaný, body 46 až 49).

34 Táto povinnosť transparentnosti sa vzťahuje na prípad, v ktorom koncesia na služby môže vzbudiť záujem podniku nachádzajúceho sa v inom členskom štáte, ako v ktorom je táto koncesia zadávaná (pozri v tomto zmysle rozsudok Coname, už citovaný, bod 17, ako aj analogicky rozsudky z 13. novembra 2007, Komisia/Írsko, C-507/03, Zb. s. I-9777, bod 29, a z 21. februára 2008, Komisia/Taliansko, C-412/04, Zb. s. I-619, bod 66).

35 Skutočnosť, že vo veci samej o koncesiu na služby môžu mať záujem podniky nachádzajúce sa v inom členskom štáte, ako je Spolková republika Nemecko, vyplýva z návrhu na začatie prejudiciálneho konania, keď vnútroštátny súd konštatuje, že výzva na podávanie žiadostí o účasť bola oznámená v úradnom vestníku mesta Frankfurt „na úrovni Európskej únie“, a keď sa domnieva, že porušenie povinnosti transparentnosti by mohlo predstavovať prinajmenšom prípadnú diskrimináciu podnikov z iných členských štátov.

36 Povinnosť transparentnosti prislúchajúca orgánom verejnej moci, ktoré uzatvárajú koncesnú zmluvu na služby, znamená, že má byť pre každého potenciálneho uchádzača zabezpečený adekvátny stupeň zverejnenia umožňujúci sprístupnenie koncesie na služby konkurencii, ako aj kontrolu nestrannosti postupov zadávania (pozri rozsudky Telaustria a Telefonadress, už citovaný, body 60 až 62; Parking Brixen, už citovaný, body 46 až 49, a ANAV, už citovaný, bod 21).

37 Na účely zabezpečenia transparentnosti postupov a rovnosti zaobchádzania s uchádzačmi môžu podstatné zmeny zásadných ustanovení koncesnej zmluvy na služby v určitých prípadoch vyžadovať udelenie novej koncesnej zmluvy, ak majú podstatne odlišné znaky, ako sú znaky pôvodnej koncesnej zmluvy, a teda preukazujú vôľu strán nanovo sa dohodnúť na podstatných náležitostiach tejto zmluvy (pozri o verejnom obstarávaní analogicky rozsudky z 5. októbra 2000, Komisia/Francúzsko, C-337/98, Zb. s. I-8377, body 44 a 46, a z 19. júna 2008, pressetext Nachrichtenagentur, C-454/06, Zb. s. I-4401, bod 34).

38 Zmenu koncesnej zmluvy na služby počas doby jej platnosti možno považovať za podstatnú, ak zavádza podmienky, ktoré ak by figurovali v pôvodnom postupe zadávania, by umožnili pripustiť iných uchádzačov, než ktorí boli pôvodne pripustení, alebo vybrať inú ponuku než tú, ktorá bola pôvodne vybratá (pozri analogicky rozsudok pressetext Nachrichtenagentur, už citovaný, bod 35).

39 Zmena subdodávateľa, aj keď je taká možnosť upravená v zmluve, môže vo výnimočných prípadoch predstavovať takú zmenu jedného z podstatných prvkov koncesnej zmluvy, keď uprednostnenie určitého subdodávateľa pred iným subdodávateľom, vzhľadom na osobitné vlastnosti predmetného plnenia, bolo rozhodujúcim prvkom na uzatvorenie zmluvy, čo však v každom prípade musí overiť vnútroštátny súd.

40 Vnútroštátny súd poukazuje na skutočnosť, že v projekte priloženom k ponuke predloženej mestu Frankfurt podnikom FES tento podnik uviedol, že použije „City-WC“ od spoločnosti Wall. Podľa vnútroštátneho súdu je pravdepodobné, že v takom prípade bola koncesia udelená podniku FES z dôvodu konkrétneho subdodávateľa, ktorého uviedol.

41 Vnútroštátnemu súdu prislúcha zistiť, či sú skutočnosti opísané v bodoch 37 až 39 tohto rozsudku preukázané.

42 Pokiaľ by v rámci tohto posúdenia vnútroštátny súd dospel k záveru, že ide o zmenu jedného z podstatných prvkov koncesnej zmluvy, bolo by potrebné v súlade s vnútroštátnym poriadkom dotknutého členského štátu prijať všetky potrebné opatrenia na obnovenie transparentnosti konania vrátane nového postupu zadávania. Prípadný nový postup zadávania by sa mal uskutočniť spôsobom prispôsobeným osobitostiam predmetnej koncesie na služby a mal by podniku nachádzajúcemu sa na území iného členského štátu umožňovať prístup k adekvátnym informáciám týkajúcim sa uvedenej koncesie pred jej udelením.

43 Na tretiu otázku je preto potrebné odpovedať tak, že pokiaľ zmeny ustanovení koncesnej zmluvy na služby majú podstatne odlišné znaky, ako sú znaky odôvodňujúce zadanie pôvodnej koncesnej zmluvy, a teda preukazujú vôľu strán nanovo sa dohodnúť na podstatných náležitostiach tejto zmluvy, treba v súlade s vnútroštátnym poriadkom dotknutého členského štátu prijať všetky potrebné opatrenia na obnovenie transparentnosti konania vrátane nového postupu zadávania. Prípadný nový postup zadávania by sa mal uskutočniť spôsobom prispôsobeným osobitostiam predmetnej koncesie na služby a mal by podniku nachádzajúcemu sa na území iného členského štátu umožňovať prístup k adekvátnym informáciám týkajúcim sa uvedenej koncesie pred jej udelením.

O piatej otázke

44 Svojou piatou otázkou, ktorou sa treba zaoberať v druhom rade, sa vnútroštátny súd v podstate pýta, či so zreteľom na článok 86 ods. 1 ES, prípadne v spojení s článkom 2 ods. 1 písm. b), článkom 2 ods. 2 smernice 80/723 a článkom 1 ods. 9 smernice 2004/18, koncesionársky podnik s charakteristickými znakmi, ako sú znaky podniku FES, je viazaný povinnosťou transparentnosti vyplývajúcou z článkov 43 ES a 49 ES, ako aj zásadami rovnosti zaobchádzania a zákazom diskriminácie na základe štátnej príslušnosti, keď uzatvára zmluvu týkajúcu sa služieb patriacich do rámca koncesie, ktorou bol poverený orgánom verejnej moci.

45 Presnejšie vnútroštátny súd chce vedieť, či je článok 86 ods. 1 ES relevantný na určenie rozsahu pôsobnosti uvedenej povinnosti transparentnosti.

46 Pokiaľ ide o článok 86 ods. 1 ES, stačí pripomenúť, že toto ustanovenie je adresované členským štátom, a nie priamo podnikom.

47 Na účely zistenia, či subjekt vykazujúci také charakteristické znaky, ako sú znaky podniku FES, je možné prirovnať k orgánu verejnej moci, ktorý je viazaný povinnosťou transparentnosti, je potrebné sa inšpirovať určitými aspektmi definície pojmu obstarávateľ uvedeným v článku 1 písm. b) smernice 92/50 týkajúcej sa postupov verejného obstarávania v rozsahu, v akom tieto aspekty zodpovedajú požiadavkám uplatňovania povinnosti transparentnosti, ktorá vyplýva z článkov 43 ES a 49 ES na koncesie na služby.

48 Tieto posledné uvedené články a zásady rovnosti zaobchádzania a zákazu diskriminácie na základe štátnej príslušnosti, ako aj povinnosť transparentnosti, ktorá z nich vyplýva, totiž sledujú tie isté ciele, ako sú ciele stanovené uvedenou smernicou, najmä upravujú voľný pohyb služieb a nastolenie nenarušenej hospodárskej súťaže v členských štátoch.

49 So zreteľom na uvedené treba overiť, či sú splnené dve podmienky, a to po prvé, či dotknutý podnik skutočne spadá pod kontrolu štátu alebo iného orgánu štátnej moci, a po druhé, či nie je na trhu činný v podmienkach hospodárskej súťaže.

50 Pokiaľ ide o prvú z týchto podmienok, z návrhu na začatie prejudiciálneho konania vyplýva, že aj keď mesto Frankfurt vlastní podiel vo výške 51 % kapitálu podniku FES,

tento podiel mu neumožňuje skutočne kontrolovať riadenie tohto podniku. Na prijatie rozhodnutia valného zhromaždenia sa totiž vyžaduje trojštvrtinová väčšina.

51 Okrem toho zostávajúcich 49 % kapitálu podniku FES nevlastní jeden alebo niekoľko orgánov štátnej moci, ale jeden súkromný podnik, ktorý sa riadi vlastnými úvahami v súkromnom záujme a sleduje iné ciele, ako je verejný záujem (pozri v tomto zmysle rozsudok z 11. januára 2005, Stadt Halle a RPL Lochau, C-26/03, Zb. s. I-1, bod 50).

52 V dozornej rade podniku FES má navyše mesto Frankfurt len štvrtinu hlasov. Skutočnosť, že má právo navrhovať kandidáta na predsedu dozornej rady tohto podniku, ktorého hlas je rozhodujúci v prípade rovnosti hlasov, nie je dostatočná na to, aby mohlo uplatňovať rozhodujúci vplyv na podnik FES.

53 Za týchto okolností nie je splnená podmienka týkajúca sa skutočnej kontroly vykonávanej štátom alebo iným orgánom štátnej moci.

54 Pokiaľ ide o druhú podmienku uvedenú v bode 49 tohto rozsudku, vnútroštátny súd poukázal na to, že viac ako polovica obratu FES sa dosahuje zo synalagmatických zmlúv týkajúcich sa likvidácie odpadu a čistenia mestských komunikácií na území mesta Frankfurt.

55 Taký pomer je možné prirovnať pomeru existujúcemu v obvyklých obchodných vzťahoch, ktoré vznikajú v rámci zmlúv so synalagmatickým charakterom, ktoré zmluvné strany voľne dohodli (pozri v tomto zmysle rozsudok z 3. októbra 2000, University of Cambridge, C-380/98, Zb. s. I-8035, bod 25).

56 Ďalej je možné z rozhodnutia vnútroštátneho súdu vyvodiť, že podnik FES vykonáva svoje činnosti na trhu v podmienkach hospodárskej súťaže, ako to vyplýva jednak zo skutočnosti, že podstatné časti svojich príjmov dosahuje z činností s orgánmi verejnej moci inými, ako je mesto Frankfurt, a so súkromnými podnikmi činnými na trhu a jednak z okolnosti, že súťažil s inými podnikmi o získanie koncesie dotknutej vo veci samej.

57 Za týchto okolností ani druhá podmienka potrebná na prirovnanie podniku k orgánu verejnej moci nie je splnená.

58 Vnútroštátny súd sa tiež pýta Súdneho dvora na prípadnú uplatniteľnosť smernice 80/723.

59 So zreteľom na to, že táto smernica stanovuje transparentnosť finančných vzťahov medzi členskými štátmi a verejnými podnikmi, nie je uplatniteľná, pokiaľ ide o oblasť, ktorej sa týka piata otázka.

60 Na piatu otázku teda treba odpovedať tak, že pokiaľ koncesionársky podnik uzatvára zmluvu týkajúcu sa služieb spadajúcich do rámca koncesie, ktorú mu udelil územný celok, ani povinnosť transparentnosti vyplývajúca z článkov 43 ES a 49 ES, ani zásady rovnosti zaobchádzania a zákazu diskriminácie na základe štátnej príslušnosti sa nevzťahujú na tento podnik, ak:

— bol zriadený týmto územným celkom na účely likvidácie odpadu a čistenia mestských komunikácií, ale je činný aj na voľnom trhu,

— patrí tomuto územnému celku v podiele 51 %, ale na prijatie rozhodnutia o riadení podniku sa vyžaduje trojštvrtinová väčšina hlasov valného zhromaždenia tohto podniku,

— tento územný celok vymenúva len štvrtinu členov dozornej rady tohto podniku vrátane jej predsedu a

— viac ako polovica jeho obratu pochádza zo synalagmatických zmlúv týkajúcich sa likvidácie odpadu a čistenia mestských komunikácií na území tohto územného celku, pričom tento územný celok ich financuje prostredníctvom miestnych daní a poplatkov vyberaných od obyvateľov tohto územného celku.

O prvej, druhej a štvrtej prejudiciálnej otázke

61 Svojou prvou, druhou a štvrtou prejudiciálnou otázkou, ktoré treba preskúmať spoločne, sa vnútroštátny súd v podstate pýta, či zásady rovnosti zaobchádzania a zákazu diskriminácie na základe štátnej príslušnosti zakotvené v článkoch 43 ES a 49 ES, ako aj z nich vyplývajúca povinnosť transparentnosti vyžadujú, aby vnútroštátne orgány boli povinné vypovedať zmluvu, pri uzatvorení ktorej bola porušená uvedená povinnosť transparentnosti, a aby vnútroštátne súdne orgány vyhoveli návrhu neúspešného uchádzača na uloženie povinnosti zdržať sa konania s cieľom zabrániť hroziacemu porušeniu týchto povinností alebo zabrániť pokračovaniu takéhoto porušenia. Vnútroštátny súd sa tiež pýta, či sa táto povinnosť môže považovať za povinnosť patriacu do obyčajového práva Európskej únie.

62 Ako bolo zdôraznené v bode 33 tohto rozsudku, koncesné zmluvy na služby za súčasného stavu práva Únie nie sú upravené nijakou smernicou upravujúcou oblasť verejného obstarávania.

63 Podľa judikatúry Súdneho dvora je v prípade nedostatku právnej úpravy Únie vecou vnútroštátneho právneho poriadku každého z členských štátov upraviť procesné postupy na zabezpečenie ochrany práv, ktoré dotknutým osobám vyplývajú z práva Únie (pozri v tomto zmysle rozsudok z 13. marca 2007, Unibet, C-432/05, Zb. s. I-2271, bod 39 a citovanú judikatúru).

64 Tieto procesné postupy nesmú byť menej výhodné ako podobné postupy vnútroštátnej povahy (zásada ekvivalencie) a nesmú spôsobovať, aby bol výkon práv vyplývajúcich z právneho poriadku Únie prakticky nemožný alebo príliš ťažký (zásada efektivity) (pozri v tomto zmysle rozsudok Unibet, už citovaný, bod 43 a citovanú judikatúru).

65 Z uvedeného vyplýva, že zásady rovnosti zaobchádzania a zákazu diskriminácie na základe štátnej príslušnosti zakotvené v článkoch 43 ES a 49 ES, ako aj z nich vyplývajúca povinnosť transparentnosti neukladá vnútroštátnym orgánom povinnosť vypovedať zmluvu ani vnútroštátnym súdnym orgánom vyhovieť návrhu na uloženie povinnosti zdržať sa konania v prípade, v ktorom údajne došlo k porušeniu tejto povinnosti v priebehu zadávania koncesie na služby. Je vecou vnútroštátneho právneho poriadku upraviť procesné postupy na zabezpečenie ochrany práv, ktoré dotknutým osobám vyplývajú z tejto povinnosti tak, aby tieto postupy neboli menej výhodné ako podobné postupy vnútroštátnej povahy a aby prakticky neznemožnili alebo príliš nesťažili výkon týchto práv.

66 Vnútroštátny súd kladie napokon inú otázku. Podľa tohto súdu vyvíjajúce sa sudcovské právo nemôže vytvoriť ochrannú právnu normu, ktorá by zakladala zodpovednosť podľa nemeckého občianskeho zákonníka (Bürgerliches Gesetzbuch). Iba obyčajové právo má charakter právnej normy v zmysle tohto zákonníka. Odvolávajúc sa na judikatúru ústavného súdu (Bundesverfassungsgericht), tento súd tvrdí, že uznanie obyčajového práva predpokladá dlhšie uplatňovanie, ktoré je trvalé a stále, rovnaké a všeobecné a je dotknutými právnymi subjektmi uznané za záväzné pravidlo.

67 Podľa vnútroštátneho súdu je však povinnosť transparentnosti formulovaná v rozsudkoch Súdneho dvora tak nová, že ju nemožno považovať za obyčajové právo, ako je definované v predchádzajúcom bode.

68 V tejto súvislosti treba pripomenúť, že povinnosť transparentnosti vyplýva z práva Únie a najmä z článkov 43 ES a 49 ES (pozri v tomto zmysle rozsudok Coname, už citovaný, body 17 až 19). Tieto ustanovenia, ktorých dodržiavanie zabezpečuje Súdny dvor, majú priamy účinok vo vnútroštátnom právnom poriadku členských štátov a majú prednosť pred každým ustanovením vnútroštátneho práva, ktoré je s nimi v rozpore.

69 Na základe najmä článku 4 ods. 3 ZEÚ je povinnosťou všetkých orgánov členských štátov, aby v rámci výkonu svojich právomocí zabezpečili dodržiavanie pravidiel práva Únie (pozri v tomto zmysle rozsudok z 12. februára 2008, Kempter, C-2/06, Zb. s. I-411, bod 34 a citovanú judikatúru).

70 Vnútroštátnemu súdu prislúcha, aby podal výklad vnútroštátneho zákona, ktorý má uplatniť, tak, aby bol čo najviac v súlade s požiadavkami práva Únie a umožnil predovšetkým zabezpečiť dodržanie povinnosti transparentnosti (pozri v tomto zmysle rozsudok z 27. februára 2003, Santex, C-327/00, Zb. s. I-1877, bod 63 a citovanú judikatúru).

71 So zreteľom na uvedené treba na prvú, druhú a štvrtú prejudiciálnu otázku odpovedať tak, že zásady rovnosti zaobchádzania a zákazu diskriminácie na základe štátnej príslušnosti zakotvené v článkoch 43 ES a 49 ES, ako aj z nich vyplývajúca povinnosť transparentnosti neukladá vnútroštátnym orgánom povinnosť vypovedať zmluvu ani vnútroštátnym súdnym orgánom vyhovieť návrhu na uloženie povinnosti zdržať sa konania v prípade, v ktorom údajne došlo k porušeniu tejto povinnosti v priebehu zadávania koncesie na služby. Je vecou vnútroštátneho právneho poriadku upraviť procesné postupy na zabezpečenie ochrany práv, ktoré dotknutým osobám vyplývajú z tejto povinnosti, tak, aby tieto postupy neboli menej výhodné ako podobné postupy vnútroštátnej povahy a aby prakticky neznemožnili alebo príliš nesťažili výkon týchto práv. Povinnosť transparentnosti vyplýva priamo z článkov 43 ES a 49 ES, ktoré majú

priamy účinok vo vnútroštátnom právnom poriadku členských štátov a majú prednosť pred každým ustanovením vnútroštátneho práva, ktoré je s nimi v rozpore.

O trovách

72 Vzhľadom na to, že konanie pred Súdnym dvorom má vo vzťahu k účastníkom konania vo veci samej incidenčný charakter a bolo začaté v súvislosti s prekážkou postupu v konaní pred vnútroštátnym súdom, o trovách konania rozhodne tento vnútroštátny súd. Iné trovy konania, ktoré vznikli v súvislosti s predložením pripomienok Súdnemu dvoru a nie sú trovami uvedených účastníkov konania, nemôžu byť nahradené.

Z týchto dôvodov Súdny dvor (veľká komora) rozhodol takto:

1. **Pokiaľ zmeny ustanovení koncesnej zmluvy na služby majú podstatne odlišné znaky, ako sú znaky odôvodňujúce zadanie pôvodnej koncesnej zmluvy, a teda preukazujú vôľu strán nanovo sa dohodnúť na podstatných náležitostiach tejto zmluvy, treba v súlade s vnútroštátnym poriadkom dotknutého členského štátu prijať všetky potrebné opatrenia na obnovenie transparentnosti konania vrátane nového postupu zadávania. Prípadný nový postup zadávania by sa mal uskutočniť spôsobom prispôsobeným osobitostiam predmetnej koncesie na služby a mal by podniku nachádzajúcemu sa na území iného členského štátu umožniť prístup k adekvátnym informáciám týkajúcim sa uvedenej koncesie pred jej udelením.**

2. **Pokiaľ koncesionársky podnik uzatvára zmluvu týkajúcu sa služieb spadajúcich do rámca koncesie, ktorú mu udelil územný celok, ani povinnosť transparentnosti vyplývajúca z článkov 43 ES a 49 ES, ani zásady rovnosti**

zaobchádzania a zákazu diskriminácie na základe štátnej príslušnosti sa nevzťahujú na tento podnik, ak:

— **bol zriadený týmto územným celkom na účely likvidácie odpadu a čistenia mestských komunikácií, ale je činný aj na voľnom trhu,**

— **patrí tomuto územnému celku v podiele 51 %, ale na prijatie rozhodnutia o riadení podniku sa vyžaduje trojštvrtinová väčšina hlasov valného zhromaždenia tohto podniku,**

— **tento územný celok vymenúva len štvrtinu členov dozornej rady tohto podniku vrátane jej predsedu a**

— **viac ako polovica jeho obratu pochádza zo synalagmatických zmlúv týkajúcich sa likvidácie odpadu a čistenia mestských komunikácií na území tohto územného celku, pričom tento územný celok ich financuje prostredníctvom miestnych daní a poplatkov vyberaných od obyvateľov tohto územného celku.**

3. **Zásady rovnosti zaobchádzania a zákazu diskriminácie na základe štátnej príslušnosti zakotvené v článkoch 43 ES a 49 ES, ako aj z nich vyplývajúca povinnosť transparentnosti neukladá vnútroštátnym orgánom povinnosť vypovedať zmluvu ani vnútroštátnym súdnym orgánom vyhovieť návrhu na uloženie povinnosti zdržať sa konania v prípade, v ktorom údajne došlo k porušeniu tejto povinnosti v priebehu zadávania koncesie na služby. Je vecou vnútroštátneho právneho poriadku upraviť procesné postupy na zabezpečenie ochrany práv, ktoré dotknutým osobám vyplývajú z tejto povinnosti tak, aby tieto postupy neboli menej výhodné ako podobné postupy vnútroštátnej povahy a aby prakticky neznemožnili alebo príliš nesťažili**

výkon týchto práv. Povinnosť transparentnosti vyplýva priamo z článkov 43 ES a 49 ES, ktoré majú priamy účinok vo vnútroštátnom právnom poriadku členských štátov a majú prednosť pred každým ustanovením vnútroštátneho práva, ktoré je s nimi v rozpore.

Podpisy