STANOVISKO GENERÁLNÍHO ADVOKÁTA
YVESE BOTA
přednesené dne 27. října 2009[1]

1. Podstatou této předběžné otázky Landgericht Frankfurt am Main (Německo) je rozsah povinnosti transparentnosti a důsledky, jež je třeba v rámci řízení o udělení koncese na služby vyvodit z jejího porušení.

2. Tato žádost byla předložena v rámci sporu mezi podnikem Wall AG[2] na jedné straně a Stadt Frankfurt am Main (město Frankfurt nad Mohanem) a podnikem Frankfurter Entsorgungs- und Service GmbH[3] na straně druhé ve věci výkonu koncese na provoz a údržbu veřejných toalet na území tohoto města.

3. Tato věc Soudnímu dvoru umožní upřesnit podmínky, za kterých může zadavatel souhlasit se změnou koncesní smlouvy v průběhu jejího plnění, aniž by byla porušena povinnost transparentnosti.

4. Soudnímu dvoru je rovněž poskytnuta příležitost stanovit podmínky, za nichž se dodržování této povinnosti vztahuje na subjekt se smíšenou veřejnou a soukromou kapitálovou účastí založený v rámci partnerství veřejného a soukromého sektoru.

5. Konečně otázky položené Landgericht Frankfurt am Main umožní Soudnímu dvoru upřesnit podmínky soudního přezkumu rozhodnutí přijatých v rámci koncesí na služby. Zejména je třeba, aby Soudní dvůr přezkoumal, zda v případě, kdy příslušný vnitrostátní soud rozhodne, že byla v rámci řízení o zadávání koncese na služby porušena povinnost transparentnosti, právo Společenství od členských států vyžaduje, aby přiznaly svým vnitrostátním soudům pravomoc vydávat soudní příkazy smluvním stranám.

1 — Původní jazyk: francouzština.
2 — Dále jen „žalobkyně“.
3 — Dále jen „FES“.

I – Právní rámec Společenství

A – *Primární právo*

6. Smlouva ES neomezuje svobodu členských států uzavírat koncesní smlouvy na služby, jsou-li postupy udělování koncesí v souladu s ustanoveními, která zavádí a zaručují řádné fungování jednotného trhu.

7. Jako každý akt státu, kterým se stanovují podmínky, jimž podléhá provádění hospodářské činnosti, tak musí udělení koncese respektovat zásady zakotvené Smlouvou v oblasti práva usazování (článek 43 ES) a volného pohybu služeb (článek 49 ES) a musí podléhat pravidlům zakazujícím jakoukoli diskriminaci na základě státní příslušnosti (čl. 12 první pododstavec ES).

8. Při udělování koncese musí mimoto být dodrženy zásady, které byly na základě těchto ustanovení formulovány Soudním dvorem, zvláště pak zásady rovného zacházení a transparentnosti, jejichž význam bude objasněn níže. Ačkoliv se tato judikatura týká zejména sporů v oblasti veřejných zakázek, neznamená to, že působnost zásad, které jsou v této judikatuře formulovány, nepřesahuje rámec uvedených zakázek. Vycházím z předpokladu, že tyto zásady jsou rovněž použitelné na jiné situace, a zejména na koncese.

B – *Sekundární právo*

9. Za současného stavu práva Společenství nejsou smlouvy o koncesi na služby předmětem žádné úpravy v rámci sekundárního práva[4]. Ustanovení přijatá v rámci směrnic v oblasti zadávání veřejných zakázek nicméně umožňují posoudit určité podmínky zadávání tohoto typu smluv.

1. Právní úprava týkající se koordinace postupů při zadávání veřejných zakázek na služby

10. Pojem „zadavatelé“ byl nejprve vymezen v čl. 1 písm. b) směrnice 92/50/EHS[5]. Podle

4 — Sekundární právo Společenství v současné době obsahuje pouze pravidla použitelná na koncese na práce zadané v klasických odvětvích.

5 — Směrnice Rady 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“).

osmého bodu jejího odůvodnění se tato směrnice použije na „veřejné zakázky na služby“[6], a vylučuje tak z rozsahu své působnosti koncese na služby. Cílem směrnice 92/50 je odstranění překážek volnému pohybu služeb a zboží a ochrana zájmů hospodářských subjektů, které chtějí nabízet zboží nebo služby zadavatelům usazeným v jiném členském státě[7].

‚Veřejnoprávním subjektem‘ se rozumí jakýkoliv subjekt:

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

a

11. Článek 1 písm. b) této směrnice vymezuje pojem „zadavatelé“ následovně:

– který má právní subjektivitu

a

„‚Zadavateli‘ jsou stát, regionální nebo místní orgány [územně správní celky], veřejnoprávní subjekty, sdružení tvořená jedním nebo více takovými orgány [takovými správními celky] či veřejnoprávními subjekty.

– 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.

6 — Podle čl. 1 písm. a) této směrnice se jedná o „zakázky sjednané písemně úplatnou smlouvou mezi poskytovatelem služeb a zadavatelem“. Ve smyslu této směrnice zahrnuje veřejná zakázka na služby protiplnění, které je placeno zadavatelem přímo poskytovateli služeb.

7 — Rozsudek ze dne 1. února 2001, Komise v. Francie (C-237/99, Recueil, s. I-939, body 41 a 42, jakož i citovaná judikatura).

[…]“

12. Pojem „koncese na služby“ byl poté vymezen v čl. 1 odst. 4 směrnice 2004/18/ES[8], jíž byla přepracována veškerá ustanovení týkající se zadávání veřejných zakázek na služby, dodávky a stavební práce[9].

13. Podle tohoto ustanovení je koncesí na služby „smlouva stejného druhu jako veřejná zakázka na služby s tou výjimkou, že protiplnění za poskytnutí služeb spočívá buď výhradně v právu využívat služby [v právu tyto služby provozovat], nebo v tomto právu společně s platbou“.

14. Mimoto tato směrnice přejímá ve svém čl. 1 odst. 9 znění definice pojmu „veřejnoprávní subjekt“ obsažené v čl. 1 písm. b) druhém pododstavci směrnice 92/50.

2. Směrnice 89/665/EHS

15. Směrnice 89/665/EHS[10] umožňuje podstatné navýšení záruk transparentnosti a zákazu diskriminace v rámci otevření veřejných zakázek hospodářské soutěži tím, že ukládá členským státům povinnost zavést účinné a rychlé postupy přezkumného řízení v případě porušení ustanovení „směrnic o veřejných zakázkách“[11]. Podle článku 1 této směrnice musí být tyto postupy podle pravidel, která mohou stanovit členské státy, dostupné každé osobě, která má nebo měla zájem na získání určité veřejné zakázky, a které v důsledku domnělého protiprávního jednání vznikla nebo hrozí škoda.

8 — Směrnice Evropského parlamentu a Rady 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).

9 — Pokud jde o veřejné zakázky na služby, směrnice 92/50; pokud jde o veřejné zakázky na dodávky, směrnice Rady 77/62/EHS ze dne 21. prosince 1976 (Úř. věst. 1977 L 13, s. 1), a pokud jde o veřejné zakázky na stavební práce, směrnice Rady 71/305/EHS ze dne 26. července 1971 (Úř. věst. L 185, s. 5), společně dále jen „směrnice o ‚veřejných zakázkách‘“ .

10 — Směrnice Rady ze dne 21. prosince 1989 o koordinaci právních a správních předpisů týkajících se přezkumného řízení při zadávání veřejných zakázek na dodávky a stavební práce (Úř. věst. L 395, s. 33; Zvl. vyd. 06/01, s. 246), ve znění směrnice 92/50 (dále jen „směrnice 89/665“). Tato směrnice byla naposledy pozměněna směrnicí Evropského parlamentu a Rady 2007/66/ES ze dne 11. prosince (Úř. věst. L 335, s. 31).

11 — Zatímco článek 1 směrnice 89/665 se vztahoval výhradně na zadávací řízení týkající se veřejných zakázek na práce a dodávky, směrnice 2007/66 rozšířila rozsah jeho působnosti na veřejné zakázky na služby.

16. Vzhledem k tomu, že postup při zadávání veřejných zakázek je krátký, musí toto řízení v souladu s článkem 2 směrnice 89/665 umožňovat nejen okamžité řešení domnělých protiprávních jednání a přijetí předběžných opatření, ale rovněž zrušení protiprávních rozhodnutí a odškodnění poškozených osob. Toto ustanovení zní následovně:

„1. Členské státy zajistí, aby opatření přijímaná v souvislosti s přezkumným řízením uvedeným v článku 1 zahrnovala následující ustanovení týkající se pravomoci:

a) přijímat co nejrychleji prostřednictvím předběžných postupů předběžná opatření s cílem napravit domnělé protiprávní jednání nebo zabránit dalšímu poškozování příslušných zájmů, včetně opatření vedoucích k pozastavení nebo zajištění pozastavení postupů vedoucích k zadání dané veřejné zakázky nebo výkonu rozhodnutí učiněného zadavatelem;

b) zrušit protiprávní rozhodnutí nebo zajistit jeho zrušení […]

c) přiznat náhradu škody osobám poškozeným protiprávním jednáním.

[…]

6. Účinky výkonu pravomocí uvedených v odstavci 1 na uzavření smlouvy po udělení zakázky se řídí vnitrostátními právními předpisy.

[…]“

17. Jak jsem uvedl, směrnice 89/665 byla novelizována směrnicí 2007/66. Cílem této směrnice je posílit účinnost postupů vnitrostátního přezkumu a stanovit případy, v nichž musí být účinky smlouvy uzavřené za porušení pravidel pro řízení o zadávání veřejných zakázek vyloučeny.

3. Směrnice 80/723/EHS

18. Znění článku 2 směrnice 80/723/EHS[12] je následující:

„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];

[…]

12 — Směrnice Komise ze dne 25. června 1980 o zprůhlednění finančních vztahů mezi členskými státy a veřejnými podniky a o finanční průhlednosti uvnitř jednotlivých podniků (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. 08/20, s. 11, dále jen „směrnice 80/723").

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 nebo

b) kontroluje většinu hlasů připadajících na společenské podíly vydané takovým podnikem nebo

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

II – Skutkový stav a původní řízení

19. Okolnosti, které považuji za relevantní pro své úvahy, bych shrnul do následujícího.

20. Předmětnou smlouvou je v této věci smlouva o koncesi na služby ve smyslu čl. 1 odst. 4 směrnice 2004/18. Tato smlouva byla uzavřena mezi Stadt Frankfurt am Main (město Frankfurt nad Mohanem), které je jako územně správní celek považováno za „zadavatele" ve smyslu čl. 1 písm. b) směrnice 92/50, a podnikem FES. Předmětem uvedené smlouvy je provozování a údržba jedenácti veřejných toalet nacházejících se na území města Frankfurtu nad Mohanem a zahrnuje rekonstrukci dvou veřejných toalet na nádraží Rödelheim a Galluswarte, což spadá pod služby ve smyslu článku 8 a přílohy I A této směrnice.

21. Dotčená smlouva byla uzavřena na období šestnácti let. Podnik FES, který je hlavním provozovatelem, nedostává od města Frankfurtu nad Mohanem žádnou odměnu, ale vybírá poplatky od uživatelů a disponuje výhradním právem využívat prostory toalet k reklamním účelům. Z tohoto způsobu odměny vyplývá, že podnik FES přejímá riziko spojené s provozováním dotčených služeb.

22. Tato koncese byla udělena podniku FES na základě hospodářsky nejvýhodnější nabídky. Předložené nabídky, mezi nimiž byly nabídky podniku FES a žalobkyně, byly posuzovány z hlediska několika kritérií pro udělení koncese, jež byla uvedena ve výzvě k předložení nabídek. Jak vyplývá z předkládacího rozhodnutí, každému z těchto kritérií byla ze strany města Frankfurtu nad Mohanem přidělena váha a kritéria byla uvedena v sestupném pořadí podle důležitosti[13].

23. Podnik FES v rámci své nabídky označil žalobkyni jako svého subdodavatele reklamních služeb a nezbytného vybavení toalet k provozování služeb, jichž se koncese týká. Poukazoval zejména na světovou proslulost a technickou zdatnost žalobkyně v těchto odvětvích. Město Frankfurt nad Mohanem vybralo nabídku podniku FES.

24. V návaznosti na uzavření smlouvy o koncesi ve dnech 20. a 22. července 2004 vyzval podnik FES žalobkyni, jakož i vedlejší účastnici řízení, společnost Deutsche Städte Medien GmbH[14], k předložení jejich nabídek do 5. ledna 2005, pokud jde o poskytování reklamních služeb, a do 28. července 2005,

13 — V pořadí: omezené nároky v oblasti reklamy (30 %), vhodnost projektu provozování (veřejné toalety) (15 %), hodnověrnost reklamního projektu (10 %), relevance návrhu po bezpečnostní stránce (10 %), komfort používání veřejných toalet (10 %), užitečnost veřejných toalet (10 %), začlenění veřejných toalet do prostředí města (5 %), estetické aspekty veřejných toalet (5 %) a dopad veřejných toalet na životní prostředí (5 %).

14 — Tento podnik není nikdo jiný než Ströer City-Marketing GmbH, její hlavní konkurent ve snaze o získání koncese (dále jen „DSM").

pokud jde o dodání vybavení pro toalety. Nabídky žalobkyně byly odmítnuty.

25. Na základě čl. 30 odst. IV smlouvy o koncesi požádala FES město Frankfurt nad Mohanem o schválení změny subdodavatele. Město nevzneslo žádné námitky a dále uvedlo, že přes tuto změnu musí být dodrženy standardy uvedené ve specifikaci.

26. Žalobkyně se před vnitrostátním soudem dovolává toho, že město Frankfurt nad Mohanem schválením uvedené změny porušilo povinnost transparentnosti, čímž podstatně změnilo smlouvu o koncesi uzavřenou s podnikem FES.

III – Žádost o rozhodnutí o předběžné otázce

27. Landgericht Frankfurt am Main rozhodl přerušit řízení a položit Soudnímu dvoru následující předběžné otázky:

„1) Je třeba vykládat zásadu rovného zacházení a zásadu Společenství spočívající v zákazu diskriminace na základě státní příslušnosti, vyjádřené v článcích 12 [ES], 43 [ES] a 49 [ES] 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 hospodářské soutěži s odpovídajícím stupněm zveřejnění a umožnit přezkum nestrannosti zadávacího řízení[15] – 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 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

15 — Předkládající soud odkazuje na rozsudky Soudního dvora ze dne 7. prosince 2000, Telaustria a Telefonadress (C-324/98, Recueil, s. I-10745, body 60 až 62); ze dne 21. července 2005, Coname (C-231/03, Sb. rozh. s. I-7287, body 17 až 22); ze dne 13. října 2005, Parking Brixen (C-458/03, Sb. rozh. s. I-8585, body 46 až 50); ze dne 6. dubna 2006, ANAV (C-410/04, Sb. rozh. s. I-3303, bod 21), a ze dne 13. září 2007, Komise v. Itálie (C-260/04, Sb. rozh. s. I-7083, bod 24).

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 rovněž působí na volném trhu,

– uvedenému správnímu celku patří 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 synalagmatických 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?“

28. Písemná a ústní vyjádření byla poskytnuta účastníky původního řízení, ale rovněž Komisí Evropských společenství, Kontrolním úřadem Evropského sdružení volného obchodu (ESVO), jakož i šesti členskými státy[16].

IV – Předmět předběžných otázek

29. Svůj rozbor této žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce zahájím přezkumem třetí a páté předběžné otázky, které se týkají rozsahu působnosti povinnosti transparentnosti.

30. Podstatou třetí otázky předkládajícího soudu Soudnímu dvoru je, zda taková povinnost ukládá zadavateli zahájit nové řízení se zajištěním soutěže v případě, že hlavní dodavatel, jemuž byla přidělena koncese, chce pro její výkon využít služeb jiného subdodavatele než toho, na něhož se odkazoval při předložení své nabídky. Mimoto se svou pátou otázkou předkládající soud táže, zda hlavní dodavatel, jako je podnik FES, který je založený jako subjekt se smíšenou veřejnou a soukromou kapitálovou účastí, může být rovněž považován za „zadavatele" ve smyslu směrnice 92/50, na kterého se jako na takového vztahuje dodržování povinnosti transparentnosti.

16 — Dánským královstvím, Spolkovou republikou Německo, Nizozemským královstvím, Rakouskou republikou, Finskou republikou a Spojený královstvím Velké Británie a Severního Irska.

31. Po přezkumu těchto prvních dvou předběžných otázek budu ve svém rozboru pokračovat přezkumem první, druhé a čtvrté předběžné otázky, jejichž podstatou je otázka způsobů soudního přezkumu rozhodnutí přijatých v rámci koncesí na služby.

32. Tyto tři poslední otázky jsou relevantní pouze v případě, kdyby měl vnitrostátní soud za to, že město Frankfurt nad Mohanem nebo FES porušily transparentnost řízení tím, že uskutečnily změnu subdodavatele v průběhu plnění dotčené smlouvy o koncesi.

V – Analýza

33. Než zahájím svůj přezkum, považuji za důležité připomenout základní rysy judikatury týkající se povinnosti transparentnosti. Ačkoliv se tato judikatura týká částečně veřejných zakázek, jsou jejím základem zásady

uvedené ve Smlouvě, takže ji považuji za relevantní pro použití práva Společenství na koncese na služby.

A – *Základní rysy judikatury týkající se povinnosti transparentnosti*

34. Z ustálené judikatury vyplývá, že povinnost transparentnosti je konkrétním a zvláštním výrazem zásady rovného zacházení.

35. Soudní dvůr považuje již delší dobu tuto zásadu za jednu ze základních zásad práva Společenství[17], jež jsou členské státy povinny dodržovat vždy, jednají-li v oblasti působnosti práva Společenství. Uvedená zásada vyžaduje, aby se srovnatelnými situacemi nebylo zacházeno odlišně, není-li taková odlišnost objektivně odůvodněna[18]. Tato zásada je součástí základních práv, na jejichž dodržování dbá Soudní dvůr[19].

36. Jakožto obecná zásada práva Společenství zavazuje členské státy k dodržování rovného zacházení tehdy, uplatňují-li právní úpravu Společenství. Členské státy jsou proto povinny v co největším možném rozsahu uplatňovat tuto právní úpravu za podmínek, jež neporušují požadavky vyplývající z ochrany základních práv v právním řádu Společenství[20].

37. Soudní dvůr se zabýval rozsahem působnosti zásady rovného zacházení v rámci veřejných zakázek v rozsudcích Komise v. Dánsko a Komise v. Belgie[21], a tato judikatura byla následně přejata v oblasti koncesí na služby[22].

38. Cílem zásady rovného zacházení s uchazeči je podporovat rozvoj zdravé a účinné hospodářské soutěže mezi podniky, které se o zadání zakázky uchází. Dodržování této

17 — Rozsudek ze dne 19. října 1977, Ruckdeschel a další (117/76 a 16/77, Recueil, s. 1753, bod 7).

18 — Viz zejména rozsudky ze dne 25. listopadu 1986, Klensch a další (201/85 a 202/85, Recueil, s. 3477, bod 9), jakož i ze dne 12. prosince 2002, Rodríguez Caballero (C-442/00, Recueil, s. I-11915, bod 32 a citovaná judikatura).

19 — Výše uvedený rozsudek Rodríguez Caballero (bod 32).

20 — Ibidem (bod 30 a citovaná judikatura).

21 — Viz rozsudky ze dne 22. června 1993, Komise v. Dánsko (C-243/89, Recueil, s. I-3353, body 37 až 39), a ze dne 25. dubna 1996, Komise v. Belgie (C-87/94, Recueil, s. I-2043, zejména body 51 až 56). Viz rovněž rozsudek ze dne 29. dubna 2004, Komise v. CAS Succhi di Frutta (C-496/99 P, Recueil, s. I-3801, bod 108 a citovaná judikatura).

22 — Viz výše uvedený rozsudek Parking Brixen (bod 48).

zásady má umožnit zajištění objektivního porovnání nabídek a vztahuje se na všechny etapy řízení. Všichni uchazeči bez ohledu na jejich státní příslušnost musí mít při vypracovávání svých nabídek stejné šance[23]. Jinak řečeno, pravidla hry musí být známa všem potenciálním uchazečům a musí se uplatňovat na všechny stejným způsobem.

39. Podle soudu Společenství předpokládá dodržování zásady rovného zacházení s uchazeči zákaz diskriminace z důvodu státní příslušnosti a povinnost transparentnosti, která má orgánu veřejné moci, jenž je zadavatelem, umožnit se o dodržování této zásady ujistit[24].

40. Soudní dvůr upřesnil rozsah povinnosti transparentnosti ve výše uvedených rozsudcích Telaustria a Telefonadress, jakož i Parking Brixen. Podle soudu Společenství je cílem této zásady zejména vyloučit riziko upřednostňování a svévole ze strany zadavatele. Uvedená povinnost spočívá v tom, že je ve prospěch každého potenciálního uchazeče zajištěn odpovídající stupeň zveřejnění, který tak umožňuje otevření zadávacího řízení soutěži a přezkum jeho nestrannosti. Předpokládá rovněž, že všechny podmínky a postupy zadávacího řízení jsou jasně, přesně a jednoznačně vyjádřeny ve vyhlášení zakázky nebo ve specifikaci. To má umožnit všem řádně informovaným uchazečům, kteří postupují s běžnou řádnou péčí, pochopit jejich přesný význam a vykládat je stejným způsobem. Rovněž to má umožnit zadavateli ověřit, zda nabídky uchazečů skutečně odpovídají kritériím, kterými se dotčená zakázka řídí[25].

41. Rozbor judikatury Soudního dvora dokazuje úzkou vazbu mezi povinností transparentnosti a zásadou rovného zacházení. První z nich má za cíl zajistit užitečný účinek druhé tím, že zaručuje podmínky zdravé hospodářské soutěže. Jelikož je zásada rovného zacházení sama o sobě obecnou zásadou práva Společenství, musí státy ve stejné míře dodržovat povinnost transparentnosti, která je konkrétním a zvláštním vyjádřením této zásady.

23 — Viz výše uvedený rozsudek Komise v. Belgie (body 54 až 56). Soudní dvůr tak v této věci uznal, že je s touto zásadou v rozporu, pokud zadavatel zohlední změnu původních nabídek pouze u jediného uchazeče, čímž je tento uchazeč oproti svým konkurentům zvýhodněn.

24 — Viz výše uvedené rozsudky Komise v. CAS Succhi di Frutta (bod 109 a citovaná judikatura), jakož i Parking Brixen (bod 49 a citovaná judikatura).

25 — Výše uvedené rozsudky Telaustria a Telefonadress (body 61 a 62), jakož i Parking Brixen (bod 111).

B – *K rozsahu působnosti povinnosti transparentnosti*

1. K rozsahu působnosti povinnosti transparentnosti ratione materiæ

42. Předkládající soud se svou třetí otázkou Soudního dvora táže, zda povinnost transparentnosti ukládá zadavateli povinnost zahájit nové řízení se zajištěním soutěže v případě, že si hlavní podnikatel, jemuž byla koncese udělena, přeje nevyužívat již při jejím provozování služeb subdodavatele, kterého uváděl při předložení nabídky.

43. K zodpovězení této otázky považuji za důležité zabývat se způsobem, jímž se musí povinnost transparentnosti uplatnit s ohledem na charakteristiky, které jsou vlastní koncesi na služby. Koncese na služby se totiž vyznačuje oproti veřejným zakázkám na služby podstatnými rozdíly ve svém účelu a způsobu výkonu.

44. Bez ohledu na stupeň její komplexnosti a důmyslnosti je na veřejnou zakázku na služby zpravidla nahlíženo jako na nákup služby osobou veřejného práva, který se týká konkrétního plnění poskytnutého určitým podnikem. Naproti tomu koncese na služby je způsob delegované správy veřejné služby, prostřednictvím něhož osoba veřejného práva svěřuje vnějšímu poskytovateli správu činnosti ve veřejném zájmu a zodpovědnost za tuto činnost vůči uživatelům, a to na delší dobu. Zadavatel, ať se jedná o územní správní celek, nebo veřejnoprávní subjekt, přestává službu spravovat a přenáší zodpovědnost za její organizaci na koncesionáře[26]. Ten provozuje službu na své náklady a přejímá rizika s provozováním spojená, přičemž jeho odměna je zajištěna výběrem poplatků hrazených uživateli služby.

45. Při použití práva Společenství na tento způsob zajišťování služby ve veřejném zájmu na smluvním základě musí být brán zřetel na několik imperativů.

46. Ve fázi uzavírání smlouvy je nutné dospět k souladu mezi povinností transparentnosti a svobodou, jíž musí zadavatel nezbytně disponovat při posuzování nabídek a určování hospodářsky nejvýhodnější nabídky. Hospodářsky nejvýhodnější nabídka je ta, která přináší hospodářsky (v obecném slova smyslu) nejlepší uspokojení potřeb vyjádřených

26 — Rozsudek ze dne 26. dubna 1994, Komise v. Itálie (C-272/91, Recueil, s. I-1409).

územně správním celkem, s ohledem na stanovená kritéria a jejich váhu. Zadavatel musí mít možnost zvolit toho poskytovatele služeb, u kterého se zadavateli s ohledem na reference poskytovatele, kvalitu jeho nabídky, znalosti odvětví a důvěru, kterou vzbuzuje, jeví, že přináší maximální záruky řádného poskytování služby. Zvláštnost koncese na služby tedy umožňuje volit poskytovatele na základě širokého spektra kritérií, přičemž se upřednostňuje kritérium *intuitu personæ*. Tato svoboda výběru však neznamená, že by udělení koncese mohlo být svévolné a diskriminační. Soud za účelem prevence úplatkářství a zajištění lepší transparentnosti hospodářského života a veřejných řízení stanovil pro tuto svobodu hranice, přičemž se opíral o zásady, jimiž se řídí řízení pro zadávání veřejných zakázek. Svoboda jednání a rozhodnutí tak přetrvává, musí však být při jejím uplatňování dodržena předchozí povinnost zveřejnění nabídkového řízení a jeho otevření soutěži, což umožňuje transparentní výběr uchazeče a zajišťuje rovnost zacházení s uchazeči [27].

47. Následně ve fázi plnění smlouvy je nezbytné nalézt rovnováhu mezi povinností transparentnosti a zájmem veřejné služby, který za určitých okolností vyžaduje přizpůsobit a změnit smlouvu.

48. Jak jsem již uvedl, držitel koncese přejímá zodpovědnost za organizaci služby, jakož i za rizika související s jejím poskytováním. S ohledem na komplexní a dlouhodobou povahu koncese na služby musí držitel koncese disponovat dostatečným prostorem pro to, aby se mohl přizpůsobit podmínkám na trhu a změnám, které mohou nastat v hospodářských, technických nebo právních souvislostech spjatých s koncesí. Nepředvídatelné obtíže a problémy při poskytování služby, které jsou u dlouhodobých investic nevyhnutelné, tak vyžadují od smluvních stran obzvláštní flexibilitu a smysl pro spolupráci. Důvody změn smluv jsou proto četné. Některé z nich mohou být nicméně zdrojem zneužívání, vedou-li k narušení rovnováhy práv a povinností smluvních stran, a činí tak transparentnost řízení a předchozí soutěž uchazečů pouze zdánlivými. Je tedy nezbytné posoudit, zda je zamýšlená změna pouhým dodatkem ke smlouvě, který je legitimně odůvodněn, nebo zda v konečném důsledku vede k uzavření nové smlouvy, které musí být v souladu se základními zásadami práva Společenství odpovídajícím způsobem zveřejněno a znovu otevřeno hospodářské soutěži.

27 — Jak uvedl Evropský parlament, dodržování těchto pravidel „může představovat účinný nástroj pro předcházení nevhodným překážkám bránícím hospodářské soutěži tím, že zároveň umožňuje orgánům veřejné moci, aby samy stanovily a kontrolovaly podmínky, které musí být splněny, pokud jde o kvalitu, přístupnost, sociální předpisy a ochranu životního prostředí“ (usnesení Evropského parlamentu k Zelené knize o službách ve veřejném zájmu [P5_TA (2004)0018, bod 32]).

49. V rozsudku Komise v. Francie[28], Soudní dvůr rozhodl, že změny smlouvy o veřejné zakázce během jejího trvání jsou novým zadáním veřejné zakázky tehdy, pokud „mají oproti již vedeným [jednáním] podstatně odlišnou povahu a prokazují v důsledku toho vůli smluvních stran sjednat zásadní podmínky smlouvy znovu a jinak“[29].

50. Soudní dvůr upřesnil význam tohoto pravidla v rozsudku Pressetext Nachrichtenagentur[30], když uvedl čtyři případy, v nichž mohou být změny považovány za zásadní.

51. Prvním případem je situace, v níž změna zavádí do smlouvy podmínky, které by, pokud by bývaly figurovaly v původním zadávacím řízení, bývaly umožnily připuštění jiných uchazečů než těch, kteří byli původně připuštěni, nebo by bývaly umožnily přijmout jinou nabídku než tu, která byla původně přijata.

52. Druhým případem je ten, kdy změna významnou měrou zakázku rozšiřuje o služby, které v ní původně nebyly uvedeny.

53. Třetí případ se týká situací, v nichž se mění hospodářská rovnováha smlouvy ve prospěch poskytovatele, jemuž byla zakázka zadána, způsobem, který nebyl stanoven v podmínkách původní zakázky.

54. Konečně čtvrtým případem je situace, v níž je jedna ze smluvních stran, které zadavatel původně zadal veřejnou zakázku, nahrazena novou smluvní stranou. Tato změna je podle Soudního dvora změnou jedné ze zásadních podmínek veřejné zakázky s výjimkou případů, kdy „bylo toto nahrazení umožněno v podmínkách původní zakázky, například pokud jde o subdodavatele“.

55. Jak jsem uvedl, smlouva o koncesi na služby mezi městem Frankfurtem nad Mohanem a podnikem FES ve svém čl. 30 odst. IV povoluje změnu subdodavatele za podmínky, že ji schválí zadavatel. Tento postup byl v projednávaném případě dodržen.

56. Otázkou v této věci tedy je, zda přes existenci tohoto ustanovení a dodržení postupu v něm uvedeného, představuje změna

28 — Rozsudek ze dne 5. října 2000 (C-337/98, Recueil, s. I-8377).

29 — Body 44 a 46.

30 — Rozsudek ze dne 19. června 2008 (C-454/06, Sb. rozh. s. I-4401, body 35 až 37 a 40).

subdodavatele ve smyslu judikatury Společenství změnu jedné ze zásadních podmínek dotčené koncese na služby.

57. Toto posouzení je choulostivé vzhledem k tomu, že město Frankfurt nad Mohanem samo tuto změnu schválilo za podmínky, že budou dodrženy standardy uvedené ve specifikaci. Nicméně s ohledem na konkrétní podmínky, za nichž k této změně došlo, mám za to, že se vnitrostátní soud musí přesvědčit, že akt tohoto územního celku, kterým byla povolena tato změna, není obcházením zásady rovného zacházení s uchazeči a povinnosti transparentnosti, jež z ní plyne.

58. Pro účely tohoto přezkumu považuji za důležité připomenout podmínky, za nichž může držitel koncese využít spolupráce se subdodavatelem.

59. S ohledem na složitost smluv o koncesi a dobu, na níž jsou uzavírány, může držitel koncese rozhodnout, že zcela nebo částečně postoupí subdodavateli plnění smlouvy, kterou uzavřel se zadavatelem. Volba subdodavatele je nepochybně diskrečním úkonem, na nějž má podnikatel plné právo. Tato volnost výběru je důsledkem pravidla, podle něhož si držitel koncese zachovává plnou zodpovědnost za výkon koncese, přičemž subdodavatel je ostatně smluvně vázán pouze vůči němu a tato smlouva je jako smlouva mezi dvěma soukromými osobami smlouvou soukromoprávní.

60. Řádné postoupení závazku subdodavateli musí být nicméně schváleno zadavatelem buď u příležitosti uzavření smlouvy, nebo v průběhu jejího plnění. Při této příležitosti ověřuje zadavatel technické a hospodářské schopnosti subdodavatele[31].

61. Je-li informace o subdodavateli uvedena při předložení nabídky, je souhlasem se subdodavatelem oznámení o udělení koncese. Obecně může zadavatel odmítnout schválit určitý podnik jako subdodavatele, nemá-li tento podnik například splněny své závazky v daňové oblasti nebo oblasti sociálního zabezpečení nebo nedisponuje-li dostatečnými možnostmi k řádnému poskytování služeb, které jsou mu svěřeny.

31 — Viz rozsudek ze dne 18. března 2004, Siemens a ARGE Telekom (C-314/01, Recueil, s. I-2549, body 45 a 46), týkající se řízení o zadávání veřejné zakázky.

62. Využití služeb subdodavatele není omezeno tím, co je uvedeno v předložené nabídce. V průběhu plnění smlouvy může hlavní podnikatel využít jiné subdodavatele nebo je změnit z legitimních důvodů, které se například týkají skutečné kvality jím poskytovaných služeb nebo jeho finanční situace. To mu umožňuje přizpůsobit jím poskytované služby nebo ukončit v souladu s ustanoveními subdodavatelské smlouvy vztah s podnikem, s nímž není spokojen.

63. Pokud je změna dodavatele upravena v podmínkách smlouvy a zadavatel tuto změnu schválí, je v zásadě obtížné tvrdit, že tato změna jako taková mění podstatnou podmínku koncese a vyžaduje nové řízení se zajištěním soutěže.

64. Schválením dává totiž zadavatel najevo, že osoba subdodavatele není podstatná s ohledem na předmět koncese a že služby svěřené hlavnímu podnikateli budou vykonávány v souladu se specifikací bez ohledu na tuto změnu. Taková situace nastává, je-li na dotčeném trhu větší počet podniků, které nabízejí služby rovnocenné povahy a kvality.

65. Mimoto, pokud zadavatel stanoví, že některé podmínky přidělení smlouvy mohou být upraveny po výběru koncesionáře a upraví tuto možnost změny výslovně ve specifikaci, stejně jako postupy pro její provedení, jsou o tom od počátku informovány všechny podniky ucházející se o koncesi, a jsou tedy v okamžiku formulace svých nabídek v rovnocenné situaci.

66. Tato změna smlouvy o koncesi nicméně může být předmětem kritiky v situaci, jako je ta v původním řízení.

67. Ke změně subdodavatele totiž dochází bez legitimního důvodu, po uzavření smlouvy a před poskytnutím prvních plnění, ačkoliv koncesionář při předkládání nabídky poukazoval na proslulost a technickou zdatnost subdodavatele.

68. Taková praxe podle mého názoru, je-li zadavatelem povolena, porušuje povinnost

transparentnosti a zásadu rovného zacházení s uchazeči. Tímto svým jednáním osvobodil zadavatel pozměněnou nabídku podniku FES od důkladného a transparentního přezkumu jiných nabídek, což je s to poskytnout podniku neodůvodněnou výhodu pro získání smlouvy.

69. Zaprvé není vyloučeno, že by město Frankfurt nad Mohanem dalo přednost jiné nabídce, než byla ta, kterou původně předložil podnik FES, kdyby podnik FES nepoukazoval, pokud jde o subdodávku reklamních služeb, na početné přednosti žalobkyně jako „spolehlivé a zkušené partnerky“, „zkušené specialistky v odvětví reklamy činné po celém světě“, jejíž „produkty [jsou] moderní a estetické“ [32].

70. Z předkládacího rozhodnutí jasně vyplývá, že právě uvedení žalobkyně jako subdodavatelky umožnilo podniku FES získat dotčenou smlouvu o koncesi na služby. Podnik FES byl totiž vybrán s ohledem na jeho reklamní projekt vzhledem k tomu, že na základě tohoto výběrového kritéria získal 27,3 bodu, zatímco jeho hlavní konkurentka, která je vedlejší účastnicí tohoto řízení, získala 20,1 bodu. Co se týče ostatních kritérií, dalo město Frankfurt nad Mohanem vedlejší účastnici řízení stejný, ne-li větší počet bodů. Z dokumentů, které mám k dispozici, tedy vyplývá, že zahrnutí žalobkyně do celkové nabídky podniku FES mělo zásadní vliv na přidělení koncese.

71. Zadruhé, jednání podniku FES, který po získání smlouvy o koncesi na služby pokračoval v jednáních o subdodávce reklamních služeb a dodávce vybavení toalet [33], přičemž nakonec bez legitimního důvodu [34] odmítl spolupráci se žalobkyní, ukazuje, že jeho původní nabídka v podobě, jak byla přijata městem Frankfurtem nad Mohanem, byla pouze formální nabídkou, jejíž celkové pojetí mělo jediný cíl, a sice odstranit vážné konkurenty za účelem získání koncese, ovšem s vůlí, jež se okamžitě projevila, koncesi následně vykonávat za hospodářských a technických podmínek odlišných od podmínek uvedených v nabídce, přičemž jedině ty byly podrobeny hospodářské soutěži.

72. V důsledku toho, s ohledem na všechny tyto skutečnosti, jak vyplývají z předkládacího

32 — Předkládací rozhodnutí, s. 5 a 6.

33 — Zatímco smlouva o koncesi byla s městem Frankfurtem nad Mohanem uzavřena dne 20. a 22. července 2004, podnik FES vyzval žalobkyni a vedlejší účastnici řízení k předložení jejich nabídek na reklamní služby a dodávku vybavení toalet dne 5. ledna 2005 a dne 28. července 2005. V této fázi byla žalobkyně jako subdodavatelka odmítnuta.

34 — Podle mého názoru v tomto případě nefiguruje ve spise žádná okolnost, která by umožňovala mít za to, že měl podnik FES legitimní důvod nevyužít služby subdodavatele, kterého uvedl při předložení své nabídky. Jak uvádí předkládající soud, není tato změna pochopitelná z toho důvodu, že žalobkyně nabízela podniku FES výrazně vyšší roční odměnu nežli vedlejší účastnice.

rozhodnutí, mám za to, že této změně subdodavatele, ke které došlo ještě před poskytnutím prvních plnění a bez toho, aby byla odůvodněna sebemenšími technickými nebo finančními obtížemi, mělo povinně předcházet nové řízení se zajištěním soutěže. Město Frankfurt nad Mohanem tím, že povolilo takovouto změnu subdodavatele, aniž by vyhovělo požadavkům na zveřejnění a zajištění soutěže stanoveným právem Společenství, podle mého názoru porušilo povinnost transparentnosti.

73. Ačkoliv je v rámci koncesí použití veřejných prostředků méně významné nežli v rámci veřejných zakázek, řízení o zadání koncese na služby musí přesto územně správním celkům, jakož i uživatelům, zaručit nejlepší kvalitu služeb, a to na základě důkladného a transparentního posouzení jednotlivých nabídek, při dodržení zásady rovného zacházení s uchazeči.

74. Potvrdí-li předkládající soud s ohledem na veškeré skutečnosti ve spise tento rozbor skutkového stavu, měl by podle mého názoru vyvodit všechny důsledky, které z takovéhoto porušení vyplývají.

75. Navrhuji tedy Soudnímu dvoru, aby předkládajícímu soudu odpověděl, že je-li v rámci řízení o zadání koncese na služby osoba subdodavatele podstatným aspektem, o nějž se zadavatel opíral při udělení koncese, vyžaduje povinnost transparentnosti, aby členské státy zajistily nové řízení se zajištěním soutěže, má-li koncesionář v úmyslu přistoupit ke změně subdodavatele ještě před poskytnutím prvních plnění a aniž by uvedl legitimní důvody. Je na příslušném vnitrostátním soudu, aby posoudil, zda jméno, proslulost a technická zdatnost subdodavatele, kterého podnik FES uvedl při předložení své nabídky, byly podstatným aspektem, o který se město Frankfurt nad Mohanem opíralo pro udělení koncese tomuto podniku.

2. K rozsahu působnosti povinnosti transparentnosti *ratione personæ*

76. Svou pátou otázkou se předkládající soud táže, zda je třeba podnik, jako je FES, s ohledem na jeho charakteristické rysy uvedené v předkládacím rozhodnutí, považovat za „zadavatele“ ve smyslu čl. 1 písm. b) směrnice 92/50 nebo za „veřejný podnik“ ve smyslu článku 2 směrnice 80/723, který je jako takový povinen dodržovat povinnost transparentnosti při zadávání koncese na služby.

77. Předkládající soud poukazuje na výše uvedené směrnice proto, že pokud jde o koncese na služby, žádný předpis sekundárního práva přesně nevymezil entity, na něž se povinnost transparentnosti vztahuje.

78. Mám za to, že neexistence takovéto právní úpravy není problematická vzhledem k tomu, že zásady, které byly k této otázce formulovány v rámci veřejných zakázek, lze podle mého názoru uplatnit na koncese na služby.

79. Považuji totiž za důležité stanovit jednotnou definici zadavatele vzhledem k tomu, že tento pojem má označovat souhrn veřejnoprávních entit, které jsou způsobilé svěřit výkon hospodářských činností třetí osobě, a to bez ohledu na typ uzavřené smlouvy, ať se jedná o oblast veřejných zakázek nebo koncesí na veřejné služby. V tomto ohledu je zajímavé připomenout, že rozsah působnosti směrnice 92/50 je vymezen nikoliv podle povahy dotčené hospodářské operace, ale podle osoby, která ji nabízí, jelikož všechny zakázky zadávané zadavatelem musí být přiděleny v souladu se zásadami stanovenými touto směrnicí.

80. Naproti tomu odkaz na pojem „veřejný podnik“, uvedený v článku 2 směrnice 80/723 o, pro připomenutí, zprůhlednění finančních vztahů mezi členskými státy a veřejnými podniky, považuji za mnohem méně relevantní. Vzhledem k úvahám, které uvedu v rámci rozboru pojmu „veřejnoprávní subjekt“, by nicméně vnitrostátní soud mohl v případě, že by to považoval za nezbytné, posoudit, zda podnik jako FES může být považován za „veřejný podnik“[35].

a) K pojmu „veřejnoprávní subjekt“ ve smyslu směrnice 92/50

81. Než připomenu jednotlivé podmínky stanovené směrnicí 92/50 pro to, aby byla určitá entita považována za „zadavatele“, je úvodem zajímavé uvést, že FES je podnik se smíšenou majetkovou účastí, který byl založen v rámci partnerství veřejného a soukromého sektoru[36]. Město Frankfurt nad Mohanem vlastní obchodní podíl na této společnosti ve výši 51 %.

35 — Podmínky stanovené článkem 2 směrnice 80/723 pro to, aby byla určitá entita považována za „veřejný podnik“ se shodují s podmínkami stanovenými v článku 1 směrnice 92/50 pro entitu považovanou za „zadavatele“.

36 — Viz v tomto ohledu internetovou stránku podniku: www.fes-frankfurt.de/profil (odkazy „Profil“ a „Chronik“).

82. Tato věc tedy poskytuje Soudnímu dvoru příležitost upřesnit, zda může taková entita být „veřejnoprávním subjektem“ ve smyslu směrnice 92/50, který je jako takový povinen dodržovat základních zásady Smlouvy.

83. Před zahájením tohoto přezkumu je nezbytné uvést, co zahrnuje pojem partnerství veřejného a soukromého sektoru.

84. Toto partnerství je mechanismem, který spojuje zpravidla většinový veřejný podíl na kapitálu společnosti s menšinovým soukromým podílem v právní struktuře, která se v zásadě řídí obecnou úpravou obchodního práva. Veřejní a soukromí partneři tak vytvářejí subjekt se smíšeným podílem na kapitálu, který může mít formu společnosti se smíšenou majetkovou účastí a provádět veřejné zakázky nebo v rámci koncese převzít odpovědnost za místní veřejnou službu. Jak uvedla Komise v nedávném sdělení[37], je pro tuto nejčastěji dlouhodobou spolupráci charakteristická role soukromého partnera, který se účastní různých etap daného projektu (projektování, realizace a provoz), nese rizika tradičně nesená veřejným sektorem a často přispívá na financování projektu[38].

85. Tato entita se smíšeným podílem na kapitálu nicméně není, ve smyslu judikatury Soudního dvora, „vnitřní“ strukturou pro správu veřejné služby územního celku. Přiděluje-li tak zadavatel tomuto typu entit veřejnou zakázku nebo koncesi, musí dodržovat veškerá pravidla vztahující se na veřejné zakázky a koncese, ať vyplývají ze smlouvy, nebo sekundárního práva[39].

86. Nyní je třeba přezkoumat jednotlivé podmínky uvedené v čl. 1 písm. b) směrnice 92/50 pro to, aby byla určitá entita považována za „veřejnoprávní subjekt“.

87. Podle čl. 1 písm. b) druhého pododstavce směrnice 92/50 je veřejnoprávním subjektem subjekt, který musí mít právní subjektivitu, musí být zřízen za zvláštním účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, který nemá průmyslovou nebo obchodní povahu a jehož činnosti, financování a řídící orgány jsou úzce

37 — Interpretační sdělení Komise týkající se uplatňování právních předpisů Společenství v oblasti veřejných zakázek a koncesí na institucionalizovaná partnerství veřejného a soukromého sektoru (IPPP) ze dne 5. února 2008 [K(2007) 6661].

38 — Strana 2.

39 — Počínaje svým rozsudkem ze dne 11. ledna 2005, Stadt Halle a RPL Lochau (C-26/03, Sb. rozh. s. I-1) týkajícím se přidělení veřejné zakázky na služby společnosti se smíšenou majetkovou účastí má Soudní dvůr za to, že účast, byť menšinová, soukromého podniku na kapitálu společnosti, ve které má účast rovněž dotčený zadavatel, vylučuje, aby tento zadavatel mohl vykonávat nad touto společností kontrolu obdobnou té, kterou vykonává nad vlastními útvary (bod 49). Viz rovněž výše uvedený rozsudek ANAV, (body 30 až 32 a citovaná judikatura).

závislé na státu, územně správním celku nebo jiném veřejnoprávním subjektu.

88. Jak vyplývá z ustálené judikatury Soudního dvora, tyto tři podmínky jsou kumulativní, takže při nesplnění jediné z těchto podmínek nelze určitý subjekt považovat za „veřejnoprávní subjekt“, a v důsledku toho za „zadavatele“ ve smyslu směrnice 92/50[40].

89. Krom toho s ohledem na cíl, jenž sledují směrnice v oblasti zadávání veřejných zakázek, má Soudní dvůr za to, že pojem „veřejnoprávní subjekt“ musí být vykládán podle funkce[41].

b) K přezkumu základních znaků veřejnoprávního subjektu

90. V projednávaném případě není zpochybňována právní subjektivita podniku FES. Pochybnosti se týkají ostatních dvou požadavků stanovených směrnicí 92/50.

i) K úloze podniku FES spočívající ve zvláštním uspokojování potřeb veřejného zájmu, který nemá průmyslovou nebo obchodní povahu

91. Je předně nesporné, že podnik FES byl skutečně zřízen proto, aby zvláště uspokojoval potřeby veřejného zájmu[42], jelikož od svého založení odpovídá za správu a odstraňování odpadu, jakož i čištění ulic na území města Frankfurtu nad Mohanem[43]. Tyto činnosti bezesporu spadají mezi činnosti ve veřejném zájmu. Jak již Soudní dvůr rozhodl v rozsudku BFI Holding[44], patří tyto potřeby mezi ty, které nemohou být zcela uspokojovány soukromými podniky vzhledem k tomu, že jsou považovány za nezbytné z důvodů veřejného zdraví a ochrany životního prostředí, což je důvodem, proč má stát zájem ponechat si nad nimi rozhodující vliv[45].

92. Nyní je třeba ověřit, zda tyto potřeby ve veřejném zájmu mají jinou nežli průmyslovou

40 — Viz rozsudek ze dne 11. června 2009, Hans & Christophorus Oymanns (C-300/07, Sb. rozh. s. I-4779, bod 48 a citovaná judikatura).

41 — Rozsudek ze dne 10. dubna 2008, Ing. Aigner (C-393/06, Sb. rozh. s. I-2339, bod 37 a citovaná judikatura).

42 — Podle ustálené judikatury se musí jednat o potřeby, které se stát či územně správní celek z důvodů souvisejících s veřejným zájmem obvykle rozhodne uspokojovat sám nebo nad kterými si zamýšlí ponechat rozhodující vliv (výše uvedený rozsudek Ing. Aigner, bod 40 a citovaná judikatura). Soudní dvůr tak uznal, že tomu tak je, pokud jde o zhotovování úředních dokumentů jako jsou cestovní pasy, řidičské nebo občanské průkazy (rozsudek ze dne 15. ledna 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria a další, C-44/96, Recueil, s. I-73), správu státních lesů (rozsudek ze dne 17. prosince 1998, Komise v. Irsko, C-353/96, Recueil, s. I-8565), řízení univerzity (rozsudek ze dne 3. října 2000, University of Cambridge, C-380/98, Recueil, s. I-8035) nebo správu veřejné telekomunikační sítě (výše uvedený rozsudek Telaustria a Telefonadress).

43 — V rozsudku ze dne 12. prosince 2002, Universale-Bau a další (C-470/99, Recueil, s. I-11617) Soudní dvůr uznal, že subjekt nemusí nutně být tímto úkolem pověřen od počátku.

44 — Rozsudek ze dne 10. listopadu 1998 (C-360/96, Recueil, s. I-6821).

45 — Body 51 až 53.

nebo obchodní povahu. Zodpovědět tuto otázku je přitom ve srovnání s předchozí otázkou složitější.

93. K posuzování existence těchto potřeb, existuje četná judikatura[46]. Podle Soudního dvora je třeba vzít v úvahu veškeré právní a skutkové souvislosti, které mohou být relevantní, jako okolnosti, které byly významné pro zřízení dotyčného subjektu, a podmínky, za nichž vykonává svou činnost. V tomto ohledu Soudní dvůr uvádí, že je třeba ověřit, zda tento subjekt vykonává svou činnost v obvyklých tržních podmínkách[47]. Soudní dvůr za tímto účelem přezkoumává stav hospodářské soutěže na trhu výrobků a služeb, kvůli nimž byl uvedený subjekt zřízen. Ačkoliv existence hospodářské soutěže může nasvědčovat tomu, že potřeba veřejného zájmu má průmyslovou či obchodní povahu, není tento ukazatel dostačující[48]. Je dále nezbytné přezkoumat, zda je cílem subjektu dosahování zisku, zda nese ztráty, které vyplývají z jeho činnosti, a zda má za účelem výkonu dotčené činnosti k dispozici veřejné prostředky[49].

46 — Uvádím zvláště rozsudky ze dne 10. května 2001, Agorà a Excelsior (C-223/99 a C-260/99, Recueil, s. I-3605); ze dne 27. února 2003, Adolf Truley (C-373/00, Recueil, s. I-1931); ze dne 22. května 2003, Korhonen a další (C-18/01, Recueil, s. I-5321) a výše uvedené rozsudky BFI Holding, Mannesmann Anlagenbau Austria a další, jakož i Ing. Aigner.

47 — Výše uvedený rozsudek Ing. Aigner (bod 41 a citovaná judikatura).

48 — Ve výše uvedeném rozsudku Adolf Truley měl Soudní dvůr za to, že existence rozvinuté konkurence sama o sobě neumožňuje dojít k závěru, že potřeba veřejného zájmu nemá průmyslovou nebo obchodní povahu (bod 61).

49 — Výše uvedený rozsudek Korhonen a další (body 55 až 59).

94. Spis neobsahuje dostatečné podklady k tomu, abych mohl správně posoudit veškeré tyto okolnosti. Jejich přezkum bude příslušet předkládajícímu soudu, který je jako jediný s případem důkladně seznámen. Uvedu nicméně několik důležitých poznámek.

95. Co se týče okolností, kterými se řídilo zřízení tohoto subjektu, považuji za nutné brát zřetel na zvláštní charakter trhu v oblasti sběru a zpracování odpadu, jako jedné z činností, pro něž byl podnik FES založen.

96. Na trhu v oblasti sběru a zpracování odpadu došlo ke značnému rozmachu zejména v souvislosti se zpřísněním právní úpravy týkající se nakládání s odpady, využití odpadu a předcházení škodám na životním prostředí. Přímým důsledkem tohoto zpřísnění byl nárůst nákladů na sběr a zpracování odpadu, přičemž se tato činnost zároveň stala složitější a techničtější. Vzhledem k těmto zvýšeným nárokům se velká většina místních samospráv rozhodla delegovat tuto činnost na specializované podniky, které mohly plně využít rozvoje tohoto trhu.

97. Na základě těchto skutečností proto zastávám názor, že důvodem pro zřízení tohoto subjektu tedy nebylo dosahování zisku. Ačkoliv tato činnost přináší ve skutečnosti značné zisky, nemění to nic na tom, že zisk v každém případě nebyl při zřízení podniku FES hlavním cílem. Uvedené skutečnosti platí *a fortiori* pro činnosti spojené s čištěním ulic, které na rozdíl od sběru a zpracování odpadu přinášejí zisky menší.

98. Co se týká podmínek, v nichž vykonává podnik FES svou činnost, zejména pak stavu hospodářské soutěže v odvětvích sběru a zpracování odpadu, jakož i čištění ulic, měl by předkládající soud přezkoumat, zda podnik FES působí na trhu s konkurenčním prostředím, na kterém provozují činnost skuteční konkurenti, nebo zda se naopak nachází ve kvazimonopolní situaci, například z důvodu svého postavení „původního poskytovatele“[50] nebo existence bariér pro vstup na trh. Neexistence skutečné hospodářské soutěže není pro účely toho, aby byla FES považována za veřejnoprávní subjekt, nutnou podmínkou, ale mohla by nasvědčovat skutečnosti, že se podnik FES podílí na uspokojování potřeby veřejného zájmu, který nemá průmyslovou nebo obchodní povahu.

99. Dále skutečnost, že podnik FES vykonává, mimo své funkce ve veřejném zájmu, další výdělečné činnosti, není pro řešení sporu v původním řízení relevantní. Soudní dvůr totiž rozhodl, že postavení veřejnoprávního podniku nezávisí na tom, jak významný podíl má uspokojování potřeb veřejného zájmu, který má průmyslovou nebo obchodní povahu, na činnosti dotyčného subjektu. Pokud je podnik nadále zodpovědný za tyto potřeby, považuje Soudní dvůr za irelevantní skutečnost, že podnik vykonává i jiné výdělečné činnosti, a to bez ohledu na podíl těchto činností na celkovém obratu podniku[51].

100. Mimoto, ačkoliv se podnik FES z právního pohledu příliš neliší od akciové společnosti, v níž jsou podíly vlastněny soukromými subjekty, neboť nese hospodářská rizika spojená se svou činností a může rovněž být rozhodnuto o jeho úpadku, z rozhodnutí předkládajícího soudu vyplývá, že město Frankfurt nad Mohanem by nedopustilo, aby taková situace nastala. Uvádím krom toho, že tento územně správní celek vybírá od svých obyvatel místní poplatek za účelem financování plateb hrazených podnikem FES za odstraňování odpadu a čištění ulic.

50 — Upřesňuji, že podle internetové stránky FES byl tento podnik vytvořen v návaznosti na Městský úřad pro správu odpadu a čištění ulic.

51 — Výše uvedené rozsudky Mannesmann Anlagenbau Austria a další (body 25, 26 a 31); BFI Holding (body 55 a 56), jakož i Ing. Aigner (bod 47 a citovaná judikatura).

101. S ohledem na tyto skutečnosti se tedy přikláním k názoru, že podnik FES byl založen za zvláštním účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, který nemá průmyslovou nebo obchodní povahu.

102. Nicméně pro určení přesné povahy potřeb, jejichž uspokojováním je tento podnik pověřen, je na předkládajícím soudu, jenž jediný má přístup k relevantním skutečnostem, aby posoudil podmínky, v nichž podnik FES vykonává svou činnost a zvláště stav hospodářské soutěže v odvětvích, pro něž byl tento podnik vytvořen.

ii) K podmínce týkající se úzké závislosti subjektu na státu, územně správním celku nebo jiném veřejnoprávním subjektu

103. Připomínám, že podle čl. 1 písm. b) druhého pododstavce třetí odrážky směrnice 92/50 je tato podmínka splněna při naplnění alespoň jednoho z následujících tří kritérií:

– buď je činnost financována převážně státem, územně správními celky nebo jinými veřejnoprávními subjekty,

– nebo je řízení subjektu těmito orgány ovládáno,

– nebo je v jeho správním, řídícím nebo dozorčím orgánu více než polovina členů jmenována státem, územně správními celky nebo jinými veřejnoprávními subjekty.

104. Je nesporné, že město Frankfurt nad Mohanem má 51 %, tedy většinový podíl na kapitálu společnosti FES. Ačkoliv vlastnictví tohoto obchodního podílu může vést k presumpci rozhodujícího vlivu tohoto územně správního celku na tento podnik, není samozřejmé, že se tento vliv projevuje na způsobu jeho provozu a řízení.

105. Nejprve se budu zabývat podmínkami řízení tohoto podniku z hlediska toho, že město Frankfurt nad Mohanem disponuje na valných hromadách právem veta, jež může v závislosti na způsobu, jakým je vykonáváno, znamenat, že územně správní celek fakticky kontroluje řízení podniku.

– Ke kritériu kontroly řízení dotyčného subjektu

106. Podle ustálené judikatury se toto kritérium vztahuje na případ, kdy se subjekt nachází v situaci závislosti na veřejné moci, která je rovnocenná té, k níž dochází v případě, že je splněno jedno z ostatních dvou kritérií. Tato závislost musí veřejné moci umožňovat ovlivňovat rozhodnutí tohoto subjektu v oblasti veřejných zakázek[52] nebo obdobně v oblasti koncesí.

107. Výše uvedený rozsudek Adolf Truley je ilustrací případů, v nichž měl Soudní dvůr za to, že je toto kritérium splněno. V této věci byl kontrolní úřad veřejného správního celku oprávněn nejen prověřovat výroční zprávu dotyčného subjektu, ale rovněž kontrolovat průběžně jeho řízení z hlediska přesnosti údajů, pravdivosti, možností snížení nákladů, rentability a z hlediska účelnosti. Tento úřad byl krom toho oprávněn provádět kontroly v provozních prostorech a zařízeních tohoto subjektu a mohl podávat zprávy o výsledcích svých kontrol příslušným orgánům, jakož i akcionářům společnosti a správnímu celku. Podle Soudního dvora tato práva umožňovala územně správnímu celku aktivní kontrolu řízení uvedeného subjektu.

52 — Viz výše uvedený rozsudek Adolf Truley (bod 69 a citovaná judikatura).

108. V rámci projednávané věci musí předkládající soud vzít v úvahu veškeré skutkové nebo právní okolnosti, které mohou městu Frankfurtu nad Mohanem umožňovat vykonávat rozhodující vliv na činnost podniku FES. Domnívám se, že by se v tomto případě předkládající soud měl zabývat způsoby, jakými tento územně správní celek na valných hromadách vykonává právo veta spojené s jeho postavením většinového akcionáře. V tomto ohledu musí předkládající soud přezkoumat význam tohoto práva na základě posouzení rozhodnutí, při nichž může být použito, a případných podmínek, které jeho použití omezují.

109. Ačkoliv totiž tento územně správní celek nemůže sám prosadit přijetí rozhodnutí[53], je pravda, že může vykonávat výhradní kontrolu nad podnikem FES vzhledem k tomu, že může bránit strategickým rozhodnutím podniku týkajícím se jeho obchodní politiky, jmenování členů představenstva, rozpočtu nebo podnikových plánů. Prokáže-li předkládající soud, že město Frankfurt nad Mohanem může výkonem svého práva veta bránit rozhodnutím, která jsou zásadní pro obchodní strategii podniku FES, a blokovat rozhodovací proces v tomto podniku, má město Frankfurt nad Mohanem rozhodující vliv na řízení společnosti FES, a vykonává v důsledku toho nad ní faktickou kontrolu.

53 — Poznamenávám, že valná hromada společnosti FES může přijmout rozhodnutí pouze tříčtvrtinovou většinou. Vzhledem k tomu, že město Frankfurt nad Mohanem má na kapitálu tohoto podniku 51% podíl, není tedy tato účast dostačující k tomu, aby mohlo v rámci valné hromady samo přijímat rozhodnutí.

110. Za těchto podmínek přísluší předkládajícímu soudu za účelem určení přesné míry, jakou je řízení podniku FES kontrolováno ze strany města Frankfurtu nad Mohanem, posoudit, zda může tento územně správní celek vykonávat rozhodující vliv na řízení podniku prostřednictvím práva veta, kterým jako většinový akcionář disponuje.

111. V případě, že by předkládající soud měl za to, že toto právo veta neumožňuje městu Frankfurtu nad Mohanem kontrolovat řízení tohoto podniku, příslušelo by mu přezkoumat zbývající dvě kritéria.

– Ke kritériu většinového financování územně správním celkem

112. Soudní dvůr upřesnil rozsah této podmínky ve výše uvedeném rozsudku University of Cambridge. Podle něj lze jako „veřejné financování" kvalifikovat pouze platby, kterými je činnost dotyčné entity financována nebo podporována prostřednictvím finanční pomoci vyplácené bez jakéhokoli konkrétního protiplnění. Naproti tomu do této kategorie nespadají částky, které vyplácí zadavatel jako protiplnění za plnění na základě smlouvy[54].

113. Soudní dvůr rovněž uvedl, že výraz „převážně" musí být vykládán jako „více než z poloviny" a že posouzení tohoto procentního podílu veřejného financování se musí týkat veškerých příjmů, které má dotčený subjekt k dispozici, včetně příjmů z obchodní činnosti, a že výpočet musí být prováděn na ročním základě.

114. V projednávaném případě z předkládacího rozhodnutí vyplývá, že více než polovina ročního obratu podniku FES pochází ze synalagmatických smluv uzavřených s městem Frankfurtem nad Mohanem ohledně sběru a zpracování odpadu, jakož i městského úklidu. Částky, které tento územně správní celek vyplácí, jsou tedy protiplněním za plnění poskytovaná podnikem FES na základě smlouvy a uvedený územně správní celek má samozřejmě na jejich poskytování hospodářský zájem. Ačkoliv tento smluvní vztah může ve skutečnosti vést k závislosti podniku FES na tomto územně správním celku, je tato závislost podle Soudního dvora jiné povahy než závislost, která je výsledkem pouhého poskytování podpory, a musí být považována

54 — Body 21 a 24. V této věci odpovídala veřejnému financování stipendia pro studenty a příspěvky poskytované na podporu vědeckých prací na univerzitě, a nikoliv platby, které vyplácel stát jako protiplnění za služby, které byly univerzitou poskytovány.

za závislost, která existuje v rámci obvyklých obchodních vztahů[55].

115. Vzhledem k těmto skutečnostem se domnívám, že částky vyplácené podniku FES městem Frankfurtem nad Mohanem nejsou veřejným financováním ve smyslu výše uvedené judikatury.

– Ke kritériu složení správních, řídících a dozorčích orgánů

116. V předkládacím rozhodnutí nejsou uvedeny informace o složení a způsobu ustavení členů představenstva a vedení společnosti FES. Předkládající soud pouze uvádí, že město Frankfurt nad Mohanem jmenuje čtvrtinu členů dozorčí rady, jakož i jejího předsedu, který má rozhodující hlas v případě rovnosti hlasů[56]. Tato skutečnost tedy není pro splnění tohoto kritéria dostačující.

117. Vzhledem k těmto skutečnostem se domnívám, že subjekt se smíšeným podílem na kapitálu, jakým je podnik FES, vytvořený v rámci partnerství s městem Frankfurtem nad Mohanem, je „veřejnoprávním subjektem“ ve smyslu čl. 1 písm. b) druhého pododstavce směrnice 92/50, je-li prokázáno jednak, že tento subjekt uspokojuje potřeby veřejného zájmu, který nemá průmyslovou nebo obchodní povahu, a jednak, že jeho správa a řízení jsou úzce závislé na územně správním celku.

118. Je-li uvedený subjekt pověřen sběrem a zpracováním odpadu, jakož i městským úklidem na území územně správního celku, uspokojuje potřeby veřejného zájmu ve smyslu čl. 1 písm. b) druhého pododstavce první odrážky směrnice 92/50. Za účelem určení

55 — Výše uvedený rozsudek University of Cambridge (bod 25).

56 — Úlohou této rady je, jak naznačuje její jméno, kontrola a dozor nad řízením společnosti. Obvykle může dozorčí rada provádět kontroly jak namátkové, tak pravidelné, přičemž uskutečňuje zejména kontroly, které považuje za vhodné, a předkládá valné hromadě své vyjádření k výročním účetním výkazům společnosti. Může též disponovat zvláštními pravomocemi, které jí například umožňují jmenovat členy představenstva nebo jeho předsedu, nebo povolovat převod podílu. Předseda dozorčí rady má zpravidla dva typy funkcí, které obvykle spočívají ve svolávání dozorčí rady a řízení jednání. Úloha a funkce dozorčí rady jsou upraveny zákonem, a stanovami společnosti, které nemám k dispozici. (viz Cozian, M., Viandier, A., a Deboissy, F., *Droit des sociétés*, 17e édition, Litec, Paris, 2004, s. 286 a 287).

toho, zda tyto potřeby nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, je na příslušném vnitrostátním soudu, aby posoudil podmínky, za nichž podnik FES svou činnost vykonává, a zvláště stav hospodářské soutěže v těchto odvětvích.

119. Takový subjekt je na územně správním celku úzce závislý na ve smyslu čl. 1 písm. b) druhého pododstavce třetí odrážky směrnice 92/50 tehdy, jsou-li jeho řízení a řídící, správní a dozorčí orgány takovéhoto subjektu kontrolovány územně správním celkem. Za účelem určení přesné míry, jakou je řízení podniku FES kontrolováno ze strany města Frankfurtu nad Mohanem, bude příslušnému vnitrostátnímu soudu příslušet posoudit, zda může územně správní celek prostřednictvím práva veta, kterým disponuje na valných hromadách, nebo prostřednictvím složení uvedených orgánů podniku vykonávat aktivní kontrolu nad řízením tohoto subjektu, a stejně tak ovlivňovat jeho rozhodnutí v oblasti zadávání koncesí na služby.

C – *K pravomoci vnitrostátního soudu vydat soudní příkaz v případě porušení povinnosti transparentnosti*

120. Prostřednictvím první a čtvrté předběžné otázky se Landgericht Frankfurt am Main Soudního dvora táže na postupy soudního přezkumu rozhodnutí, která byla přijata v rámci koncesí na služby. Zvláště si předkládající soud pokládá otázku, zda za okolností, jako jsou okolnosti věci v původním řízení, právo Společenství vyžaduje, aby členské státy svým vnitrostátním soudům přiznaly pravomoc vydávat soudní příkazy stranám, které při uzavírání smlouvy o koncesi porušily povinnost transparentnosti.

121. V projednávané věci žalobkyně nezpochybňuje rozhodnutí, kterým město Frankfurt nad Mohanem přidělilo koncesi na služby podniku FES. Napadá naproti tomu rozhodnutí, kterým orgán veřejné správy na základě čl. 30 odst. IV smlouvy o koncesi povolil změnu subdodavatele v průběhu plnění smlouvy. Podle žalobkyně město Frankfurt nad Mohanem porušilo povinnost transparentnosti tím, že přikročilo k zásadní změně uvedené smlouvy bez toho, aby vyhovělo požadavkům na zveřejnění a zajištění soutěže, které jsou vyžadovány právem Společenství.

122. Tento spor se tedy netýká uzavírání smlouvy o koncesi, ale jejího plnění. Žalobkyně se svou žalobou u vnitrostátního soudu domáhá toho, aby se předešlo opětovnému porušení povinnosti transparentnosti tím, že bude orgánu veřejné správy přikázáno neschválit změnu subdodavatele, co se týče

dodání a údržby veřejných toalet, které mají být umístěny na nádražích Kornmarkt, Galluswarte a Rödelheim. Stejným způsobem žalobkyně vnitrostátní soud žádá, aby přikázal podniku FES neuzavírat novou smlouvu o subdodávce výše uvedených plnění. Za účelem obnovení řádných podmínek plnění koncese na služby se žalobkyně rovněž domáhá toho, aby vnitrostátní soud orgánu veřejné správy, případně podniku FES, přikázal vypovědět smlouvy při jejichž uzavírání byla porušena povinnost transparentnosti.

123. Za účelem zodpovězení otázek položených předkládajícím soudem je nezbytné připomenout podmínky, za nichž je vnitrostátní soud povinen zajistit ochranu práv, která pro jednotlivce vyplývají z práva Společenství.

1. Úvodní poznámky

124. Za současného stavu vývoje práva Společenství toto právo neupravuje způsob, jakým jsou členské státy povinny zajistit výkon soudních rozhodnutí a sankcionovat porušení povinnosti transparentnosti, k nimž dojde v rámci výkonu koncese na služby. Za účelem určení toho, do jaké míry jsou členské státy povinny přiznat svým vnitrostátním soudům pravomoc vydávat soudní příkazy, je nezbytné se zabývat zásadami, jimiž se řídí právní řád Společenství, konkrétně pak zásadou přednosti práva Společenství a zásadou procesní autonomie členských států.

125. Zásada přednosti práva Společenství ukládá členským státům účinným způsobem sankcionovat případy, v nichž není v rámci řízení o zadávání koncesí na služby splněna povinnost transparentnosti.

126. Připomínám totiž, že povinnost transparentnosti je konkrétním a zvláštním vyjádřením obecné právní zásady, již jsou členské státy povinny dodržovat vždy, jednají-li v oblasti působnosti práva Společenství. Taková povinnost zakládá pro jednotlivce práva, která musí být předmětem účinné právní ochrany ze strany vnitrostátního soudu. Tento soud tedy musí mít možnost zajistit plný výkon svých soudních rozhodnutí a musí mít možnost přijímat účinné, přiměřené a odrazující sankce za účelem zajištění plného účinku práva Společenství.

127. Toto je předpokladem, z něhož vycházím.

128. Naproti tomu při neexistenci právní úpravy Společenství je podle mého názoru v souladu se zásadou procesní autonomie členských států ponechat stanovení pravomocí, jimiž musí disponovat vnitrostátní soud, aby mohl zajistit výkon svých soudních rozhodnutí a sankcionovat porušení povinnosti transparentnosti v souvislosti se zadáváním smlouvy o koncesi, na členských státech. Takovýto odkaz na vnitrostátní procesní pravidla členských států, která by samozřejmě měla dodržovat zásadu rovnocennosti a efektivity, podle mého názoru lépe odpovídá ustálené judikatuře Soudního dvora, jež respektuje procesní autonomii členských států.

129. Z této judikatury vyplývá, že při neexistenci právní úpravy Společenství přísluší vnitrostátnímu právnímu řádu každého členského státu, aby určil příslušné soudy a upravil procesní podmínky soudních řízení určených k zajištění ochrany práv, která jednotlivcům vyplývají z práva Společenství, za předpokladu, že tyto podmínky nejsou méně příznivé než ty, které se týkají obdobných řízení na základě vnitrostátního práva (zásada rovnocennosti), a že v praxi neznemožňují nebo nadměrně neztěžují výkon práv přiznaných právním řádem Společenství (zásada efektivity)[57].

57 — Rozsudek ze dne 15. dubna 2008, Impact (C-268/06, Sb. rozh. s. I-2483, body 44 a 46 až 48, jakož i citovaná judikatura).

130. Na otázky položené předkládajícím soudem je třeba odpovědět právě ve světle těchto úvah.

2. Posouzení

131. Podstatou první, druhé a čtvrté otázky položené předkládajícím soudem Soudnímu dvoru je, zda musí být povinnost transparentnosti vykládána v tom smyslu, že jsou členské státy povinny přiznat vnitrostátním soudům za účelem zajištění dodržování této povinnosti pravomoc vydávat soudní příkazy stranám sporu. Předkládající soud se rovněž Soudního dvora táže, zda je vnitrostátní soud povinen přikázat stranám rozvázat smlouvy při jejichž uzavírání byla porušena uvedená povinnost[58].

58 — Tato čtvrtá předběžná otázka je formulována takovým způsobem, že není jasné, zda je smlouvou, kterou měl předkládající soud na mysli, smlouva o koncesi na služby uzavřená mezi městem Frankfurtem nad Mohanem a podnikem FES, nebo smlouva o subdodávce uzavřená posléze mezi koncesionářem a společností DSM. Z předkládacího rozhodnutí totiž vyplývá, že žalobkyně nezpochybňuje rozhodnutí, jímž město Frankfurt nad Mohanem přidělilo koncesi na služby podniku FES. Nedomáhá se tedy rozvázání smlouvy o koncesi uzavřené s posledně jmenovaným podnikem. Naproti tomu žalobkyně napadá rozhodnutí, kterým město Frankfurt nad Mohanem povolilo na základě čl. 30 části IV smlouvy o koncesi změnu subdodavatele. Svou žalobou k vnitrostátnímu soudu se žalobkyně v podstatě domáhá toho, aby byly vyloučeny účinky smlouvy o subdodávce uzavřené mezi podnikem FES a společností DSM. Předkládající soud ve svém předkládacím rozhodnutí tvrdí, že město Frankfurt nad Mohanem bylo povinno vypovědět smlouvu o koncesi na služby, jejíž změnu schválilo. V pochybnostech mám za to, že se tato otázka týká obou možností.

132. Pravomoc vydávat soudní příkazy umožňuje soudu přikazovat určité straně učinit určitý úkon nebo se ho zdržet, a to případně pod hrozbou pokuty. Soud, jenž projednává spor, tak může nařídit jednotlivci nebo správnímu orgánu, aby přijali opatření v určitém smyslu, vyžaduje-li rozhodnutí bezpodmínečně, aby jedna ze stran sporu toto opatření přijala. Tato pravomoc je užitečným nástrojem výkonu soudních rozhodnutí a umožňuje čelit obtížím a odmítnutím vyhovět pravomocnému rozhodnutí.

133. Zásada, podle níž může vnitrostátní soud vydávat soudní příkazy, není v současné době předmětem žádné právní úpravy Společenství. Mimoto není tato zásada používána v členských státech jednotným způsobem, zejména co se týče soudního příkazu určeného orgánu veřejné správy.

134. V Německu, podobně jako ve Spojeném království, je pravomoc soudu vydávat soudní příkazy vůči orgánu veřejné správy upravena. Německý soud disponuje obecnou pravomocí vydávat soudní příkazy vůči orgánu veřejné správy. Stejně tak britský soud může vydávat příkazy konat nebo nekonat všem orgánům veřejné správy s výjimkou vlády a jejích přímých spolupracovníků. Nejdéle byla tato otázka předmětem diskusí ve francouzském správním soudnictví z důvodu tradičního pojetí dělby mocí. Z tohoto pojetí existují v současnosti od přijetí zákona ze dne 8. února 1995[59] početné výjimky.

135. Jak jsem uvedl, za současného stavu práva Společenství musejí členské státy posuzovat nezbytnost a případně podmínky, za kterých musí být pravomoc vydávat soudní příkazy přiznána, v rámci jejich vnitrostátních právních řádů a v souladu se zásadami efektivity a rovnocennosti. Členské státy tudíž musí vycházet ze zásad, které jsou základem jejich vnitrostátního soudního systému. Musí přezkoumat rozsah, v němž je tato pravomoc vydávat soudní příkazy součástí existujících právních prostředků nápravy a brát zřetel na pravomoci, které jsou již vnitrostátnímu soudu svěřeny. V rámci tohoto posouzení musí členské státy dbát na zajištění úplného splnění povinností vyplývajících ze soudních rozhodnutí, která byla vydána v souvislosti s existencí práv uplatněných na základě práva Společenství. Při sledování tohoto cíle musí členské státy směřovat k záruce plné efektivity práva Společenství a zajištění ochrany práv, která jednotlivcům přiznává.

59 — Zákon č. 95–125 o organizaci soudů a soudním řízení občanském, trestním a správním (Úř. věst. RF ze dne 9. února 1995). Viz články L-911-1 à L-911-3 soudního řádu správního.

136. V tomto ohledu se může nařízení výpovědi smlouvy, ačkoliv není vyžadováno právem Společenství, jevit jako sankce, která může nejlépe zajistit efektivitu práva Společenství a ochranu práv jednotlivců. Může tomu tak zejména být, pokud se jedná o zvláště závažné porušení ustanovení práva Společenství, jako jsou ustanovení, která vyžadují odpovídající zveřejnění nebo předchozí zajištění soutěže uchazečů. V tomto ohledu se lze inspirovat ustanoveními, která zákonodárce Společenství v tomto rámci přijal v článku 2d vloženém směrnicí 2007/66[60].

137. Landgericht Frankfurt am Main ve svém předkládacím rozhodnutí tvrdí, že město Frankfurt nad Mohanem bylo povinno vypovědět smlouvu o koncesi na služby, jejíž změnu schválilo.

138. Na podporu svého tvrzení předkládající soud uvádí, že zásady stanovené zákonodárcem Společenství v článku 2 směrnice 89/665 a potvrzené Soudním dvorem v rozsudku Komise v. Německo[61] jsou obdobně použitelné na řízení o zadávání koncesí na služby.

139. Soudní dvůr v tomto rozsudku rozhodoval na základě článku 228 ES a rozhodl v neprospěch Spolkové republiku Německo za to, že nevypověděla smlouvu o odstraňování odpadu v Brunswicku (Německo), která byla uzavřena v rozporu se směrnicí 92/50. Spolková republika Německo tvrdila, že náhrada škody, která mohla být přiznána poškozeným podnikům, postačovala k sankcionování porušení povinností veřejným zadavatelem, přičemž argumentovala ustanoveními čl. 2 odst. 6 druhého pododstavce směrnice 89/665. Soudní dvůr tyto úvahy nepřijal. Měl za to, že toto ustanovení upravuje existující vztah mezi členským státem a jeho státními příslušníky, ale nikoliv vztah mezi členským státem a Společenstvím, takže tomuto členskému státu neumožňuje vyloučit jeho vlastní odpovědnost vyplývající z práva Společenství. Tím, že Spolková republika Německo ponechala dotčenou smlouvu v účinnosti, porušení povinností z její strany nadále trvalo a hrozilo, že bude volný pohyb služeb narušován po celou dobu plnění této smlouvy. Podle Soudního dvora tedy bylo nezbytné smlouvu vypovědět nejen proto, aby bylo zaručeno

60 — Na základě tohoto ustanovení musí být veřejná zakázka prohlášena za zcela nebo částečně neúčinnou, byla-li uzavřena, aniž by bylo předem zveřejněno oznámení o zakázce v *Úředním věstníku Evropské unie*, nebo pokud byl poškozený uchazeč zbaven možnosti využít prostředky nápravy před uzavřením smlouvy, nebo ve zcela specifickém případě zakázek založených na rámcové dohodě nebo dynamickém nákupním systému, upravených směrnicí 2004/18. Článek 2e vložený směrnicí 2007/66 nicméně členským státům umožňuje stanovit alternativní sankce, zejména s ohledem na závažnost protiprávního jednání, chování veřejného zadavatele a případně na rozsah zrušení smluvních povinností. Může se jednat o uložení pokut nebo zkrácení doby plnění zakázky.

61 — Rozsudek ze dne 18 července 2007 (C-503/04, Sb. rozh. s. I-6153, body 29 až 36).

úplné vyhovění rozsudku, jímž bylo konstatováno nesplnění povinnosti, ale rovněž za účelem zajištění dodržování práva Společenství.

140. Na rozdíl od předkládajícího soudu se nedomnívám, že by byly zásady vytýčené v rámci sporů v oblasti veřejných zakázek plně a bez dalšího použitelné i na spornou agendu týkající se koncesí na služby, a to ze dvou důvodů.

141. Zaprvé připomínám, že členské státy si nepřály přijmout závaznou právní úpravu týkající se řízení o udělování koncesí na služby, a to na rozdíl od četných předpisů přijatých v rámci úpravy zadávání veřejných zakázek. Nelze tedy neexistenci právní úpravy Společenství v této oblasti přejít a použít obdobně přesná a závazná pravidla upravená směrnicí 89/665.

142. Zadruhé považuji za ožehavé posuzovat stejným způsobem důsledky nedodržení povinnosti transparentnosti v případě veřejné zakázky a koncese na služby. U koncese na služby nemá totiž být účelem těchto sankcí pouze zajištění dodržování legality nebo sankcionování pochybení zadavatele. Jejich dalším a možná hlavním cílem je zajistit řádné fungování veřejných služeb a chránit veřejný zájem, jehož naplnění je účelem smlouvy.

143. Vydání soudního příkazu by tak vzhledem k tomu, že má sloužit zejména k zajištění plného účinku práva Společenství, mělo být posuzováno vnitrostátním soudem případ od případu. Předmět soudního příkazu by měl být posuzován s ohledem na všechny relevantní aspekty věci, jakými jsou jednání zadavatele, povaha protiprávnosti a souhrn zájmů, jež by mohly být poškozeny, zejména veřejný zájem.

144. Co se týče projednávané věci, Německo je zemí, kde platí zásada, že vnitrostátní soud soudní příkazy vydávat může. Z předkládacího rozhodnutí vyplývá, že vnitrostátní soud může tuto pravomoc vykonávat na základě § 1004 odst. 1 německého občanského

zákoníku (Bürgerliches Gesetzbuch, dále jen „BGB“)[62] ve dvou typech situací:

– jestliže je určité osobě způsobena újma zásahem do zákonem chráněných zájmů jako jsou život, tělesná integrita, osobnost, zdraví, svoboda a vlastnictví, nebo

– jestliže je určité osobě způsobena újma zapříčiněná porušením „ochranné zákonné normy“ ve smyslu § 823 odst. 2 BGB.

145. V rámci projednávaného sporu bude předkládajícímu soudu příslušet ověřit, zda vnitrostátní procesní právo, a v daném případě § 823 odst. 2 BGB umožňuje příslušnému soudu vydat soudní příkaz správnímu orgánu v případě, že tento porušil povinnost transparentnosti, a přikázat mu vypovědět smlouvu uzavřenou s podnikem FES a dále již neschvalovat změny subdodavatele[63].

146. Za tímto účelem bude muset zaprvé ověřit, zda je tato povinnost ve smyslu uvedeného ustanovení „ochrannou zákonnou normou“. Jak objasnil předkládající soud v odůvodnění své druhé předběžné otázky, tak tomu bude v případě, kdy je uvedená povinnost zásadou obyčejového práva.

147. Připomínám předkládajícímu soudu, že povinnost transparentnosti je výrazem obecné zásady rovného zacházení. Tato zásada patří mezi základní zásady práva Společenství a má svůj základ přímo v ustanoveních Smlouvy[64]. Přiznává práva jednotlivcům a je závazná pro všechny orgány členských států, uplatňují-li právo Společenství. V důsledku toho jsou tyto orgány povinny v co největším možném rozsahu uplatňovat toto právo za podmínek, které neporušují požadavky vyplývající z ochrany základních práv v právním řádu Společenství. V rámci této věci tedy bude vnitrostátní soud povinen vykládat vnitrostátní

62 — Znění tohoto ustanovení je následující:
„Je-li zásah do vlastnictví způsoben jinak než vyvlastněním nebo zabráním, může se vlastník domáhat, aby původce zásahu od dotčeného zásahu upustil. Hrozí-li nový zásah do vlastnictví, může vlastník podat návrh na vydání soudního příkazu.“
Z předkládacího rozhodnutí vyplývá, že uvedené ustanovení bylo obdobně používáno v případě jiných zásahů (a zvláště v případě ohrožení života, zásahů do tělesné integrity, zdraví nebo svobody) a určitých protiprávních jednání.

63 — Viz zejména výše uvedený rozsudek Rodríguez Caballero (bod 30 a citovaná judikatura); rozsudek ze dne 27. února 2003, Santex (C-327/00, Recueil, s. I-1877, body 62 a 63), jakož i rozsudek ze dne 13. března 2007, Uniba (C-432/05, Sb. rozh. s. I-2271, bod 44).

64 — Viz výše uvedený rozsudek Parking Brixen, (body 48 a 49).

pravidla, jimiž se přiznává soudu pravomoc vykládat soudní příkazy, v co největším možném rozsahu tak, aby byl zajištěn plný účinek práva Společenství a zaručena ochrana práv, které z něj pro žalobkyni vyplývají.

148. Má-li předkládající soud za to, že povinnost transparentnosti je ve smyslu § 823 odst. 2 BGB „ochrannou zákonnou normou", měl by se ujistit, že jsou podmínky, za nichž může vnitrostátní soud vydat soudní příkaz v případě porušení povinnosti transparentnosti, ekvivalentní podmínkám, které se uplatní v případě sporu týkajícího se porušení vnitrostátního práva. Přísluší mu rovněž ujistit se, že tyto podmínky prakticky neznemožňují nebo nadměrně neztěžují výkon práv přiznaných právním řádem Společenství.

149. V rámci tohoto sporu je cílem zaručit plný účinek práva Společenství efektivním sankcionováním nesplnění povinnosti transparence a zabráněním tomu, aby bezprostředně hrozilo její porušení v důsledku nového zneužívajícího použití ustanovení o subdodávce uvedeného v článku 30 odst. IV smlouvy o koncesi.

150. Právě v souvislosti s tímto cílem by měl předkládající soud posoudit, zda je třeba přikázat městu Frankfurtu nad Mohanem, případně podniku FES, vypovědět smlouvy při jejichž uzavírání bylo porušeno právo Společenství. V tomto ohledu a jak vyplývá z předkládacího rozhodnutí, Landgericht Frankfurt am Main tvrdí, že je porušení povinnosti transparentnosti způsobilé být závažným důvodem pro výpověď smlouvy o koncesi ve smyslu § 314 BGB[65].

151. Rovněž s ohledem na tento cíl by tento soud měl posoudit, zda je třeba orgánu veřejné správy, jakož i podniku FES, přikázat, aby za okolností, jako jsou okolnosti ve sporu v původním řízení, nepřikračovaly ke změně subdodavatele, pokud jde o dodání a údržbu veřejných toalet, které mají být umístěny na nádražích Kornmarkt, Galluswarte a Rödelheim.

152. V důsledku toho Soudnímu dvoru navrhuji, aby předkládajícímu soudu odpověděl, že pokud příslušný vnitrostátní soud konstatuje porušení povinnosti transparentnosti v rámci řízení o zadání koncese na služby, nevyžaduje

65 — Podle tohoto ustanovení „[k]aždá strana smlouvy může ze závažných důvodů vypovědět smlouvu na dobu neurčitou, aniž by byla povinna dodržet výpovědní doby. Závažný důvod existuje, jestliže vzhledem k okolnostem daného případu a po zvážení zájmů obou stran nelze od strany, která smlouvu vypovídá, rozumně očekávat, aby setrvala ve smluvním vztahu až do sjednané doby nebo do uplynutí výpovědní doby."

současný stav práva Společenství, aby členské státy tomuto soudu přiznaly pravomoc vydávat soudní příkazy stranám sporu. Je věcí vnitrostátního právního řádu každého členského státu, aby v souladu se zásadami rovnocennosti a efektivity stanovil procesní podmínky, které umožní příslušnému vnitrostátnímu soudu zaručit plný účinek práva Společenství a úplné splnění povinností vyplývajících ze soudního rozhodnutí vydaného ohledně existence práv, jež jsou na základě tohoto práva uplatňována.

VI – Závěry

153. S ohledem na výše uvedené navrhuji Soudnímu dvoru odpovědět na předběžné otázky položené Landgericht Frankfurt am Main následujícím způsobem:

„1) Je-li v rámci řízení o udělení koncese na služby osoba subdodavatele podstatným aspektem, o nějž se zadavatel opíral při přidělení koncese, vyžaduje povinnost transparentnosti, aby členské státy zajistily nové řízení se zajištěním soutěže, má-li koncesionář v úmyslu přistoupit ke změně subdodavatele ještě před poskytnutím prvních plnění, aniž by k tomu uvedl legitimní důvody. Je na příslušném vnitrostátním soudu, aby posoudil, zda jméno, proslulost a technická zdatnost subdodavatele, kterého společnost Frankfurter Entsorgungs- und Service GmbH uvedla při předložení své nabídky, byly podstatným aspektem, o který se město Frankfurt nad Mohanem opíralo pro přidělení koncese tomuto podniku.

2) Subjekt se smíšenou veřejnou a soukromou kapitálovou účastí, jakým je společnost Frankfurter Entsorgungs- und Service GmbH, vytvořený v rámci partnerství s městem Frankfurtem nad Mohanem, je ‚veřejnoprávním subjektem' ve smyslu čl. 1 písm. b) druhého pododstavce směrnice Rady 92/50/EHS ze dne 18. června 1992 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na služby, ve znění směrnice Komise 2001/78/ES ze dne 13. září 2001, je-li prokázáno jednak, že tento subjekt uspokojuje potřeby veřejného zájmu, který nemá průmyslovou nebo obchodní povahu, a jednak, že jeho správa a řízení jsou úzce závislé na územně správním celku.

Tento subjekt uspokojuje potřeby veřejného zájmu ve smyslu čl. 1 písm. b) druhého pododstavce první odrážky směrnice 92/50 ve znění pozdějších předpisů, je-li pověřen sběrem a zpracováním odpadu, jakož i městským úklidem na území územně správního celku. Za účelem určení toho, zda tyto potřeby nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, je na příslušném vnitrostátním soudu, aby posoudil podmínky, za nichž společnost Frankfurter Entsorgungs- und Service GmbH svou činnost vykonává, zvláště pak stav hospodářské soutěže v těchto odvětvích.

Takový subjekt je na územně správním celku úzce závislý ve smyslu čl. 1 písm. b) druhého pododstavce třetí odrážky směrnice 92/50 ve znění pozdějších předpisů tehdy, jsou-li jeho řízení, jakož i řídící, správní a dozorčí orgány kontrolovány územně správním celkem. Za účelem určení přesné míry, do jaké je řízení společnosti Frankfurter Entsorgungs- und Service GmbH kontrolováno ze strany města Frankfurtu nad Mohanem, bude muset vnitrostátní soud posoudit, zda může územní správní celek prostřednictvím práva veta, kterým disponuje na valných hromadách, nebo prostřednictvím složení uvedených orgánů podniku aktivně kontrolovat řízení tohoto subjektu a stejným způsobem ovlivňovat jeho rozhodnutí v oblasti udělování koncesí na služby.

3) Jestliže příslušný vnitrostátní soud konstatuje porušení povinnosti transparentnosti v rámci řízení o zadání koncese na služby, nevyžaduje současný stav práva Společenství, aby členské státy tomuto soudu přiznaly pravomoc vydávat soudní příkazy stranám sporu. Je věcí vnitrostátního právního řádu každého členského státu, aby v souladu se zásadami rovnocennosti a efektivity stanovil procesní podmínky, které umožní příslušnému vnitrostátnímu soudu zaručit plný účinek práva Společenství a úplné splnění povinností vyplývajících z rozhodnutí vydaného ohledně existence práv, jež jsou na základě tohoto práva uplatňována."