ROZSUDEK SOUDNÍHO DVORA (třetího senátu)

19. června 2008 *

Ve věci C-454/06,

jejímž předmětem je žádost o rozhodnutí o předběžné otázce na základě článku 234 ES, podaná rozhodnutím Bundesvergabeamt (Rakousko) ze dne 10. listopadu 2006, došlým Soudnímu dvoru dne 13. listopadu 2006, v řízení

pressetext Nachrichtenagentur GmbH

proti

Republik Österreich (Bund),

APA-OTS Originaltext-Service GmbH,

APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mitbeschränkter Haftung,

* Jednací jazyk: němčina.

SOUDNÍ DVŮR (třetí senát),

ve složení A. Rosas, předseda senátu, U. Lõhmus, J. N. Cunha Rodrigues (zpravodaj), A. Ó Caoimh a A. Arabadžev, soudci,

generální advokátka: J. Kokott,
vedoucí soudní kanceláře: B. Fülöp, rada,

s přihlédnutím k písemné části řízení a po jednání konaném dne 24. ledna 2008,

s ohledem na vyjádření předložená:

– za pressetext Nachrichtenagentur GmbH G. Estermannem, Rechtsanwalt,

– za Republik Österreich (Bund) A. Schittengruberem a C. Mayrem, jako zmocněnci,

– za APA-OTS Originaltext-Service GmbH a APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung J. Schrammem, Rechtsanwalt,

– za rakouskou vládu M. Fruhmannem a C. Mayrem, jako zmocněnci,

– za francouzskou vládu J.-C. Graciou, jako zmocněncem,

– za litevskou vládu D. Kriaučiūnasem, jako zmocněncem,

– za Komisi Evropských společenství D. Kukovcem a R. Sauerem, jako zmocněnci,

po vyslechnutí stanoviska generálního advokáta na jednání konaném dne 13. března 2008,

vydává tento

Rozsudek

1 Žádost o rozhodnutí o předběžné otázce se týká výkladu směrnice Rady 92/50/EHS ze dne 18. června 1992 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na služby (Úř. věst. L 209, s. 1; Zvl. vyd. 06/01, s. 322) a směrnice Rady 89/665/EHS 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“).

2 Tato žádost byla předložena v rámci sporu mezi jednak pressetext Nachrichtenagentur GmbH (dále jen „PN“) a jednak Republik Österreich (Bund), APA-OTS Originaltext Service-GmbH (dále jen „APA-OTS“) a APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung (dále jen „APA“), ve věci veřejné zakázky na služby tiskové agentury.

Právní rámec

Právní úprava Společenství

3 Článek 3 odst. 1 směrnice 92/50 stanoví:

„Při zadávání veřejných zakázek nebo při organizování veřejné soutěže na určitý výkon používají zadavatelé postupy přizpůsobené ustanovením této směrnice.“

4 Podle článku 8 této směrnice:

„Zakázky, jejichž předmětem jsou služby uvedené v příloze I A, jsou zadávány v souladu s ustanoveními hlav III až VI.“

5 Podle článku 9 uvedené směrnice:

„Zakázky, jejichž předmětem jsou služby uvedené v příloze I B, jsou zadávány v souladu s články 14 a 16.“

6 Článek 10 téže směrnice stanoví:

„Zakázky, jejichž předmětem jsou služby uvedené jak v příloze I A, tak I B, jsou zadávány v souladu s ustanoveními hlav III až VI, pokud hodnota služeb uvedených v příloze I A je vyšší než hodnota služeb uvedených v příloze I B. Pokud se nejedná o tento případ, zadávají se v souladu s články 14 a 16.“

7 Článek 11 odst. 3 uvedené směrnice stanoví:

„Zadavatelé mohou zadat veřejné zakázky na služby ve vyjednávacím řízení bez předchozího zveřejnění vyhlášení zakázky v těchto případech:

[…]

e) pro dodatečné služby, které nejsou obsaženy ani v původně uvažovaném návrhu, ani v první uzavřené zakázce, které se ale díky nepředvídaným událostem staly nezbytnými pro provedení služby popsané v zakázce za předpokladu, že je zakázka zadána poskytovateli služby, který tuto službu provádí:

– pokud tyto dodatečné služby nemohou být technicky nebo hospodářsky odděleny od hlavní zakázky bez velkých obtíží pro zadavatele

nebo

– pokud tyto služby, i když jsou oddělitelné od provedení původní zakázky, jsou bezpodmínečně nezbytné pro její dokončení.

Avšak celková odhadovaná hodnota zakázek zadaných na dodatečné služby nesmí překročit 50 % rozsahu hlavní zakázky;

f) pro nové služby sestávající z opakování podobných služeb, jimiž je pověřen poskytovatel služeb, kterému stejní zadavatelé zadali dřívější zakázku za předpokladu, že tyto služby odpovídají základnímu projektu, na který byla zadána první zakázka podle postupů uvedených v odstavci 4. Již při vyhlášení zakázky na první projekt musí být oznámeno, že tento postup může být použit a zadavatelé musí brát při uplatňování ustanovení článku 7 v úvahu celkové odhadované náklady na další služby. Tento postup lze použít pouze do tří let od zadání původní zakázky.“

Spor v původním řízení a předběžné otázky

8 APA byla založena v Rakousku po druhé světové válce ve formě registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung (registrovaného družstva s ručením omezeným). Členy tohoto družstva jsou téměř všechny rakouské deníky, jakož i ORF, rakouský rozhlas a televize. Společně se svými dceřinými společnostmi má APA největší podíl na rakouském trhu tiskových agentur a tradičně poskytuje Republik Österreich (Bund) různé služby tiskové agentury.

9 PN je činná na rakouském trhu tiskových agentur od roku 1999, avšak rakouským spolkovým orgánům poskytovala tiskové zprávy jen v malém rozsahu. PN zaměstnává méně novinářů než APA a nedisponuje tak významnými archivy, jako jsou archivy APA.

10 Během roku 1994, tedy ještě před svým přistoupením k Evropské unii, uzavřela Republik Österreich (Bund) smlouvu (dále jen „základní smlouva“) s APA, která stanoví poskytování určitých služeb za odměnu. Tato smlouva umožňuje zejména rakouským spolkovým orgánům získávat a využívat aktuální informace (funkce nazvaná „základní služba“), požadovat informace a tiskové zprávy historické povahy poskytované databází APA nazvanou „APADok“ a rovněž využívat originální textové služby APA nazvané „OTS“, a to jak pro jejich informaci, tak i k šíření vlastních tiskových zpráv. Databáze APADok obsahuje údaje základní služby od 1. ledna 1988 a sdělení zpracovávaná službou OTS od 1. června 1989.

11 Základní smlouva byla uzavřena na dobu neurčitou, s výhradou ustanovení, ve kterém se smluvní strany vzdaly práva výpovědi této smlouvy do 31. prosince 1999.

12 Ustanovení § 2 písm. c) základní smlouvy stanoví:

„Za online poskytování informací služeb APA definovaných v § 1 vyúčtuje APA jakožto odměnu za minutu využití elektronické databáze CPU (čistý čas) cenu odpovídající nejnižšímu odstupňovanému tarifu podle oficiálního ceníku (v současné době 67 ATS bez DPH za minutu CPU) minus 15 %."

13 Tato smlouva rovněž obsahovala ustanovení týkající se data prvního navýšení ceny, nejvyšší částky každého navýšení a valorizace cen na základě indexu spotřebitelských cen z roku 1986, přičemž vztažnou hodnotou byla hodnota indexu vypočteného pro rok 1994. V tomto ohledu stanovil § 5 odst. 3 této smlouvy zejména, že „[…] je výslovně ujednána stabilizace hodnoty podle § 2 písm. a) a b). Měřítkem pro výpočet stability hodnoty je index spotřebitelských cen pro rok 86 (ISC 86), zveřejněný rakouským ústředním statistickým úřadem (ÖSTAT) nebo nový index, který jej nahradí".

14 Během měsíce září 2000 založila APA dceřinou společnost APA-OTS ve formě společnosti s ručením omezeným, kterou stoprocentně vlastní. Mezi oběma společnostmi existuje smlouva o společném fondu zisků a ztrát, ze které podle APA a APA-OTS vyplývá, že APA-OTS je finančně, administrativně a hospodářsky začleněna do APA a že musí řídit a spravovat své záležitosti podle pokynů udělených APA. APA-OTS je krom toho povinna odvádět své roční zisky APA, přičemž APA je naopak povinna vyrovnat případné roční ztráty APA-OTS.

15 Během měsíce září 2000 převedla APA na APA-OTS své činnosti týkající se služby OTS. Republik Österreich (Bund) byla o této změně informována během měsíce října 2000. Pracovník APA pověřený jejím zastupováním ujistil rakouské orgány, že APA je po tomto převodu činností společně a nerozdílně odpovědná s APA-OTS a že se na existujícím celkovém objemu služeb nic nemění. Rakouské orgány tedy udělily

souhlas k tomu, aby byly služby OTS poskytovány APA-OTS a od tohoto okamžiku odváděly odměnu za tuto službu přímo APA-OTS.

16 Krom toho byla prvním dodatkem uzavřeným během roku 2001, který nabyl účinnosti dne 1. ledna 2002, pozměněna ustanovení základní smlouvy. U příležitosti přechodu na euro upravil tento dodatek původní zakázku tak, jak je uvedeno v bodech 17 až 20 tohoto rozsudku.

17 Zaprvé, částka roční odměny za užívání redakčních článků a mediálních archívů ve výši 10 080 000 ATS byla nahrazena částkou 800 000 eur. Na základě valorizační doložky měla cena za rok 2002 činit 11 043 172 ATS (zaokrouhleno pro přechod na euro na 802 538,61 eur). Bylo rozhodnuto neponechat tuto částku, ale zaokrouhlenou částku ve výši 800 000 eur, což odpovídá slevě ve výši 0,3 %.

18 Zadruhé, cena stanovená za online poskytování informací APA, která činila 67 ATS za minutu, byla nahrazena cenou 4,87 eur za minutu. S výhradou zaokrouhlení provedeného při přechodu na euro nedošlo ke změně reálné hodnoty této ceny.

19 Zatřetí byl pro výpočet valorizace index vypočítaný pro rok 1994 na základě indexu spotřebitelských cen z roku 1986 nahrazen jakožto výchozí bod indexem vypočítaným pro rok 2001 na základě indexu spotřebitelských cen z roku 1996. V tomto ohledu změnil první dodatek zejména § 5 odst. 3 základní smlouvy v tomto smyslu: „Je výslovně ujednána stabilizace hodnoty podle § 2 písm. a) a b). Měřítkem pro výpočet stability hodnoty je index spotřebitelských cen pro rok 96 (ISC 96), zveřejněný rakouským ústředním statistickým úřadem (ÖSTAT), nebo nový index, který jej nahradí."

20 Začtvrté, jako odchylka od tohoto mechanismu valorizace byly bezprostředně stanoveny určité ceny na roky 2002 až 2004. Cena 8,50 ATS za řádek za vložení tiskových zpráv v rámci služby OTS byla nahrazena pevnými cenami ve výši 0,66 eur za řádek na rok 2002, 0,67 eur za rok 2003 a 0,68 eur na rok 2004. Pokud by se uplatnila valorizační doložka, cena by se zvýšila na rok 2002 na 9,31 ATS za řádek (zaokrouhleno na 0,68 eur za řádek). Cena tedy byla snížena o 2,94 % na rok 2002 a o 1,47 % na rok 2003.

21 Druhý dodatek, uzavřený během října 2005, který nabyl účinnosti dne 1. ledna 2006, přinesl dvě další změny základní smlouvy. Tímto druhým dodatkem byla základní smlouva změněna, jak je uvedeno v bodech 22 a 23 tohoto rozsudku.

22 Jednak bylo vzdání se práva výpovědi, sjednané v základní smlouvě až do 31. prosince 1999, stanoveno nově až do 31. prosince 2008.

23 Kromě toho byl cenový rabat za poskytování informací z APA online, stanovený v základní smlouvě ve výši 15 %, zvýšen na 25 %. V tomto ohledu se změnil druhý dodatek § 2 písm. c) základní smlouvy následovně:

„Následující ustanovení [základní smlouvy ve znění prvního dodatku] se mění od 1. ledna 2006 takto:

1. V § 2 písm. c) se procentní sazba ve výši 15 % nahrazuje sazbou 25 %.

[…]“

24 Během roku 2004 navrhla PN Republik Österreich (Bund) své služby tiskové agentury, avšak tato nabídka nevedla k uzavření smlouvy.

25 Žádostmi podanými dne 4. a 19. července 2006 požadovala PN, aby Bundesvergabeamt zejména určil, že rozdělení původní zakázky následkem transformace APA během roku 2000, jakož i dodatky uzavřené během let 2001 a 2005, označené PN za „*de facto* zadávání", byly nepřípustné, a podpůrně že i volba různých dotčených zadávacích řízení byla protiprávní.

26 Co se týče lhůt žádostí, upřesňuje Bundesvergabeamt, že napadené transakce sice byly provedeny během let 2000, 2001 a 2005, avšak právní prostředek vnitrostátního práva, který je k dispozici proti protiprávnímu zadávání zakázek (tedy žádost o určení s účinkem zrušení smlouvy) byl zaveden později, s účinností od 1. února 2006. Lhůta stanovená pro tento právní prostředek je šest měsíců od data protiprávního zadání zakázky. Předkládací soud se domnívá, že je vhodné použít § 1496 rakouského občanského zákoníku, podle něhož nemohou promlčecí lhůty běžet, pokud nelze právní prostředek uplatnit, za předpokladu, že je toto použití v souladu s právem Společenství.

27 Za těchto podmínek se Bundesvergabeamt rozhodl přerušit řízení a položit Soudnímu dvoru následující předběžné otázky:

„1) Musí být pojem ‚zadávání' použitý v čl. 3 odst. 1 směrnice 92/50 […] v článcích 8 a 9 stejné směrnice vykládán v tom smyslu, že zahrnuje také skutkové stavy, ve kterých zadavatel zamýšlí odebírat v budoucnu služby od poskytovatele služeb, který má formu kapitálové společnosti, pokud byly tyto služby dříve poskytovány jiným poskytovatelem služeb, který je jednak jediným společníkem nastupujícího poskytovatele služeb, a současně vykonává nad nastupujícím poskytovatelem kontrolu v tom směru, že mu udílí pokyny? Je v takovém případě právně relevantní, že přitom zadavateli není zaručeno, že podíly na společnosti nastupují-

cího poskytovatele služeb nebudou během celé doby platnosti původní smlouvy zcela nebo zčásti převedeny na třetí osoby? Jaké právní důsledky se váží k neexistenci záruky pro zadavatele, že se složení členů původního poskytovatele služeb organizovaného jako družstvo během celé doby platnosti smlouvy nezmění?

2) Jedná se o zadávání ve smyslu čl. 3 odst. 1 směrnice 92/50 […] a článků 8 a 9 téže směrnice v případě, že zadavatel s poskytovateli služeb během doby platnosti zakázky, uzavřené s nimi za účelem společného poskytování služeb na dobu neurčitou, sjedná změny odměn za určitá smluvní plnění a nově formuluje valorizační doložku, jestliže tyto změny vedou ke změně cen a byly provedeny v souvislosti se zavedením eura?

3) Jedná se o zadávání ve smyslu čl. 3 odst. 1 směrnice 92/50 […] a článků 8 a 9 stejné směrnice v případě, že zadavatel s poskytovateli služeb během doby platnosti zakázky, uzavřené s nimi za účelem společného poskytování služeb na dobu neurčitou, sjedná nově prostřednictvím dodatku ustanovení o vzdání se práva výpovědi na dobu tří let, která již v okamžiku dodatku neplatila, přičemž v rámci této změny smlouvy jsou pro určité ceny stanovené podle množství v konkrétní oblasti plnění dodatečně stanoveny výraznější cenové rabaty než doposud?

4) V případě, že se jedná o zadání zakázky, tedy pro případ kladné odpovědi na jednu ze tří předcházejících otázek: musí být čl. 11 odst. 3 písm. b) směrnice 92/50 […] nebo ostatní předpisy práva Společenství, jako například zásada transparentnosti, vykládány v tom smyslu, že zadavateli dovolují zadat služby v rámci jediné zakázky na poskytování služeb ve vyjednávacím řízení bez předchozího zveřejnění vyhlášení zakázky, jestliže se na část služeb vztahují výlučná práva uvedená v čl. 11 odst. 3 písm. b) směrnice 92/50 […]? Nebo vyžaduje zásada transparentnosti, resp. ostatní předpisy práva Společenství při zadávání převážně nevyhrazených služeb, aby v takovémto případě bylo přesto před zadáním zakázky provedeno zveřejnění vyhlášení zakázky, aby byla zájemcům z okruhu podniků umožněna

kontrola, zda jsou skutečně zadávány služby, na něž se vztahuje výlučné právo? Nebo vyžadují předpisy práva Společenství v oblasti zadávání veřejných zakázek, aby v takovémto případě byly služby zadávány jen v oddělených zadávacích řízeních v závislosti na existenci, nebo neexistenci výlučného práva, aby se alespoň částečně umožnila veřejná soutěž?

5) Pro případ, že je třeba odpovědět na čtvrtou otázku v tom smyslu, že zadavatel smí zadávat v jednom jediném zadávacím řízení poskytování služeb, na které se nevztahují výlučná práva, společně se službami, na které se výlučná práva vztahují, může podnik při neexistenci vlastního oprávnění k nakládání s údaji, které podléhají výlučnému právu podniku s dominantním postavením na trhu, odůvodnit svoji schopnost poskytovat celkový rozsah služeb zadavateli ve smyslu práva zadávání veřejných zakázek tím, že se bude dovolávat povinnosti podniku s dominantním postavením na trhu v členském státě podle článku 82 ES tyto údaje za přiměřených podmínek poskytovat?

6) Pro případ, že by byly první, druhá a třetí otázka zodpovězeny v tom smyslu, že částečným převzetím smlouvy během roku 2000 nebo jedním ze dvou uvedených dodatků došlo k zadání nových zakázek, a dále v případě, že by čtvrtá otázka měla být zodpovězena v tom smyslu, že zadavatel měl povinnost při zadávání poskytování služeb, které nepodléhají výlučným právům v rámci odděleného zadávání, nebo nesměl zadat zakázku na poskytování celkového rozsahu služeb (tiskové zprávy, základní služba a užívací práva k APADok), aniž by předem provedl zveřejnění vyhlášení zakázky k zajištění transparentnosti a umožnění ověření plánovaných zakázek:

Musí být pojem ‚škoda' v čl. 1 odst. 3 směrnice 89/665 […] a v čl. 2 odst. 1 písm. c) téže směrnice vykládán v tom smyslu, že byl podnikatel v takovém případě, jakým je projednávaný případ, poškozen ve smyslu těchto ustanovení, pokud byl zbaven možnosti účasti v zadávacím řízení proto, že zadavatel předem nezveřejnil vyhlášení zakázky, na základě kterého by se podnikatel mohl ucházet o zadávanou zakázku nebo podat nabídku nebo požadovat, aby příslušné orgány pro kontrolu zadávání veřejných zakázek prověřily správnost tvrzení týkajícího se údajných výlučných práv?

7) Musí být zásada rovnocennosti práva Společenství a nezbytnost účinné právní ochrany vykládány v tom smyslu, aniž jsou tím dotčeny ostatní předpisy práva Společenství, že podnikatel může uplatňovat subjektivní a nepodmíněné právo vůči členskému státu, které mu umožňuje podat po udělení zakázky u příslušných vnitrostátních orgánů žaloby na náhrady škody z důvodu porušení právních předpisů o veřejných zakázkách Společenství, během šesti měsíců od okamžiku, kdy se mohl dozvědět o protiprávním zadání zakázky, přičemž tato lhůta musí být prodloužena o dobu, v níž nebylo vzhledem k nedostatku vnitrostátní právní úpravy možné podat žalobu, jestliže jsou pro žaloby na náhradu škody založené na jednání, jež je v rozporu s vnitrostátním právem, obecně stanoveny tříleté promlčecí lhůty, které počínají běžet od okamžiku, kdy se poškozený dozvěděl o škodě a o tom, kdo za ni odpovídá, a jestliže pro nedostatek právní ochrany v určité oblasti práva neběží promlčecí lhůty?“

K předběžným otázkám

28 Úvodem je třeba podotknout, že ačkoliv byla dotčená zakázka v původním řízení sjednána před přístupem Rakouské republiky k Evropské unii, použijí se právní předpisy Společenství v této oblasti na takovou zakázku od data přistoupení tohoto státu (viz v tomto smyslu rozsudek ze dne 24. září 1998, Tögel, C-76/97, Recueil, s. I-5357, bod 14).

29 Podstatou prvních tří otázek Bundesvergabeamt je, za jakých podmínek mohou být změny stávající smlouvy mezi zadavatelem a poskytovatelem služeb považovány za změny, které představují nové zadání veřejné zakázky na služby ve smyslu směrnice 92/50.

30 Směrnice 92/50 neobsahuje výslovnou odpověď na tyto otázky, avšak obsahuje několik relevantních údajů, které je třeba situovat do obecného rámce právních předpisů Společenství v oblasti veřejných zakázek.

31 Z judikatury vyplývá, že hlavním cílem právních předpisů Společenství v oblasti veřejných zakázek je zajistit volný pohyb služeb a otevření nenarušené hospodářské soutěže ve všech členských státech (viz rozsudek ze dne 11. ledna 2005, Stadt Halle a RPL Lochau, C-26/03, Sb. rozh. s. I-1, bod 44). Tento dvojí cíl je výslovně potvrzen ve druhém, šestém a dvacátém bodě odůvodnění směrnice 92/50.

32 Ke sledování tohoto dvojího cíle uplatňuje právo Společenství zejména zásadu zákazu diskriminace na základě státní příslušnosti, zásadu rovného zacházení s uchazeči a povinnost transparentnosti, která z toho vyplývá (viz v tomto smyslu rozsudky ze dne 18. listopadu 1999, Unitron Scandinavia a 3-S, C-275/98, Recueil, s. I-8291, bod 31; ze dne 7 prosince 2000, Telaustria a Telefonadress, C-324/98, Recueil, s. I-10745, body 60 a 61, jakož i ze dne 29. dubna 2004, Komise v. CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, Recueil, s. I-3801, body 108 a 109).

33 Co se týče zakázek stanovených ve směrnici 92/50, jejichž předmětem jsou výlučně nebo převážně služby uvedené v příloze I A této směrnice, tato směrnice provádí tyto zásady a tuto povinnost transparentnosti tím, že zejména ukládá určité postupy při zadávání. Co se týče zakázek stanovených touto směrnicí, jejichž předmětem jsou výlučně nebo převážně služby uvedené v příloze I B této směrnice, neukládá tato směrnice, pokud jde o postupy při zadávání, stejná pravidla, avšak tento druh veřejných zakázek na služby se nicméně i přesto řídí základními pravidly práva Společenství a povinností transparentnosti, která z nich vyplývá (viz v tomto smyslu rozsudek ze dne 13. listopadu 2007, Komise v. Irsko, C-507/03, Sb. rozh. s. I-9777, body 26, 30 a 31).

34 Za účelem zajištění transparentnosti postupů a rovného zacházení s uchazeči představují změny ustanovení veřejné zakázky během jejího trvání nové zadání veřejné zakázky ve smyslu směrnice 92/50, pokud mají podstatně odlišnou povahu než

původní zakázka, a v důsledku toho prokazují vůli smluvních stran znovu sjednat základní podmínky této zakázky (viz v tomto smyslu rozsudek ze dne 5. října 2000, Komise v. Francie, C-337/98, Recueil, s. I-8377, body 44 a 46).

35 Změnu veřejné zakázky během doby trvání lze považovat za podstatnou, pokud by zavedla podmínky, které by umožnily, pokud by se vyskytovaly v původním postupu při zadávání veřejné zakázky, připuštění jiných uchazečů než těch, kteří byli původně připuštěni, nebo pokud by umožnily přijmout jinou nabídku než tu, která byla původně přijata.

36 Změna původní veřejné zakázky může být rovněž považována za podstatnou, pokud značnou měrou zakázku rozšiřuje o služby, které původně nebyly předpokládány. Posledně uvedený výklad je potvrzen v čl. 11 odst. 3 písm. e) a f) směrnice 92/50, který ukládá pro veřejné zakázky na služby, jejichž předmětem jsou výlučně nebo převážně služby uvedené v příloze I A této směrnice, omezení týkající se míry, v níž mohou zadavatelé využít vyjednávacího řízení pro zadání služeb, které jsou doplňkové ve vztahu ke službám, jež byly předmětem původní veřejné zakázky.

37 Změna může být rovněž považována za podstatnou, jestliže mění způsobem, který nebyl v podmínkách původní zakázky předpokládán, hospodářskou rovnováhu smlouvy ve prospěch poskytovatele, jemuž byla zakázka zadána.

38 Na otázky položené Soudnímu dvoru je třeba odpovědět ve světle předchozích úvah.

K první otázce

39 Podstatou první otázky předkládajícího soudu je převedení služeb OTS, dodávaných do té doby APA, na APA-OTS v průběhu roku 2000. Předkládající soud se táže, zda změna smluvní strany za okolností v původním řízení představuje nové zadání veřejné zakázky ve smyslu čl. 3 odst. 1 a článků 8 a 9 směrnice 92/50.

40 Obecně musí být nahrazení smluvní strany, které zadavatel původně zadal veřejnou zakázku, novou smluvní stranou považováno za změnu základních podmínek dotčené veřejné zakázky, pokud toto nahrazení nebylo stanoveno v podmínkách původní zakázky, například jde-li o subdodavatele.

41 Podle předkládacího rozhodnutí je APA-OTS, založená ve formě společnosti s ručením omezeným, jiným právním subjektem než APA, jíž byla zadána původní zakázka.

42 Je rovněž nesporné, že od převedení služeb OTS z APA na APA-OTS během roku 2000 zadavatel provádí platby týkající se těchto služeb přímo ve prospěch APA-OTS, a nikoli již ve prospěch APA.

43 Převedení dotyčné činnosti vykazuje nicméně určité zvláštní vlastnosti, které umožňují dospět k závěru, že takové změny, provedené v situaci, jakou je situace v původním řízení, nepředstavují změnu základní podmínky zakázky.

44 Ze spisu totiž vyplývá, že APA-OTS je dceřinou společností stoprocentně vlastněnou společností APA, že APA má právo udílet APA-OTS pokyny a že mezi těmito dvěma subjekty existuje smlouva o převedení zisků a ztrát na APA. Kromě toho vyplývá ze spisu, že osoba oprávněná zastupovat APA ujistila zadavatele, že po převedení služeb na OTS bude APA i nadále společně a nerozdílně odpovědná s APA-OTS a že se na celkovém uplatňovaném objemu služeb nic nemění.

45 Takové uspořádání představuje v podstatě vnitřní reorganizaci smluvní strany, která nemění výrazně podmínky původní zakázky.

46 Předkládající soud v této souvislosti vznáší otázku, zda má okolnost, že zadavatel nemá záruku, že obchodní podíly APA-OTS nebudou během celkové doby trvání zakázky postoupeny třetím osobám, právní důsledky.

47 Jestliže by byly obchodní podíly APA-OTS postoupeny třetím osobám během doby trvání dotčené zakázky v původním řízení, nejednalo by se již o vnitřní reorganizaci původní smluvní strany, ale o skutečnou změnu smluvní strany, která by v podstatě představovala změnu základních podmínek zakázky. Taková událost by mohla zakládat nové zadání veřejné zakázky ve smyslu směrnice 92/50.

48 Totéž se obdobně uplatní, jestliže postoupení obchodních podílů dceřiné společnosti třetí osobě již bylo stanoveno v okamžiku převedení dotčených činností na tuto dceřinou společnost (viz v tomto smyslu rozsudek ze dne 10. listopadu 2005, Komise v. Rakousko, C-29/04, Sb. rozh. s. I-9705, body 38 až 42).

49 Dokud k takovému vývoji nicméně nedošlo, platí analýza v bodě bod 45 tohoto rozsudku, podle níž uvažovaná situace představuje vnitřní reorganizaci smluvní

strany. Nedostatečná záruka, že obchodní podíly dceřiné společnosti nebudou postoupeny třetím osobám během doby trvání zakázky, se tohoto závěru nedotýká.

50 Předkládací soud rovněž vznáší otázku právních důsledků spojených s nedostatečnou zárukou pro zadavatele, že se složení členů původního poskytovatele služeb během celé doby platnosti smlouvy nezmění.

51 Veřejné zakázky jsou obvykle zadávány právnickým osobám. Pokud je právnická osoba založena ve formě akciové společnosti kótované na burze, vyplývá z její povahy rovněž, že se v každém okamžiku mohou změnit její akcionáři. Taková situace v zásadě nezpochybňuje platnost zadání veřejné zakázky takové společnosti. Pouze ve výjimečných případech, jakými je jednání za účelem obcházení právních předpisů Společenství v oblasti veřejných zakázek, by tomu mohlo být jinak.

52 Analogické úvahy se uplatní v rámci veřejných zakázek zadaných právnickým osobám, založeným, jak je tomu ve věci v původním řízení, ve formě nikoliv akciové společnosti, ale registrovaného družstva s ručením omezeným. Případné změny ve složení v okruhu členů takového družstva nemají v zásadě za následek podstatnou změnu zakázky, která byla této osobě zadána.

53 Ani tyto úvahy tudíž nemění nic na závěru v bodě 45 tohoto rozsudku.

54 Z toho vyplývá, že je třeba odpovědět na první otázku, že pojem „zadávání“ v čl. 3 odst. 1 a v článcích 8 a 9 směrnice 92/50 musí být vykládán v tom smyslu, že nezahrnuje takovou situaci, jako je situace v původním řízení, v níž jsou služby poskytované

zadavateli původním poskytovatelem převedeny na jiného poskytovatele založeného ve formě kapitálové společnosti, jejímž jediným společníkem je původní poskytovatel, který vykonává kontrolu nad novým poskytovatelem a udílí mu pokyny, takže původní poskytovatel má i nadále odpovědnost za dodržování smluvních závazků.

Ke druhé otázce

55 Druhá otázka předkládajícího soudu se váže ke změnám provedeným v základní smlouvě prvním dodatkem, uzavřeným během roku 2001, který nabyl účinnosti dne 1. ledna 2002. Předkládající soud v podstatě vznáší otázku, zda určité změny ceny představují nové zadání zakázky ve smyslu směrnice 92/50.

56 Tato předběžná otázka se zaprvé týká konverze ceny na eura beze změny její reálné hodnoty, zadruhé konverze ceny v eurech provázené snížením její reálné hodnoty a zatřetí přeformulování valorizační doložky.

57 Je třeba odpovědět, že v případě, že je po přechodu na euro stávající zakázka změněna v tom smyslu, že ceny původně vyjádřené v tuzemské měně jsou převedeny na euro, se nejedná o podstatnou změnu veřejné zakázky, ale pouze o její přizpůsobení změněným vnějším okolnostem, pokud jsou částky v eurech zaokrouhleny v souladu s platnými ustanoveními, a zejména s ustanoveními nařízení Rady (ES) č. 1103/97 ze dne 17. června 1997 o některých ustanoveních týkajících se zavedení eura (Úř. věst. L 162, s. 1; Zvl. vyd. 10/01, s. 81).

58 Jestliže zaokrouhlení konvertované ceny v eurech přesáhne částku povolenou relevantními ustanoveními, jedná se o změnu reálné hodnoty cen stanovených původní zakázkou. Vzniká pak otázka, zda taková změna ceny představuje nové zadání zakázky.

59 Je samozřejmé, že cena představuje důležitou podmínku veřejné zakázky (viz v tomto smyslu výše citovaný rozsudek Komise v. CAS Succhi di Frutta, bod 117).

60 Změna takové podmínky během doby platnosti zakázky při neexistenci výslovného zmocnění v tomto smyslu, obsaženého v původní veřejné zakázce, by znamenala riziko porušení zásady transparentnosti a rovného zacházení s uchazeči (viz v tomto smyslu výše citovaný rozsudek Komise v. CAS Succhi di Frutta, bod 121).

61 Konverze cen zakázky na eura během její platnosti by nicméně mohla být spojena s přizpůsobením jejich reálné hodnoty, aniž by z toho vyplývalo nové zadání zakázky, za podmínky, že takové přizpůsobení je minimální a existuje pro něj objektivní vysvětlení, jak je tomu v případě, kdy je jeho cílem zjednodušit provádění zakázky, například zjednodušením operací fakturace.

62 Ve věci v původním řízení byl jednak roční poplatek za využívání redakčních článků a mediálních archívů snížen pouze o 0,3 %, aby odpovídal zaokrouhlenému číslu, umožňujícímu zjednodušit výpočty. Kromě toho byly sníženy ceny za online vkládání tiskových zpráv o 2,94 % na rok 2002 a o 1,47 % na rok 2003, aby mohly být vyjádřeny v zokrouhlených číslech umožňujících rovněž zjednodušit výpočty. Kromě toho, že se tyto úpravy ceny týkají malé částky, nebyly provedeny ve prospěch, ale k tíži poskytovatele, jemuž byla zakázka zadána, který souhlasil se snížením cen, jež vyplývaly z pravidel konverze a valorizace, které se obvykle uplatní.

63 Za těchto podmínek se lze domnívat, že úprava ceny veřejné zakázky v průběhu platnosti nepředstavuje změnu podstatných podmínek této zakázky, která by představovala nové zadání veřejné zakázky ve smyslu směrnice 92/50.

64 Co se týče přeformulování valorizační doložky, je třeba podotknout, že základní smlouva stanovila ve svém § 5 odst. 3 zejména, že „[měřítkem] pro výpočet stability hodnoty je index spotřebitelských cen pro rok 86 (ISC 86), zveřejněný rakouským ústředním statistickým úřadem (ÖSTAT), nebo nový index, který jej nahradí“.

65 Z toho vyplývá, že základní smlouva stanovila nahrazení cenového indexu, který uváděla, prostřednictvím následného indexu.

66 První dodatek nahradil cenový index uvedený v základní smlouvě, tedy index spotřebitelských cen pro rok 1986 (ISC 86) zveřejněný ÖSTAT, novějším indexem, tedy indexem spotřebitelských cen pro rok 1996 (ISC 96), zveřejněným stejnou institucí.

67 Jak již bylo uvedeno v bodě 19 tohoto rozsudku, tento dodatek přijal jako výchozí bod index vypočítaný pro rok 2001, tedy rok uzavření tohoto dodatku, namísto indexu z roku 1994, tedy roku uzavření základní smlouvy. Tato aktualizace výchozího bodu je konzistentní s aktualizací cenových indexů.

68 Z toho vyplývá, že první dodatek se omezil na uplatnění ustanovení základní smlouvy, co se týče aktualizace valorizační doložky.

69 Za takových podmínek je třeba se domnívat, že odkaz na nový cenový index nepředstavuje změnu základních podmínek původní veřejné zakázky, která může představovat nové zadání veřejné zakázky ve smyslu směrnice 92/50.

70 Z toho vyplývá, že je třeba odpovědět na druhou otázku, že pojem „zadávání" v čl. 3 odst. 1 a v článcích 8 a 9 směrnice 92/50 musí být vykládán v tom smyslu, že nezahrnuje přizpůsobení původní smlouvy změněným vnějším podmínkám, jakými jsou konverze cen původně vyjádřených v tuzemské měně na eura, minimální snížení těchto cen za účelem zaokrouhlení a odkaz na nový cenový index, který nahradil dříve určený index, jak bylo stanoveno v původní smlouvě.

Ke třetí otázce

71 Podstatou třetí otázky předkládajícího soudu jsou změny provedené v základní smlouvě druhým dodatkem, uzavřeným během měsíce října 2005, který nabyl účinnosti dne 1. ledna 2006.

72 Tento soud v podstatě vznáší otázku, zda nové zadání zakázky vyplývá jednak ze sjednání nového ustanovení o vzdání se práva výpovědi zakázky, a jednak ze zvýšení rabatů poskytnutých na ceny určitých služeb, které jsou předmětem zakázky.

73 Co se nejprve týče sjednání nového ustanovení o zákazu výpovědi během doby platnosti zakázky uzavřené na dobu neurčitou, je třeba připomenout, že praxe spočívající v uzavření veřejné zakázky na služby na dobu neurčitou je sama o sobě systému

a cíli právních předpisů Společenství v oblasti veřejných zakázek cizí. Taková praxe by mohla případně narušit hospodářskou soutěž mezi potenciálními poskytovateli služeb a zabránit použití ustanovení směrnic Společenství v oblasti zveřejňování vyhlašování veřejných zakázek.

74 Právo Společenství nicméně v současné době nezakazuje zadání veřejné zakázky na služby na dobu neurčitou.

75 Ustanovení, kterým se strany zavazují nevypovědět během určité doby zakázku zadanou na dobu neurčitou, se rovněž nepovažuje bez dalšího za nepřípustné z hlediska práva Společenství v oblasti veřejných zakázek.

76 Jak vyplývá z bodu 34 tohoto rozsudku, relevantním kritériem pro určení, zda sjednání takového ustanovení představuje nové zadání zakázky, je, zda musí být toto ustanovení považováno za podstatnou změnu původní smlouvy (viz v tomto smyslu výše citovaný rozsudek Komise v. Francie, body 44 a 46).

77 Ustanovení, o které se jedná ve věci v původním řízení, formalizuje vzdání se jakéhokoliv práva výpovědi během období odpovídajícího rokům 2005 až 2008.

78 Je nicméně třeba podotknout, že po vypršení ustanovení o zákazu výpovědi dne 31. prosince 1999, obsaženém v základní smlouvě, mohla být dotčená zakázka v původním řízení kdykoli vypovězena s výhradou předchozího oznámení. Zůstala nicméně v platnosti během období odpovídajícího rokům 2000 až 2005 včetně, a to z toho důvodu, že zadavatel ani poskytovatel nevyužili svého práva výpovědi smlouvy.

79 Ze spisu nevyplývá, že během období od roku 2005 do roku 2008, na které se vztahovalo ustanovení o zákazu výpovědi, by měl zadavatel při neexistenci tohoto ustanovení konkrétní perspektivu ukončit stávající smlouvu a provést nové výběrové řízení. I za předpokladu, že by to zadavatel hodlal učinit, nebyla doba, na kterou se vztahovalo toto ustanovení, tedy tři roky, taková, aby mu zabránila v tom, aby tak učinil po dobu nepřiměřenou vzhledem k času, který je nezbytný k zorganizování takové operace. Za těchto podmínek není prokázáno, že takové ustanovení o zákazu výpovědi, pokud není znovu systematicky vkládáno do smlouvy, představuje riziko narušení hospodářské soutěže k újmě nových potenciálních uchazečů. V důsledku toho nemůže být kvalifikováno jako podstatná změna původní smlouvy.

80 Z toho vyplývá, že za podmínek v původním řízení nepředstavuje existence ustanovení o vzdání se výpovědi po dobu tří let v průběhu doby platnosti zakázky na služby uzavřené na dobu neurčitou nové zadání zakázky ve smyslu směrnice 92/50.

81 Co se zadruhé týče zvýšení rabatu stanoveného ve druhém dodatku, je třeba připomenout, že základní smlouva stanovila pro dotčené služby „cenu odpovídající nejnižšímu odstupňovanému tarifu podle oficiálního ceníku […] minus 15 %."

82 Podle vysvětlení poskytnutých Soudnímu dvoru se tato zmínka týká degresivně odstupňovaného tarifu využívaného APA, při jehož použití se ceny za dotčené služby snižují, jestliže stoupne jejich využívání smluvním partnerem APA.

83 Podle některých těchto vysvětlení odpovídá zvýšení sazby rabatu z 15 % na 25 %, stanovené druhým dodatkem, uplatnění nižší ceny. Byť je jejich formální prezentace odlišná, mají snížení ceny a zvýšení sazby rabatu srovnatelný ekonomický efekt.

84 Za těchto podmínek může být zvýšení rabatu vykládáno jako operace spadající pod ustanovení základní smlouvy.

85 A dále vzhledem k tomu, že zvýšením rabatu dochází ke snížení odměny poskytovatele ve srovnání s původně stanovenou odměnou, hospodářská rovnováha smlouvy se nemění ve prospěch poskytovatele.

86 Krom toho nemůže pouhá skutečnost, že zadavatel obdrží výraznější rabat na část služeb, které jsou předmětem zakázky, narušit hospodářskou soutěž k újmě potenciálních uchazečů.

87 Z výše uvedeného vyplývá, že v takové situaci, jako je situace v původním řízení, nemůže skutečnost, že jsou v dodatku ke smlouvě určeny výraznější rabaty k některým cenám určeným podle množství v určité oblasti, než jaké byly původně stanoveny, představovat podstatnou změnu smlouvy, a tudíž nemůže znamenat nové zadání zakázky ve smyslu směrnice 92/50.

88 V důsledku toho je na třetí otázku třeba odpovědět, že pojem „zadávání“ v čl. 3 odst. 1 a v článcích 8 a 9 směrnice 92/50 musí být vykládán v tom smyslu, že nezahrnuje takovou situaci, jako je situace v původním řízení, v níž zadavatel prostřednictvím dodatku ke smlouvě sjednaného s poskytovatelem během doby platnosti zakázky na služby, kterou s ním uzavřel na dobu neurčitou, obnovil na dobu tří let ustanovení o vzdání se práva výpovědi, které již v okamžiku sjednání nového ustanovení neplatilo, a sjednal s ním stanovení výraznějších rabatů, než byly ty, které byly původně určeny pro určité ceny stanovené podle množství v určité oblasti.

89 Vzhledem k odpovědím poskytnutým na první až třetí otázku není namístě odpovídat na čtvrtou až sedmou otázku.

K nákladům řízení

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

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

1) **Pojem „zadávání“ v čl. 3 odst. 1 a v článcích 8 a 9 směrnice 92/50/EHS ze dne 18. června 1992 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na služby musí být vykládán v tom smyslu, že nezahrnuje takovou situaci, jako je situace v původním řízení, v níž jsou služby poskytované zadavateli původním poskytovatelem převedeny na jiného poskytovatele založeného ve formě kapitálové společnosti, jejímž jediným společníkem je původní poskytovatel, který vykonává kontrolu nad novým poskytovatelem a udílí mu pokyny, takže původní poskytovatel má i nadále odpovědnost za dodržování smluvních závazků.**

2) **Pojem „zadávání“ v čl. 3 odst. 1 a v článcích 8 a 9 směrnice 92/50 musí být vykládán v tom smyslu, že nezahrnuje přizpůsobení původní smlouvy změněným vnějším podmínkám, jakými jsou konverze ceny původně vyjádřené ve vnitrostátní měně na euro, minimální snížení této ceny za účelem zaokrouhlení a odkaz na nový cenový index, který nahradil dříve určený index, jak bylo stanoveno v původní smlouvě.**

3) Pojem „zadávání“ v čl. 3 odst. 1 a v článcích 8 a 9 směrnice 92/50 musí být vykládán v tom smyslu, že nezahrnuje takovou situaci, jako je situace v původním řízení, v níž zadavatel prostřednictvím dodatku ke smlouvě sjednaného s poskytovatelem během doby platnosti zakázky na služby, kterou s ním uzavřel na dobu neurčitou, obnovil na dobu tří let ustanovení o vzdání se práva výpovědi, které již v okamžiku sjednání nového ustanovení neplatilo, a sjednal s ním stanovení výraznějších rabatů, než byly ty, které byly původně určeny pro určité ceny stanovené podle množství v určité oblasti.

Podpisy.