ROZSUDEK SOUDNÍHO DVORA (třetího senátu)

15. října 2009 *

Ve věci C-196/08,

jejímž předmětem je žádost o rozhodnutí o předběžné otázce na základě článku 234 ES, podaná rozhodnutím Tribunale amministrativo regionale della Sicilia (Itálie) ze dne 13. března 2008, došlým Soudnímu dvoru dne 14. května 2008, v řízení

Acoset SpA

proti

Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa,

Provincia Regionale di Ragusa,

Comune di Acate (RG),

* Jednací jazyk: italština.

Comune di Chiaramonte Gulfi (RG),

Comune di Comiso (RG),

Comune di Giarratana (RG),

Comune di Ispica (RG),

Comune di Modica (RG),

Comune di Monterosso Almo (RG),

Comune di Pozzallo (RG),

Comune di Ragusa,

Comune di Santa Croce Camerina (RG),

Comune di Scicli (RG),

Comune di Vittoria (RG),

za přítomnosti:

Saceccav Depurazioni Sacede SpA,

SOUDNÍ DVŮR (třetí senát),

ve složení J. N. Cunha Rodrigues (zpravodaj), předseda druhého senátu, zastupující předseda třetího senátu, P. Lindh, A. Rosas, U. Lõhmus a A. Ó Caoimh, soudci,

generální advokát: D. Ruiz-Jarabo Colomer,
vedoucí soudní kanceláře: M. Ferreira, vrchní rada,

s přihlédnutím k písemné části řízení a po jednání konaném dne 2. dubna 2009,

s ohledem na vyjádření předložená:

– za Acoset SpA A. Scuderim a G. Bonaventurou, avvocati,

– za Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa a další N. Gentilem, avvocato,

– za Comune di Vittoria (RG) A. Brunem a C. Giurdanellou, avvocati,

– za italskou vládu R. Adamem, jako zmocněncem, ve spolupráci s G. Fiengem, avvocato dello Stato,

– za rakouskou vládu M. Fruhmannem, jako zmocněncem,

– za polskou vládu M. Dowgielewiczem, jako zmocněncem,

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

po vyslechnutí stanoviska generálního advokáta na jednání konaném dne 2. června 2009,

vydává tento

Rozsudek

1 Žádost o rozhodnutí o předběžné otázce se týká výkladu článků 43 ES, 49 ES a 86 ES.

2 Tato žádost byla podána v rámci sporu mezi společností Acoset SpA (dále jen „Acoset“) a Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. Ragusa (konference starostů a předsedy regionální provincie Ragusa, dále jen „Conferenza“) a dalšími ohledně toho, že Conferenza zrušila nabídkové řízení na výběr soukromého společníka s menšinovým podílem ve smíšené společnosti, jíž bylo přímo zadáno poskytování integrované vodohospodářské služby („servizio idrico integrato“) v provincii Ragusa.

Právní rámec

Právní úprava Společenství

Směrnice 2004/18

3 Článek 1 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES ze dne 31. března 2004 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby (Úř. věst. L 134, s. 114; Zvl. vyd. 06/07, s. 132) stanoví:

„[…]

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

[…]

d) ‚Veřejné zakázky na služby' jsou veřejné zakázky jiné než veřejné zakázky na stavební práce nebo na dodávky, jejichž předmětem je poskytování služeb uvedených v příloze II.

[…]

4. ‚Koncese na služby' je smlouva stejného druhu jako veřejná zakázka na služby s tou výjimkou, že protiplnění za poskytnutí služeb spočívá buď výhradně v právu využívat [provozovat] služby, nebo v tomto právu společně s platbou.

[…]"

4 Článek 3 směrnice 2004/18 uvádí:

„Jestliže veřejný zadavatel udělí zvláštní nebo výlučná práva provádět činnost v oblasti veřejných služeb subjektu jinému, než je tento veřejný zadavatel, musí být v právním aktu, kterým se toto právo uděluje, stanoveno, že daný subjekt musí dodržovat zásadu zákazu diskriminace na základě státní příslušnosti, pokud jde o zakázky na dodávky, které zadává třetím osobám jako součást svých činností."

5 Podle článku 7 uvedené směrnice:

„Tato směrnice se vztahuje na veřejné zakázky […], jejichž odhadovaná hodnota bez daně z přidané hodnoty (DPH) se rovná těmto prahovým hodnotám nebo je vyšší:

[…]

b) 249 000 EUR:

– pro veřejné zakázky na dodávky a na služby zadávané jinými veřejnými zadavateli než těmi, kteří jsou uvedeni v příloze IV [‚Ústřední orgány státní správy],

[…]‘

6 Nařízení Komise (ES) č. 2083/2005 ze dne 19. prosince 2005, kterým se mění směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/17/ES a 2004/18/ES ohledně prahových hodnot používaných při postupech zadávání veřejných zakázek (Úř. věst. L 333, s. 28) změnilo čl. 7 písm. b) směrnice 2004/18, v jejím znění vyplývajícím z nařízení Komise (ES) č. 1874/2004 ze dne 28. října 2004 (Úř. věst. L 326, s. 17), a nahradilo částku 236 000 eur částkou 211 000 eur pro období od 1. ledna 2006 do 1. ledna 2007.

7 Podle článku 2 nařízení Komise (ES) č. 1422/2007 ze dne 4. prosince 2007, kterým se mění směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/17/ES a 2004/18/ES ohledně prahových hodnot používaných při postupech zadávání veřejných zakázek (Úř. věst. L 317, s. 34) byla uvedená částka snížena na 206 000 eur počínaje 1. lednem 2008.

8 Článek 17 směrnice 2004/18 stanoví:

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

9 Podle článku 21 směrnice 2004/18:

„Zakázky, jejichž předmětem jsou služby uvedené v příloze II B, se řídí výhradně článkem 23 a čl. 35 odst. 4.“

10 Do přílohy II B kategorie 27 této směrnice spadají „jiné služby“, s výjimkou pracovních smluv, smluv za účelem koupě, vývoje, výroby nebo účasti na výrobě programového materiálu vysílacími společnostmi a smluv na poskytnutí vysílacího času.

Směrnice 2004/17

11 Podle čl. 1 odst. 2 a 3 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/17/ES ze dne 31. března 2004 o koordinaci postupů při zadávání zakázek subjekty působícími

v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb (Úř. věst. L 134, s. 1; Zvl. vyd. 06/07, s. 19):

„2. […]

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

c) ‚Zakázky na dodávky' jsou zakázky jiné než uvedené v písmenu b), jejichž předmětem je koupě, koupě najaté věci, nájem nebo koupě na splátky výrobků, s předkupním právem či bez něho.

Zakázka, jejímž předmětem je dodávka výrobků a která vedle těchto dodávek zahrnuje rovněž umísťovací a instalační práce, se považuje za ‚zakázku na dodávky';

d) ‚Zakázky na služby' jsou zakázky jiné než zakázky na stavební práce nebo na dodávky, jejichž předmětem je poskytování služeb uvedených v příloze XVII.

Zakázka, jejímž předmětem jsou jak výrobky, tak služby ve smyslu přílohy XVII, se považuje za ‚zakázku na služby', pokud hodnota daných služeb překračuje hodnotu výrobků zahrnutých touto zakázkou.

Zakázka, jejímž předmětem jsou služby uvedené v příloze XVII a která zahrnuje činnosti uvedené v příloze XII pouze jako vedlejší součást hlavního předmětu zakázky, se považuje za zakázku na služby.

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

b) ‚Koncese na služby' je smlouva stejného druhu jako zakázka na služby s tou výjimkou, že protiplnění za poskytnutí služeb spočívá buď výhradně v právu využívat služby [provozovat službu], nebo v tomto právu společně s platbou."

12 Podle článku 4 směrnice 2004/17:

„1. Tato směrnice se vztahuje na tyto činnosti:

a) poskytování nebo provoz pevných sítí určených k poskytování služby veřejnosti v souvislosti s výrobou, dopravou nebo distribucí pitné vody; nebo

b) dodávku pitné vody do takových sítí

[…]“

13 Podle čl. 9 odst. 1 téže směrnice:

„Zakázka, která má zahrnout více činností, se řídí pravidly vztahujícími se na činnost, na kterou je především zaměřena.

Nicméně výběr mezi zadáním jen jedné zakázky a zadáním více oddělených zakázek nemůže být uskutečněn za účelem vyloučení z oblasti působnosti této směrnice, nebo případně směrnice 2004/18/ES.“

14 Článek 18 směrnice 2004/17 stanoví:

„Tato směrnice se nevztahuje na koncese na stavební práce nebo na služby, jež udělují zadavatelé, kteří vykonávají jednu nebo více činností uvedených v článcích 3 až 7, pokud jsou tyto koncese udělovány pro výkon těchto činností.“

Vnitrostátní právní úprava

15 Legislativní nařízení č. 267 ze dne 18. srpna 2000, kterým se stanoví jednotné znění zákonů o organizaci základních územních samosprávných celků (testo unico delle leggi sull’ordinamento degli enti locali) (běžný doplněk ke GURI č. 227 ze dne 28. září 2000), ve znění vládního nařízení s mocí zákona č. 269 ze dne 30. září 2003 o naléhavých

ustanoveních pro podporu rozvoje a nápravu stavu veřejných financí (disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici) (běžný doplněk ke GURI č. 229 ze dne 2. října 2003), které bylo po změně přeměněno v zákon zákonem č. 326 ze dne 24. listopadu 2003 (běžný doplněk ke GURI č. 274, ze dne 25. listopadu 2003, dále jen „legislativní nařízení č. 267/2000"), ve svém čl. 113 odst. 5 stanoví:

„Poskytování služeb [místní veřejné služby územním samosprávným celkem] se uskutečňuje v souladu s odvětvovou právní úpravou a právní úpravou Evropské unie, přičemž zakázky na služby jsou zadávány:

a) kapitálovým společnostem vybraným prostřednictvím nabídkového řízení;

b) společnostem se smíšenou veřejnou a soukromou kapitálovou účastí, ve kterých je soukromý společník vybírán prostřednictvím nabídkového řízení, které zaručuje soulad s vnitrostátními předpisy a předpisy Společenství v oblasti hospodářské soutěže podle hlavních zásad přijatých příslušnými orgány ve zvláštních aktech nebo oběžnících;

c) společnostem s výhradně veřejnou kapitálovou účastí za podmínky, že veřejnoprávní korporace, které vlastní základní kapitál, vykonávají nad společností kontrolu obdobnou té, kterou vykonávají nad vlastními organizačními složkami, a že společnost uskutečňuje většinu své činnosti s veřejnoprávní korporací nebo veřejnoprávními korporacemi, které ji kontrolují."

Spor v původním řízení a předběžná otázka

16 Dne 10. července 2002 uzavřela Provincia Regionale di Ragusa (regionální provincie Ragusa) a obce v oblasti Hyblejského pohoří dohodu o spolupráci, kterou byla zřízena Ambito Territoriale Ottimale (optimální územní oblast, dále jen „ATO“) idrico di Ragusa (vodohospodářství v provincii Ragusa), místní orgán integrované vodohospodářské služby provincie Ragusa.

17 Dne 26. března 2004 určila Conferenza, výkonný orgán ATO, že předmětná služba bude provozována formou „smíšené společnosti s většinovou veřejnou kapitálovou účastí“ podle čl. 113 odst. 5 písm. b) legislativního nařízení č. 267/2000.

18 Dne 7. června 2005 schválila Conferenza návrh zakladatelské smlouvy zakládané akciové společnosti a jejích stanov, jakož i návrh dohody o správě uvedené služby, jejíž článek 1 stanoví přímé zadání výlučného výkonu správy uvedené služby zakládané smíšené společnosti (provozovateli integrované vodohospodářské služby).

19 Následně bylo v *Úředním věstníku Evropských společenství* ze dne 8. října 2005 (Úř. věst. S 195) zveřejněno oznámení o vyhlášení veřejné zakázky na výběr podniku, soukromého společníka s menšinovým podílem, kterému budou svěřeny provozní činnosti integrované vodohospodářské služby a výkon prací souvisejících s výlučnou správou této služby, tedy pracemi stanovenými zejména v tříletém operačním plánu schváleném na shromáždění starostů dne 15. prosince 2003.

20 Podle čl. 1 bodu 8 zadávací dokumentace, „práce, které mají být provedeny, jsou práce obsažené v tříletém operačním plánu, tak, jak byly upraveny nebo doplněny nabídkou,

jakož i následným záměrem stanoveným v územním plánu […]“ a „zadání prací, které nebudou provedeny přímo soukromým společníkem, se musí uskutečnit prostřednictvím veřejného a otevřeného řízení stanoveného zákonem“.

21 Nabídkového řízení se zúčastnila tři dočasná sdružení podniků, vedená společnostmi Saceccav Depurazioni Sacede SpA, Acoset a Aqualia SpA. Hodnotící komise vyloučila společnost Aqualia SpA a povolila účast zbývajících dvou sdružení. Osoba odpovědná za řízení následně vyzvala tato dvě sdružení, aby se vyjádřila, zda mají nadále zájem účastnit se nabídkového řízení. Na uvedenou výzvu odpověděla kladně pouze společnost Acoset.

22 Z rozhodnutí předkládajícího soudu navíc vyplývá, že Conferenza, namísto toho, aby vzala na vědomí zadání veřejné zakázky a přikročila k založení smíšené společnosti pro výkon správy, aby mohla být ihned zahájena předmětná činnost a využívány prostředky Společenství, rozhodla na zasedání ze dne 26. února 2007, že budou zahájeny kroky ke zrušení řízení při výběru společnosti Acoset, neboť panovala obava, že je v rozporu s právem Společenství. Technický sekretariát ATO dopisem ze dne 28. února 2007 oznámil společnosti Acoset zahájení řízení o zrušení nabídkového řízení a společnost Acoset předložila své připomínky v dopise ze dne 26. března 2007.

23 Dne 2. října 2007 se Conferenza vyslovila ve prospěch zrušení předmětného nabídkového řízení a rozhodla, že správa integrované vodohospodářské služby v provincii Ragusa bude vykonávána formou sdružení. Dopisem ze dne 9. října bylo následně společnosti Acoset oznámeno zrušení nabídkového řízení.

24 Společnost Acoset v rámci své žaloby v původním řízení proti rozhodnutí ze dne 2. října 2007, jakož i proti aktům, které na toto rozhodnutí navazují, žádá o přiznání práva na náhradu škody ve formě zadání zakázky a peněžitou náhradu újmy způsobené napadenými akty. Společnost Acoset rovněž v rámci návrhu na vydání předběžného opatření žádá o dočasný odklad vykonatelnosti těchto aktů.

25 Přímé zadání správy místních veřejných služeb smíšeným společnostem podle čl. 113 odst. 5 písm. b) legislativního nařízení č. 267/2000, ve kterých je soukromý společník vybírán prostřednictvím nabídkového řízení, jež je v souladu s předpisy Společenství v oblasti hospodářské soutěže, je podle společnosti Acoset slučitelné s právem Společenství.

26 Žalovaní v původním řízení mají naproti tomu za to, že právo Společenství umožňuje takové přímé zadání prací a služeb bez nabídkového řízení pouze společnostem s výhradně veřejnou kapitálovou účastí, které vykonávají podstatnou část své činnosti s veřejným subjektem, který je vlastní a který nad nimi vykonává kontrolu obdobnou té, kterou vykonává nad vlastními organizačními složkami. Byť i menšinová účast soukromého podniku na kapitálu společnosti, ve které má rovněž účast dotčený zadavatel, každopádně vylučuje, aby tento zadavatel mohl vykonávat nad touto společností kontrolu obdobnou té, kterou vykonává nad vlastními organizačními složkami (viz zejména rozsudek ze dne 11. ledna 2005, Stadt Halle a RPL Lochau, C-26/03, Sb. rozh. s. I-1).

27 Tribunale amministrativo regionale della Sicilia má za to, že otázka slučitelnosti přímého zadání dotčené zakázky s právem Společenství, jež byla vznesena společností Acoset, je relevantní a že odpověď na tuto otázku nelze jasně vyvodit z judikatury Soudního dvora.

28 Za těchto podmínek se Tribunale amministrativo regionale della Sicilia rozhodl přerušit řízení o návrhu na odklad vykonatelnosti a položit Soudnímu dvoru následující předběžnou otázku:

„Je v souladu s právem Společenství, a především se zásadami transparentnosti a svobodné hospodářské soutěže uvedenými v článcích 43 ES, 49 ES a 86 ES, model smíšené společnosti s veřejným a soukromým kapitálem založené zvláště pro výkon určité veřejné služby s hospodářským významem a s výlučným předmětem činnosti, jíž je přímo zadáno poskytování předmětné služby a v níž je soukromý společník ‚průmyslového' a ‚provozního' charakteru vybrán na základě veřejného a otevřeného řízení po předchozím ověření jak finančních a technických podmínek, tak i čistě

operativních a provozních požadavků týkajících se služby, která má být vykonávána, a konkrétních plnění, která mají být poskytována?“

K přípustnosti

29 Rakouská vláda uvádí, že žádost o rozhodnutí o předběžné otázce musí být prohlášena za nepřípustnou z důvodu, že předkládací rozhodnutí neobsahuje dostatek informací o skutkovém a právním rámci, do něhož je zasazeno původní řízení, které by umožnily Soudnímu dvoru užitečně odpovědět na předběžnou otázku. Zvláště chybějí informace o specifičnosti dotčeného či dotčených plnění, o obsahu oznámení o vyhlášení nabídkového řízení a nabídkového řízení samotného, jakož i o některých pojmech použitých v položené otázce.

30 Pokud jde o informace, jež musejí být Soudnímu dvoru poskytnuty v rámci předkládacího rozhodnutí, je třeba připomenout, že tyto informace neslouží pouze k tomu, aby umožnily Soudnímu dvoru dát užitečné odpovědi, ale mají rovněž poskytnout vládám členských států, jakož i ostatním zúčastněným možnost předložit svá vyjádření v souladu s článkem 23 statutu Soudního dvora. Z ustálené judikatury vyplývá, že za tímto účelem je jednak nezbytné, aby vnitrostátní soud vymezil skutkový a právní rámec, ze kterého vycházejí otázky, které pokládá, nebo aby alespoň vysvětlil skutkové předpoklady, na kterých jsou tyto otázky založeny. Předkládací rozhodnutí musí krom toho uvést přesné důvody, které vedly vnitrostátní soud k tomu, aby si kladl otázky ohledně výkladu práva Společenství, a usoudil, že je nezbytné položit Soudnímu dvoru předběžné otázky. V tomto kontextu je nezbytné, aby vnitrostátní soud podal alespoň určité minimální vysvětlení k důvodům výběru ustanovení práva Společenství, o jejichž výklad žádá, a k souvislosti, kterou spatřuje mezi těmito ustanoveními a vnitrostátními právními předpisy použitelnými na spor v původním řízení (viz zejména rozsudek ze dne 6. března 2007, Placanica a další, C-338/04, C-359/04 a C-360/04, Sb. rozh. s. I-1891, bod 34).

31 Předkládací rozhodnutí Tribunale amministrativo regionale della Sicilia splňuje tyto požadavky.

32 Vnitrostátní soud totiž uvádí použitelné vnitrostátní předpisy a předkládací rozhodnutí obsahuje popis skutkového stavu, který je, byť stručný, dostačující k tomu, aby Soudní dvůr mohl rozhodnout. Uvedený soud krom toho uvádí důvody, které ho vedly k tomu, aby považoval za nezbytné položit Soudnímu dvoru předběžnou otázku, vzhledem k tomu, že předkládací rozhodnutí obsahuje podrobný popis protichůdných názorů zastávaných účastníky v původním řízení ohledně výkladu předpisů Společenství, které jsou předmětem předběžné otázky, a že nelze odpověď na uvedenou otázku podle předkládajícího soudu jasně vyvodit z judikatury Soudního dvora.

33 Krom toho Conferenza uvádí, že vzhledem k tomu, že byl postup při výběru soukromého společníka dotčený v původním řízení zrušen, nemá společnost Acoset právní zájem na zodpovězení položené otázky.

34 V tomto ohledu postačí uvést, že článek 234 ES zavedl přímou spolupráci mezi Soudním dvorem a vnitrostátními soudy na základě řízení, které nijak nezávisí na podnětu účastníků řízení a během něhož jsou účastníci řízení pouze vyzváni k tomu, aby se vyjádřili k otázkám, ke kterým může dát podnět pouze vnitrostátní soud (viz v tomto smyslu zejména rozsudek ze dne 9. prosince 1965, Singer, 44/65, Recueil, s. 1191).

35 Za těchto okolností je třeba otázku položenou předkládajícím soudem přezkoumat.

K předběžné otázce

36 Podstatou otázky předkládajícího soudu je, zda články 43 ES, 49 ES a 86 ES brání přímému zadání veřejné služby, zahrnujícímu provedení některých předběžných stavebních prací, jako je služba dotčená v původním řízení, společnosti se smíšeným veřejným a soukromým kapitálem s výlučným předmětem činnosti, která je založena zvláště pro účely výkonu této služby a v níž je soukromý společník vybírán na základě nabídkového řízení, po předchozím ověření finančních, technických, operativních a provozních požadavků týkajících se služby, která má být vykonávána, a charakteristických prvků nabídky s ohledem na plnění, která mají být poskytována.

37 Úvodem je třeba uvést, že zadání místní veřejné integrované vodohospodářské služby dotčené v původním řízení může v závislosti na způsobu protiplnění za tuto službu spadat pod definici „veřejné zakázky na služby“ nebo definici „koncese na služby“ ve smyslu čl. 1 odst. 2 písm. d) a odst. 4 směrnice 2004/18, nebo případně i čl. 1 odst. 2 písm. d) a odst. 3 písm. b) směrnice 2004/17, jejíž čl. 4 odst. 1 písm. a) stanoví, že se tato směrnice vztahuje na poskytování nebo provoz pevných sítí určených k poskytování služby veřejnosti v souvislosti s výrobou, dopravou nebo distribucí pitné vody nebo na dodávku pitné vody do takových sítí.

38 Otázku, zda činnost má, či nemá být kvalifikována jako „koncese na služby“ nebo jako „veřejná zakázka na služby“, je třeba posoudit výlučně podle práva Společenství (viz zejména rozsudek ze dne 18. července 2007, Komise v. Itálie, C-382/05, Sb. rozh. s. I-6657, bod 31).

39 Rozdíl mezi zakázkou na služby a koncesí na služby spočívá v protiplnění za poskytnutí služeb (viz zejména rozsudek ze dne 10. září 2009, WAZV Gotha, C-206/08, Sb. rozh. s. I-8377, bod 51). „Veřejná zakázka na služby“ ve smyslu směrnic 2004/18 a 2004/17 zahrnuje protiplnění, které platí přímo veřejný zadavatel poskytovateli služeb (viz zejména rozsudek ze dne 13. října 2005, Parking Brixen, C-458/03, Sb. rozh. s. I-8585, bod 39). O koncesi na služby se jedná tehdy, pokud sjednaný způsob odměny tkví v právu provozovat službu, a předpokládá, že dodavatel na sebe bere riziko spojené

s provozováním dotčených služeb (viz zejména rozsudek ze dne 13. listopadu 2008, Komise v. Itálie, C-437/07, body 29 a 31, jakož i výše uvedený WAZV Gotha, body 59 a 68).

40 Předkládající soud odkazuje na zakládanou smíšenou společnost jako na „držitele koncese“ na výkon správy integrované vodohospodářské služby. Ze spisu vyplývá, že délka trvání činnosti je stanovena na 30 let.

41 Stejně tak italská vláda poukazuje na to, že se zjevně jedná o zadání veřejné služby prostřednictvím třicetileté koncese, jejímž hlavním protiplněním je možnost stanovit uživatelům poplatky za spotřebu vody, kterou nabídkové řízení uvádí jakožto náhradu za poskytnutou službu.

42 Soudní dvůr tedy vychází z předpokladu, že se jedná o koncesi.

43 Soudní dvůr uznal, že se jedná o koncesi na služby zejména v případě, kdy odměna poskytovatele pochází z plateb od uživatelů veřejného parkoviště, veřejné dopravy a sítě kabelové televize (viz rozsudky Parking Brixen, uvedený výše, bod 40; rozsudek ze dne 6. dubna 2006, ANAV, C-410/04, Sb. rozh. s. I-3303, bod 16, a ze dne 13. listopadu 2008, Coditel Brabant, C-324/07, Sb. rozh. s. I-8457, bod 24).

44 Článek 17 směrnice 2004/18 stanoví, že aniž je dotčeno použití předpisů podle článku 3 této směrnice, nevztahuje se tato směrnice na koncese na služby. Stejně tak článek 18 směrnice 2004/17 vylučuje použití této směrnice na koncese na služby, jež udělují

zadavatelé, kteří vykonávají jednu nebo více činností uvedených v článcích 3 až 7 uvedené směrnice, pokud jsou tyto koncese udělovány pro výkon těchto činností.

45 Mimoto je nesporné, že výkon prací spojených s výlučnou správou integrované vodohospodářské služby dotčené v původním řízení má vedlejší povahu ve vztahu k hlavnímu předmětu dotčené koncese, spočívajícímu v poskytování této služby, takže ji nelze považovat za „koncesi na stavební práce“ (viz v tomto smyslu zejména rozsudek ze dne 19. dubna 1994, Gestión Hotelera Internacional, C-331/92, Recueil, s. I-1329, body 26 až 28, a čl. 9 odst. 1 směrnice 2004/17).

46 Nehledě na skutečnost, že smlouvy o koncesi na veřejné služby jsou vyňaty z působnosti směrnic 2004/18 a 2004/17, jsou veřejné orgány, které je uzavírají, nicméně povinny obecně dodržovat základní pravidla Smlouvy o ES, a zvláště zásadu zákazu diskriminace na základě státní příslušnosti (viz zejména výše uvedený rozsudek ANAV, bod 18).

47 Zvláštní ustanovení Smlouvy použitelná na koncese na veřejné služby zahrnují zejména články 43 ES a 49 ES (viz zejména výše uvedený rozsudek ANAV, bod 19).

48 Vedle zásady zákazu diskriminace na základě státní příslušnosti se na koncese na veřejné služby použije rovněž zásada rovného zacházení s uchazeči, a to i v případě neexistence diskriminace na základě státní příslušnosti (viz zejména výše uvedený rozsudek ANAV, bod 20).

49 Zásada rovného zacházení a zásada zákazu diskriminace na základě státní příslušnosti s sebou nesou zejména povinnost transparentnosti, která umožňuje veřejnému orgánu udělujícímu koncesi, aby se ujistil, že uvedené zásady jsou dodrženy. Tato povinnost transparentnosti, která náleží uvedenému orgánu, spočívá v zajištění, ve prospěch

každého potenciálního uchazeče, odpovídajícího stupně zveřejnění umožňujícího otevření koncese na služby konkurenci, jakož i kontrolu nestrannosti zadávacího řízení (viz zejména výše uvedený rozsudek ANAV, bod 21).

50 Mimoto z čl. 86 odst. 1 ES vyplývá, že členské státy nesmí ponechat v platnosti vnitrostátní právní úpravu, která umožňuje udělení koncese na veřejné služby bez zajištění soutěže, pokud takové udělení porušuje články 43 ES nebo 49 ES nebo zásadu rovného zacházení, zásadu zákazu diskriminace a zásadu transparentnosti (viz zejména výše uvedený rozsudek ANAV, bod 23).

51 Použití pravidel uvedených v článcích 12 ES, 43 ES a 49 ES, jakož i obecných zásad, jichž jsou zvláštním vyjádřením, je nicméně vyloučeno, pokud je zároveň kontrola vykonávaná nad držitelem koncese veřejným orgánem udělujícím koncesi obdobná kontrole, kterou veřejný orgán udělující koncesi vykonává nad vlastními organizačními složkami, a pokud tento subjekt vykonává většinu své činnosti s orgánem, který jej vlastní (viz zejména výše uvedený rozsudek ANAV, bod 24). V takovém případě není výzva k účasti v soutěži povinná, i když je druhá smluvní strana entitou právně odlišnou od zadavatele (viz zejména rozsudek ze dne 10. září 2009, Sea, C-573/07, Sb. rozh. s. I-8127, bod 36).

52 Tato judikatura je relevantní jak pro výklad směrnic 2004/18 a 2004/17, tak pro výklad článků 43 ES a 49 ES, jakož i obecných zásad, jichž jsou zvláštním vyjádřením (viz zejména výše uvedený rozsudek Sea, bod 37).

53 Účast, byť menšinová, soukromého podniku na kapitálu společnosti, ve které má rovněž účast dotčený veřejný zadavatel, vylučuje, aby tento veřejný zadavatel mohl vykonávat nad touto společností kontrolu obdobnou té, kterou vykonává nad vlastními organizačními složkami (viz zejména výše uvedený rozsudek Sea, bod 46).

54 Tak je tomu v případě koncese dotčené v původním řízení, kde soukromý společník musí vlastnit 49 % základního kapitálu smíšené společnosti, které bude udělena dotčená koncese.

55 Za těchto podmínek je důležité určit přesněji, zda zadání předmětné veřejné služby smíšené společnosti bez zvláštní výzvy k účasti v soutěži je slučitelné s právem Společenství, pokud byly při nabídkovém řízení na výběr soukromého společníka vykonávajícího správu integrované vodohospodářské služby dodrženy články 43 ES a 49 ES, jakož i zásady rovného zacházení a zákazu diskriminace na základě státní příslušnosti, stejně jako povinnost transparentnosti, která z nich vyplývá.

56 Z judikatury vyplývá, že udělení veřejné zakázky podniku se smíšenou majetkovou účastí bez výzvy k účasti v soutěži je na překážku cíli volné a nenarušené hospodářské soutěže a zásady rovného zacházení v rozsahu, v němž by takový postup poskytl soukromému podniku, který má účast na kapitálu této společnosti, výhodu vzhledem k jeho konkurentům (rozsudky Stadt Halle a RPL Lochau, uvedený výše, bod 51, jakož i ze dne 10. listopadu 2005, Komise v. Rakousko, C-29/04, Sb. rozh. s. I-9705, bod 48).

57 Krom toho, jak je uvedeno v bodě 2.1 interpretačního sdělení Komise, týkajícího se uplatňování právních předpisů Společenství v oblasti veřejných zakázek a koncesí na institucionalizovaná partnerství veřejného a soukromého sektoru (IPPP) (Úř. věst. 2008, C 91, s. 4), skutečnost, že soukromý subjekt a veřejný zadavatel spolupracují v rámci jednoho subjektu se smíšeným kapitálem, nemůže ospravedlnit nedodržování ustanovení, která se týkají koncesí, když se tomuto soukromému subjektu nebo subjektu se smíšeným kapitálem uděluje koncese.

58 Nicméně, jak uvedl generální advokát v bodě 85 svého stanoviska, použití dvojího nabídkového řízení je těžko slučitelné s hospodárností řízení charakteristickou pro institucionalizovaná partnerství veřejného a soukromého sektoru, jako je partnerství

dotčené v původním řízení, jejichž zakládání spojuje v jednom postupu jak výběr soukromé hospodářské složky, tak udělení koncese subjektu se smíšeným kapitálem vytvořenému pouze za tímto účelem.

59 Absence výzvy k účasti v soutěži v rámci zadání služeb se sice zdá být neslučitelná s články 43 ES a 49 ES, jakož i se zásadami rovnosti a zákazu diskriminace, avšak výběr soukromého společníka při dodržení požadavků uvedených v bodech 46 až 49 tohoto rozsudku a volba kritérií výběru soukromého společníka umožňují tuto situaci napravit, pokud uchazeč musí prokázat, krom své způsobilosti stát se společníkem, především svou technickou způsobilost poskytovat službu, jakož i hospodářské a jiné výhody vyplývající z jeho nabídky.

60 Vzhledem k tomu, že jsou kritéria výběru soukromého společníka založena nikoli pouze na vloženém kapitálu, ale rovněž i na technické způsobilosti tohoto společníka a na charakteristice jeho nabídky s ohledem na konkrétní plnění, která mají být poskytována, a že je tento společník, jako je tomu ve věci v původním řízení, pověřen provozními činnostmi předmětné služby, a tedy správou této služby, lze mít za to, že výběr koncesionáře vyplývá nepřímo z výběru uvedeného společníka, který proběhl na základě řízení, jež bylo v souladu se zásadami práva Společenství, takže druhé řízení na výběr koncesionáře by nebylo odůvodněné.

61 V takové situaci by použití dvojího řízení nejprve na výběr soukromého společníka smíšené společnosti a následně na udělení koncese uvedené společnosti mohlo odradit soukromé subjekty a veřejné orgány od zakládání institucionalizovaného partnerství veřejného a soukromého sektoru dotčeného v původním řízení z důvodu délky trvání vlastní provádění takových řízení a právní nejistoty ohledně udělení koncese předem vybranému soukromému společníkovi.

62 Je třeba upřesnit, že společnost se smíšenou veřejnou a soukromou kapitálovou účastí, jako je společnost dotčená v původním řízení, musí mít stejný předmět činnosti během

celé délky trvání koncese a že jakákoli podstatná změna smlouvy by s sebou nesla povinnost učinit výzvu k účasti v soutěži (viz v tomto smyslu rozsudek ze dne 19. července 2008, pressetext Nachrichtengagentur, C-454/06, Sb. rozh. s. I-4401, bod 34).

63 S ohledem na výše uvedené je třeba na položenou otázku odpovědět tak, že články 43 ES, 49 ES a 86 ES nebrání přímému zadání takové veřejné služby zahrnující provedení některých předběžných stavebních prací, jako je služba dotčená v původním řízení, společnosti se smíšeným veřejným a soukromým kapitálem, která je založena zvláště pro účely výkonu této služby a jež má výlučný předmět činnosti, v níž je soukromý společník vybírán na základě nabídkového řízení, po předchozím ověření finančních, technických, operativních a provozních požadavků týkajících se služby, která má být vykonávána, a charakteristických prvků nabídky s ohledem na plnění, která mají být poskytována, za předpokladu, že je předmětné nabídkové řízení v souladu se zásadami svobodné hospodářské soutěže, transparentnosti a rovného zacházení, jež ukládá Smlouva v oblasti koncesí.

K nákladům řízení

64 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:

Články 43 ES, 49 ES a 86 ES nebrání přímému zadání takové veřejné služby zahrnující provedení některých předběžných stavebních prací, jako je služba dotčená v původním řízení, společnosti se smíšeným veřejným a soukromým kapitálem, která je založena zvláště pro účely výkonu této služby a jež má výlučný předmět činnosti, v níž je soukromý společník vybírán na základě nabídkového řízení, po předchozím ověření finančních, technických, operativních a provozních

požadavků týkajících se služby, která má být vykonávána, a charakteristických prvků nabídky s ohledem na plnění, která mají být poskytována, za předpokladu, že je předmětné nabídkové řízení v souladu se zásadami svobodné hospodářské soutěže, transparentnosti a rovného zacházení, jež ukládá Smlouva v oblasti koncesí.

Podpisy.