ROZSUDEK SOUDNÍHO DVORA (prvního senátu)

11. ledna 2005 *

Ve věci C-26/03,

jejímž předmětem je žádost o rozhodnutí o předběžné otázce na základě článku 234 ES, podaná rozhodnutím Oberlandesgericht Naumburg (Německo), ze dne 8. ledna 2003, došlým Soudnímu dvoru dne 23. ledna 2003, v řízení

Stadt Halle,

RPL Recyclingpark Lochau GmbH

proti

Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna,

* Jednací jazyk: němčina.

SOUDNÍ DVŮR (první senát),

ve složení P. Jann, předseda senátu, J. N. Cunha Rodrigues, E. Juhász (zpravodaj), M. Ilešič a E. Levits, soudci,

generální advokátka: C. Stix-Hackl,

vedoucí soudní kanceláře: R. Grass,

s přihlédnutím k písemné části řízení,

s ohledem na vyjádření předložená:

— za Stadt Halle U. Jasper, Rechtsanwältin,

— za Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna K. Heuvelsem, Rechtsanwalt,

— za Francouzskou republiku G. de Berguesem et D. Petrauschem, jako zmocněnci,

— za Rakouskou republiku M. Fruhmannem, jako zmocněncem,

— za Finskou republiku T. Pynnä, jako zmocněnkyní,

— za Komisi Evropských společenství K. Wiednerem, jako zmocněncem,

po vyslechnutí stanoviska generální advokátky na jednání konaném dne 23. září 2004,

vydává tento

Rozsudek

1 Žádost o rozhodnutí o předběžné otázce se týká výkladu čl. 1 odst. 1 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 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), která byla pozměněna směrnicí Evropského parlamentu a Rady 97/52/ES ze dne 13. října 1997 (Úř. věst. L 328, s. 1; Zvl. vyd. 06/03, s. 3, dále jen „směrnice 89/665"). Žádost o rozhodnutí o předběžné otázce se týká rovněž výkladu článku 1 bodu 2 a čl. 13 odst. 1 směrnice Rady 93/38/EHS ze dne 14. června 1993 o koordinaci postupů při zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a telekomunikací (Úř. věst. L 199, s. 84; Zvl. vyd. 06/02, s. 194), ve znění směrnice Evropského parlamentu a Rady 98/4/ES ze dne 16. února 1998 (Úř. věst. L 101, s. 1; Zvl. vyd. 06/03, s. 91, dále jen „směrnice 93/38").

2 Tato žádost byla předložena v rámci sporu mezi Stadt Halle (město Halle) (Německo) a společností RPL Recyclingpark Lochau GmbH (dále jen „RPL Lochau") na jedné straně a společností Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna (dále jen „TREA Leuna") na straně druhé ve věci zachování pravidel postupu s ohledem na právní předpisy Společenství při zadávání bez vyhlášení veřejné zakázky na služby týkající se zpracování odpadů Stadt Halle společnosti RPL Lochau, na jejímž kapitálu má většinovou účast Stadt Halle a minoritní účast soukromá společnost.

Právní rámec

Právní úprava Společenství

3 Podle čl. 1 písm. a) směrnice 92/50, ve znění směrnice 97/52 (dále jen „směrnice 92/50"), jsou „veřejné zakázky na služby" „zakázky sjednané písemně úplatnou smlouvou mezi poskytovatelem služeb a zadavatelem". V souladu s čl. 1 písm. b) téže směrnice jsou „zadavateli" „stát, regionální nebo místní orgány, veřejnoprávní subjekty, sdružení tvořená jedním nebo více takovými orgány či veřejnoprávními subjekty". Konečně čl. 1 písm. c) této směrnice definuje „poskytovatele služeb" jako „jak[ou]koliv fyzick[ou] či právnick[ou] osob[u], včetně veřejnoprávního subjektu, která nabízí služby".

4 Podle článku 8 směrnice 92/50 „zakázky, jejichž předmětem jsou služby uvedené v příloze I A, jsou zadávány v souladu s ustanoveními hlavy III až VI". Tato ustanovení obsahují v podstatě pravidla v oblasti vyhlášení a zveřejnění. Článek 11 odst. 1 téže směrnice stanoví, že při zadávání veřejné zakázky na služby „používají

zadavatelé postupy uvedené v čl. 1 písm. d), e) a f), přizpůsobené účelům této směrnice". Postupy, na které toto ustanovení odkazuje, jsou „otevřená řízení", „omezená řízení" a vyjednávací řízení".

5 Kategorie č. 16 přílohy I A výše uvedené směrnice uvádí „[s]lužby týkající se kanalizací a odvozu odpadu, sanitární a podobné služby".

6 Článek 7 odst. 1 písm. a) směrnice 92/50 stanoví, že se tato směrnice vztahuje na veřejné zakázky na služby, jejichž odhadovaná hodnota bez DPH „není menší než 200 000 ECU".

7 Z druhého a třetího bodu odůvodnění směrnice 89/665 vyplývá, že jejím účelem je zajistit uplatňování právních předpisů Společenství upravujících zadávání veřejných zakázek účinnými a rychlými opravnými prostředky, zejména ve stadiu, kdy lze protiprávní jednání napravit, vzhledem k tomu, že otevření veřejných zakázek soutěži na úrovni Společenství vyžaduje značné posílení záruk transparentnosti a nediskriminace.

8 Za tímto účelem čl. 1 odst. 1 a 3 směrnice 89/665 stanoví:

„1. Pokud jde o postupy při zadávání veřejných zakázek, které spadají do působnosti směrnic [...], přijmou členské státy opatření nezbytná pro zajištění účinného, a zejména co nejrychlejšího přezkumu rozhodnutí učiněných zadavateli podle následujících článků, a zejména čl. 2 odst. 7 z toho důvodu, že rozhodnutí porušila

právo Společenství v oblasti veřejných zakázek nebo vnitrostátní předpisy je provádějící.

[...]

3. Členské státy zajistí, aby přezkumné řízení bylo dostupné podle podrobných pravidel, která mohou stanovit členské státy, každé osobě, která má nebo měla zájem na získání určité veřejné zakázky [...] a které v důsledku domnělého protiprávního jednání vznikla škoda nebo jí hrozí. Členské státy mohou zejména požadovat, aby osoba usilující o přezkum nejprve oznámila zadavateli domnělé protiprávní jednání a svůj záměr podat návrh na přezkum."

9 Podle čl. 2 odst. 1 směrnice 89/665:

„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, včetně odstranění diskriminačních technických, hospodářských nebo finančních specifikací ve výzvě k účasti v soutěži, v zadávací dokumentaci nebo v jakýchkoliv dalších dokumentech souvisejících s postupem při zadávání veřejných zakázek;

c) přiznat náhradu škody osobám poškozeným protiprávním jednáním.

[...]"

10 Podle článku 1 směrnice 93/38:

„[p]ro účely této směrnice se:

[...]

2) ‚veřejným podnikem' rozumí jakýkoliv podnik, ve kterém orgány veřejné moci mohou vykonávat přímo, nebo nepřímo dominantní vliv na základě jejich vlastnictví podniku, majetkové účasti nebo předpisů, kterými je upraven. Dominantní vliv orgánů veřejné moci se předpokládá, pokud tyto orgány přímo, nebo nepřímo ve vztahu k podniku:

— vlastní většinu upsaného základního jmění podniku nebo

— mají většinu hlasovacích práv vyplývajících z podílů na podniku nebo

— mohou jmenovat více než polovinu členů správních, řídících nebo dozorčích orgánů podniku;

3) ‚přidruženým podnikem' rozumí [...] jakýkoliv podnik, ve kterém může zadavatel přímo, nebo nepřímo vykonávat dominantní vliv ve smyslu odstavce 2 [...].

[...]"

11 Článek 13 směrnice 93/38 stanoví:

„1 Tato směrnice se nevztahuje na zakázky na služby, které:

a) zadavatel zadává přidruženému podniku;

[...]

za předpokladu, že alespoň 80 % průměrného obratu výše uvedeného podniku za služby dosaženého v rámci Společenství za předchozí tři roky pochází z poskytování takových služeb podnikům, ke kterým je přidružen.

[...]"

Vnitrostátní právní úprava

12 Z rozhodnutí o postoupení předběžné otázky vyplývá, že přezkum v oblasti veřejných zakázek je v německém právu upraven Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (zákon proti omezování hospodářské soutěže). V souladu s článkem 102 tohoto zákona může být „zadání veřejné zakázky" předmětem přezkumu. Uchazeč nebo zájemce má subjektivní právo na dodržování „ustanovení upravujících postup při zadávání zakázky", které mu umožňuje uplatnit vůči zadavateli práva, která mu přiznává čl. 97 odst. 7 téhož zákona „týkající se výkonu nebo opomenutí jednání v rámci postupu při zadávání zakázek [...]".

13 Rozhodnutí o postoupení předběžné otázky upřesňuje, že na základě těchto ustanovení a v souladu s názorem části judikatury a právní teorie v Německu je přezkum v oblasti zadávání zakázek možný pouze, pokud žadatel usiluje o to, aby přinutil zadavatele chovat se určitým způsobem v rámci formálního postupu při zadávání předmětné zakázky, což znamená, že žádat o přezkum není možné, pokud zadavatel rozhodl nevyhlásit veřejnou zakázku a nezahájit formálně postup při zadání zakázky. Tento názor je však zpochybňován jinou částí judikatury a právní teorie.

Spor v původním řízení a předběžné otázky

14 Z rozhodnutí o postoupení předběžné otázky vyplývá, že Stadt Halle rozhodnutím obecní rady ze dne 12. prosince 2001 zadalo RPL Lochau vypracování záměru směřujícího k předběžnému zpracování, využití a odstranění svých odpadů, aniž by formálně zahájilo postup při zadání veřejné zakázky. Stadt Halle zároveň rozhodlo, rovněž bez učinění výzvy k účasti v soutěži, zahájit jednání s RPL Lochau za účelem uzavření smlouvy na odvoz zbytkového komunálního odpadu od 1. června 2005 s touto společností. Tato společnost je údajně investorem pro výstavbu tepelného zařízení pro odstraňování a využití odpadů.

15 RPL Lochau je společností s ručením omezeným založenou v roce 1996. Její kapitál vlastní jednak ve výši 75,1 % Stadtwerke Halle GmbH, jejíž jediný společník, Verwaltungsgesellschaft für Versorgungs- und Verkehrsbetriebe der Stadt Halle mbH, patří ze 100 % Stadt Halle, a jednak ve výši 24,9 % soukromá společnost s ručením omezeným. Překládající soud kvalifikuje RPL Lochau jako „společnost s účastí veřejného sektoru" a uvádí, že rozdělení kapitálu této společnosti bylo dohodnuto v rámci společenské smlouvy až koncem roku 2001, když bylo rozhodnuto o zadání realizace dotčeného záměru.

16 Překládající soud rovněž poznamenává, že předmětem podnikání RPL Lochau je provozování zařízení pro recyklaci a odvoz odpadů. Usnesení valné hromady jsou přijímána buď prostou většinou, nebo většinou 75 % hlasů. Obchodní a technické vedení této společnosti je v současné době svěřeno třetímu podniku a Stadt Halle je zejména oprávněno kontrolovat účetnictví.

17 TREA Leuna, která se dozvěděla o zadání zakázky mimo rámec postupu stanoveného právními předpisy Společenství v oblasti veřejných zakázek a která měla rovněž zájem o poskytování uvedených služeb, se postavila proti rozhodnutí Stadt Halle a obrátila se k senátu veřejných zakázek při Regierungspräsidium Halle s žádostí o přezkum směřující k tomu, aby Stadt Halle byla uložena povinnost vyhlásit veřejnou zakázku.

18 Stadt Halle na svou obranu uplatňuje, že v souladu s vnitrostátními právními předpisy uvedenými v bodech 12 a 13 tohoto rozsudku není žádost o přezkum přípustná z důvodu, že jakožto zadavatel formálně nezahájilo postup při zadání zakázky. RPL Lochau je mimoto jakýmsi prodloužením Stadt Halle, neboť je jím kontrolována. Jedná se tedy o „interní transakci", na kterou se právní předpisy v oblasti veřejných zakázek nepoužijí.

19 Vyšší instance žádosti TREA Leuna vyhověla, když měla za to, že při nedostatku postupu při zadání zakázky musejí být rozhodnutí zadavatele předmětem přezkumu. Rovněž shledala, že v tomto případě se nejedná o „interní transakci" z toho důvodu, že menšinová soukromá účast přesahuje prahovou hodnotu 10 %, od které se v souladu s německou právní úpravou společností s ručením omezeným jedná o minoritu společníků, která má určitá vymezená práva. Dále shledala, že činnost, kterou RPL Lochau pro Stadt Halle uskutečňuje, umožňuje počítat s dostatečnou jistotou s využitím její kapacity pro Stadt Halle pouze do výše 61,25 %, takže proto, aby podnik našel odbytiště pro zbytek své kapacity, musí získat zakázky na trhu, na kterém je činný.

20 Oberlandesgericht Naumburg, k němž podalo Stadt Halle odvolání, se rozhodl přerušit řízení a položit Soudnímu dvoru následující předběžné otázky:

„1) a) Ukládá čl. 1 odst. 1 směrnice [89/665] členským státům zajistit možnost účinného a zejména co nejrychlejšího přezkumu rozhodnutí zadavatele nezadat veřejnou zakázku v rámci postupu přizpůsobeného ustanovením směrnic týkajících se zadávání veřejných zakázek?

b) Ukládá čl. 1 odst. 1 směrnice [89/665] členským státům rovněž zajistit možnost účinného a zejména co nejrychlejšího přezkumu rozhodnutí učiněných zadavateli před formálním vyhlášením zakázky, zejména rozhodnutí ohledně předběžných otázek týkajících se zjištění, zda je získání určité zakázky obecně v osobní nebo věcné působnosti směrnic o zadávání veřejných zakázek nebo zda se výjimečně jedná o případ vynětí z práva zadávání zakázek?

c) V případě kladné odpovědi na [první] otázku [písm. a)] a záporné odpovědi na [první] otázku [písm. b)]:

Splní členský stát svoji povinnost zajistit možnost účinného a zejména co nejrychlejšího přezkumu rozhodnutí zadavatele nezadat veřejnou zakázku v rámci postupu přizpůsobeného ustanovením směrnic o zadávání veřejných zakázek, jestliže přístup k přezkumnému řízení je podmíněn skutečností, že získání dosáhlo určitého formálního stadia, například zahájení ústního nebo písemného smluvního jednání se třetí osobou?

2) a) V případě, že jednak zadavatel, jakým jsou regionální nebo místní orgány, má v úmyslu uzavřít se subjektem od něj formálně odlišným – dále jen ‚smluvní partner' – písemnou úplatnou smlouvu o službách, na které se vztahuje směrnice [92/50], a že by jednak tato smlouva výjimečně nepředstavovala veřejnou zakázkou na služby ve smyslu čl. 1 písm. a) směrnice [92/50], jelikož smluvní partner může být považován za subjekt patřící k veřejné správě nebo k organizačním útvarům zadavatele – dále jen ‚interní transakce nepodléhající zadání zakázky' – je kvalifikace takové smlouvy jako interní transakce nepodléhající zadání zakázky vyloučena pouze z toho důvodu, že soukromý podnik má v souladu s právem společností účast na smluvním partnerovi?

b) V případě záporné odpovědi na [druhou] otázku [písm. a)]:

Za jakých podmínek musí být smluvní partner, ve kterém má v souladu s právem společností účast soukromá osoba – dále jen ‚společnost s účastí veřejného sektoru' – považován za společnost patřící k veřejné správě nebo k organizačním útvarům zadavatele?

Zvláště:

— Aby byla společnost s účastí veřejného sektoru považována za společnost patřící k organizačním útvarům zadavatele z pohledu uspořádání a intenzity kontroly, stačí, aby tato společnost byla ‚ovládána' zadavatelem, například ve smyslu článku 1 bodu 2 a čl. 13 odst. 1 směrnice 93/38 [...], ve znění aktu [o podmínkách přistoupení Rakouské republiky, Finské republiky a Švédského království a o úpravách smluv zakládajících Evropskou unii (Úř. věst. 1994, C 241, s. 21 a Úř. věst. 1995, L 1, s. 1)]

a směrnicí Evropského parlamentu a Rady 98/4/ES [ze dne 16. února 1998, která mění směrnici 93/38 (Úř. věst. L 101, s. 1; Zvl. vyd. 06/03, s. 91)]?

— Vylučuje jakákoli právní možnost získání vlivu soukromého společníka společnosti s účastí veřejného sektoru na strategické cíle smluvního partnera nebo na zvláštní rozhodnutí činěná v rámci řízení podniku, aby tato společnost byla považována za společnost patřící k organizačním útvarům zadavatele?

— Postačuje pro to, aby společnost s účastí veřejného sektoru byla považována za společnost patřící k organizačním útvarům zadavatele z pohledu uspořádání a intenzity kontroly, široká pravomoc řízení týkající se pouze rozhodnutí o uzavření smlouvy a plnění v tom, co se týče dotčeného získání zakázky?

— Postačuje pro to, aby společností s účastí veřejného sektoru byla považována za společnost patřící k organizačním útvarům zadavatele z pohledu realizace podstatné části své činnosti spolu s ním, že nejméně 80 % průměrného obratu dosaženého touto společností ve Společenství během posledních tří let v oblasti služeb pochází z poskytování těchto služeb zadavateli nebo jeho přidruženým podnikům nebo podnikům k němu patřícím nebo že – v rozsahu, ve kterém podnik se smíšenou účastí dosud nevyvíjí činnost po dobu tří let – odhady umožňují počítat s tím, že tato prahová hodnota 80 % bude dosažena?

K předběžným otázkám

21 Za účelem poskytnutí užitečné a koherentní odpovědi předkládajícímu soudu je třeba rozlišit a zkoumat položené otázky ve dvou skupinách podle jejich obsahu a předmětu.

K první otázce písmenu a), b) a c)

22 Podstatou první série otázek překládajícího soudu je, zda čl. 1 odst. 1 směrnice 89/665 musí být vykládán v tom smyslu, že povinnost členských států zajistit možnost účinného rychlého přezkumu rozhodnutí učiněných zadavateli se vztahuje rovněž na rozhodnutí učiněná mimo formální postup při zadání zakázky a před formálním vyhlášením zakázky, zejména na rozhodnutí o určení, zda určitá zakázka je v osobní nebo věcné působnosti směrnice 92/50, a od kterého okamžiku v rámci získání zakázky musí členské státy uchazeči, zájemci nebo jiné dotčené osobě učinit dostupným přístup k přezkumnému řízení.

23 V tomto ohledu je třeba nejprve uvést, že směrnice 92/50 byla přijata podle svého prvního a druhého bodu odůvodnění v rámci opatření nutných pro zavedení vnitřního trhu, tedy oblasti bez vnitřních hranic, ve které je zajištěn volný pohyb zboží, osob, služeb a kapitálu. Ze čtvrtého a pátého bodu odůvodnění téže směrnice vyplývá, že vzhledem k tomu, že jejím cílem je zahájení zadávání veřejných zakázek v oblasti služeb za podmínek rovného zacházení a transparentnosti, musí být směrnice používána všemi zadavateli.

24 Je třeba následně zdůraznit, že z ustanovení směrnice 92/50 jsou zřejmé podmínky, za kterých je použití pravidel obsažených v její hlavě III až VI povinné pro všechny zadavatele, přičemž výjimky z použití těchto pravidel jsou taxativně vyjmenovány v samotné směrnici.

25 Jestliže jsou tedy tyto podmínky splněny, jinak řečeno, jestliže jednání spadá do osobní a věcné působnosti směrnice 92/50, dotčené veřejné zakázky musí být podle článku 8 této směrnice ve spojení s čl. 11 odst. 1 téže směrnice zadány v souladu s ustanoveními její hlavy III až VI, musí být tedy vyhlášeny a být náležitě zveřejněny.

26 Tato povinnost zavazuje zadavatele, aniž by byl činěn rozdíl mezi veřejnými zakázkami jimi zadávanými pro splnění jejich úkolu uspokojit potřeby obecného zájmu a zakázkami, které s tímto úkolem nesouvisejí (viz v tomto smyslu rozsudek ze dne 15. ledna 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria a další, C-44/96, Recueil, s. I-73, bod 32).

27 Aby bylo možno překládajícímu soudu odpovědět, je třeba zkoumat pojem „rozhodnutí učiněná zadavateli", který je uveden v čl. 1 odst. 1 směrnice 89/665. Tento pojem není v této směrnici výslovně definován, a proto je třeba vymezit jeho dosah na základě znění jejích relevantních ustanovení a dle jí sledovaného účelu účinné a rychlé soudní ochrany.

28 Znění čl. 1 odst. 1 směrnice 89/665 použitím slov „pokud jde o postupy" předpokládá, že každé rozhodnutí zadavatele, které podléhá právním předpisům Společenství v oblasti veřejných zakázek a které je může porušit, je podrobeno soudní kontrole stanovené v čl. 2 odst. 1 písm. a) a b) této směrnice (viz v tomto

smyslu rozsudek ze dne 18. června 2002, HI, C-92/00, Recueil, s. I-5553, bod 37, a rozsudek ze dne 23. ledna 2003, Makedoniko Metro a Michaniki, C-57/01, Recueil, s. I-1091, bod 68). Vztahuje se tedy obecně na rozhodnutí zadavatele, aniž by činil rozdíl mezi rozhodnutími podle jejich obsahu nebo okamžiku jejich přijetí.

29 Článek 2 odst. 1 písm. b) směrnice 89/665 mimoto stanoví možnost zrušení protiprávních rozhodnutí zadavatelů ve vztahu s technickými a jinými specifikacemi uvedenými nejen ve výzvě k účasti v soutěži, ale také v jakémkoli dalším dokumentu souvisejícím s postupem při zadávání příslušné veřejné zakázky. Toto ustanovení může tedy zahrnout dokumenty obsahující rozhodnutí učiněná ve fázi před vyhlášením veřejné zakázky.

30 Tento široký význam pojmu rozhodnutí zadavatele potvrzuje judikatura Soudního dvora. Soudní dvůr již rozhodl, že ustanovení čl. 1 odst. 1 směrnice 89/665 nestanoví žádné omezení, co se týče povahy a obsahu rozhodnutí, kterých se týká (rozsudek ze dne 28. října 1999, Alcatel Austria a další, C-81/98, Recueil, s. I-7671, bod 35). Takové omezení nemůže být odvozeno ani ze znění čl. 2 odst. 1 písm. b) výše uvedené směrnice (viz v tomto smyslu výše uvedený rozsudek Alcatel Austria a další, bod 32). Restriktivní výklad pojmu rozhodnutí, které podléhá přezkumu, by byl mimoto neslučitelný s ustanovením čl. 2 odst. 1 písm. a) téže směrnice, která ukládá členským státům upravit řízení o předběžném opatření ve vztahu ke každému rozhodnutí učiněnému zadavateli (výše uvedený rozsudek HI, bod 49).

31 V tomto duchu širokého výkladu pojmu rozhodnutí, které podléhá přezkumu, Soudní dvůr rozhodl, že rozhodnutí zadavatele předcházející uzavření smlouvy, kterým zadavatel vybral uchazeče, kterému bude zakázka zadána, musí podléhat přezkumu nezávisle na možnosti získat náhradu škody po uzavření smlouvy (výše uvedený rozsudek Alcatel Austria a další, bod 43).

32 Soudní dvůr s poukazem na směrnicí 92/50 sledovaný cíl odstranění překážek volného pohybu služeb a na cíle, znění a systematiku směrnice 89/665 rovněž rozhodl, že rozhodnutí zadavatele odvolat vyhlášení veřejné zakázky na služby musí v souladu s čl. 1 odst. 1 směrnice 89/665 (viz v tomto smyslu výše uvedený rozsudek HI, bod 55) moci být předmětem přezkumného řízení.

33 Jak to v tomto ohledu uvedla generální advokátka v bodě 23 svého stanoviska, rozhodnutí zadavatele nezahájit postup při zadání zakázky může být považováno za protějšek jeho rozhodnutí takový postup ukončit. Jestliže zadavatel rozhodne nezahájit postup při zadání zakázky z důvodu, že dotčená zakázka dle jeho názoru není v působnosti relevantních právních pravidel Společenství, je takové rozhodnutí prvním rozhodnutím, které podléhá soudní kontrole.

34 S ohledem na tuto judikaturu a na cíle, systematiku a znění směrnice 89/665 a aby byl zachován její užitečný účinek, je třeba učinit závěr, že jakýkoliv úkon zadavatele, který je učiněn v souvislosti s veřejnou zakázkou na služby spadající do věcné působnosti směrnice 92/50 a který namůže mít právní účinky, je rozhodnutím, které podléhá přezkumu ve smyslu čl. 1 odst. 1 směrnice 89/665, nezávisle na otázce, zda tento úkon byl učiněn mimo formální postup při zadávání zakázky nebo v jeho rámci.

35 Přezkumu nepodléhají jednání, která představují pouhý předběžný průzkum trhu nebo která jsou čistě přípravná a jsou součástí vnitřní úvahy zadavatele za účelem zadání veřejné zakázky.

36 Na základě těchto úvah je třeba odmítnout výklad Stadt Halle, podle kterého směrnice 89/665 nevyžaduje soudní ochranu mimo formální postup při zadání zakázky a podle kterého rozhodnutí zadavatele takový postup nezahájit nemůže být předmětem přezkumu, jako ostatně ani rozhodnutí směřující k určení, zda veřejná zakázka je v působnosti relevantních právních předpisů Společenství.

37 Výsledkem tohoto výkladu by bylo, že použití relevantních právních předpisů Společenství by se stalo fakultativní dle přání každého zadavatele, zatímco jejich použití je závazné, pokud podmínky jimi stanovené jsou splněny. Tato fakultativnost by mohla vést k nejzávažnějšímu porušení práva Společenství v oblasti veřejných zakázek ze strany zadavatele. Citelně by snížila účinnou a rychlou soudní ochranu vyžadovanou směrnicí 89/665 a byla by na překážku cílům sledovaným směrnicí 92/50, tedy cílům volného pohybu služeb a otevřené a nenarušené hospodářské soutěže v této oblasti ve všech členských státech.

38 Co se týče okamžiku, od kterého je možno žádat o přezkum, je třeba uvést, že takový okamžik není směrnicí 89/665 formálně stanoven. Nicméně s ohledem na cíl účinné a rychlé soudní ochrany, zejména prostřednictvím předběžných opatření, sledovaný touto směrnicí, je třeba učinit závěr, že čl. 1 odst. 1 této směrnice neumožňuje členským státům podmínit možnost přezkumu skutečností, že postup týkající se dotčené veřejné zakázky dospěl formálně do určitého stadia.

39 Na základě úvahy, podle které v souladu s druhým bodem odůvodnění výše uvedené směrnice musí být dodržování právních předpisů Společenství zajištěno zejména ve stadiu, kdy lze protiprávní jednání napravit, je namístě učinit závěr, že přezkumu

podléhá projev vůle zadavatele v souvislosti se zakázkou, o kterém se jakýmkoliv způsobem dozví dotčené osoby, pokud tento projev přesáhl stadium stanovené v bodě 35 tohoto rozsudku a může mít právní účinky. Zahájení konkrétních jednání o uzavření smlouvy s jednou z dotčených osob je tímto projevem vůle. Je třeba v tomto ohledu uvést povinnost transparentnosti, kterou má zadavatel, aby bylo možno ověřit dodržování ustanovení Společenství (výše uvedený rozsudek HI, bod 45).

40 Co se týče osob, kterým je přezkumné řízení dostupné, stačí konstatovat, že podle čl. 1 odst. 3 směrnice 89/665 členské státy zajistí, aby přezkumné řízení bylo dostupné alespoň každé osobě, která má nebo měla zájem na získání určité veřejné zakázky a které v důsledku domnělého protiprávního jednání vznikla škoda nebo jí hrozí (viz v tomto smyslu rozsudek ze dne 24. června 2004, Komise v. Rakousko, C-212/02, nezveřejněný ve Sbírce rozhodnutí, bod 24). Nemusí se tedy formálně jednat o uchazeče nebo zájemce.

41 V důsledku předchozích úvah je třeba odpovědět na první otázku písm. a), b) a c), že čl. 1 odst. 1 směrnice 89/665 musí být vykládán v tom smyslu, že povinnost členských států zajistit možnost účinného a rychlého přezkumu rozhodnutí učiněných zadavateli se vztahuje rovněž na rozhodnutí učiněná mimo formální postup při zadání zakázky a před formálním vyhlášením zakázky, zejména na rozhodnutí o určení, zda určitá zakázka je v osobní a věcné působnosti směrnice 92/50. Tato možnost přezkumu je dostupná každé osobě, která má nebo měla zájem na získání určité veřejné zakázky a které v důsledku domnělého protiprávního jednání vznikla škoda nebo jí hrozí, od okamžiku, kdy byla vyjádřena vůle zadavatele, která může mít právní účinky. Členské státy tedy nemohou podmínit možnost přezkumu skutečností, že postup týkající se dotčené veřejné zakázky formálně dosáhl určitého stadia.

Ke druhé otázce písmenu a) a b)

42 Podstatou této druhé série otázek překládajícího soudu, které je třeba zkoumat společně, je, zda v případě, že zadavatel má v úmyslu uzavřít se společností soukromého práva od něj právně odlišnou, ve které má většinovou účast a nad kterou vykonává určitou kontrolu, úplatnou smlouvu o službách, které jsou ve věcné působnosti směrnice 92/50, je vždy povinen použít postupy pro vyhlašování veřejných zakázek stanovené touto směrnicí na základě pouhé skutečnosti, že soukromý podnik má účast, byť i menšinovou, na kapitálu této společnosti, se kterou má být uzavřena smlouva. V případě záporné odpovědi na tuto otázku se překládající soud táže, na základě jakých kritérií je namístě určit, že zadavatel této povinnosti nepodléhá.

43 Tato otázka se týká zvláštní situace tak zvané společnosti „se smíšenou účastí", založené a vykonávající činnost v souladu s právními předpisy soukromého práva, vzhledem k povinnosti zadavatele použít právní předpisy Společenství v oblasti veřejných zakázek, pokud jsou podmínky jimi stanovené splněny.

44 V tomto ohledu je třeba v první řadě připomenout hlavní cíl právních předpisů Společenství v oblasti veřejných zakázek, tak jak byl uveden v rámci odpovědi na první otázku, tedy volný pohyb služeb a otevření nenarušené hospodářské soutěže ve všech členských státech. Z toho vyplývá povinnost každého zadavatele použít relevantní právní předpisy Společenství, pokud jsou podmínky jimi stanovené splněny.

45 Povinnost použít v takovém případě právní předpisy Společenství je potvrzena skutečností, že v čl. 1 písm. c) směrnice 92/50 zahrnuje pojem poskytovatele služeb,

tedy uchazeče pro účely použití této směrnice, rovněž „veřejnoprávní subjekt, který nabízí služby" (viz rozsudek ze dne 7. prosince 2000, ARGE, C-94/99, Recueil, s. I-11037, bod 28).

46 Jakákoli výjimka z použití této povinnosti musí být v důsledku toho vykládána restriktivně. Soudní dvůr ohledně použití vyjednávacího řízení bez předchozího zveřejnění vyhlášení zakázky rozhodl, že čl. 11 odst. 3 směrnice 92/50, který takové řízení upravuje jako výjimku z právních předpisů, jejichž cílem je zajistit účinnost práv přiznaných Smlouvou o ES v oblasti veřejných zakázek na služby, musí být předmětem restriktivního výkladu a že důkazní břemeno má ten subjekt, který hodlá uplatnit, že výjimečné okolnosti odůvodňující výjimku skutečně existují (rozsudek ze dne 10. dubna 2003, Komise v. Německo, C-20/01 a C-28/01, Recueil, s. I-3609, bod 58).

47 Ve smyslu otevření veřejných zakázek co nejširší možné hospodářské soutěži, vyžadované právními předpisy Společenství, Soudní dvůr ohledně směrnice Rady 93/36/EHS ze dne 14. června 1993 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na dodávky (Úř. věst. L 199, s. 1; Zvl. vyd. 06/02, s. 110) rozhodl, že tato směrnice je použitelná, pokud zadavatel má v úmyslu uzavřít se subjektem právně odlišným úplatnou smlouvu, ať již je tento subjekt sám zadavatelem, či nikoliv (rozsudek ze dne 18. listopadu 1999, Teckal, C-107/98, Recueil, s. I-8121, body 50 a 51). Je relevantní konstatovat, že smluvním partnerem v této věci bylo sdružení tvořené více zadavateli, kterého se účastnil rovněž dotčený zadavatel.

48 Veřejný orgán, který je zadavatelem, má možnost vykonat úkoly veřejného zájmu, které mu přísluší, svými vlastními prostředky, správními, technickými a jinými, aniž by byl povinen obrátit se na vnější subjekty nenáležející k jeho organizačním útvarům. V takovém případě se nejedná o úplatnou smlouvu uzavřenou se

subjektem právně odlišným od zadavatele. Není tedy namístě použít právní předpisy Společenství v oblasti veřejných zakázek.

49 V souladu s judikaturou Soudního dvora není vyloučeno, že by mohly existovat další okolnosti, za kterých výzva k účasti v soutěži není povinná, dokonce i pokud je smluvní partner subjektem právně odlišným od zadavatele. Je tomu tak v případě, kdy veřejný orgán, který je zadavatelem, vykonává nad dotčeným odlišným subjektem obdobnou kontrolu jako je ta, kterou vykonává nad svými organizačními útvary a kdy tento subjekt realizuje podstatnou část své činnosti ve spolupráci s veřejným orgánem nebo veřejnými orgány, jimž patří účast v tomto subjektu (viz v tomto smyslu výše uvedený rozsudek Teckal, bod 50). Je třeba uvést, že ve výše uvedeném případě měly veřejné orgány v odlišném subjektu účast ve výši 100 %. Naopak účast, byť i minoritní, 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 svými organizačními útvary.

50 V tomto ohledu je třeba nejprve uvést, že vztah mezi veřejným orgánem, který je zadavatelem, a jeho vlastními organizačními útvary se řídí úvahami a požadavky specifickými pro dosahování cílů veřejného zájmu. Naopak jakákoli investice soukromého kapitálu do podniku je podřízena úvahám specifickým pro soukromé zájmy a její cíle jsou odlišné povahy.

51 Zadruhé udělení veřejné zakázky podniku se smíšenou účastí bez výzvy k účasti v soutěži je na překážku cíli svobodné a nenarušené hospodářské soutěže a zásady rovného zacházení s dotčenými subjekty stanovené směrnicí 92/50 v tom rozsahu, kdy by zejména takový postup poskytl soukromému podniku, který má účast na kapitálu této společnosti, výhodu vzhledem k jeho konkurentům.

52 Na druhou otázku písm. a) a b) je tedy třeba odpovědět, že v případě, že zadavatel má v úmyslu uzavřít se společností od něj právně odlišnou, na jejímž kapitálu má účast spolu s jedním nebo více soukromými podniky, úplatnou smlouvu o službách, které jsou ve věcné působnosti směrnice 92/50, musí být vždy použity postupy pro zadávání veřejných zakázek stanovené touto směrnicí.

53 S ohledem na tuto odpověď již není namístě odpovědět na ostatní otázky vnitrostátního soudu.

K nákladům řízení

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

Z těchto důvodů Soudní dvůr Cour (první senát) rozhodl takto:

1) **Článek 1 odst. 1 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, ve znění směrnice Rady 92/50/EHS ze dne 18. června 1992 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na služby, která byla pozměněna směrnicí Evropského parlamentu a Rady 97/52/ES ze dne 13. října 1997, musí být vykládán v tom smyslu, že povinnost členských států zajistit možnost účinného a rychlého přezkumu rozhodnutí učiněných zadavateli se vztahuje rovněž na rozhodnutí učiněná mimo formální postup při zadání zakázky a před formálním vyhlášením zakázky, zejména na rozhodnutí o určení, zda určitá zakázka je v osobní a věcné působnosti směrnice 92/50 ve znění pozdějších změn. Tato možnost přezkumu je dostupná každé osobě, která má nebo měla zájem na získání určité veřejné zakázky a které v důsledku domnělého protiprávního jednání vznikla škoda nebo jí hrozí, od okamžiku, kdy byla vyjádřena vůle zadavatele, která může mít právní účinky. Členské státy tedy nemohou podmínit možnost přezkumu skutečností, že postup týkající se dotčené veřejné zakázky formálně dosáhl určitého stadia.

2) **V případě, že zadavatel má v úmyslu uzavřít se společností od něj právně odlišnou, na jejímž kapitálu má účast spolu s jedním nebo více soukromými podniky, úplatnou smlouvu o službách, které jsou ve věcné působnosti směrnice 92/50, ve znění směrnice 97/52, musí být vždy použity postupy pro zadávání veřejných zakázek stanovené touto směrnicí.**

Podpisy.