ROZSUDEK SOUDNÍHO DVORA (prvního senátu)

18. listopadu 2004 *

Ve věci C-126/03,

jejímž předmětem je žaloba pro nesplnění povinnosti na základě článku 226 ES, podaná dne 20. března 2003,

Komise Evropských společenství, zastoupená K. Wiednerem, jako zmocněncem, s adresou pro účely doručování v Lucemburku,

žalobkyně,

proti

Spolkové republice Německo, zastoupené W.-D. Plessingem, jako zmocněncem, ve spolupráci s H.-J. Prießem, Rechtsanwalt,

žalované,

* Jednací jazyk: němčina.

SOUDNÍ DVŮR (první senát),

ve složení P. Jann (zpravodaj), předseda senátu, A. Rosas, R. Silva de Lapuerta, K. Lenaerts a K. Schiemann, soudci,

generální advokát: L. A. Geelhoed,
vedoucí soudní kanceláře: H. von Holstein, náměstek vedoucího soudní kanceláře,

s přihlédnutím k písemné části řízení a po jednání konaném dne 26. května 2004,

po vyslechnutí stanoviska generálního advokáta na jednání konaném dne 24. června 2004,

vydává tento

Rozsudek

1 Svou žalobou se Komise Evropských společenství domáhá, aby Soudní dvůr určil, že Spolková republika Německo tím, že zakázky ohledně přepravy odpadů od míst

meziskladování v oblasti Donauwald (Německo) až k tepelné elektrárně Mnichov--Sever byly zadány městem Mnichov (Německo) při porušení pravidel postupu stanovených článkem 8 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), ve spojení s čl. 11 odst. 1 této směrnice, nesplnila povinnosti, které pro ni vyplývají z uvedené směrnice.

Právní rámec

2 Podle článku 1 písm. a) směrnice 92/50 se „veřejnými zakázkami na služby" rozumí „zakázky sjednané písemně úplatnou smlouvou mezi poskytovatelem služeb a zadavatelem", s výjimkou smluv uvedených v bodech i) až ix) tohoto ustanovení.

3 Podle článku 1 písm. b) téže směrnice jsou za „zadavatele" považovány „stát, regionální nebo místní orgány [územní celky], veřejnoprávní subjekty, sdružení tvořená jedním nebo více takovými orgány či veřejnoprávními subjekty".

4 Na základě článku 8 směrnice 92/50 jsou „zakázky, jejichž předmětem jsou služby uvedené v příloze I A, zadávány v souladu s ustanoveními hlav III až VI".

5 Článek 11 odst. 1 směrnice 92/50 stanoví, že při zadávání veřejných zakázek na služby používají zadavatelé otevřená, omezená a vyjednávací řízení tak, jak jsou vymezena v čl. 1 písm. d), e) a f) této směrnice.

Skutkové okolnosti a postup před zahájením soudního řízení

6 V roce 1997 město Mnichov, provozující tepelnou elektrárnu Mnichov-Sever, uzavřelo smlouvu se soukromým podnikem, společností Rethmann Entsorgungswirtschaft GmbH & Co. KG (dále jen „Rethmann"), na základě které se zavázalo svěřit této společnosti přepravu odpadů od míst meziskladování odpadu až k této elektrárně, pokud obdrží zakázku na odstraňování odpadů v oblasti Donauwald, přičemž tato zakázka byla předmětem nabídkového řízení vypsaného společností Abfallwirtschaftsgesellschaft Donau-Wald mbH (dále jen „AWG Donau-Wald"), na které město Mnichov odpovědělo.

7 Když obdrželo uvedenou zakázku, svěřilo město Mnichov, v souladu s dohodou uzavřenou se společností Rethmann, této společnosti přepravu odpadů, aniž by zadání této činnosti učinilo předmětem nabídkového řízení stanoveného směrnicí 92/50.

8 Komise poté, co Spolkové republice Německo umožnila podat její vyjádření v tomto ohledu, zaslala tomuto členskému státu dne 25. července 2001 odůvodněné stanovisko konstatující, že zakázka ohledně přepravy odpadů od míst mezi-

skladování v oblasti Donauwald až k tepelné elektrárně Mnichov-Sever (dále jen „sporná zakázka") měla být předmětem nabídkového řízení zveřejněného v *Úředním věstníku Evropských společenství* v souladu se směrnicí 92/50. Komise vyzvala uvedený členský stát k dosažení souladu s jeho povinnostmi vyplývajícími z práva Společenství ve lhůtě dvou měsíců od oznámení toho stanoviska. V důsledku odpovědi německých orgánů ze dne 30. října 2001, kterou tyto orgány popřely nesplnění povinnosti, podala Komise tuto žalobu.

K žalobě

K nesplnění povinnosti

9 Na podporu své žaloby se Komise dovolává jediného žalobního důvodu vycházejícího z porušení článku 8 směrnice 92/50, ve spojení s čl. 11 odst. 1 této směrnice, z důvodu, že město Mnichov nepodrobilo spornou zakázku nabídkovému řízení.

10 V tomto ohledu je třeba připomenout, že podle článku 8 směrnice 92/50, ve spojení s čl. 11 odst. 1 této směrnice, musí být veřejné zakázky, jejichž předmětem jsou služby uvedené v příloze I A, zadávány v souladu s ustanoveními hlav III až VI této směrnice, při použití otevřeného, omezeného nebo vyjednávacího řízení ve smyslu uvedené směrnice.

11 Pojem „veřejné zakázky na služby" je vymezen v čl. 1 písm. a) směrnice 92/50, podle kterého jsou tyto zakázky sjednané písemně úplatnou smlouvou mezi poskytovatelem služeb a zadavatelem.

12 Pojem „zadavatel" je vymezen v čl. 1 písm. b) směrnice 92/50 jako „stát, regionální nebo místní orgány [územní celky], veřejnoprávní subjekty, sdružení tvořená jedním nebo více takovými orgány či veřejnoprávními subjekty".

13 V důsledku toho článek 8 směrnice 92/50, ve spojení s čl. 1 písm. a) a b) a čl. 11 odst. 1 této směrnice, stanoví, že úplatné smlouvy sjednané písemně mezi poskytovatelem služeb a územním celkem musí být předmětem otevřeného, omezeného nebo vyjednávacího řízení ve smyslu uvedené směrnice, když jsou jejich předmětem služby uvedené v příloze I A směrnice.

14 V projednávaném případě je třeba konstatovat, že sporná zakázka je veřejnou zakázkou ve smyslu článků 8 a 11 směrnice 92/50, která měla být zadána v souladu s hlavami III až VI této směrnice.

15 Předmětem smlouvy sjednané mezi městem Mnichov a společností Rethmann, na základě které se tato společnost zavázala provádět přepravu odpadů od míst meziskladování v oblasti Donauwald až k tepelné elektrárně Mnichov-Sever, je služba podle přílohy I A uvedené směrnice, která je poskytována podnikem územnímu celku. Jedná se tedy o úplatnou smlouvu, sjednanou písemně mezi poskytovatelem služeb a zadavatelem.

16 V tomto ohledu argumentace uplatňovaná německou vládou k zabránění tomu, aby sporná zakázka byla kvalifikována jako veřejná zakázka ve smyslu článků 8 a 11 směrnice 92/50, nemůže být přijata.

17 Německá vláda nejprve uplatňuje, že, co se týče sporné zakázky, město Mnichov není „zadavatelem" ve smyslu čl. 1 písm. b) směrnice 92/50 a že tato zakázka není „veřejnou zakázkou" ve smyslu čl. 1 písm. a) téže směrnice. Podle této vlády uvedená zakázka nepatří do rámce činností v obecném zájmu města Mnichov, ale do rámce nezávislé hospodářské činnosti, která je jasně odlišná a podléhající soutěži, a sice provozování tepelné elektrárny Mnichov-Sever.

18 V tomto ohledu je třeba odpovědět, že podle čl. 1 písm. b) směrnice 92/50 jsou územní celky již pojmově zadavateli. Z judikatury přitom vyplývá, že čl. 1 písm. a) téže směrnice nerozlišuje mezi zakázkami zadanými zadavatelem ke splnění jeho poslání uspokojovat potřeby obecného zájmu a zakázkami, které s tímto posláním nesouvisejí [viz analogicky stran směrnice Rady 93/37/EHS ze dne 14. června 1993, o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce (Úř. věst. L 199, s. 54; Zvl. vyd. 06/02, s. 163), rozsudek ze dne 15. ledna 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria a další, C-44/96, Recueil, s. I-73, bod 32]. Stejně tak je nevýznamné, že snad zadavatel hodlá sám působit jako poskytovatel služeb a že dotčená zakázka se v tomto rámci vztahuje na přenechání části činností subdodavatelskou smlouvou třetím osobám. Není totiž vyloučeno, že rozhodnutí zadavatele týkající se výběru těchto třetích osob spočívá na jiných než hospodářských úvahách. Z toho vyplývá, že ať už jsou povaha a kontext sporné zakázky jakékoliv, tato zakázka představuje „veřejnou zakázku" ve smyslu čl. 1 písm. a) směrnice 92/50.

19 Co se týče argumentu, podle kterého činnost přepravy odpadů zajišťovaná společností Rethmann je v konečném výsledku předmětem dvojího nabídkového řízení, stačí konstatovat, že tato činnost spadá skutečně pod dvě rozdílné veřejné zakázky, a sice zakázku zadanou městem Mnichov a zakázku, která se v širším smyslu týká odstraňování odpadů v oblasti Donauwald zadávanou společností AWG Donau-Wald, které měly být obě předmětem nabídkového řízení, a že použití směrnice 92/50 vede tedy k tomu, že služba poskytovaná společností Rethmann podléhá dvěma po sobě jdoucím nabídkovým řízením.

20 Co se týče argumentu, podle kterého v projednávaném případě nebyly užity žádné veřejné prostředky města Mnichov, je třeba konstatovat, že takové užití není znakem, který zakládá existenci nebo neexistenci veřejné zakázky ve smyslu článků 8 a 11 směrnice 92/50.

21 Německá vláda kromě toho tvrdí, že sporná zakázka jako zakázka zadávaná pro účely dalšího prodeje třetím osobám je vyloučena z oblasti působnosti směrnice 92/50 podle jejího čl. 1 písm. a) ii), ve spojení s článkem 7 sektorové 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). V tomto ohledu, jak bylo poznamenáno generálním advokátem v bodě 34 jeho stanoviska, je třeba konstatovat, že čl. 1 písm. a) ii) směrnice 92/50 vylučuje z její oblasti působnosti zakázky zadávané v oblastech dotčených směrnicí 93/38, protože záměrem zákonodárce Společenství bylo, aby uvedené zakázky byly pokryty výlučně touto posledně uvedenou směrnicí. Výjimka stanovená článkem 7 sektorové směrnice 93/38 je tedy použitelná pouze za předpokladu, že sporná zakázka spadá do oblasti působnosti této směrnice. Jelikož však tato zakázka nespadá pod činnosti uvedené v čl. 2 odst. 2 sektorové směrnice 93/38, výjimka stanovená článkem 7 téže směrnice nemůže být v projednávaném případě použitelná.

22 Německá vláda navíc uplatňuje, že by bylo prakticky nemožné zadat spornou zakázku v souladu s hlavami III až VI směrnice 92/50, jelikož město Mnichov k doložení své technické způsobilosti ve smyslu čl. 32 odst. 2 písm c) a h) této směrnice musí při nabídkovém řízení vyhlášeném AWG Donau-Wald sdělit při podání své nabídky název subdodavatele. V tomto ohledu je pravdou, že poskytovateli služeb, který hodlá poukázat na technickou způsobilost orgánů nebo podniků, se kterými je přímo, nebo nepřímo spojen, přísluší za účelem svého připuštění k účasti na nabídkovém řízení prokázat, že může skutečně disponovat s prostředky těchto orgánů nebo podniků, které jsou nezbytné k vykonání zakázky, ale které jemu samému nepatří (viz v tomto smyslu rozsudky ze dne 2. prosince 1999, Holst Italia, C-176/98, Recueil, s. I-8607, bod 29; ze dne 12. července 2001, Ordine degli Architetti a další, C-399/98, Recueil, s. I-5409, bod 92, a ze dne 18. března 2004, Siemens a ARGE Telekom, C-314/01, Recueil, s. I-2549, bod 44). V projednávaném případě by však bylo bývalo v každém případě pro město Mnichov možné provést zkrácené omezené řízení ve smyslu článku 20 směrnice 92/50 mezi vyhlášením nabídkového řízení a podáním jeho nabídky.

23 Německá vláda poznamenává, že sporná zakázka mohla být podle čl. 11 odst. 3 písm. d) směrnice 92/50 zadána s uplatněním vyjednávacího řízení bez předchozího zveřejnění vyhlášení zakázky. V tomto ohledu je třeba připomenout, že jako výjimka z pravidel směřujících k zajištění efektivního účinku práv zaručených Smlouvou o ES v odvětví veřejných zakázek na služby musí být čl. 11 odst. 3 směrnice 92/50 vykládán restriktivně a že důkazní břemeno ohledně skutečné existence výjimečných okolností odůvodňujících výjimku nese ten, kdo se jich dovolává (viz rozsudek ze dne 10. dubna 2003, Komise *v.* Německo, C-20/01 a C-28/01, Recueil, s. I-3609, bod 58). Použití tohoto čl. 11 odst. 3 písm. d) je tak podrobeno třem kumulativním podmínkám. Předpokládá existenci události, kterou nebylo možno předvídat, krajní naléhavost, která neumožňuje dodržení lhůt stanovených pro jiné postupy, a příčinnou souvislost mezi nepředvídatelnou událostí a krajní naléhavostí, která z ní vyplývá [viz, co se týče směrnice Rady 71/305/EHS ze dne 26. července 1971 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce (Úř. věst. L 185, s. 5), rozsudky ze dne 2. srpna 1993, Komise v. Itálie, C-107/92, Recueil, s. I-4655, bod 12, a ze dne 28. března 1996, Komise v. Německo, C-318/94, Recueil, s. I-1949, bod 14]. Jak již bylo konstatováno v projednávaném případě v bodě 22

tohoto rozsudku, město Mnichov by bylo mohlo provést zkrácené omezené řízení (viz, co se týče směrnice 71/305, rozsudky ze dne 18. března 1992, Komise v. Španělsko, C-24/91, Recueil, s. I-1989, bod 14, a výše uvedený Komise v. Itálie, bod 13). Z toho vyplývá, že Spolková republika Německo neprokázala existenci krajní naléhavosti.

24 Vzhledem k výše uvedenému je třeba konstatovat, že Spolková republika Německo tím, že zakázka ohledně přepravy odpadu od míst meziskladování v oblasti Donauwald až k tepelné elektrárně Mnichov-Sever byla zadána městem Mnichov při porušení pravidel postupu stanovených článkem 8 směrnice 92/50, ve spojení s čl. 11 odst. 1 této směrnice, porušila povinnosti, které pro ni vyplývají z uvedené směrnice.

K důsledkům rozsudku vyslovujícího nesplnění povinnosti

25 Německá vláda tvrdí, že i za předpokladu, že by bylo určeno, že došlo k nesplnění povinnosti, by Spolková republika Německo nebyla povinna vypovědět smlouvu, která již byla uzavřena.

26 V tomto ohledu stačí odpovědět, že ačkoli v rámci řízení o nesplnění povinnosti na základě článku 226 ES je Soudní dvůr povinen pouze určit, že bylo porušeno ustanovení práva Společenství, z čl. 228 odst. 1 ES vyplývá, že dotyčný členský stát je povinen přijmout opatření, která s sebou nese výkon rozsudku Soudního dvora.

K nákladům řízení

27 Podle čl. 69 odst. 2 jednacího řádu bude účastníku řízení, který byl ve sporu neúspěšný, uložena náhrada nákladů řízení, pokud účastník, který byl ve sporu úspěšný, náhradu nákladů ve svém návrhu požadoval. Vzhledem k tomu, že Komise požadovala náhradu nákladů řízení ve svém návrhu a Spolková republika Německo byla ve sporu neúspěšná, je namístě jí uložit náhradu nákladů řízení.

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

1) **Spolková republika Německo tím, že zakázka ohledně přepravy odpadu od míst meziskladování v oblasti Donauwald až k tepelné elektrárně Mnichov-Sever byla zadána městem Mnichov při porušení pravidel postupu stanovených článkem 8 směrnice Rady 92/50/EHS ze dne 18. června 1992 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na služby, ve spojení s čl. 11 odst. 1 této směrnice, porušila povinnosti, které pro ni vyplývají z uvedené směrnice.**

2) **Spolkové republice Německo se ukládá náhrada nákladů řízení.**

Podpisy.