STANOVISKO GENERÁLNÍ ADVOKÁTKY VERICI TRSTENJAK
přednesené dne 11. února 2010[1]

Obsah

I – Úvod ..... I - 3719

II – Právní rámec ..... I - 3719

A – Směrnice 92/50 ..... I - 3719

B – Směrnice 2004/18 ..... I - 3720

III – Skutkový stav ..... I - 3721

IV – Postup před zahájením soudního řízení ..... I - 3722

V – Řízení před Soudním dvorem a návrhová žádání stran ..... I - 3722

VI – Hlavní argumenty zúčastněných ..... I - 3723

VII – Právní posouzení ..... I - 3725

A – Přípustnost ..... I - 3725

1. Záchranné služby jako smíšené služby v systému směrnic v oblasti zadávání veřejných zakázek ..... I - 3726

2. Přeformulování návrhových žádání v žalobě ..... I - 3727

3. Závěr ..... I - 3730

B – Opodstatněnost ..... I - 3730

1. Nepoužitelnost výjimky z oblasti působnosti podle čl. 45 odst. 1 ES ..... I - 3730

2. Neexistence odůvodnění podle čl. 86 odst. 2 ES ..... I - 3736

1 — Původní jazyk: němčina.

3. Analýza devíti kritizovaných zadávacích řízení ..... I - 3739

a) Zadávání zakázek městem Magdeburg (Sasko-Anhaltsko) ..... I - 3739

i) Porušení článku 16 směrnice 92/50, respektive čl. 35 odst. 4 směrnice 2004/18 ..... I - 3739

ii) Neexistence porušení zásady zákazu diskriminace a zásady transparentnosti zakotvených v primárním právu ..... I - 3740

– Přezkum opodstatněnosti na základě předpokladu, že žalobní důvod týkající se porušení primárního práva je zčásti nepřípustný ..... I - 3740

– Podpůrně: Přezkum opodstatněnosti pro případ, že by byl žalobní důvod vycházející z porušení primárního práva prohlášen za zcela přípustný ..... I - 3741

Zásada aplikační přednosti sekundárního práva ..... I - 3742

Prokázání přeshraničního zájmu na zadávání zakázek na neprioritní služby ..... I - 3747

iii) Závěr ..... I - 3749

b) Případy zadávání zakázek městy Bonn (Severní Porýní-Vestfálsko) a Witten (Severní Porýní-Vestfálsko), regionem Hannover (Dolní Sasko) a okresem Hameln-Pyrmont (Dolní Sasko) ..... I - 3749

c) Zadávání zakázek okresem Uelzen (Dolní Sasko) ..... I - 3750

d) Případy zadávání zakázek účelovými svazy pro zabezpečení záchranných služeb Westsachsen (Sasko), Chemnitz/Stollberg (Sasko) a Vogtland (Sasko) ..... I - 3752

e) Závěr ..... I - 3754

4. Protiprávní zadávací praxe ve Spolkové republice Německo ..... I - 3754

VIII – Náklady řízení ..... I - 3757

IX – Závěry ..... I - 3757

I – Úvod

1. Základem projednávané věci je žaloba Komise pro nesplnění povinnosti podle článku 226 ES, kterou se domáhá, aby Soudní dvůr určil, že Spolková republika Německo tím, že ve spolkových zemích Sasko-Anhaltsko, Severní Porýní-Vestfálsko, Dolní Sasko a Sasko nebyla zveřejněna vyhlášení zakázky na služby v oblasti veřejné záchranné služby, resp. je nezadala transparentně a nebyla zveřejněna oznámení o zadaných zakázkách, nesplnila povinnosti, které pro ni vyplývají ze směrnice Rady 92/50/EHS ze dne 18. června 1992 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na služby[2] a ze směrnice Evropského parlamentu Rady 2004/18/ES ze dne 31. března 2004 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby[3], jakož i ze zásady svobody usazování a volného pohybu služeb (články 43 ES a 49 ES).

2 — Úř. věst. L 209, s. 1; Zvl. vyd. 06/01, s. 322.
3 — Úř. věst. L 134, s. 114; Zvl. vyd. 06/07, s. 132.

II – Právní rámec

A – *Směrnice 92/50*

2. Podle čl. 3 odst. 2 směrnice 92/50 zadavatelé zajistí, aby nedocházelo k diskriminaci jednotlivých poskytovatelů služeb.

3. Článek 10 směrnice 92/50 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."

4. Článek 16 směrnice 92/50 zní:

„1. Zadavatelé, kteří zadali zakázku nebo pořádali veřejnou soutěž na určitý výkon,

zašlou oznámení o výsledcích řízení Úřadu pro úřední tisky Evropských společenství.

2. Vyhlášení se zveřejňuje:

[…]“

B – *Směrnice 2004/18*

5. Podle článku 2 směrnice 2004/18 veřejní zadavatelé jednají s hospodářskými subjekty na základě zásad rovnosti a zákazu diskriminace a postupují transparentním způsobem.

6. Článek 22 směrnice 2004/18 stanoví:

„Zakázky, jejichž předmětem jsou jak služby uvedené v příloze II A, tak služby uvedené v příloze II B, se zadávají v souladu s články 23 až 55, je-li hodnota služeb uvedených v příloze II A vyšší než hodnota služeb uvedených v příloze II B. V ostatních případech se zakázky zadávají v souladu s článkem 23 a čl. 35 odst. 4.“

7. Článek 35 odst. 4 směrnice 2004/18 zní:

„Veřejní zadavatelé, kteří zadali veřejnou zakázku nebo uzavřeli rámcovou dohodu, zašlou oznámení o výsledcích zadávacího řízení do 48 dnů od zadání zakázky nebo uzavření rámcové dohody.

[…]

V případě veřejných zakázek na služby uvedené v příloze II B veřejní zadavatelé v oznámení sdělí, zda souhlasí s jeho zveřejněním. Pro takové zakázky na služby Komise vypracuje pravidla pro sestavování statistických zpráv na základě těchto oznámení a pro zveřejnění těchto zpráv postupem podle čl. 77 odst. 2.

[…]“

nejsou pacienty v kritickém stavu, v odborné péči sanitními vozy.

III – Skutkový stav

8. Ve Spolkové republice Německo patří právní předpisy upravující poskytování záchranných služeb do legislativní pravomoci spolkových zemí, které využily své možnosti volby právní úpravy různým způsobem.

9. Ve většině spolkových zemí Německa jsou záchranné služby poskytovány na základě duálního systému, který rozlišuje mezi veřejnou záchrannou službou a poskytováním záchranných služeb na základě povolení udělených podle zákonů spolkových zemí o záchranných službách.

10. Veřejná záchranná služba obvykle zahrnuje jak služby přepravy v naléhavých případech, tak i kvalifikované služby přepravy pacientů. Přeprava v naléhavých případech se týká přepravy zraněných osob v ohrožení života nebo nemocných osob v odborné péči pohotovostního lékaře nebo záchranného vozu. Kvalifikovaná přeprava pacientů spočívá v přepravě nemocných, zraněných nebo jiných osob odkázaných na cizí pomoc, kteří

11. Několik spolkových zemí se rozhodlo přenechat výběr poskytovatelů služeb v oblasti veřejné záchranné služby jednotlivým městům, okresům, účelovým svazům pro zabezpečení záchranných služeb atd. Za tímto účelem územně správní celky zpravidla uzavírají s jednotlivými poskytovateli služeb smlouvy, jejichž předmětem je zajištění poskytování záchranných služeb pro veřejnost na celém územně správním celku. Pokud odměnu za služby uhradí přímo územně správní celek, označuje se příslušný smluvní model jako „podřízený model“. Pokud však dodavatel zakázky odměnu vybírá přímo od pacientů nebo od zdravotních pojišťoven, jedná se o takzvaný „koncesionářský model“.

12. Komise svou žalobou kritizuje zadávání veřejných zakázek na služby v oblasti veřejné záchranné služby ve spolkových zemích Dolní Sasko, Severní Porýní-Vestfálsko, Sasko a Sasko-Anhaltsko, ve kterých se průběžně používá „podřízený model“. Komise zejména namítá, že v těchto spolkových zemích nejsou zakázky v oblasti veřejné záchranné služby, na které se vztahují směrnice o zadávání veřejných zakázek, zpravidla předmětem veřejného zadávacího řízení, respektive že nejsou zadávány transparentně.

IV – Postup před zahájením soudního řízení

13. Poté, co bylo Komisi doručeno několik stížností, informovala dopisem ze dne 10. dubna 2006 Spolkovou republiku Německo, že při zadávání úplatných smluv o poskytování služeb v oblasti veřejné záchranné služby ve spolkových zemích Severní Porýní-Vestfálsko, Dolní Sasko, Sasko a Sasko-Anhaltsko mohla porušit směrnice v oblasti zadávání veřejných zakázek, jakož i primární právo. Současně Komise Spolkovou republiku Německo informovala o tom, že při zadávání koncese na služby v oblasti veřejné záchranné služby mohla porušit zásady svobody usazování a volného pohybu služeb. Vláda Spolkové republiky Německo byla proto vyzvána, aby podle článku 226 ES podala během dvou měsíců vyjádření ke stanovisku Komise.

14. Ve své zprávě ze dne 10. července 2006 Spolková republika Německo popírá uváděná porušení právních předpisů Společenství. Kromě toho mělo v Sasku v roce 2005 údajně dojít ke změně zákona v tom směru, že i v této spolkové zemi se nejpozději od 1. ledna 2009 budou služby v oblasti veřejné záchranné služby zadávat po výběrovém řízení, v jehož rámci budou zohledněny zásady nediskriminační hospodářské soutěže.

15. Dopisem ze dne 15. prosince 2006 Komise Spolkové republice Německo zaslala odůvodněné stanovisko. V něm dospěla k závěru, že Spolková republika Německo nesplnila povinnosti, které pro ni vyplývají ze směrnic 92/50 a 2004/18, a porušila, respektive nadále porušuje, zásady svobody usazování a volného pohybu služeb. Komise proto Spolkovou republiku Německo vyzvala k přijetí opatření nezbytných k tomu, aby vyhověla odůvodněnému stanovisku ve lhůtě dvou měsíců ode dne obdržení uvedeného stanoviska.

16. Ve své zprávě ze dne 22. února 2007 Spolková republika Německo znovu odmítla právní názor Komise. Podle ní nedošlo k porušení právních předpisů Společenství v žádném z jednotlivých případů uvedených Komisí.

V – Řízení před Soudním dvorem a návrhová žádání stran

17. Vzhledem k tomu, že Spolková republika Německo odůvodněnému stanovisku nevyhověla, podala Komise dne 15. dubna 2008 žalobu na základě článku 226 ES.

18. Komise navrhuje, aby Soudní dvůr určil, že

– Spolková republika Německo tím, že nezveřejnila oznámení o zadání zakázky na služby v oblasti veřejné záchranné služby a vyhlášení těchto zakázek nezveřejnila, resp. je nezadala transparentně, nesplnila povinnosti, které pro ni vyplývají ze směrnic 92/50/EHS a 2004/18/ES , jakož i ze zásady svobody usazování a volného pohybu služeb (články 43 a 49 ES).

– Spolkové republice Německo se ukládá náhrada nákladů řízení.

19. Spolková republika Německo navrhuje, aby Soudní dvůr žalobu zamítl a uložil Komisi náhradu nákladů řízení.

20. Usnesením předsedy Soudního dvora ze dne 16. prosince 2008 bylo Nizozemskému království povoleno vedlejší účastenství na podporu návrhových žádání Spolkové republiky Německo. Nizozemské království na podporu návrhových žádání Spolkové republiky Německo navrhuje, aby byla žaloba Komise zamítnuta.

VI – Hlavní argumenty zúčastněných

21. Komise se domnívá, že v různých spolkových zemích Německa při zadávání zakázek v oblasti veřejných služeb přepravy v naléhavých případech a kvalifikovaných služeb přepravy pacientů zdomácněla praxe, kdy jsou zakázky v rozporu s právními předpisy v oblasti zadávání zakázek zadávány místním dodavatelům, aniž by byl proveden postup pro zadávání zakázky na evropské úrovni, respektive aniž by byla zajištěna přiměřená transparentnost.

22. S poukazem na devět konkrétních případů zadání zakázky ve spolkových zemích Dolní Sasko, Severní Porýní-Vestfálsko, Sasko a Sasko-Anhaltsko Komise nejprve zdůrazňuje, že města, okresy, a účelové svazy pro zabezpečení záchranných služeb příslušné pro dané zadání zakázky je třeba pokládat za veřejné zadavatele ve smyslu směrnic v oblasti zadávání veřejných zakázek. Kromě toho je třeba zakázky, které jsou zadávány v oblasti veřejné záchranné služby, pokládat za úplatné veřejné zakázky, jejichž hodnota v dotčených případech výrazně překračuje

finanční prahové hodnoty rozhodující o použitelnosti směrnic 92/50, respektive 2004/18.

23. Pokud tyto veřejné zakázky byly uzavřeny před 31. lednem 2006, vztahuje se na ně směrnice 92/50. Jelikož se tyto zakázky vztahují na smíšené služby, měly být zadány v souladu s ustanoveními hlav III až IV, respektive článků 14 a 16 směrnice 92/50, v závislosti na tom, zda vyšší hodnotu měly služby spočívající v přepravě nebo lékařské služby. Pro případy zakázek uzavřených po uplynutí lhůty k provedení směrnice 2004/18 tato směrnice obsahuje odpovídající právní úpravu.

24. Vzhledem ke skutečnosti, že se ve všech uvedených případech jedná o zakázky s přeshraničním významem, Spolková republika Německo porušila i zásadu zákazu diskriminace a zásadu transparentnosti, které jsou zahrnuty ve svobodě usazování a volného pohybu služeb.

25. Komise se domnívá, že vytýkaná porušení nepředstavují výjimečné případy, nýbrž že svědčí o všeobecné praxi zadávání zakázek v rozporu s právními předpisy Společenství. Tento její odhad podle Komise potvrzuje extrémně nízký počet celoevropských vyhlášení, respektive oznámení o zadání zakázky na služby v oblasti veřejné záchranné služby.

26. Podle názoru německé vlády je nařčení Komise, kterým chce dosáhnout celkového odsouzení praxe zadávání zakázek ve Spolkové republice Německo na základě jedné věcné argumentace týkající se jednotlivých zadávacích řízení ve čtyřech z celkem šestnácti spolkových zemí, nepřípustné. Různá skutková tvrzení Komise jsou podle ní navíc nesprávná.

27. Německá vláda se navíc odvolává na výjimku z oblasti působnosti podle čl. 45 odst. 1 ES ve spojení s článkem 55 ES, podle něhož se kapitoly Smlouvy o ES o svobodě usazování a volném pohybu služeb nevztahují na činnosti, které jsou v příslušném členském státě spjaty, i když jen příležitostně, s výkonem veřejné moci, což je případ dotčených služeb v oblasti veřejné záchranné služby. Jelikož obě tyto kapitoly Smlouvy o ES jsou právním základem směrnic v oblasti zadávání veřejných zakázek, nepoužijí se ani v projednávaném případě.

28. Podpůrně německá vláda uvádí, že dotčené služby v oblasti veřejné záchranné služby splňují předpoklady pro zvýhodnění podle čl. 86 odst. 2 ES. Jelikož čl. 86 odst. 2 ES neobsahuje jen výjimku z pravidel týkajících se hospodářské soutěže, nýbrž i ze všech ostatních ustanovení Smlouvy o ES, je žaloba Komise neopodstatněná i z tohoto pohledu. Nakonec německá vláda odkazuje na dvě usnesení Bundesgerichtshof ze dne 1. prosince 2008, podle kterých je nyní třeba používat právní předpisy v oblasti zadávání veřejných zakázek i při zadávání smluv o zajištění služeb v oblasti veřejné záchranné služby.

29. Nizozemská vláda vychází z toho, že Spolková republika Německo neporušila ani směrnice v oblasti zadávání veřejných zakázek, ani články 43 ES a 49 ES. Dotčené veřejné záchranné služby je třeba pokládat za služby obecného hospodářského zájmu ve smyslu čl. 86 odst. 2 ES. V tomto ohledu je třeba mít na paměti, že výjimka stanovená v čl. 86 odst. 2 ES platí i v oblasti základních svobod. Nakonec nizozemská vláda zmiňuje možnost použití výjimky z oblasti působnosti podle článků 45 ES a 55 ES. Při tom se nizozemská vláda přiklání k názoru, že by v případě dotčených služeb v oblasti veřejné záchranné služby mohly být splněny předpoklady pro použití těchto ustanovení obsahujících výjimky.

VII – Právní posouzení

A – *Přípustnost*

30. Zvláštním znakem řízení o nesplnění povinnosti podle článku 226 ES je, že stanovení předmětu řízení v rámci postupu před zahájením soudního řízení omezuje přípustný předmět žaloby navazujícího soudního řízení. Podle ustálené judikatury musejí být odůvodněné stanovisko a následná žaloba pro nesplnění povinnosti založeny na stejných důvodech a stejných tvrzeních, takže Soudní dvůr nemůže zkoumat důvod, který nebyl uveden v odůvodněném stanovisku[4].

31. Tato podmínka přípustnosti, kterou se zakazuje rozšíření žalobních důvodů oproti tvrzením uvedeným v odůvodněném stanovisku, přispívá k zajištění ochrany práv na obhajobu příslušejících dotčenému členskému státu, kterému má být poskytnuta příležitost splnit své povinnosti vyplývající z práva Společenství a efektivně uplatnit své prostředky obrany proti žalobním důvodům formulovaným Komisí. Současně se do této podmínky promítá obecné základní pravidlo

4 — Srov. jen rozsudky z 26. března 2009, Komise v. Itálie (C-326/07, Sb. rozh. s. I-2291, bod 29), ze dne 24. června 2004, Komise v. Nizozemsko (C-350/02, Sb. rozh. s. I-6213, bod 20), ze dne 11. května 1989, Komise v. Německo (76/86, Recueil, s. 1021, bod 8), ze dne 7. května 1987, Komise v. Belgie (186/85, Recueil, s. 2029, bod 13) .

uplatňované v procesním právu, že předmětem případného soudního řízení musí být jasně vymezený spor[5].

32. Podle mého názoru Komise v projednávané věci při formulaci svých žalobních návrhů nepřípustným způsobem překročila rámec vytýkaných skutečností formulovaných v odůvodněném stanovisku. Za účelem vysvětlení a vymezení tohoto nepřípustného rozšíření žaloby se budu nejprve zabývat zařazením dotčených veřejných záchranných služeb v systému směrnic v oblasti zadávání veřejných zakázek. Následně objasním, jak Komise v žalobě přeformulovala svá návrhová žádání z odůvodněného stanoviska a jakým způsobem byl touto novou formulací změněn i předmět řízení.

33. Okolnost, že Spolková republika Německo výslovně nenamítala nepřípustnost tohoto rozšíření žaloby, však není podstatná. Jelikož se u zákazu rozšíření předmětu sporu jedná o základní záruku zamýšlenou Smlouvou o ES, jejíž dodržování je podstatnou procesní náležitostí řízení o nesplnění povinnosti členským státem[6], Soudní dvůr může tuto skutečnost konstatovat i bez námitky Spolkové republiky Německo[7].

1. Záchranné služby jako smíšené služby v systému směrnic v oblasti zadávání veřejných zakázek

34. Jak směrnice 92/50, tak i směrnice 2004/18 rozlišují mezi takzvanými prioritními a neprioritními službami. První skupina služeb je vyjmenována v příloze I A směrnice 92/50, jakož i v obsahově totožné příloze II A směrnice 2004/18 a zahrnuje mj. služby v oblasti pozemní přepravy. Naposled uvedená skupina služeb je vyjmenována v příloze I B směrnice 92/50, jakož i v obsahově totožné příloze II B směrnice 2004/18 a zahrnuje mj. služby v oblasti zdravotnictví. Z hlediska právních předpisů v oblasti zadávání veřejných zakázek spočívá nejdůležitější rozdíl mezi prioritními službami vyjmenovanými v přílohách I A, respektive II A, a neprioritními službami vyjmenovanými v přílohách I B, respektive II B, v tom, že pouze na prioritní služby se v plném rozsahu použije příslušná směrnice v oblasti zadávání veřejných zakázek[8]. Pokud jde o neprioritní

5 — Srov. rozsudky ze dne 22. března 2007, Komise v. Belgie (C-437/04, Sb. rozh. s. I-2513, body 39 a 40), a Komise v. Nizozemsko (citovaný v poznámce pod čarou, body 18 a 19).

6 — Srov. rozsudek ze dne 27. dubna 2006, Komise v. Německo (C-441/02, Sb. rozh. s. I-3449, bod 59).

7 — *Argumentum a fortiori* z čl. 92 odst. 1 jednacího řádu Soudního dvora. Tak i Karpenstein/Karpenstein, in Grabitz/Hilf, *Das Recht der Europäischen Union*, Art. 226 EGV, bod 82 (39. doplňkové vydání, stav červenec 2009).

8 — Článek 8 směrnice 92/50 a článek 20 směrnice 2004/18.

služby, je naopak pouze stanoveno, že platí pravidla o technických specifikacích a že zadavatelé musí Komisi informovat o zadávání zakázek[9].

35. V projednávané věci je nesporné, že dotčené záchranné služby je třeba pokládat za smíšené smlouvy, které obsahují prvky jak prioritních, tak i neprioritních služeb. Toto zařazení vyplývá přímo z rozsudku Tögel[10], v němž byly přepravy zraněných a nemocných v doprovodu ošetřovatele kvalifikovány jako smíšené smlouvy ve smyslu článku 10 směrnice 92/50[11]. Přitom přepravu osob je třeba pokládat za prioritní službu a zdravotní péči poskytovanou během přepravy za neprioritní službu.

36. Na smíšené zakázky na prioritní a neprioritní služby se podle článku 10 směrnice 92/50, respektive podle článku 22 směrnice 2004/18, v plném rozsahu použije příslušná směrnice v oblasti zadávání veřejných zakázek, pokud mají prioritní služby větší hodnotu než neprioritní služby. V opačném případě je se smíšenými zakázkami třeba zacházet jako se zakázkami na neprioritní služby.

2. Přeformulování návrhových žádání v žalobě

37. V odůvodněném stanovisku Komise výslovně zohlednila smíšenou povahu dotčených záchranných služeb jak v rámci svého právního posouzení, tak i při formulaci jednotlivých vytýkaných skutečností.

38. Komise v odůvodněném stanovisku zejména uvedla, že v případě dotčených záchranných služeb převažují přepravní služby ve smyslu přílohy I A směrnice 92/50, respektive přílohy II A směrnice 2004/18, takže Spolková republika Německo porušila při zadávání těchto zakázek článek 10 ve spojení s hlavami III a IV směrnice 92/50 a od 1. února 2006 článek 22 ve spojení s články 23 až 55 směrnice 2004/18. Pro případ, že by v jednotlivých uvedených případech převážily zdravotní služby ve smyslu

9 — Článek 9 směrnice 92/50 a článek 21 směrnice 2004/18.

10 — Rozsudek ze dne 24. září 1998, Tögel (C-76/97, Recueil, s. I-5357, bod 40).

11 — Přeprava osob spadá pod označení „pozemní přeprava“ ve smyslu druhé kategorie přílohy I A směrnice 92/50, respektive druhé kategorie přílohy II A směrnice 2004/18. Zdravotní péče spadá pod označení „zdravotnictví“ ve smyslu 25. kategorie přílohy I B směrnice 92/50, respektive 25. kategorie přílohy II B směrnice 2004/18.

přílohy I B směrnice 92/50, respektive přílohy II B směrnice 2004/18, vytýká Komise podpůrně porušení článku 10 ve spojení s článkem 16 směrnice 92/50 a od 1. února 2006 článek 22 ve spojení s čl. 35 odst. 4 směrnice 2004/18 a v každém případě zásady svobody usazování a volného pohybu služeb podle článků 43 ES a 49 ES a zákazu diskriminace, který je v těchto zásadách obsažen.

39. Komise ve své žalobě vědomě ponechala nezodpovězenou otázku, zda se dotčené záchranné služby týkaly hlavně přepravy osob nebo spíš zdravotní péče. Tato otázka může podle Komise nyní zůstat nezodpovězena proto, že kritizovanými postupy v rámci zadávacího řízení došlo v každém případě k porušení pravidel týkajících se povinnosti oznamovat zadané zakázky podle článku 16 směrnice 92/50, respektive čl. 35 odst. 4 směrnice 2004/18, jakož i k porušení zásady zákazu diskriminace, který je zahrnut v zásadě svobody usazování a volného pohybu služeb.

40. Tímto přeformulováním žalobního návrhu Komise nepřípustným způsobem změnila předmět žaloby.

41. Zatímco ve svém odůvodněném stanovisku Komise vycházela z toho, že zadáním zakázek na záchranné služby došlo k porušení zásad zákazu diskriminace a transparentnosti zakotvených v primárním právu jen v případech, kde převažoval prvek zdravotní péče, ve své žalobě vychází z odlišného stanoviska, a sice že při zadávání dotčených záchranných služeb měly být vždy dodrženy zásady zákazu diskriminace a transparentnosti. To však nutně předpokládá, že k bezprostřednímu porušení zásad zákazu diskriminace a transparentnosti mohlo dojít i v případě zadávání zakázek na záchranné služby, které mají převážně povahu přepravních služeb, což nebylo v odůvodněném stanovisku vytýkáno ani výslovně, ani nepřímo.

42. Rozšíření předmětu řízení tedy spočívá v tom, že nyní je porušení zásady zákazu diskriminace a zásady transparentnosti, které vyplývají ze zásady svobody usazování a volného pohybu služeb, vytýkáno i v případě zadávání zakázek na smíšené záchranné služby, které mají převážně povahu přepravních služeb. V tomto rozsahu je třeba prohlásit projednávanou žalobu za nepřípustnou.

43. Tomu nelze oponovat tím, že povinnosti týkající se zveřejnění oznámení o zadání zakázky a oznámení o zakázce stanovené

ve směrnicích v oblasti zadávání veřejných zakázek nakonec představují podrobnější formulaci zásad zákazu diskriminace a transparentnosti vyplývajících z primárního práva v právu sekundárním, a že Komise tudíž ve svém žalobním návrhu nyní odůvodněném na základě primárního práva nepřekročila z obsahového hlediska rámec vytýkaných skutečností formulovaných v odůvodněném stanovisku. Rozhodující je totiž to, že Komise ve své žalobě vytýká porušení primárního práva, pokud jde o prioritní smíšené služby, přestože v odůvodněném stanovisku neuvedla, že na tyto služby se v plném rozsahu vztahují směrnice v oblasti zadávání veřejných zakázek, a že tudíž vytýkala pouze porušení těchto směrnic. Spolková republika Německo v důsledku toho nemohla v rámci postupu před zahájením soudního řízení objasnit otázku, zda lze zadávání zakázek na poskytování záchranných služeb, které se týkají hlavně přepravy osob, a tudíž se na ně v plném rozsahu vztahují směrnice v oblasti zadávání veřejných zakázek, vůbec posuzovat přímo podle kritéria zásady zákazu diskriminace a zásady transparentnosti obsaženého v primárním právu [12]

44. Pokud by byla změna žalobního základu, kterou jsem popsala, prohlášena za přípustnou, vedlo by to k nepřijatelnému porušení práva na obhajobu Spolkové republiky Německo, neboť by tím byla připravena o možnost objasnit již v rámci postupu před zahájením soudního řízení zásadní otázku, zda a do jaké míry byla Komise ohledně zadávání prioritních smíšených zakázek na služby oprávněna opírat své žalobní návrhy přímo o právní základ obsažený v primárním právu.

45. Na tomto místě je třeba upozornit rovněž na to, že se zdá, že Komise na některých místech své žaloby vytýká porušení článku 2 směrnice 2004/18 a usiluje o to, aby byla Spolková republika odpovídajícím způsobem odsouzena [13]. Pokud je žalobní návrhy třeba chápat v tomto smyslu, je i tento žalobní návrh nutno zamítnout jako nepřípustný, jelikož porušení článku 2 směrnice 2004/18 nebylo v odůvodněném stanovisku výslovně vytýkáno.

12 — V této souvislosti vyvstává zejména otázka, zda je přezkum zadávání dotčených zakázek na základě zásady zákazu diskriminace a zásady transparentnosti zakotvených v primárním právu slučitelný se zásadou aplikační přednosti sekundárního práva a se smyslem a účelem řízení o nesplnění povinnosti podle článku 226 ES. K tomu viz body 95 a násl. tohoto stanoviska.

13 — Pod nadpisem „Porušení článku 16 směrnice 92/50/EHS a čl. 35 odst. 4 směrnice 2004/18/ES“ Komise v bodě 39 své žaloby ze dne 15. dubna 2008 uvádí, že články 14 a 16 směrnice 92/50, jakož i článek 23 a čl. 35 odst. 4 směrnice 2004/18, se v každém případě použijí v projednávané věci. V bodě 40 následně vytýká porušení článku 16 směrnice 92/50, respektive čl. 35 odst. 4 směrnice 2004/18. V bodě 41 Komise uvádí, že čl. 3 odst. 2 směrnice 92/50 a článek 2 směrnice 2004/18 se v projednávané věci rovněž použijí, aniž by však výslovně vytýkala porušení těchto článků nebo aby blíže vyložila tyto články. Ve shrnutí svých žalobních návrhů v bodě 72 ovšem Komise vytýká porušení článku 10 ve spojení s článkem 16 směrnice 92/50, jakož i článků 2 a 22 ve spojení s čl. 35 odst. 4 směrnice 2004/18.

3. Závěr

46. S ohledem na shora uvedené úvahy jsem dospěla k závěru, že projednávanou žalobu pro nesplnění povinnosti je třeba odmítnout jako nepřípustnou v rozsahu, ve kterém je v ní vytýkáno porušení zásady zákazu diskriminace a zásady transparentnosti, které vyplývají ze zásady svobody usazování a volného pohybu služeb, i při zadávání zakázek na záchranné služby, které mají převážně povahu přepravních služeb.

47. Pokud by Soudní dvůr dospěl k závěru, že Komise ve své žalobě navrhuje také to, aby Soudní dvůr určil, že došlo k porušení článku 2 směrnice 2004/18, je i tento žalobní návrh nutno odmítnout jako nepřípustný.

B – *Opodstatněnost*

48. Spolková republika Německo odporuje žalobě pro nesplnění povinnosti podané Komisí třemi argumentačními liniemi. Německá vláda se v první řadě odvolává na výjimku z oblasti působnosti podle článku 45 ES a podpůrně na odůvodnění podle čl. 86 odst. 2 ES. Zadruhé německá vládá popírá některá skutková tvrzení uvedená Komisí. Zatřetí se německá vláda ohrazuje proti návrhu Komise, aby bylo určeno, že existuje praxe v rozporu s právními předpisy v oblasti zadávání veřejných zakázek.

49. V tomto kontextu dále nejprve objasním problematiku zadávání zakázek na záchranné služby ve světle čl. 45 odst. 1 ES ve spojení s článkem 55 ES a následně ve světle čl. 86 odst. 2 ES. Poté jednotlivě přezkoumám devět zadávacích řízení kritizovaných Komisí. Na závěr se budu zabývat otázkou, zda výsledky tohoto přezkumu odůvodňují určení toho, že existuje praxe v rozporu s právními předpisy v oblasti zadávání veřejných zakázek.

1. Nepoužitelnost výjimky z oblasti působnosti podle čl. 45 odst. 1 ES

50. Podle čl. 45 odst. 1 ES ve spojení s článkem 55 ES se ustanovení týkající se svobody usazování a volného pohybu služeb obsažená v primárním právu nevztahují na činnosti, které jsou v příslušném členském státě spjaty,

i když jen příležitostně, s výkonem veřejné moci. Pokud je tedy určitá činnost v určitém členském státě spjata s výkonem veřejné moci, je vyňata z působnosti právní úpravy svobody usazování a volného pohybu služeb.

51. Totéž musí platit pro ustanovení sekundárního práva, která jsou přijímána za účelem realizace kapitol týkajících se práva usazování a volného pohybu služeb. Pokud takové sekundární právní předpisy upravují i činnost, která je spjata s výkonem veřejné moci, je třeba prostřednictvím výkladu sekundární právní úpravy v souladu se Smlouvou o ES určit, že uvedené činnosti jsou v dotčených členských státech vyňaty z působnosti této právní úpravy[14].

52. Pokud by služby přepravy v naléhavých případech a služby přepravy pacientů, které jsou předmětem dotčených zadávání veřejných zakázek, byly spjaty s výkonem veřejné moci ve smyslu čl. 45 odst. 1 ES, bylo by třeba odmítnout žalobní důvod Komise týkající se porušení zásad svobody usazování a volného pohybu služeb jako neopodstatněný. Za další, jelikož jak směrnice 92/50, tak i směrnice 2004/18 byly přijaty na základě čl. 47 odst. 2 ES a článku 55 ES, a tedy v rámci provádění kompetenčních ustanovení primárního práva obsažených v kapitole týkající se práva usazování a volného pohybu služeb, bylo by v tomto případě nutno zamítnout jako neopodstatněný i žalobní důvod vytýkající porušení směrnic v oblasti zadávání veřejných zakázek.

53. Mně se však zdá být sporné, zda lze pokládat provádění služeb přepravy v naléhavých případech a služeb přepravy pacientů za činnost ve smyslu čl. 45 odst. 1 ES, která je spjata, i když jen příležitostně, s výkonem veřejné moci.

54. V první řadě je třeba připomenout, že výklad pojmu „výkon veřejné moci“ ve smyslu čl. 45 odst. 1 ES spadá do oblasti práva Společenství. Právní řád Společenství totiž v zásadě nedefinuje pojmy na základě jednoho či několika vnitrostátních právních řádů, pokud tak není výslovně stanoveno[15].

14 — Srov. stanovisko generálního advokáta Lenze ze dne 19. září 1991 ve věci Komise v. Řecko (C-306/89, Slg. 1991, I-5863, bod 28). Dále srov. Randelzhofer/Forsthoff, in Grabitz/Hilf, *Das Recht der Europäischen Union*, Art. 45 EGV, bod 14 (39. doplňkové vydání, stav červenec 2009).

15 — Srov. rozsudky ze dne 18. prosince 2007, Société Pipeline Méditerranée et Rhône (C-314/06, Sb. rozh. s. I-12273, bod 21), ze dne 22. května 2003, Komise v. Německo (C-103/01, Recueil, s. I-5369, bod 33), a ze dne 2. dubna 1998, EMU Tabac a další (C-296/95, Recueil,s. I-1605, bod 30).

55. Ke zodpovězení otázky, zda je činnost spjata s výkonem veřejné moci ve smyslu čl. 45 odst. 1 ES, tedy dojde na základě definice veřejné moci ve smyslu tohoto ustanovení v právním řádu Společenství.

56. Účast na výkonu veřejné moci ve smyslu článku 45 ES lze předpokládat za podmínky, že je dána možnost uplatňovat vůči občanovi zvláštní práva, výsady veřejné moci nebo donucovací pravomoc[16].

57. Vzhledem k zásadnímu významu základních svobod pro vnitřní trh je třeba čl. 45 odst. 1 ES – případně ve spojení s článkem 55 ES – vykládat jakožto výjimku ze zásady svobody usazování, resp. volného pohybu služeb úzce[17]. Výjimka podle čl. 45 odst. 1 ES se tedy nevztahuje na každou činnost, v jejímž rámci lze vůči občanovi uplatňovat zvláštní práva, výsady veřejné moci nebo donucovací pravomoc. Nezbytné je spíše to, aby tato účast na výkonu veřejné moci vykazovala dostatečnou intenzitu a přímost.

58. Pojmový znak „výkon veřejné moci“ ve smyslu čl. 45 odst. 1 ES jinými slovy předpokládá dostatečně kvalifikovaný výkon zvláštních práv, výsad veřejné moci nebo donucovací pravomoci. Toto kvalitativní posuzování účasti na veřejných úkolech Soudní dvůr shrnul do požadavku, že předpokladem použití čl. 45 odst. 1 ES – případně ve spojení s článkem 55 ES – je „přímá“ a „konkrétní“ účast na výkonu veřejné moci[18].

59. Soudní dvůr tak ve svém rozsudku ze dne 29. října 1998 ve věci Komise v. Španělsko[19] v rámci objasnění otázky, zda byly činnosti soukromých bezpečnostních společností ve Španělsku spjaty s výkonem veřejné moci, zdůraznil, že dokonce i tehdy, kdy by takové soukromé bezpečnostní složky měly v určitých situacích podporovat veřejné bezpečnostní složky, prvně uvedené společnosti by vykonávaly pouze pomocné činnosti. Soukromé bezpečnostní společnosti se proto

16 — Stanovisko generálního advokáta Mayrase ze dne 28. května 1974 ve věci Reyners (2/74, Recueil, 665).

17 — Tento restriktivní přístup Soudní dvůr potvrzuje v nyní již ustálené judikatuře s poukazem na to, že při posuzování výjimek ze svobody usazování stanovených v článku 45 ES je třeba vzít v úvahu meze zakotvené v právu Společenství, které výjimkám z uvedené svobody klade tento článek. Srov. jen rozsudek ze dne 22. října 2009, Komise v. Portugalsko (C-438/08, Sb. rozh. s. I-10219, bod 35).

18 — Srov. pouze rozsudek Komise v. Portugalsko (citovaný v poznámce pod čarou 17, bod 36) a rozsudky ze dne 30. května 2006, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti (C-451/03, Sb. rozh. s. I-2941, bod 46), a ze dne 13. července 1993, Thijssen (C-42/92, Recueil, s. I-4047, bod 22).

19 — C-114/97, Recueil, s. I-6717, body 38 a 39.

neúčastní „přímo a konkrétně“ výkonu veřejné moci. Toto řešení navrhl generální advokát Alber ve svém stanovisku v této věci s poukazem na to, že rozlišování mezi hlavními a pomocnými funkcemi nemá být chápáno jako kvantitativní, ale jako kvalitativní kritérium a že existuje zásadní rozdíl mezi pravomocemi veřejných bezpečnostních složek a pravomocemi soukromých bezpečnostních služeb[20].

60. Podobně přísně se Soudní dvůr naposled vyslovil ve svém rozsudku ze dne 22. října 2009 ve věci Komise v. Portugalsko[21], v němž rozhodl, že na činnosti soukromých subjektů provádějících technické prohlídky motorových vozidel, dotčené v projednávané věci, se nevztahuje výjimka stanovená v článku 45 ES, přestože tyto subjekty vystavily osvědčení o jimi provedených technických prohlídkách a v tomto směru vykonávaly i veřejnou moc. Takovýto výkon veřejné moci však nenaplňuje kvalitativní kritérium „přímé a konkrétní“ účasti na výkonu veřejné moci ve smyslu článku 45 ES. V tomto ohledu Soudní dvůr poukázal jednak na to, že vystavením osvědčení se vyvozují pouze právem stanovené důsledky technické prohlídky, aniž by subjektům provádějícím technické prohlídky byla přiznána skutečná rozhodovací nezávislost. Kromě toho byla rozhodnutí o tom, zda osvědčení o technické kontrole bude vydáno či nikoliv, přijímána v rámci přímého státního dohledu[22].

61. Soudní dvůr již předtím při příležitosti přezkumu použitelnosti výjimky z oblasti působnosti podle článku 45 ES, pokud jde o auditory působící u pojišťovacích společností a u soukromých institucí sociálního zabezpečení, rozhodl, že plnění úkolů, které jsou pouze pomocné a přípravné ve vztahu k subjektu, který fakticky vykonává veřejnou moc přijetím konečného rozhodnutí, nelze pokládat za účast na výkonu veřejné moci ve smyslu právní úpravy zakotvující tuto výjimku[23].

62. Souhrnně je třeba konstatovat, že podle nyní ustálené judikatury musí být na „výkon veřejné moci“ ve smyslu čl. 45 odst. 1 ES kladeny vysoké kvalitativní požadavky, které

20 — Stanovisko generálního advokáta Albera ze dne 7. května 1998 ve věci Komise v. Španělsko (C-114/97, Recueil, s. I-6717, body 27 a 28). Tvrzení, že činnost podniků zabývajících se ostrahou nebo poskytováním soukromých bezpečnostních služeb zpravidla nezakládá přímou a konkrétní účast na výkonu veřejné moci, potvrzují rozsudky ze dne 13. prosince 2007, Komise v. Itálie (C-465/05, Sb. rozh. s. I-11091, body 31 a násl.), ze dne 31. května 2001, Komise v. Itálie (C-283/99, Recueil, s. I-4363, body 20 a násl.), a ze dne 9. března 2000, Komise v. Belgie (C-355/98, Recueil, s. I-1221, body 25 a 26).

21 — Citovaném v poznámce pod čarou 17.

22 — K podobnému výsledku Soudní dvůr dospěl již v rozsudcích ze dne 29. listopadu 2007, Komise v. Německo (C-404/05, Sb. rozh. s. I-10239, body 39 a násl.) a Komise v. Rakousko (C-393/05, Sb. rozh. s. I-10195, body 37 a násl.), v rámci přezkumu činností soukromých kontrolních subjektů pro ekologické zemědělství.

23 — Rozsudek Thijssen (citovaný v poznámce pod čarou 18, body 17 a násl.). Srov. rovněž rozsudek Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti (citovaný v poznámce pod čarou 18, body 44 a násl.), pokud jde o určité činnosti spočívající v poradenství a podpoře v daňových otázkách prostřednictvím společnosti Centri di Assistenza Fiscale v Itálii.

dosud téměř ve všech případech znemožnily úspěšně se odvolávat na článek 45 ES[24].

63. I v projednávaném řízení se mi zdá, že účast poskytovatelů služeb přepravy v naléhavých případech a služeb přepravy pacientů na výkonu veřejné moci je sice v omezené míře dána, avšak tento výkon nevykazuje kvalitativní znaky nezbytné pro použití článku 45 ES.

64. Podle názoru Spolkové republiky Německo je účast na výkonu veřejné moci dána zaprvé tím, že dotčené smlouvy je podle německého práva třeba kvalifikovat jako veřejnoprávní smlouvy. Zadruhé Spolková republika Německo zdůrazňuje zvláštní práva záchranných složek podle právních předpisů o pozemních komunikacích a o provozu na pozemních komunikacích, která spočívají zejména ve vydávání pokynů jiným účastníkům provozu na pozemních komunikacích za použití majáčku a zásahové sirény, jimiž se tito účastníci musí řídit a jejichž nedodržení lze trestat uložením pokuty. Zatřetí Spolková republika Německo uvádí, že záchranné složky se často účastní organizace záchranné služby, jakož i plnění úkolů veřejné moci v oblasti požární ochrany a ochrany před katastrofami, a podporují i policejní odvracení nebezpečí poskytováním záchranných prostředků v rámci systému veřejných bezpečnostních opatření. Začtvrté Spolková republika Německo zdůrazňuje možnost jmenovat zaměstnance záchranných složek úředníky pověřenými výkonem správních rozhodnutí, kterou často stanoví zákony spolkových zemí.

65. Tyto argumenty nejsou přesvědčivé.

66. V rámci prvního argumentu Spolková republika Německo opomíjí zásadu, že právní řád Společenství v zásadě nedefinuje pojmy na základě jednoho či několika vnitrostátních právních řádů[25]. Okolnost, že dotčené záchranné služby podléhají podle německého práva veřejnoprávnímu režimu, není podstatná pro zodpovězení otázky, zda se na ně vztahuje článek 45 ES.

67. I když následně Spolková republika Německo správně předpokládá, že použití majáčku a zásahové sirény záchrannými složkami je třeba posuzovat jako výkon zvláštního

24 — Vedle již uvedených rozsudků srov. pouze rozsudek ze dne 18. prosince 2007, Jundt (C-281/06, Sb. rozh. s. I-12231, body 35 a násl.), pokud jde o výkon učitelské činnosti z pověření univerzity.

25 — Viz body 54 a 55 tohoto stanoviska.

práva, zdá se mi, že konkrétní právní úprava zakotvující toto zvláštní právo nedosahuje intenzity, která je podle ustálené judikatury požadována, má-li se použít článek 45 ES. Uvedená zvláštní práva se totiž vyčerpají tím, že se zvláštním způsobem uzpůsobí vozidla záchranné složky a vybaví se majáčkem a sirénou na straně jedné a s těmito vozidly se za určitých podmínek v silničním provozu uplatní nárok na přednost vůči ostatním účastníkům provozu na straně druhé, přičemž nerespektování těchto zvláštních práv jinými účastníky provozu je třeba hodnotit jako přestupek sankcionovaný pokutou. Tato relativně nevýrazná zvláštní práva podle mého názoru nesplňují již zmíněné vysoké kvalitativní požadavky kladené na výkon veřejné moci ve smyslu článku 45 ES.

68. V této souvislosti nemůže být přesvědčivá ani účast záchranných složek na organizaci záchranných služeb a na poskytování požární ochrany a ochrany před katastrofami, ani poskytování záchranných prostředků na podporu bezpečnostních orgánů a požárních sborů, na které poukazuje německá vláda. K tomu je třeba poznamenat, že poskytnutí záchranných prostředků na podporu bezpečnostních orgánů je zpravidla třeba hodnotit jako pomocnou a přípravnou činnost, která podle již uvedené judikatury nemůže představovat přímou účast na výkonu veřejné moci. Dokonce i kdyby v případech uvedených Spolkovou republikou Německo účast záchranných složek na organizaci záchranných služeb, jakož i na poskytování požární ochrany a ochrany před katastrofami[26], překračovala rámec pomocných a přípravných činností, nesplňují ani tyto činnosti již uvedené vysoké kvalitativní požadavky kladené na výkon veřejné moci ve smyslu článku 45 ES.

69. Nakonec ani argument poukazující na možnost jmenovat zaměstnance záchranných složek úředníky pověřenými výkonem správních rozhodnutí, kterou často stanoví zákony spolkových zemí, nepřesvědčí už kvůli tomu, že podle ustálené judikatury Soudního dvora nelze rozšíření výjimky umožněné články 45 ES a 55 ES na celou určitou profesi považovat za přípustné, jestliže činnosti spjaté případně s výkonem veřejné moci představují prvek, jejž lze oddělit od dané profesní činnosti[27].

26 — Jako příklady úkolů veřejné moci plněné záchrannými složkami Spolková republika uvádí evakuační, bezpečnostní a zatarasovací opatření v nouzových případech a obecně účast poskytovatelů záchranných služeb na plánování, organizaci a správě záchranných služeb, v jejichž rámci mají například právo ukládat třetím osobám povinnost podávat hlášení a oznamovací povinnost nebo rozhodovat o zapojení poskytovatelů jiných odborných služeb.

27 — Rozsudky Komise v. Německo (citovaný v poznámce pod čarou 22, bod 47) a Komise v. Rakousko (citovaný v poznámce pod čarou 22, bod 45).

70. Vzhledem ke shora uvedeným úvahám jsem dospěla k závěru, že dotčená činnost spočívající v poskytování záchranných služeb v sobě jako taková nezahrnuje přímou a konkrétní účast na výkonu veřejné moci. V projednávané věci se tedy výjimka z oblasti působnosti podle článku 45 ES nepoužije.

2. Neexistence odůvodnění podle čl. 86 odst. 2 ES

71. S poukazem na rozsudek Ambulanz Glöckner[28] Spolková republika Německo podpůrně uvádí, že záchranné služby je třeba zařadit mezi služby obecného hospodářského zájmu ve smyslu čl. 86 odst. 2 ES, přičemž odůvodnění obsažené v tomto ustanovení lze bezvýhradně přenést na oblast svobody usazování a volného pohybu služeb.

72. Tato argumentace mne nepřesvědčuje.

73. Spolkové republice Německo je třeba dát za pravdu, když uvádí, že Soudní dvůr v rozsudcích ze dne 23. října 1997 ve věci Komise v. Nizozemsko[29] a ze dne 18. června 1998 ve věci Corsica Ferries France[30] rozhodl, že odůvodnění podle čl. 86 odst. 2 ES je použitelné také na státní opatření, která nebyla slučitelná s ustanoveními Smlouvy o ES o volném pohybu zboží, respektive o volném pohybu služeb, a tak potvrdil, že čl. 86 odst. 2 ES lze použít za účelem odůvodnění porušení čl. 86 odst. 1 ES ve spojení se základními svobodami[31].

74. Vzhledem k novějším trendům v judikatuře Soudního dvora ovšem nejprve vyvstává otázka, zda mohou mít rozsudky ve věcech Komise v. Nizozemsko a Corsica Ferries France v daném ohledu stále ještě neomezenou platnost. Podle nejnovější judikatury skutečnost, že určitá činnost je vzhledem k její konkrétní právní úpravě vyloučena z rozsahu působnosti pravidel upravujících hospodářskou soutěž, totiž nutně neznamená, že je vyloučena z rozsahu působnosti pravidel o volném pohybu[32].

75. Za těchto okolností vyvstává otázka, zda by rozhodovací praxe zavedená rozsudky Komise v. Nizozemsko a Corsica Ferries France týkající se použitelnosti čl. 86

28 — Rozsudek ze dne 25. října 2001, Ambulanz Glöckner (C-475/99, Recueil, s. I-8089).

29 — C-157/94, Recueil, s. I-5699, body 27 a násl.

30 — C-266/96, Recueil, s. I-3949, bod 59.

31 — Tak i Mestmäcker/Schweitzer, in Immenga/Mestmäcker, *Wettbewerbsrecht. Kommentar zum Europäischen Kartellrecht*, 4. vydání, Mnichov 2007, Čl. 86 odst. 2 SES, bod 42; Pernice/Wernicke, in Grabitz/Hilf (dílo citované výše v poznámce pod čarou 14), článek 86 SES, bod 53.

32 — Rozsudek ze dne 11. prosince 2007, International Transport Workers' Federation a Finnish Seamen's Union („Viking Line", C-438/05, Sb. rozh. s. I-10779, bod 53). Srov. také rozsudek ze dne 18. července 2006, Meca-Medina (C-519/04 P, Sb. rozh. s. I-6991, body 31 až 34).

odst. 2 ES v oblasti základních svobod neměla být přezkoumána, zvláště když se zdálo, že Soudní dvůr takové použití ve své starší judikatuře ještě vylučoval[33].

76. V řízení o projednávané věci však tato otázka nemusí být blíže objasněna. Spolková republika Německo totiž nemůže prokázat ani to, že jsou naplněny předpoklady použití čl. 86 odst. 2 ES jako takové.

77. Členský stát, který se dovolává čl. 86 odst. 2 ES, musí prokázat, že jsou splněny podmínky stanovené tímto ustanovením[34].

78. Pokud jde o podmínky stanovené tímto ustanovením, čl. 86 odst. 2 ES v tomto případě vyžaduje důkaz o tom, že dotčené záchranné služby je nutno zařadit mezi služby obecného hospodářského zájmu, že změna vytýkané praxe zadávání veřejných zakázek by ve smyslu právních předpisů Společenství bránila nebo narušovala právně nebo fakticky poskytování těchto služeb a že rozvoj obchodu nebyl vytýkanou praxí narušen v rozsahu neslučitelném se zájmy Společenství.

79. Zatímco v případě služeb přepravy v naléhavých případech možná není sporu o tom, že tyto služby je třeba zařadit mezi služby obecného hospodářského zájmu ve smyslu čl. 86 odst. 2 ES[35], Spolková republika v projednávané věci neprokázala, že vytýkaná zadávací praxe je nezbytně nutná, a že tudíž plnění úkolu spočívajícího v poskytování dotčených záchranných služeb nelze zajistit pomocí jiných, z hlediska práva Společenství přijatelnějších prostředků.

80. V tomto ohledu Spolková republika Německo pouze uvádí, že integrace stále nových poskytovatelů záchranných služeb do systému zastřešujícího záchranné služby určité oblasti by mohla ztížit nebo znemožnit křížové dotace mezi hustě osídlenými oblastmi, ve kterých je poskytování záchranných služeb ziskovější, ve prospěch méně osídlených oblastí, které jsou mnohem méně

33 — Rozsudek ze dne 10. července 1984, Campus Oil a další (72/83, Recueil, s. 2727, bod 19).

34 — Srov. rozsudek ze dne 23. října 1997, Komise v. Francie (C-159/94, Recueil, s. I-5815, bod 101).

35 — Srov. rozsudek Ambulanz Glöckner (citovaný v poznámce pod čarou 28, bod 55).

ziskové. Navíc je nezbytná ochrana členských dobročinných organizací působících v Německu, která neodmyslitelně patří k současné zadávací praxi, neboť tyto organizace mají povinnost pomoci v případě katastrof. Jen tyto organizace tedy zajišťovaly, aby bylo v případě katastrof možné obrátit se na řadu neplacených pomocníků usazených poblíž postiženého místa, přičemž tito pomocníci potřebovali, aby jim bylo umožněno pravidelně sbírat praktické zkušenosti v poskytování záchranných služeb.

81. Argumentu křížových dotací Komise ve své replice oponovala tím, že tvrzení, že organizace poskytující záchranné služby potřebují křížové dotace, aby mohly lépe uzpůsobit zabezpečení méně ziskových oblastí, není argumentem hovořícím proti zveřejnění vyhlášení zakázek na záchranné služby v souladu s právem Společenství. Rozdílná ziskovost určitých krajů by mohla být zohledněna s pomocí vyšších úplat pro méně ziskové kraje. Další možnost by spočívala v kombinovaném zadávání záchranných služeb v naléhavých případech a služeb přepravy pacientů pro geograficky lokalizované oblasti zahrnující jak ziskové, tak i méně ziskové kraje.

82. Spolková republika Německo ve své duplice netvrdila, že tyto alternativy zadávacího řízení uvedené Komisí by s ohledem na příslušné faktické a právní okolnosti ztížily nebo dokonce znemožnily plnění úkolu spočívajícího v poskytování služeb přepravy v naléhavých případech. Za těchto okolností je argument nezbytnosti vytýkané zadávací praxe z důvodů křížových dotací, které z ní vyplývají, třeba zamítnout jako nedostatečně prokázaný.

83. Totéž platí pro argument o množství neplacených pomocníků usazených poblíž postiženého místa. K tomu Komise poukázala na alternativu v souladu s právními předpisy v oblasti zadávání veřejných zakázek, kterou je možnost vyhlášení zakázky, při níž by se zohlednila dostupnost místa jako kritérium výběru. Ani tuto možnost Spolková republika Německo ve své odpovědi prokazatelně nevyvrátila.

84. Vzhledem k těmto úvahám jsem dospěla k závěru, že Spolková republika Německo neprokázala, že praxe zadávání zakázek na záchranné služby vytýkaná v projednávané věci naplňuje pojmové znaky skutkové

podstaty čl. 86 odst. 2 ES. Její odvolání se na čl. 86 odst. 2 je proto třeba zamítnout jako neopodstatněné již z tohoto důvodu.

3. Analýza devíti kritizovaných zadávacích řízení

85. Komise kritizuje devět řízení o zadávání zakázek na poskytování záchranných služeb ve čtyřech spolkových zemích. Na základě toho má být určeno, že ve Spolkové republice Německo existuje protiprávní zadávací praxe. Jelikož protiprávní praxe může existovat, jen pokud v rámci provádění jednotlivých kritizovaných zadávacích řízení skutečně došlo k porušení právních předpisů Společenství, nejprve přezkoumám, zda a do jaké míry lze zjistit porušení ustanovení právních předpisů a zásad uvedených Komisí, k nimž mělo dojít při provádění jednotlivých zadávacích řízení.

a) Zadávání zakázek městem Magdeburg (Sasko-Anhaltsko)

86. Podle údajů Komise provádělo město Magdeburg jakožto veřejný zadavatel od října 2005 takzvané „povolovací řízení“ týkající se zadávání úplatných smluv o poskytování záchranných služeb. Předmětem plnění bylo údajně poskytování vozidel a personálu za účelem provádění záchranných akcí v naléhavých případech, respektive kvalifikované přepravy pacientů na období od roku 2007 až do roku 2011, přičemž hodnota zakázky přesahovala 7 milionů eur za rok. Vyhlášení zakázky na evropské úrovni údajně nebylo provedeno.

87. Toto vylíčení skutkového stavu Spolková republika Německo nepopírá.

88. Tímto zadáním veřejné zakázky dochází podle názoru Komise k porušení článku 16 směrnice 92/50, respektive čl. 35 odst. 4 směrnice 2004/18 Spolkovou republikou Německo. Kromě toho tímto zadáním zakázky došlo i k porušení zásady zákazu diskriminace a zásady transparentnosti, které jsou zahrnuty ve svobodě usazování a volném pohybu služeb.

i) Porušení článku 16 směrnice 92/50, respektive čl. 35 odst. 4 směrnice 2004/18

89. S Komisí souhlasím do té míry, že vytýkaným zadáním veřejné zakázky městem

Magdeburg byl v každém případě porušen článek 16 směrnice 92/50, respektive čl. 35 odst. 4 směrnice 2004/18.

vážily komponenty přepravy nebo naopak komponenty zdravotní péče.

ii) Neexistence porušení zásady zákazu diskriminace a zásady transparentnosti zakotvených v primárním právu

90. V souladu s vylíčením skutečností Komisí, které nebylo předmětem sporu, uzavřelo město Magdeburg jakožto veřejný zadavatel ve smyslu směrnic v oblasti zadávání veřejných zakázek s poskytovatelem služeb písemnou úplatnou smlouvu o poskytování záchranných služeb, jejichž odhadovaná hodnota překračuje prahové hodnoty směrnice 92/50, respektive směrnice 2004/18. I když nebylo přesně zjištěno, v jaké době proběhly postupy, na které se vztahují předpisy v oblasti zadávání veřejných zakázek – podle údajů Komise bylo toto řízení prováděno od října 2005 – a tudíž není jisté, zda se má vytýkané zadávací řízení podrobit přezkumu zcela nebo zčásti na základě směrnice 92/50 nebo zcela nebo zčásti na základě směrnice 2004/18[36], nemohou chybějící přesné informace o chronologickém průběhu zadávacího postupu v projednávané věci vést k popření toho, že došlo k porušení právních předpisů v oblasti zadávání veřejných zakázek. Jak v době, kdy platila směrnice 92/50, tak i v době, kdy platila směrnice 2004/18, mělo město Magdeburg respektovat povinnost oznamovat zadané zakázky (článek 16 směrnice 92/50, respektive čl. 35 odst. 4 směrnice 2004/18), a sice bez ohledu na otázku, zda u těchto záchranných služeb hodnotově pře-

– Přezkum opodstatněnosti na základě předpokladu, že žalobní důvod týkající se porušení primárního práva je zčásti nepřípustný

91. Jak jsem objasnila již v rámci přezkumu přípustnosti, projednávanou žalobu je třeba odmítnout jako nepřípustnou v rozsahu, ve kterém je v ní navrhováno, aby bylo určeno, že při zadávání zakázek na poskytování záchranných služeb, které se týkají hlavně přepravy osob, byla porušena zásada zákazu diskriminace a zásada transparentnosti, které vyplývají ze svobody usazování a volného pohybu služeb[37].

92. Žalobní důvod vycházející z porušení zásad zakotvených v primárním právu je tedy přípustný jen v rozsahu, ve kterém je v něm

36 — Rozhodný je vždy právní stav k okamžiku, kdy má být jednáno nebo upuštěno od určitého jednání. K tomu viz Egger, A., *Europäisches Vergaberecht*, Baden-Baden 2008, bod 416. Srov. rovněž rozsudek ze dne 5. října 2000, Komise v. Francie (C-337/98, Recueil, s. I-8377, body 38 a násl.).

37 — Viz body 30 a násl. tohoto stanoviska.

vytýkáno zadávání zakázek na záchranné služby, které se týkají hlavně zdravotní péče.

93. Aby mohl být takto omezený žalobní důvod prohlášen za opodstatněný, musela by Komise v prvé řadě prokázat, že předmětem jí vytýkaných zadávacích řízení byly záchranné služby, které se týkaly hlavně zdravotní péče. Toto však Komise v tomto řízení neuvedla, natož aby to prokázala. Podle názoru Komise může být naopak ponecháno otevřené, zda se dotčené služby týkají hlavně přepravy osob, anebo spíše zdravotní péče.

94. Jelikož v rámci řízení o nesplnění povinnosti podle článku 226 ES je na Komisi, aby prokázala existenci tvrzeného nesplnění povinnosti a aby Soudnímu dvoru předložila poznatky nezbytné k posouzení daného případu[38], a Komise vzhledem ke shora uvedeným zjištěním nesplnila tuto povinnost tvrzení a důkazní povinnost, je žalobní důvod týkající se porušení zásady zákazu diskriminace a zásady transparentnosti, které vyplývají ze svobody usazování a volného pohybu služeb, třeba v rozsahu, v jakém je přípustný, zamítnout jako neopodstatněný.

– Podpůrně: Přezkum opodstatněnosti pro případ, že by byl žalobní důvod vycházející z porušení primárního práva prohlášen za zcela přípustný

95. Pokud Soudní dvůr prohlásí žalobní důvod vycházející z porušení zásady zákazu diskriminace a zásady transparentnosti, které vyplývají ze svobody usazování a volného pohybu služeb, na rozdíl od názoru, který je zastáván v tomto stanovisku, za celkově přípustný, bylo by třeba přezkoumat, zda je tento žalobní důvod také celkově opodstatněný.

96. Východiskem přezkumu opodstatněnosti je v rámci této hypotézy konstatování, že Komise vědomě neodpověděla na otázku, zda se dotčené záchranné služby týkají hlavně přepravy osob nebo spíš zdravotní péče. Z toho důvodu nelze zjistit, zda se na tyto záchranné služby jakožto smíšené služby ve smyslu směrnice 92/50, respektive směrnice 2004/18, v plném rozsahu použijí směrnice

38 — Srov. rozsudky ze dne 29. října 2009, Komise v. Finsko (C-246/08, Sb. rozh. s. I-10605, bod 52), ze dne 6. října 2009, Komise v. Švédsko (C-438/07, Sb. rozh. s. I-9517, bod 49), a ze dne 13. listopadu 2007, Komise v. Irsko (C-507/03, Sb. rozh. s. I-9777, bod 33).

v oblasti zadávání veřejných zakázek[39], zda tedy mělo být zveřejněno jejich vyhlášení v souladu se zadávacími řízeními upravenými v těchto směrnicích. Tento problém se Komise pokusila obejít tak, že ve své žalobě paušálně vytýkala porušení zásady zákazu diskriminace a zásady transparentnosti, které vyplývají ze svobody usazování a volného pohybu služeb.

98. Následně se budu zabývat přísnými požadavky stanovenými v primárním právu, které podle nejnovější judikatury platí pro případ, že má být prokázán přeshraniční zájem na zadání zakázky na neprioritní služby, a vysvětlím, jaký závěr lze z této judikatury dovodit pro posouzení projednávané věci.

Zásada aplikační přednosti sekundárního práva

97. V důsledku tohoto procesně taktického rozhodnutí Komise však vyvstává v řízení o projednávané věci zásadní otázka, a sice zda Komise v případě, že dospěje k závěru, že jednání členského státu může směřovat k porušení jak primárního práva, tak i v plném rozsahu porušení směrnice 92/50, respektive směrnice 2004/18, smí v rámci řízení podle článku 226 ES svobodně rozhodnout, zda svou žalobu podá na základě primárního práva, anebo na základě směrnic v oblasti zadávání veřejných zakázek. Tuto otázku objasním dále s použitím zásady aplikační přednosti sekundárního práva a zohledním přitom smysl a účel řízení podle článku 226 ES.

99. Podle ustálené judikatury zásada aplikační přednosti sekundárního práva říká, že úplná harmonizace určité oblasti na úrovni sekundárního práva Společenství vede k tomu, že každá vnitrostátní úprava v této oblasti musí být posuzována ve vztahu k ustanovením tohoto přepisu sekundárního práva, a nikoliv k ustanovením Smlouvy o ES[40].

100. V řízení o projednávané věci Komise vytýká na úrovni primárního práva hlavně porušení zásady zákazu diskriminace a zásady transparentnosti, které vyplývají ze svobody usazování a volného pohybu služeb.

39 — K tomu viz body 34 a násl. tohoto stanoviska.

40 — Srov. rozsudek ze dne 11. prosince 2003, Deutscher Apothekerverband (C-322/01, Recueil, s. I-14887, bod 64).

101. Podle ustálené judikatury v sobě zásada rovného zacházení v oblasti zadávání veřejných zakázek obsažená v primárním právu zahrnuje to, že všichni uchazeči musí mít stejné šance ve vypracování svých nabídek, a to nezávisle na své státní příslušnosti[41] Z této zásady rovného zacházení, jakož i ze zásady zákazu diskriminace na základě státní příslušnosti vyplývá povinnost transparentnosti, která spočívá v tom, že se ve prospěch každého potenciálního uchazeče musí zajistit odpovídající stupeň zveřejnění umožňující otevření řízení o zadávání veřejné zakázky účastníkům hospodářské soutěže, jakož i kontrolu nestrannosti zadávacího řízení[42].

102. Tyto zásady rovného zacházení a vytvoření dostatečné transparentnosti obsažené v primárním právu byly maximálně harmonizovány ve směrnici 92/50 a směrnici 2004/18 na základě velmi detailní úpravy týkající se nejrůznějších informačních, oznamovacích a uveřejňovacích povinností. Tyto povinnosti zakotvené v sekundárním právu, jejichž cílem je dosažení transparentnosti, se vyznačují detailní harmonizací, kterou je v různých ohledech třeba hodnotit jako úplnou harmonizaci[43].

103. V kontextu aplikační přednosti sekundárního práva tak v řízení o projednávané věci vyvstává otázka, zda Komise může vytýkat porušení zásady zákazu diskriminace obsažené v primárním právu, jakož i zásady transparentnosti, která z ní vyplývá, přestože zadávání dotčených zakázek by v případě hodnotové převahy přepravního prvku v plném rozsahu podléhalo směrnicím v oblasti zadávání veřejných zakázek[44], a přestože zásada zákazu diskriminace a zásada transparentnosti, které vyplývají ze svobody usazování

41 — Rozsudek ze dne 13. října 2005, Parking Brixen (C-458/03, Recueil, s. I-8585, bod 48).

42 — Rozsudky ze dne 15. října 2009, Acoset (C-196/08, Sb. rozh. s. I-9913, bod 49), a ze dne 6. dubna 2006, ANAV (C-410/04, Sb. rozh. s. I-3303, bod 21). K tomuto vztahu mezi zásadou zákazu diskriminace a zásadou transparentnosti srov. rozsudek Komise v. Irsko (citovaný v poznámce pod čarou 38, body 30 a 31), a rozsudky ze dne 21. února 2008, Komise v. Itálie (C-412/04, Sb. rozh. s. I-619, bod 66), ze dne 21. července 2005, Coname (C-231/03, Sb. rozh. s. I-7287, body 17 a 18), a ze dne 7. prosince 2000, Telaustria a Telefonadress (C-324/98, Recueil, s. I-10745, body 60 a násl.).

43 — Obecně je třeba vycházet z toho, že směrnice 92/50 a směrnice 2004/18 neměly zadávání veřejných zakázek, na které se každá z nich vztahuje, jako takové úplně harmonizovat. To vyplývá již z názvů těchto směrnic, ve kterých je řeč o „koordinaci" postupů při zadávání veřejných zakázek. Okolnost, že s pomocí těchto směrnic bylo usilováno o minimální harmonizaci, ovšem nevylučuje, že určité oblasti byly přesto harmonizovány úplně. Vzhledem k velmi detailním úpravám, které tyto směrnice obsahují ohledně informačních, oznamovacích a uveřejňovacích povinností v rámci jednotlivých zadávacích řízení, je zejména v této oblasti velmi obtížné vymezit hranice mezi – velmi detailní – minimální harmonizací a úplnou harmonizací. Jak správně vypracoval generální advokát Mazák ve svém stanovisku ze dne 22. září 2009 ve věci Komise v. Francie (C-299/08, body 12 a násl.) a Soudní dvůr potvrdil ve svém rozsudku ze dne 10. prosince 2009 (Komise v. Francie, C-299/08, Sb. rozh. s. I-11587, body 28 a násl.), je v každém případě třeba hodnotit výčet jednotlivých zadávacích řízení obsažený v článcích 28 a násl. směrnice 2004/18 jako taxativní. Z toho nepřímo vyplývá, že alespoň některá ustanovení týkající se tohoto řízení je třeba hodnotit jako výraz úplné harmonizace.

44 — Pokud by Komise naopak prokázala, že se záchrannými službami mělo být zacházeno jako se zakázkami na neprioritní služby, a že by tudíž podléhaly směrnicím v oblasti zadávání veřejných zakázek pouze zčásti, bylo by – za předpokladu existence jednoznačného přeshraničního zájmu – použití zásad vyplývajících z článků 43 ES a 49 ES v souladu s ustálenou judikaturou možné. Srov. rozsudek Komise v. Irsko (citovaný v poznámce pod čarou 38, body 29 a 30).

a volného pohybu služeb, byly v těchto směrnicích v oblasti zadávání veřejných zakázek detailně a v některých oblastech dokonce úplně harmonizovány.

104. Tato otázka dosud nebyla v judikatuře Soudního dvora s konečnou platností zodpovězena.

105. Jisté je to, že aplikační přednost sekundárního práva vylučuje odvolávat se na odůvodnění omezení základních svobod zakotvená v primárním právu, pokud se omezení týká oblasti, v níž odůvodnění podléhají úplné harmonizaci[45]. Naopak ustanovení vnitrostátního práva přijaté členským státem za účelem splnění povinností, které pro něj vyplývají z předpisu sekundárního práva, nelze hodnotit jako porušení základní svobody[46]. To by totiž znamenalo zpochybnění platnosti sekundárního práva, pokud by mohlo být povolení zakotvené v primárním právu použito proti zákazu zakotvenému v sekundárním právu nebo zákaz zakotvený v primárním právu proti příkazu zakotvenému v sekundárním právu[47].

106. I když v několika rozhodnutích o předběžné otázce bylo potvrzeno, že vnitrostátní opatření již nelze posuzovat ve vztahu k základním svobodám, pokud byla provedena úplná harmonizace na úrovni sekundárního práva Společenství[48], nebylo dosud vůbec objasněno, zda nedodržení základních svobod již nelze přímo vytýkat ani v rámci řízení o nesplnění povinnosti, pokud vytýkaný způsob jednání představuje, nebo by mohl představovat, současně porušení úpravy obsažené v sekundárním právu, kterou byla úplně harmonizována oblast spadající pod tyto základní svobody[49].

107. Podle mého názoru již v rámci řízení o nesplnění povinnosti nelze přímo vytýkat nedodržení zásady zákazu diskriminace a zásady transparentnosti, které vyplývají ze

45 — Rozsudky ze dne 24. března 2009, Danske Slagterier (C-445/06, Sb. rozh. s. I-2119, bod 25), ze dne 11. července 1996, Bristol-Myers Squibb a další (C-427/93, C-429/93 a C-436/93, Recueil, s. I-3457, bod 25), ze dne 30. listopadu 1983, Van Bennekom (227/82, Recueil, s. 3883, bod 35), a ze dne 5. října 1977, Tedeschi (5/77, Recueil, s. 1555, body 33 a násl.).

46 — Srov. rozsudek Deutscher Apothekerverband (citovaný v poznámce pod čarou 40, body 52 a násl.).

47 — V tomto smyslu viz Randelzhofer/Forsthoff, in Grabitz/Hilf (dílo citované výše v poznámce pod čarou 14), předmluva k článku 39–55 Smlouvy o ES, bod 149.

48 — Jako zásadní rozsudek lze uvést rozsudek ze dne 12. října 1993, Vanacker a Lesage (C-37/92, Recueil, s. I-4947). Srov. rovněž rozsudky ze dne 17. dubna 2007, AGM-COS.MET (C-470/03, Sb. rozh. s. I-2749, body 50 a násl.), ze dne 13. ledna 2005, Denkavit (C-145/02, Sb. rozh. s. I-51, body 22 a násl.), ze dne 14. prosince 2004, Radlberger Getränkegesellschaft (C-309/02, Sb. rozh. s. I-11763, body 52 a násl.), a ze dne 13. prosince 2001, Daimler Chrysler (C-324/99, Recueil, s. I-9897, body 32 a násl.).

49 — K omezení oblasti působnosti základních svobod předpisy sekundárního práva vedoucími k úplné harmonizaci srov. Kingreen, T., *Kommentar zu EUV/EGV* (vyd. Calliess, C./ Ruffert, M.), 3. vydání, 2007, Art. 28–30 EGV, bod 18.

svobody usazování a volného pohybu služeb, pokud vytýkaný způsob jednání představuje současně porušení úpravy obsažené v sekundárním právu opírající se o tyto základní svobody, která má plně harmonizační povahu. Pokud by naopak Komise měla v takovém případě možnost volby, zda bude vytýkat porušení základní svobody nebo porušení úplně harmonizované úpravy obsažené v sekundárním právu, hrubě by to narušilo obecnou platnost sekundárního práva.

108. Zvláštnost předpisů sekundárního práva vedoucích k úplné harmonizaci spočívá v tom, že členské státy nesmějí přijmout ani přísnější, ani mírnější právní úpravu, než jakou stanoví příslušná pravidla zakotvená v právu Společenství. Za těchto okolností jsou pravidla vedoucí k úplné harmonizaci v zásadě velmi konkrétně naformulována. Pokud se oblast spadající pod určitou základní svobodu tedy stane předmětem úplné harmonizace na úrovni sekundárních právních předpisů, je takřka vyloučeno, aby primární a sekundární právo ukládalo členským státům úplně stejné povinnosti. S pomocí úpravy sekundárního práva se totiž z formulací a obrysů záruk základních svobod stávají konkrétní práva a povinnosti. Pravidla obsažená v primárním právu jsou naopak mnohem obecnější, a tudíž je lze dodržovat v zásadě různými způsoby. Tato rozdílná podrobnost právní úpravy musí vést k obsahovému pnutí mezi primárním a sekundárním právem vedoucím k úplné harmonizaci, zejména mezi „povolením obsaženým v primárním právu“ a „zákazem obsaženým v sekundárním právu“ nebo naopak.

109. V již zmíněné judikatuře týkající se nepoužitelnosti odůvodnění obsažených v primárním právu, pokud podléhají úplné harmonizaci, je toto pnutí mezi „povolením obsaženým v primárním právu“ a „zákazem obsaženým v sekundárním právu“ vyřešeno ve prospěch zákazu obsaženého v sekundárním právu, který tak dostává aplikační přednost. Na základě stejného vážení zájmů je třeba vyrovnat i obecné pnutí mezi obsahově abstraktnější a méně vymezenou základní svobodou obsaženou v primárním právu a úpravou sekundárního práva vedoucí k úplné harmonizaci vycházející z této základní svobody, která je obsahově velmi konkretizovaná a vymezená, ve prospěch této úpravy sekundárního práva[50], jak nyní v ustálené judikatuře potvrzuje Soudní dvůr rozhodnutími o předběžné otázce[51].

50 — Přestože v rozsudku Danske Slagterier (citovaném v poznámce pod čarou 45, body 18 a násl.) byla potvrzena možnost občanů dovolávat se práva na volný pohyb zboží i přes existenci dvou směrnic vedoucích k harmonizaci, Soudní dvůr se v tomto rozsudku nevyslovil proti aplikační přednosti sekundárního práva ve zde uvedeném smyslu. Jak jsem zdůraznila ve svém stanovisku ze dne 4. září 2008 v uvedené věci (bod 82), nic totiž nenasvědčuje tomu, že zákonodárce Společenství chtěl v těchto směrnicích upravit také práva občanů Unie, a tudíž jim odejmout možnost dovolávat se práva na volný pohyb zboží, které jim přiznává článek 28 ES.

51 — K tomu srov. judikaturu uvedenou v poznámce pod čarou 48.

110. S ohledem na shora uvedené úvahy se Komise nesmí, pokud dospěje k závěru, že jednání členského státu by mohlo porušovat jak ustanovení primárního práva, tak i sekundární právo vedoucí k úplné harmonizaci, které se o něj opírá, v rámci řízení o nesplnění povinnosti omezit pouze na paušální výtku porušení primárního práva.

111. Totéž musí platit v případě, jako je tento, kdy je vytýkáno porušení zásady zákazu diskriminace vyplývající ze svobody usazování a volného pohybu služeb, jakož i porušení zásady transparentnosti, která z toho vyplývá, přestože směrnice v oblasti zadávání veřejných zakázek by mohly být v plném rozsahu použitelné a právě zásada transparentnosti je podrobně – a v určitých bodech vyčerpávajícím způsobem – upravena v těchto směrnicích. V důsledku velmi podrobné konkretizace povinností souvisejících s transparentností na úrovni sekundárního práva ve směrnicích v oblasti zadávání veřejných zakázek zde totiž vyvstává problém pnutí mezi „povolením obsaženým v primárním právu“ a „zákazem obsaženým v sekundárním právu“ a naopak, které musí být ve světle shora uvedených úvah vyřešeno ve prospěch sekundární právní úpravy[52].

112. Vzhledem k těmto úvahám Komise nesmí v případě, jako je tento, paušálně vytýkat pouze porušení zásady zákazu diskriminace a zásady transparentnosti, které vyplývají ze svobody usazování a volného pohybu služeb.

113. Toto zjištění je potvrzeno při bližší analýze smyslu a účelu řízení o nesplnění povinnosti podle článku 226 ES. Toto řízení má v zásadě objektivně právní funkci, a sice funkci stejnoměrného prosazování a zaručení práva Společenství[53]. Cílem řízení o nesplnění povinnosti podle článku 226 ES tedy není potrestání členského státu. Konstatování, že určitý postup nebo stav je v rozporu s právem Společenství, není samoúčelné, nýbrž má

52 — V této souvislosti je třeba připomenout, že v případě minimální harmonizace jsou nastoleny minimální standardy, kterých musí být dosaženo členskými státy. Pokud tyto minimální standardy stanoví přísná pravidla týkající se postupů a lhůt, které musí být dodržovány, aby byla dodržena zásada rovného zacházení a transparentnosti, může nastat pnutí ve vztahu k pravidlům obsaženým v primárním právu, které je neméně výrazné než v případě úplné harmonizace.

53 — Gaitanides, C., in von der Groeben, H., Schwarze, J. (vyd.), *Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*, 6. vydání, Baden-Baden 2003, Art. 226 EG, bod 2. Viz také Rengeling, H.W./Middeke, A./Gellermann, M., *Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union*, 2. vydání, Mnichov 2003, § 6 bod 2.

v prvé řadě zjednat jistotu ohledně toho, zda a v jakém rozsahu existuje stav, který je v rozporu s právem Společenství. Zjištění soudu, že členský stát nesplnil povinnost, která pro něj vyplývá ze Smlouvy o ES, má současně umožnit určení toho, jaká opatření přikazuje právo Společenství za účelem obnovení stavu, který je s ním v souladu[54].

114. Pokud by bylo v řízení, jako je toto, obecně konstatováno, že Spolková republika Německo porušila vytýkaným zadáním zakázky zásadu zákazu diskriminace a zásadu transparentnosti obsažené v primárním právu, aniž by bylo vyjasněno, zda dotčené smíšené služby vykazují převážně prvky prioritních služeb, a tudíž se na ně v plném rozsahu vztahují směrnice v oblasti zadávání veřejných zakázek, nebylo by dodatečně s jistotou možné určit, jaká opatření by vyžadovalo právo Společenství pro obnovení stavu, který je s ním v souladu. Pokud by se totiž na záchranné služby v plném rozsahu vztahovaly směrnice v oblasti zadávání veřejných zakázek, nestačilo by dodržení po obsahové stránce méně vymezené a konkretizované zásady transparentnosti obsažené v primárním právu ke splnění velmi podrobných pravidel obsažených ve směrnicích v oblasti zadávání veřejných zakázek[55].

115. Na základě těchto úvah jsem dospěla k závěru, že zadávání zakázek městem Magdeburg vytýkané Komisí nelze s ohledem na aplikační přednost sekundárního práva, jakož i s ohledem na účel řízení o nesplnění povinnosti podle článku 226 ES hodnotit podle kritéria zásady zákazu diskriminace a zásady transparentnosti, které vyplývají ze svobody usazování a volného pohybu služeb.

Prokázání přeshraničního zájmu na zadávání zakázek na neprioritní služby

116. Čistě vnitrostátní situace zásadně nespadají do oblasti působnosti základních svobod. Proto Komise musí prokázat

54 — Srov. Gaitanides, C. (dílo citované v poznámce pod čarou 53, bod 12), podle autorky nejde v řízení podle článku 226 ES ani o odpovědnost členských států ve smyslu obecného mezinárodního práva veřejného, ani o odsouzení, nýbrž o objektivní určení daného stavu. Toto řízení má čistě pořádkovou funkci a jeho cílem je pouze přinutit členské státy k zastavení současného neplnění povinností, které pro ně vyplývají se Smlouvy o ES. Odsouzení státu porušujícího Smlouvu o ES může být nanejvýš vedlejším účinkem, v žádném případě však cílem uvedeného řízení.

55 — Povinnost transparentnosti tak sice podle ustálené judikatury vyžaduje zajištění odpovídajícího stupně zveřejnění ve prospěch každého potenciálního uchazeče, ale nemusí zahrnovat povinnost zveřejnit vyhlášení zakázky, srov. rozsudky ze dne 13. listopadu 2008, Coditel Brabant (C-324/07, Sb. rozh. s. I-8457, bod 25), jakož i Coname (citovaný v poznámce pod čarou 42 bod 21). V této souvislosti poukazuje Egger, A. (dílo citované výše v poznámce pod čarou 36), body 147 a násl., že pravidla obsažená v primárním právu členským státům poskytly větší prostor pro jednání než směrnice v oblasti zadávání veřejných zakázek. V tomto ohledu správně zdůrazňuje, že zde platí nejen jiný rozsah přezkumu, ale také že pravidla obsažená v primárním právu jsou obecnější, a tedy celkově méně přísná a podrobná. Srov. I. J. van den Berge, „De reikwijdte van het transparantiebeginsel bij de verlening van dienstenconcessies“, *NTER* 2005, s. 241, 243; autorka míní, že články 28 ES, 43 ES a 49 ES stěží mohou s obecnou platností vypovídat o povinnostech transparentnosti, které mají být dodrženy.

existenci přeshraničního zájmu na dotčeném zadávání zakázek, vytýká-li porušení zásady zákazu diskriminace a zásady transparentnosti, které vyplývají ze svobody usazování a volného pohybu služeb.

117. Ve svém rozsudku ze dne 13. listopadu 2007, Komise v. Irsko[56], Soudní dvůr ve vztahu k zadávání zakázek na služby uvedené v příloze I B směrnice 92/50 zdůraznil, že na takové služby se sice v zásadě vztahují zásady obsažené ve Smlouvě o ES v oblasti práva usazování a volného pohybu služeb, avšak Komise musí vždy prokázat existenci nepochybného přeshraničního zájmu na zadání předmětné zakázky. V této souvislosti nemůže být skutečnost, že Komise pouze poukázala na existenci stížnosti, která jí byla zaslána ve vztahu k dotčené zakázce, dostatečná k prokázání, že na zadání uvedené zakázky existoval nepochybný přeshraniční zájem, a tedy ani k určení, že došlo k nesplnění povinnosti[57].

118. Tento striktní přezkum existence přeshraničního zájmu na zadávání zakázek na neprioritní služby lze – alespoň částečně – vysvětlit tím, že zakázky na služby uvedené v příloze I B směrnice 92/50, respektive v příloze II B směrnice 2004/18, nemají podle názoru zákonodárce Společenství *a priori* přeshraniční význam. Za těchto okolností stanoví směrnice 92/50 a směrnice 2004/18 pro tuto kategorii služeb pouze povinnost následného zveřejnění[58].

119. Jelikož je Komise v rámci řízení o nesplnění povinnosti povinna předložit Soudnímu dvoru všechny poznatky nezbytné k posouzení daného případu, nemůže obcházet uvedené přísnější požadavky stanovené primárním právem na prokázání existence přeshraničního zájmu, které platí pro zadávání zakázek na smíšené služby vykazující prvky převážně neprioritních služeb, tím, že vědomě nezodpoví otázku týkající se zařazení dotčených smíšených služeb v rámci systému právních předpisů v oblasti zadávání veřejných zakázek. Komise tedy musí i v případě, jako je tento, prokázat existenci přeshraničního zájmu na zadávání zakázek na dotčené služby v souladu s přísnějšími pravidly, které Soudní dvůr stanovil ohledně neprioritních služeb ve svém rozsudku ze dne 13. listopadu 2007 ve věci Komise v. Irsko.

120. Za účelem prokázání existence přeshraničního zájmu na zadání zakázky městem Magdeburg Komise odkazuje pouze na obecnou stížnost týkající se zadávání zakázek na záchranné služby v Německu, jakož i na hospodářský význam předmětných služeb,

56 — Rozsudek Komise v. Irsko (citovaný v poznámce pod čarou 38, body 29 a násl.).

57 — Tamtéž, bod 34.

58 — Tamtéž, bod 25. Srov. také Frenz, W., *Handbuch Europarecht. Bd. III. Beihilfe- und Vergaberecht*, Berlin u. a. 2007, bod 2116.

přičemž z důvodu velkého objemu zakázky je třeba vycházet z toho, že o ni bude velký zájem ze strany zahraničních poskytovatelů služeb. Tyto všeobecné úvahy Komise, které se v žádném směru nevztahují na zadávání zakázek městem Magdeburg, a navíc zčásti vycházejí z domněnek, nesplňují vysoké požadavky stanovené na prokázání existence přeshraničního zájmu na zadávání zakázek na neprioritní služby.

121. Z důvodu neprokázání existence přeshraničního prvku je třeba tvrzení Komise, že zadáváním zakázek městem Magdeburg došlo rovněž k porušení zásady zákazu diskriminace a zásady transparentnosti, které vyplývají ze svobody usazování a volného pohybu služeb, zamítnout jako neopodstatněný.

iii) Závěr

122. Vzhledem ke shora uvedeným úvahám jsem dospěla k závěru, že vytýkaným zadáváním zakázek městem Magdeburg se Spolková republika Německo dopustila porušení článku 16 směrnice 92/50, respektive čl. 35 odst. 4 směrnice 2004/18. Ve zbývající části je třeba tvrzení Komise týkající se zadávání zakázek městem Magdeburg zamítnout jako nepřípustné anebo alespoň jako neopodstatněné.

b) Případy zadávání zakázek městy Bonn (Severní Porýní-Vestfálsko) a Witten (Severní Porýní-Vestfálsko), regionem Hannover (Dolní Sasko) a okresem Hameln-Pyrmont (Dolní Sasko)

123. Ke kritizovaným případům zadávání zakázek městy Bonn a Witten, regionem Hannover a okresem Hameln-Pyrmont Komise uvádí následující.

124. V roce 2004 zadalo město Bonn jako veřejný zadavatel zakázku na záchranné služby na období od 1. ledna 2005 do 31. prosince 2008, aniž by byl proveden postup pro zadávání zakázky na evropské úrovni. Předmětem uvedené zakázky byl mimo jiné provoz čtyř stanovišť záchranné služby. Hodnotu zakázky je třeba vyčíslit nejméně na 5,28 milionů eur.

125. Minimálně od roku 2005 zadávalo město Witten jako veřejný zadavatel zakázky na záchranné služby v hodnotě 945 753 eur za rok, aniž by byl proveden postup pro zadávání zakázky na evropské úrovni. Předmětem uvedených zakázek je provoz jednoho stanoviště záchranné služby.

126. V roce 2004 region Hannover jako veřejný zadavatel zveřejnil vyhlášení veřejné zakázky na poskytovaní záchranných služeb na území tohoto regionu, na kterém se mohly podílet výhradně dosud pověřené subjekty, a sice Spolek pracujících dobrovolných zdravotníků (Arbeiter-Samariter-Bund, dále jen „ASB“), Německý Červený kříž (Deutsches Rotes Kreuz, dále jen „DRK“), Johanitská služba první pomoci (Johanniter-Unfallhilfe, dále jen „JUH“) a RKT GmbH. Toto zadání zakázky se týká období od 1. ledna 2005 do 31. prosince 2009, v celkové hodnotě zhruba 65 milionů eur.

127. V roce 1993 pověřil okres Hameln-Pyrmont krajské sdružení DRK poskytováním záchranných služeb na svém území. Smlouva s původní dobou platnosti v délce deseti let nebyla vypovězena, nýbrž v roce 2003 prodloužena o dalších deset let, aniž by bylo zveřejněno vyhlášení zakázky. Navíc bylo v roce 1999 zřízeno nové stanoviště záchranné služby v obci Emmerthal, jehož provozováním byl DRK pověřen rovněž bez toho, aby bylo zveřejněno vyhlášení zakázky. Celková hodnota těchto zadávacích řízení činí 7,2 milionů eur za rok.

128. Takto vylíčený skutkový stav Spolková republika Německo nepopírá.

129. Komise ve všech těchto případech vytýká porušení pravidel týkajících se povinnosti oznamovat zadané zakázky (článek 16 směrnice 92/50, respektive čl. 35 odst. 4 směrnice 2004/18). K těmto porušením nesporně došlo.

130. Naopak porušení zásady zákazu diskriminace a zásady transparentnosti, které vyplývají ze svobody usazování a volného pohybu služeb, které Komise rovněž vytýká ve všech těchto případech, nepovažuji za prokázané. Tento žalobní důvod neuspěje z důvodu týchž právně dogmatických a důkazních pochybností, o nichž jsem pojednala již v rámci analýzy zadávání zakázek městem Magdeburg[59].

c) Zadávání zakázek okresem Uelzen (Dolní Sasko)

131. K zadávání zakázek okresem Uelzen Komise uvedla, že DRK poskytoval na

59 — Viz body 91 a násl. tohoto stanoviska.

základě smlouvy ze dne 10. července 1984 záchranné služby na území okresu Uelzen s výjimkou oblasti Bevensen-Bienenbüttel. V roce 2004 byly v této smlouvě provedeny podstatné změny, které je třeba hodnotit jako nové zadání zakázky. Při tomto novém zadání zakázky nebyl dodržen článek 16 směrnice 92/50. Navíc v rámci tohoto nového zadání zakázky mělo podle Komise dojít k porušení zásady zákazu diskriminace a zásady transparentnosti, které vyplývají ze svobody usazování a volného pohybu služeb.

132. Spolková republika Německo tvrdí, že změna smlouvy provedená v roce 2004 byla vyvolána tím, že okres Uelzen pověřil v roce 1984 federaci obcí Bevensen prováděním záchranných služeb v oblasti Bevensen-Bienenbüttel. V roce 2002 DRK převzal cestou převzetí podniku celou záchrannou službu sdružení obcí Bevensen. Toto je podle ní vysvětlením změn ve smlouvě sjednaných v roce 2004 mezi okresem Uelzen a DRK, které nejsou tak podstatné, aby představovaly nový zadávací postup relevantní z hlediska právních předpisů v oblasti zadávání veřejných zakázek. Jelikož vytýkané zadání zakázky tedy v konečném důsledku proběhlo v roce 1984, a tudíž před uplynutím lhůty k provedení směrnice 92/50, nedodržení této směrnice již nelze vytýkat.

133. Otázku, za jakých podmínek lze hodnotit změny stávající smlouvy za samostatné zadání zakázky ve smyslu směrnic v oblasti zadávání zakázek, Soudní dvůr zodpověděl ve svém rozsudku ze dne 19. června 2008, Pressetext Nachrichtenagentur[60]. V tomto ohledu zdůraznil zejména to, že změny ustanovení veřejné zakázky během jejího trvání je třeba pokládat za 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[61]. O podstatnou změnu jde mimo jiné tehdy, když je zakázka ve velkém rozsahu rozšířena na služby, na které se původně nevztahovala[62].

134. Z podkladů předložených německou vládou a z jejích vyjádření vyplývá, že veřejná zakázka byla v roce 2004 rozšířena o poskytování veřejných záchranných služeb v oblasti stanoviště záchranné služby Bevensen, která představuje zhruba čtvrtinu celkové rozlohy tohoto okresu. Spolková republika Německo dále uznává, že hodnota zakázky pro celý okres Uelzen činí přibližně 4 450 000 eur za rok a že hodnota záchranných služeb v zásahové oblasti spadající pod stanoviště

60 — Rozsudek ze dne 19. června 2008, Pressetext Nachrichtenagentur (C-454/06, Sb. rozh. s. I-4401, body 28 a násl.).

61 — Tamtéž, bod 34.

62 — Tamtéž, bod 36.

záchranné služby Bevensen, které mají být poskytovány, činí minimálně 670 000 eur za rok[63].

135. Změny smlouvy, které byly v roce 2004 sjednány mezi okresem Uelzen a DRK, tedy vedly k tomu, že zakázka na poskytování záchranných služeb byla rozšířena o další oblast v uvedeném okrese, čímž se celková rozloha zásahové oblasti rozšířila o 25 % a celková hodnota zakázky byla navýšena minimálně o 15 %. V důsledku toho je třeba změny smlouvy sjednané v roce 2004 kvalifikovat jako podstatné, takže tento postup je třeba posuzovat jako nové zadání veřejné zakázky na záchranné služby v celém okrese, které podléhalo směrnici 92/50. (Nedoložené) údaje Spolkové republiky Německo týkající se převzetí provozu záchranných služeb od jiného poskytovatele služeb na tomto hodnocení nic nemění.

136. V této souvislosti je nesporné, že při novém zadání zakázky v roce 2004 nebyl dodržen článek 16 směrnice 92/50. Tím je v projednávané věci prokázáno porušení tohoto ustanovení Spolkovou republikou Německo.

137. Porušení zásady zákazu diskriminace a zásady transparentnosti, které vyplývají ze svobody usazování a volného pohybu služeb, které Komise rovněž vytýká, naopak za prokázané nepovažuji. Tento žalobní důvod neuspěje z důvodu týchž právně dogmatických a důkazních pochybností, o nichž jsem pojednala již v rámci analýzy zadávání zakázek městem Magdeburg[64].

d) Případy zadávání zakázek účelovými svazy pro zabezpečení záchranných služeb Westsachsen (Sasko), Chemnitz/Stollberg (Sasko) a Vogtland (Sasko)

138. Ke kritizovaným případům zadávání zakázek účelovými svazy pro zabezpečení záchranných služeb Westsachsen, Chemnitz/Stollberg a Vogtland Komise uvádí následující.

139. Účelový svaz pro zabezpečení záchranných služeb Westsachsen uzavřel jako veřejný zadavatel s ASB, DRK, JUH a s profesionálním hasičským sborem Zwickau smlouvy o poskytování záchranných služeb vždy na dobu čtyř let o celkové hodnotě zakázky

63 — Žalobní odpověď Spolkové republiky Německo ze dne 4. září 2008, bod 22.

64 — Viz body 91 a násl. tohoto stanoviska.

7,9 milionů eur za rok. Tyto smlouvy byly v roce 2003 prodlouženy na další čtyři roky, aniž by bylo zveřejněno vyhlášení zakázky. V době skončení platnosti těchto smluv byla jejich platnost prodloužena do 31. prosince 2008.

140. Účelový svaz pro zabezpečení záchranných služeb Chemnitz/Stollberg uzavřel jako veřejný zadavatel s ASB, DRK, JUH a s profesionálním hasičským sborem Chemnitz smlouvy o poskytování záchranných služeb vždy na dobu čtyř let o celkové hodnotě zakázky 3,3 milionů eur za rok. Tyto smlouvy byly v roce 2002 prodlouženy na další čtyři roky, aniž by bylo zveřejněno vyhlášení zakázky. V době skončení platnosti těchto smluv byla jejich platnost prodloužena do 31. prosince 2008.

141. Účelový svaz pro zabezpečení záchranných služeb Vogtland uzavřel v roce 2002, respektive v roce 2004 jako veřejný zadavatel s ASB, DRK, JUH, se soukromou společností poskytující záchranné služby Plauen a s profesionálním hasičským sborem Plauen smlouvy o poskytování záchranných služeb vždy na dobu čtyř let o celkové hodnotě zakázky 3,9 milionů eur za rok, aniž by bylo zveřejněno vyhlášení zakázky. Tyto smlouvy byly uzavřeny na dobu čtyř let a v době skončení jejich platnosti byly prodlouženy do 31. prosince 2008, aniž by bylo zveřejněno vyhlášení zakázky.

142. Komise ve všech těchto případech vytýká porušení pravidel týkajících se povinnosti oznamovat zadané zakázky (článek 16 směrnice 92/50, respektive čl. 35 odst. 4 směrnice 2004/18). K těmto porušením došlo.

143. Tomuto tvrzení nebrání ani prohlášení Spolkové republiky Německo, že zadání zakázky v oblasti záchranných služeb musí od doby, kdy vstoupil v platnost saský zákon o požární ochraně, záchranné službě a ochraně před katastrofami ze dne 1. ledna 2005, předcházet výběrové řízení. Spolková republika Německo zejména neodporovala tvrzení Komise, že zakázky byly ve všech vytýkaných případech v době platnosti staré právní úpravy prodlouženy do 31. prosince 2008.

144. Podle ustálené judikatury se existence nesplnění povinnosti musí posuzovat vzhledem ke stavu, v němž se členský stát nacházel v době, kdy uplynula lhůta stanovená v odůvodněném stanovisku[65]. V řízení o projednávané věci je tedy rozhodný stav ke dni 16. února 2007. V této době došlo

65 — Rozsudky ze dne 6. října 2009, Komise v. Španělsko (C-562/07, Sb. rozh. s. I-9553, bod 23), ze dne 19. května 2009, Komise v. Itálie (C-531/06, Sb. rozh. s. I-4103, bod 98), a ze dne 19. června 2008, Komise v. Lucembursko (C-319/06, Sb. rozh. s. I-4323, bod 72).

k vytýkanému porušení směrnic v oblasti zadávání veřejných zakázek.

145. Naopak porušení zásady zákazu diskriminace a zásady transparentnosti, které vyplývají ze svobody usazování a volného pohybu služeb, které Komise rovněž vytýká ve všech těchto případech, nepovažuji za prokázané. Tento žalobní důvod neuspěje z důvodu týchž právně dogmatických a důkazních pochybností, o nichž jsem pojednala již v rámci analýzy zadávání zakázek městem Magdeburg[66].

e) Závěr

146. Vzhledem ke shora uvedeným úvahám jsem dospěla k závěru, že vytýkaným zadáváním zakázek městy Magdeburg, Bonn a Witten, regionem Hannover, okresem Uelzen a okresem Hameln-Pyrmont, jakož i účelovými svazy pro zabezpečení záchranných služeb Westsachsen, Chemnitz/Stollberg a Vogtland se Spolková republika Německo dopustila porušení článku 16 směrnice 92/50, respektive čl. 35 odst. 4 směrnice 2004/18. Další porušení zásady zákazu diskriminace a zásady transparentnosti, které vyplývají ze svobody usazování a volného pohybu služeb, naopak nebylo Komisí prokázáno.

66 — Viz body 91 a násl. tohoto stanoviska.

4. Protiprávní zadávací praxe ve Spolkové republice Německo

147. V řízení o projednávané věci Komise tvrdí, že zadávací řízení, která kritizuje, svědčí o existenci zavedené a obecné zadávací praxi. Za těchto okolností se domáhá určení, že Spolková republika Německo porušila v důsledku protiprávní zadávací praxe právní předpisy Společenství.

148. Pokud se prokáže existence zadávací praxe, která je v členském státě uplatňována v rozporu s právními předpisy v oblasti zadávání veřejných zakázek, lze tuto praxi jako takovou vytýkat v rámci řízení podle článku 226 ES[67]. Za tímto účelem je třeba, aby Komise v první fázi prokazatelným způsobem demonstrovala opakující se porušení, která svědčí o existenci určité praxe. Následně přísluší dotčenému členskému státu, aby tato vytýkaná porušení konkrétně vyvrátil. Poté

67 — V této souvislosti lze odkázat na ustálenou judikaturu, podle které může porušení povinností plynoucích z práva Společenství vyplynout také ze správní praxe, a to dokonce i tehdy, když je příslušná vnitrostátní právní úprava v souladu s právem Společenství. Srov. rozsudek ze dne 10. září 2009, Německo v. Řecko (C-416/07, Sb. rozh. s. I-7883, bod 24 s dalšími odkazy).

je v druhé fázi třeba přezkoumat, zda mohou být prokázaná porušení hodnocena jako dostatečně prokazatelný a podrobný důkaz existence vytýkané praxe[68].

149. V projednávané věci Komise prokázala, že města Magdeburg (Sasko-Anhaltsko), Bonn (Severní Porýní-Vestfálsko) a Witten (Severní Porýní-Vestfálsko), region Hannover (Dolní Sasko), okres Uelzen (Dolní Sasko) a okres Hameln-Pyrmont (Dolní Sasko), jakož i účelové svazy pro zabezpečení záchranných služeb Westsachsen (Sasko), Chemnitz/Stollberg (Sasko) a Vogtland (Sasko) nerespektovaly při řízení o zadávání zakázek na záchranné služby pravidla týkající se oznamovací povinnosti podle článku 16 směrnice 92/50, respektive čl. 35 odst. 4 směrnice 2004/18.

150. Kromě toho Komise uvedla, že z jejího šetření vyplývá, že v období od roku 2001 až do roku 2006 byla pro celou Spolkovou republiku Německo učiněna oznámení pouze o dvou zadaných zakázkách. Spolková republika Německo tato skutková zjištění nepopřela.

151. Na základě předchozích úvah je tedy třeba konstatovat, že ve spolkových zemích Sasko-Anhaltsko, Severní Porýní-Vestfálsko, Dolní Sasko a Sasko existuje zavedená a obecná zadávací praxe v oblasti zadávání zakázek na záchranné služby, při níž nejsou respektována pravidla týkající se oznamovací povinnosti podle článku 16 směrnice 92/50, respektive čl. 35 odst. 4 směrnice 2004/18.

152. Tomuto zjištění týkajícímu se existence takové praxe uplatňované v těchto spolkových zemích, která je v rozporu s právními předpisy v oblasti zadávání veřejných zakázek, nebrání ani argument přednesený Spolkovou republikou Německo, že ve světle dvou usnesení vydaných Bundesgerichtshof dne 1. prosince 2008[69] spolkové země musí přezkoumat dosavadní řízení o zadávání zakázek na záchranné služby a nově je zkoordinovat s ohledem na právní předpisy v oblasti zadávání veřejných zakázek.

153. Jak jsem již objasnila, existence nesplnění povinnosti se podle ustálené judikatury musí posuzovat vzhledem ke stavu, v němž se členský stát nacházel v době, kdy uplynula lhůta stanovená v odůvodněném stanovisku[70]. V řízení o projednávané věci je tedy rozhodný stav ke dni 16. února 2007. V této

68 — Srov. rozsudek ze dne 19. března 2009, Komise v. Řecko (C-489/06, Sb. rozh. s. I-1797, body 40 a násl.).

69 — Usnesení Bundesgerichtshof ze dne 1. prosince 2008, X ZB 31/08. K tomu srov. bod 28 tohoto stanoviska.

70 — Viz bod 144 tohoto stanoviska.

době došlo k vytýkaným porušením směrnic v oblasti zadávání veřejných zakázek.

154. Z téhož důvodu nejsou prohlášení Spolkové republiky Německo týkající se změny právního stavu ve spolkové zemi Sasko, přičemž od podřízeného modelu bylo počínaje dnem 1. ledna 2009 upuštěno, v řízení o projednávané věci nadále relevantní.

155. Sporné je ovšem to, zda Komise kritizovala pouze zadávací praxi ve spolkových zemích Sasko-Anhaltsko, Severní Porýní-Vestfálsko, Dolní Sasko a Sasko nebo zda uváděla tuto zadávací praxi v těchto čtyřech spolkových zemích jako příklad zavedené a obecné zadávací praxe ve všech spolkových zemích.

156. V tomto ohledu je argumentace Komise rozporná v rozsahu, ve kterém ve své žalobě výslovně uvedla, že tato žaloba směřuje pouze proti zadávací praxi v Sasku-Anhaltsku, Severním Porýní-Vestfálsku, Dolním Sasku a Sasku, přestože tato sporná zadávací praxe se podle ní vyskytuje i v jiných spolkových zemích Německa[71]. Ve své odpovědi však Komise navrhuje, aby bylo určeno, že tato praxe, která je v rozporu s právními předpisy v oblasti zadávání veřejných zakázek, existuje na celém území Spolkové republiky Německo[72].

157. V této souvislosti je třeba připomenout, že nové žalobní návrhy vznesené v průběhu řízení jsou zásadně nepřípustné[73]. Za těchto okolností je v rámci řízení o projednávané věci třeba vycházet z prostorově omezeného žalobního návrhu obsaženého v žalobě, kterým Komise kritizovala pouze zde dotčenou zadávací praxi ve spolkových zemích Sasko-Anhaltsko, Severní Porýní-Vestfálsko, Dolní Sasko a Sasko.

158. Vzhledem k mým shora uvedeným úvahám jsem tedy celkově dospěla k závěru, že Spolková republika Německo porušovala při zadávání úplatných zakázek na poskytování záchranných služeb ve spolkových zemích Sasko-Anhaltsko, Severní Porýní-Vestfálsko, Dolní Sasko a Sasko do 31. ledna 2006

71 — Srov. bod 10 žaloby Komise ze dne 15. dubna 2008. V bodě 5 této žaloby Komise již uvedla, že její žaloba směřuje pouze proti praxi zadávání zakázek na záchranné služby podle podřízeného modelu, který platí ve většině spolkových zemí Německa.

72 — Srov. body 17 a násl. repliky Komise ze dne 21. listopadu 2008.

73 — Srov. čl. 42 odst. 2 jednacího řádu Soudního dvora.

článek 10 ve spojení s článkem 16 směrnice 92/50 a od 1. února 2006 článek 22 ve spojení s čl. 35 odst. 4 směrnice 2004/18.

řízení, pokud to účastník řízení, který měl ve věci úspěch, požadoval. Soudní dvůr však může podle čl. 69 odst. 3 prvního pododstavce jednacího řádu rozdělit náklady mezi účastníky řízení nebo rozhodnout, že každý účastník řízení nese vlastní náklady, pokud každý účastník měl ve věci částečně úspěch i neúspěch, nebo pokud jsou k tomu dány výjimečné důvody.

VIII – Náklady řízení

159. Podle čl. 69 odst. 2 jednacího řádu Soudního dvora se účastníku řízení, který neměl úspěch ve věci, uloží náhrada nákladů

160. V projednávané věci byla žaloba Komise úspěšná jen částečně. Proto navrhuji Soudnímu dvoru, aby rozhodl, že Komise a Spolková republika Německo ponesou vlastní náklady řízení.

IX – Závěry

161. S ohledem na předcházející úvahy navrhuji Soudnímu dvoru, aby určil, že:

1) Spolková republika Německo porušovala při zadávání úplatných zakázek na poskytování záchranných služeb ve spolkových zemích Sasko-Anhaltsko, Severní Porýní-Vestfálsko, Dolní Sasko a Sasko do 31. ledna 2006 článek 10 ve spojení s článkem 16 směrnice Rady 92/50/EHS ze dne 18. června 1992 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na služby a od 1. února 2006 článek 22 ve spojení s čl. 35 odst. 4 směrnice Evropského parlamentu Rady 2004/18/ES ze dne 31. března 2004 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby.

2) Ve zbývající části se žaloba zamítá.

3) Evropská komise a Spolková republika Německo ponesou vlastní náklady řízení.