STANOVISKO GENERÁLNÍHO ADVOKÁTA DÁMASA RUIZ-JARABA COLOMERA

přednesené dne 2. června 2009 [1]

I – Úvod

1. Žádost o rozhodnutí o předběžné otázce Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia (Itálie) umožňuje Soudnímu dvoru, aby analyzoval právní režim mechanismů „partnerství veřejného a soukromého sektoru [2]“ při správě veřejných služeb a jeho slučitelnost s články 43 ES, 49 ES a 86 ES.

2. Přímé zadání takových služeb smíšené společnosti je v rozporu s právem Společenství, pokud vede k obcházení pravidel směrnic o veřejných zakázkách. To, co je vytýkáno se týká koncese na služby, neboť ta je v rozporu s články 43 ES a 49 ES, jakož i se zásadou rovného zacházení, zásadou zákazu diskriminace a zásadou transparentnosti [3], pokud se nejedná o případ zajištění služeb v přiměřeném rozsahu vlastními prostředky [4].

3. Projednávaná věc se od dosavadních zadávacích řízení, jež byly Soudním dvorem označeny za protiprávní, liší tím, že když italský soud uvádí přímé zadání správy integrované vodohospodářské služby subjektu sdružujícímu veřejnou a soukromou účast, rovněž zdůrazňuje, že tomuto přímému zadání předcházelo nabídkové řízení, jehož tradiční funkce se nicméně zřejmě změnila.

4. Výběr těch, kterým bude udělena zakázka či koncese se totiž změnil v metodu výběru soukromého společníka obchodní společnosti, které se zadává zakázka nebo uděluje

1 — Původní jazyk: španělština.

2 — Zkratka „CPP“ užívaná ve španělské verzi tohoto stanoviska odpovídá výrazu „colaboración público-privada“; v angličtině a ve francouzštině se používá zkratka „PPP“ pro označení „public private partnerships“ a „partenariats public-privé“.

3 — Rozsudek ze dne 10. listopadu 2005, Komise v. Rakousko (C-29/04, Sb. rozh. s. I-9705, bod 48); ze dne 6. dubna 2006, ANAV (C-410/04, Sb. rozh. s. I-3303, bod 33); a ze dne 13. října 2005, Parking Brixen (C-458/03, Sb. rozh. s. I-8585, bod 52).

4 — Jsou-li splněny podmínky „‚in house' providing“.

koncese, zahrnující kromě finančních aspektů i realizaci služby.

5. Na rozdíl od rozsudku Komise v. Rakousko [5], ve kterém Soudní dvůr konstatoval, že se jednalo o umělou konstrukci zahrnující „více odlišných fází" a označil za protiprávní zadání zakázky přestrojené za ‚*in house*' činnost [6] smíšené společnosti, hraje v projednávaném případě roli otevření hospodářské soutěži, a to v nové formě a postupu, který nepostrádá určitou strohost, s ohledem na to, že k založení společnosti, k tomu, aby jí byly přiděleny úkoly, jakož i ke stanovení kritérií pro zapojení soukromého průmyslového společníka stačí jediný akt. Co více lze žádat?

6. Otázkou zůstává, zda je tento postup v souladu s požadavky práva Společenství [7].

5 — Výše uvedený rozsudek.

6 — Ze skutkových okolností předložených Soudnímu dvoru Komisí na základě článku 226 ES bylo možné předvídat, že žalobě pro nesplnění povinnosti bude vyhověno, jelikož obec Mödling původně bez jakéhokoli otevření hospodářské soutěži svěřila společnosti Abfall GmbH, jíž byla 100% vlastníkem, sběr a zpracování odpadů obce, a krátce na to převedla 49 % svého podílu na společnost Saubermacher AG; tato skutečnost byla rozhodující pro to, aby Abfall GmbH mohla uskutečnit to, co se nakonec ukázalo být přímým zadáním veřejné zakázky na služby smíšené společnosti patřící ze 49 % soukromému podniku.

7 — To mi připomíná sarkastickou poznámku Dossiho, C., v Note Azurre, Vyd. Adelphi, Miláno, 1964, vol. I, s. 248, kde ironicky mluví o tom, že je zbytečné uchylovat se k protiprávním machinacím, když jsou legální kličky o tolik pohodlnější.

II – Použitelné právní předpisy

A – *Právo Společenství*

1. Římská smlouva

7. Článek 43 ES stanoví:

„V rámci níže uvedených ustanovení jsou zakázána omezení svobody usazování pro státní příslušníky jednoho členského státu na území státu druhého. […]

Svoboda usazování zahrnuje přístup k samostatně výdělečným činnostem a jejich výkon, jakož i zřizování a řízení podniků, zejména společností ve smyslu čl. 48 druhého pododstavce, za podmínek stanovených pro vlastní státní příslušníky právem země usazení, nestanoví-li kapitola o pohybu kapitálu jinak."

8. Článek 46 ES stanoví:

„1. Ustanovení této kapitoly a opatření přijatá na jejich základě nevylučují užití těch ustanovení právních a správních předpisů, které stanoví zvláštní režim pro cizí státní příslušníky z důvodu veřejného pořádku, veřejné bezpečnosti a ochrany zdraví.

2. Rada vydá postupem podle článku 251 směrnice ke koordinaci výše uvedených předpisů.“

9. Článek 49 první pododstavec ES stanoví:

„Podle následujících ustanovení jsou zakázána omezení volného pohybu služeb uvnitř Společenství pro státní příslušníky členských států, kteří jsou usazeni v jiném státě Společenství, než se nachází příjemce služeb.“

10. Článek 86 odst. 1 ES apeluje na členské státy, aby nepřijímaly ani neponechávaly v platnosti „[p]okud jde o veřejné podniky a podniky, kterým […] přiznávají zvláštní nebo výlučná práva, […] opatření odporující pravidlům této smlouvy, zejména pravidlům stanoveným v článcích 12 a 81 až 89“.

2. Směrnice o veřejných zakázkách

a) Tradiční odvětví

11. Velký počet norem upravujících aspekty zadávání veřejných zakázek, jako jsou kritéria pro vyhodnocování výběru v závislosti na předmětu zakázky nebo postupné snižování míry uvážení zadavatele veřejné zakázky, vyžadoval reformu, která po několika nesmělých pokusech [8] vyústila v kodifikaci provedenou směrnicí Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES ze dne 31. března 2004 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby (dále jen „směrnice 2004/18“) [9].

8 — Například směrnice Evropského parlamentu a Rady 97/52/ES ze dne 13. října 1997, kterou se mění směrnice 92/50/EHS, 93/36/EHS a 93/37/EHS, které koordinují postupy při zadávání veřejných zakázek na služby, dodávky a stavební práce (Úř. věst. L 328, s. 1; Zvl. vyd. 06/03, s. 3).

9 — Úř. věst. L 134, s. 114; Zvl. vyd. 06/07, s. 132.

12. Pravidla o zadávání veřejných zakázek musí být nicméně v souladu se zásadami Římské smlouvy a zvláště se zásadami volného pohybu zboží, svobody usazování, volného pohybu služeb, jakož i s obecnějšími zásadami rovného zacházení, zákazu diskriminace, vzájemného uznávání, proporcionality a transparentnosti.

13. K zajištění plné účinnosti těchto zásad a otevření hospodářské soutěži bylo žádoucí, aby ve veřejných zakázkách převyšujících určitou částku, „byla vypracována ustanovení zavádějící na úrovni Společenství koordinaci vnitrostátních zadávacích řízení těchto zakázek, jež by byla založena na těchto zásadách […]“ (druhý bod odůvodnění směrnice 2004/18).

14. V zájmu právní jistoty poskytuje článek 1 směrnice 2004/18 řadu definic, mezi kterými – pro vyznačení úzké hraniční linie mezi zakázkou a koncesí – zdůrazňuji pro tuto chvíli následující:

– veřejné zakázky: „[…] úplatné smlouvy uzavřené písemnou formou mezi jedním nebo více hospodářskými subjekty a jedním nebo více veřejnými zadavateli, jejichž předmětem je provedení stavebních prací, dodání výrobků nebo poskytnutí služeb ve smyslu této směrnice“;

– koncese na stavební práce: „[…] smlouva stejného druhu jako veřejná zakázka na stavební práce s tou výjimkou, že protiplnění za provedení stavebních prací spočívá buď výhradně v právu využívat stavbu, nebo v tomto právu společně s platbou“;

– koncese na služby: „[…] je smlouva stejného druhu jako veřejná zakázka na služby s tou výjimkou, že protiplnění za poskytnutí služeb spočívá buď výhradně v právu využívat služby [provozovat službu], nebo v tomto právu společně s platbou“.

b) Vyloučená odvětví

15. Vzhledem ke specifičnosti zakázek v oblasti vodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb na ně nebylo možné použít obecný režim bez toho, aniž by byly zohledněny zvláštnosti těchto odvětví.

16. Toto zohlednění se odrazilo ve směrnici Evropského parlamentu a Rady 2004/17/ES ze dne 31. března 2004 o koordinaci postupů při zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb (dále jen „směr-

nice 2004/17“) [10], která spočívá na zásadách totožných se zásadami uvedenými výše [11], byť je prodchnuta jiným duchem než tím, z něhož vychází směrnice 2004/18, poněvadž rozhodná skutečnost nespočívá v zadavateli zakázky, nýbrž v povaze činnosti, které se dotyčná zakázka týká [12].

17. Směrnice 2004/17 se zabývá zakázkami na dodávky, stavební práce a služby [čl. 1 odst. 2 písm. b), c) a d)], které odlišuje od koncesí [čl. 1 odst. 3 písm. a) a b)], a proklamuje svoji použitelnost na „poskytování nebo provoz pevných sítí určených k poskytování služby veřejnosti v souvislosti s výrobou, dopravou nebo distribucí pitné vody“ [čl. 4 odst. 1 písm. a)], jakož i při „dodávce pitné vody do takových sítí“ [čl. 4 odst. 1 písm. b)].

B – *Italské právo*

18. Článek 113 odst. 5 legislativního nařízení č. 267 ze dne 18. srpna 2000, kterým se konsoliduje znění zákonů o organizaci místních orgánů (dále jen „legislativní nařízení č. 267/2000“) [13], uvádí – v jeho znění použitelném *ratione temporis* [14] – tři způsoby správy veřejných služeb veřejnoprávních korporací [15], podle toho, zda je zakázka zadána:

„[…]

a) kapitálovým společnostem vybraným na základě veřejného nabídkového řízení;

b) smíšeným společnostem, ve kterých je soukromý společník vybírán prostřednictvím veřejného nabídkového řízení, které zaručuje soulad s vnitrostátní právní úpravou a právní úpravou Společenství v oblasti hospodářské soutěže, podle pokynů stanovených příslušnými orgány v opatřeních nebo oběžnících;

10 — Úř. věst. L 134, s. 1; Zvl. vyd. 06/07, s. 19.

11 — Článek 10 a devátý bod odůvodnění směrnice 2004/17.

12 — Viz bod 41 mého stanoviska ze dne 22. listopadu 2007 ve věci Aigner rozhodnuté rozsudkem Soudního dvora ze dne 10. dubna 2008 (C-393/06, Sb. rozh. s. I-2339).

13 — Gazzeta Ufficiale della Repubblica Italiana (dále jen GURI), ze dne 28. září 2000, běžný doplněk č. 227.

14 — Ustanovení nahrazeno článkem 35 italského zákona č. 448/2001 (běžný doplněk GURI č. 285 ze dne 29. prosince 2001) a změněno článkem 14 legislativního nařízení č. 269 o naléhavých opatřeních na podporu rozvoje a nápravu chodu veřejných financí ze dne 30. září 2003 (běžný doplněk GURI č. 229 ze dne 2. října 2003).

15 — Poté, co připomnělo nezbytnost dodržování právních předpisů pro konkrétní odvětví a právních předpisů Evropské unie.

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

19. Písmeno a) odpovídá smluvnímu přístupu, písmeno c) zahrnuje činnosti prováděné v rámci zakázky „‚in house‘“ [16], kdežto písmeno b) se zabývá právě problematickým „partnerstvím veřejného a soukromého sektoru“.

III – Skutkové okolnosti sporu v původním řízení a předběžná otázka

20. Dohodou o spolupráci ze dne 10. července 2002 vytvořily Provincia Regionale di Ragusa a její obce „Ambito Territoriale Ottimale“ (dále jen „ATO“) v oblasti vodohospodářství, jejímž úkolem bylo obstarat „integrovanou vodohospodářskou službu“.

21. Dne 26. března 2004 svěřila Conferenza dei Sindaci e del Presidente (Shromáždění starostů a předsedy) della Provincia Regionale di Ragusa [17] správu integrované vodohospodářské služby „smíšené společnosti s většinovou veřejnou kapitálovou účastí“ ve smyslu čl. 113 odst. 5 písm. b) legislativního nařízení č. 267/2000; dne 7. června 2005 schválila návrh zakladatelské smlouvy a stanov akciové společnosti, které obchodní společnosti přiznávaly výhradní pověření.

22. Oznámení o vyhlášení veřejné zakázky na výběr soukromého společníka s menšinovým podílem, kterému bude svěřen provoz služby a výkon s tím souvisejících prací, bylo zveřejněno v Úředním věstníku Evropských společenství (č. S 195 ze dne 8. října 2005).

23. Nabídkového řízení se zúčastnila tři dočasná sdružení podniků, a to Saceccav Depurazioni Sacede SpA, Acoset SpA a Aqualia SpA.

24. Hodnotící komise vyloučila společnost Aqualia SpA a povolila účast zbývajících dvou sdružení; avšak poté, co je vyzvala, aby se vyjádřily, zda mají stále zájem účastnit se nabídkového řízení, odpověděla kladně pouze společnost Acoset SpA.

16 — Ve výše uvedené věci ANAV přezkoumával Soudní dvůr slučitelnost čl. 113 odst. 5 legislativního nařízení č. 267/2000 s právem Společenství, neřešil ovšem problém, který představuje písmeno b), neboť Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia se ho dotazoval ohledně příliš široké svobody volby, která se zdá být ponechána správnímu orgánu ohledně svěření správy veřejné dopravy společnosti kontrolované tímto orgánem místní správy, [písm. c)] nebo zahájení veřejného nabídkového řízení [písm. a)], jak správně uvádí generální advokát Geelhoed v bodě 11 svého stanoviska ze dne 12. ledna 2006.

17 — Řídící orgán ATO.

25. Dne 26. února 2007 byly však zahájeny kroky ke zrušení řízení, neboť panovala obava, že je v rozporu s právem Společenství. Nakonec jej Shromáždění starostů a předsedy provincie rozhodnutím ze dne 2. října 2007 zrušilo, a krom toho zvolilo formu sdružení [18] jakožto způsob správy vodohospodářských služeb.

26. V žalobě podané proti tomuto správnímu aktu a proti aktům na něj navazujícím tvrdila společnost Acoset SpA, že měla právo na zadání zakázky nebo na náhradu škody a podala návrh na předběžné opatření spočívající v odkladu výkonu napadených rozhodnutí.

27. V této situaci předložil překládající soud Soudnímu dvoru k rozhodnutí následující předběžnou otázku:

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

IV – Řízení před Soudním dvorem

28. Žádost o rozhodnutí o předběžné otázce byla zapsána do rejstříku kanceláře Soudního dvora dne 14. května 2008.

29. Shromáždění starostů a předsedy provincie, jakož i obec Vittoria ve svých písemných vyjádřeních žádají, aby bylo zadávací řízení prohlášeno za neslučitelné s právem Společenství z toho důvodu, že navzdory otevřené výzvě k účasti v soutěži za účelem výběru soukromého společníka byla služba zadána přímo smíšené společnosti. Obce Comiso a Modica žádají, aby bylo přijato předběžné rozhodnutí o důsledcích neexistence právního zájmu společnosti Acoset SpA na podání žaloby, jelikož zadávací řízení bylo zrušeno.

30. Společnost Acoset SpA, Komise a italská, rakouská, jakož i polská vláda naopak tvrdí, že články 43 ES, 49 ES a 86 ES nebrání takovému

18 — Viz čl. 31 odst. 8 legislativního nařízení č. 267/2000.

způsobu zadání v případě, že je zajištěn soulad s právem Společenství.

31. Na jednání konaném dne 2. dubna 2008 předložili zástupci společnosti Acoset SpA, italská vláda a Komise svá ústní vyjádření.

V – K přípustnosti

A – *Úvodní úvaha*

32. Přestože nikdo tento problém nezmínil, chtěl bych rozptýlit pochybnosti o významu předběžné otázky na úrovni Společenství, abych tak odvrátil podezření, že se jedná o čistě vnitrostátní situaci jediného členského státu, z toho důvodu, že se všechny zúčastněné podniky nacházejí v Itálii.

33. Nemůžeme vyloučit možnost, že zejména kvůli svému významu upoutají sporné služby pozornost společnosti usazené v jiném členském státě, což zakládá vztah ke Společenství (rozsudek Soudního dvora ze dne 25. dubna 1996, Komise v. Belgie [19], a výše uvedený rozsudek Parking Brixen), který je posílen výkladem zásad a ustanovení Smlouvy.

34. Krom toho, jak dále rozvedu, i když partnerství veřejného a soukromého sektoru nebyla harmonizována, je vhodné přezkoumat homogenní právní úpravu týkající se veřejných zakázek a v jejím světle porovnat koncese s veřejnými zakázkami, za účelem zjištění povahy služeb a správy koncese v každém dotčeném případě.

B – *Neúplnost předběžné otázky*

35. Rakouská vláda tvrdí, že žádost o výklad, ačkoli je logická a hodna odpovědi, není nicméně dostatečně jasná k tomu, aby mohla být užitečná v původním řízení, jelikož neobsahuje žádné informace o specifičnosti služeb, obsahu výzvy k podávání nabídek nebo rozsahu, v jakém bylo předem ověřováno splnění podmínek.

36. Potřeba dospět k výkladu práva Společenství, který by byl užitečný pro vnitrostátního soudce a který zároveň umožňuje účastníkům

19 — C-87/94, Recueil, s. I-2043, body 33 a 54.

v řízení o předběžné otázce, aby přednesli svá vyjádření [20], vyžaduje, aby tento soudce vymezil skutkový a právní rámec, ze kterého vychází otázky, které pokládá, nebo aby alespoň vysvětlil skutkové předpoklady, na kterých jsou tyto otázky založeny [21].

37. Soudní dvůr prohlásil, že může odmítnout rozhodnutí o předběžné otázce pouze tehdy, pokud nemá požadovaný výklad žádný vztah k realitě nebo předmětu sporu v původním řízení nebo jestliže se jedná o hypotetický problém [22].

38. Vzhledem k tomu, že předkládající soud podává alespoň minimální vysvětlení o vztazích mezi čl. 113 odst. 5 legislativního nařízení č. 267/2000 a zadávacím řízením vypsaným na základě tohoto ustanovení, jakož i příslušnými normami a zásadami Společenství, musí Soudní dvůr odpovědět [23], jelikož nejsou dány důvody pro odmítnutí *ad limine*.

20 — Rozsudek Soudního dvora ze dne 1. dubna 1982, Holdijk a další (141/81 až 143/81, Recueil, s. 1299, bod 6).

21 — Rozsudek Soudního dvora ze dne 26. ledna 1993, Telemarsicabruzzo a další (C-320/90, C-321/90 a C-322/90, Recueil, s. I-393, bod 6) a nařízení ze dne 19. března 1993, Banchero (C-157/92, Recueil, s. I-1085, bod 4); ze dne 7. dubna 1995, Grau Gomis a další (C-167/94, Recueil, s. I-1023, bod 8), a ze dne 22. března 1996, Sunino a Data (C-2/96, Recueil s. I-1543, bod 4).

22 — Rozsudek ze dne 22. ledna 2002, Canal Satélite Digital (C-390/99, Recueil, s. I-607, bod 19).

23 — Rozsudek ze dne 13. března 2001, PreussenElektra (C-379/98, Recueil, s. I-2099, bod 38).

C – Aktivní legitimace společnosti Acoset SpA

39. Shromáždění a obce Comiso a Modica tvrdí, že společnost Acoset SpA nemá právní zájem na projednávaném řízení o předběžné otázce, jelikož jejím jediným cílem je napadnout zrušení výběrového řízení na soukromého společníka.

40. Toto tvrzení je neopodstatněné a musí být jednoznačně odmítnuto.

41. Z článku 234 ES vyplývá, že rozhodnutí, zda uplatnit předběžnou otázku, či nikoli, přísluší výhradně vnitrostátnímu soudci [24], a nikoli účastníkům řízení, kteří mohou nicméně předložit svá vyjádření [25]. K tomu, aby Soudní dvůr připustil jejich vstup do řízení o předběžné otázce, postačuje, aby byli účastníky původního řízení, což je bezpochyby případ společnosti Acoset SpA [26].

24 — K naplnění jeho základní vlastnosti jakožto nástroje spolupráce ve Společenství, viz rozsudky Soudního dvora ze dne 1. prosince 1965 Schwarze (16/65, Recueil, s. 265), a ze dne 16. ledna 1974, Rheinmühlen (166/73, Recueil, s. 33).

25 — Článek 23 statutu Soudního dvora.

26 — V každém případě je zarážející, že argument, že Acoset SpA není aktivně legitimována, je založen na zrušení zadávacího řízení, přičemž právě toto prohlášení řízení za neplatné bylo důvodem zahájení řízení před soudem.

VI – Meritorní přezkum předběžné otázky

A – *K autonomnímu konceptu „partnerství veřejného a soukromého sektoru“*

1. Vnitrostátní perspektivy

42. Ekonomické činnosti a hospodaření orgánů veřejné moci prošly v průběhu minulého století hlubokou přeměnou. Od liberálního laissez-faire, zaměřeného výhradně na udržování veřejného pořádku prostřednictvím tradičních kontrolních opatření, jako jsou příkazy a zákazy, přes aktivity orgánů veřejné moci jakožto poskytovatelů služeb ve prospěch jednotlivců [27], až ke zrodu sociálního státu, založenému na solidaritě [28].

43. Během tohoto vývoje ztratil klasický model veřejné služby svůj tradiční smysl, neboť míra propojení správy a občanů neumožňuje dále izolovat jejich vzájemné funkce do neprodyšně oddělených celků.

44. I když je správní činnost vykonávána v obecném zájmu, je zde mnoho způsobů jak tento obecný zájem zabezpečit a zvláště pozoruhodné jsou ty způsoby, které se vyznačují značnou dávkou spolupráce [29], tím, že jednotlivcům umožňují vykonávat činnosti veřejného charakteru.

45. V rámci projevů této konvergence zaujímají specifické postavení takzvaná nepřímá správa veřejných služeb nebo veřejné zakázky, přičemž kořeny obou těchto technik sahají do právní historie.

46. Když soukromý podnik přebírá odpovědnost za poskytování služby a – motivován snahou o dosažení zisku – riskuje svůj majetek, aby zajistil, že je služba poskytována správně a že řádně funguje, jedná se o úzkou vazbu na veřejné finance. O stejný případ jde tehdy, když si je správní orgán vědom svých technických a ekonomických omezení, a proto nachází v uchazeči o zakázku způsob, jak nejlépe provést práce a poskytnout služby.

27 — Forsthoff, E., Die Verwaltung als Leistungsträger, Kohlhammer, Stuttgart, 1938, zahrnul tyto činnosti pod pojem „Daseinsvorsorge“, neboli „existenční pomoc“ k pokrytí základních potřeb společnosti, a obhajoval zavedení silné a dynamické výkonné moci, která bude schopna tyto potřeby uspokojit; pro správné pochopení této teorie, viz Martín Retortillo, L., „La configuración jurídica de la Administración pública y el concepto de Daseinsvorsorge“, v Revista de Administración Pública, č. 38, květen–srpen 1962, s. 35 až 65.

28 — Jeden z hlavních průkopníků této teorie Duguit, L., odmítá v Leçons de Droit public général (Vyd. Boccard, Paříž, 1926, s. 36) sílu jakožto imanentní prvek státu a dává mu za úkol usměrňovat sociální solidaritu.

29 — Na druhé straně se stát podrobuje soukromoprávnímu režimu, když zasahuje do průmyslového odvětví, kde je postaven na roveň ostatním subjektům.

47. Soukromý kapitál se chová jako prostředník mezi orgánem odpovědným za činnost či službu a jejím příjemcem, takže bez ohledu na zvláštní rysy každého konkrétního případu se tyto činnosti nebo služby vyznačují systémem sdílení práce, kterým se řídí všechny jejich aspekty.

48. Krom toho, nezávisle na veřejných zakázkách a koncesích, není nic zvláštního ani nového na tom, když správní orgán při výkonu veřejných funkcí spolupracuje se soukromými subjekty, aniž by se tyto subjekty staly jeho součástí [30].

49. K tomu, aby se „partnerství veřejného a soukromého sektoru" stalo samostatnou kategorií bylo třeba vyjít z komplexu vzájemných vlivů, kterými jsou prodchnuty některé právní instituty.

50. Náznaky anglosaského původu PPP můžeme nalézt v diskuzích o „New Public Management", skutečné živné půdě pro PPP, která otevřela správním orgánům dveře k tomu, aby užívaly kritéria řízení podniku, jež vyžadují soukromé finanční příspěvky („Private Finance Initiative").

30 — Santamaría Pastor, J. A., *Principios de derecho administrativo*, vol. I, 3ª vyd, Colección Ceura, Vyd. Centro de Estudios Ramón Areces, s. 460, popisuje tuto spolupráci a pozoruje, že vedle správy v užším slova smyslu tu byl vždy i určitý druh souběžné správy, který označuje jako „nepravou".

51. Poté se však metody liší, jelikož některé státy zavedly ve svých vnitrostátních právních řádech modely „smluv o partnerství" [31], s tím, že jiné státy ponechaly modely plně atypické [32].

2. Roztříštěné panorama Společenství

52. Právo Společenství se sice snaží o harmonizování vnitrostátních právních řádů v oblasti veřejných zakázek, avšak je v této snaze brzděno „fenoménem" PPP [33].

53. Rostoucí výskyt PPP ve vnitrostátních veřejných sektorech nicméně motivuje členské státy k tomu, aby přijaly právní úpravu na úrovni Společenství, neboť

31 — Ve Francii se tak stalo nařízením č. 2004/559 ze dne 17. června 2004 a zákonem č. 2008-735 ze dne 28. července 2008 o smlouvách o partnerství. Ve Španělsku zákon č. 30/2007 ze dne 30. října o veřejných zakázkách (BOE č. 261, ze dne 31. října 2007, s. 44336) postavil „partnerství veřejného a soukromého sektoru" na roveň smlouvě.

32 — Pro dokreslení problémů, které přináší jejich kvalifikování viz González García, J., *Colaboración público-privada. Entre la atipicidad contractual y el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado*; v této práci, jenž má být zveřejněna v nejbližší době, autor předvídá zrod nového typu smluv a po chvále atypických smluv, které podle něj lépe vyhovují flexibilitě a intenzivnějšímu zapojování představivosti při poskytování služeb, dospívá k závěru, že jde o způsob „začleňování všech mechanismů atypických vztahů, které se objevují ve světě ekonomických vztahů mezi jednotlivci, do správní praxe".

33 — Zelená kniha o partnerství veřejného a soukromého sektoru a právu Společenství o veřejných zakázkách a koncesích, ze dne 30. dubna 2004, KOM (2004) 327 v konečném znění (dále jen „Zelená kniha"), uvádí, že přinejmenším v době publikace Komise takto označovala PPP.

výhody, které tato partnerství přinášejí, nelze přehlédnout.

54. Kromě toho, že mohou sloužit ke zmírnění následků rozpočtových škrtů, podporují tyto nástroje soukromé financování a využívají znalostí podniků, které působí mimo veřejný sektor, v reakci na změny kurzu, které vítr liberalizace určuje státům, jenž přecházejí z role přímého vykonavatele do role regulátora chování, jehož jsou posledním garantem, pakliže ovlivňuje veřejný zájem.

55. V kontextu, kdy není toto chování podrobeno žádnému specifickému závaznému režimu, se právní nejistota dotýká především zapojování soukromých partnerů do této ekonomické protiváhy a způsobů jejich integrace.

56. Objevila se tak nezbytnost vytyčit linie výkladu pro přizpůsobení této praxe zásadám Smlouvy o ES, což bylo učiněno interpretačním sdělením [34] Komise ze dne 5. února 2008, týkajícím se uplatňování právních předpisů Společenství v oblasti veřejných zakázek a koncesí na institucionalizovaná partnerství veřejného a soukromého sektoru [35].

57. Podle mého názoru neexistence harmonizace [36] v rámci Společenství vylučuje, aby byly PPP postaveny na roveň smluv v pravém slova smyslu, což nebrání tomu přijmout fakt, že se tyto nové formy spolupráce vyznačují určitými prvky, které jsou smluvní povahy nebo které se svými rysy přibližují rysům koncesí.

58. Sjednocená právní úprava by eliminovala některé potíže a usměrnila veřejné orgány a soukromé entity, které stávající nejasnosti často odrazují – ke škodě infrastruktur a veřejných služeb – od vytváření PPP (což ostatně sdělení uznává) [37] z obavy, že dojde k porušení režimu požadovaného Evropskou unií.

34 — V *‚El soft law comunitario‘* (Revista de Administración Pública č. 154, leden–duben 2001, s. 79), Alonso García R. zahrnul mezi pozitivní aspekty těchto nástrojů článku 249 ES skutečnost, že poskytují správním orgánům a soukromým provozovatelům jasný a soudržný rámec, který jim má umožnit usměrnit jejich jednání tak, aby bylo slučitelné s právem Společenství.

35 — K(2007) 6661 (dále jen „sdělení“).

36 — Nicméně ve svém stanovisku při prvním čtení dne 10. května 2002 Evropský parlament vyzval Komisi, aby přezkoumala možnost přijetí návrhu směrnice, KOM(2000) 275. Evropský hospodářský a sociální výbor měl za to, že je legislativní iniciativa nezbytná [stanovisko EHSV (Úř. věst. C 14, 16. leden 2001), zpravodaj M. Levaux, bod 4.1.3, a stanovisko EHSV (Úř. věst. C 193, 8. červenec 2001), zpravodaj Bo Green, bod 3.5.].

37 — Tuto reakci, přirozenou u právníků z praxe, potvrzuje Carbonnier, J., v „Sociologie juridique“, Quadrige, PUF, Paříž, 1994, s. 331, kde uvádí rozdíly mezi reakcemi právníků a sociologů na otázku složitosti práva: právníci považují tuto složitost za fatálnost či neduh, který je vede k usilování o návrat k jednoduchosti; pokud jde o sociology, ti se zdráhají tuto složitost hodnotit a spatřuji v ní pouhou rozdílnost, kterou je třeba analyzovat.

59. Toto vakuum relativizuje pokusy řadit správní činnosti mezi činnosti kontroly, podpory a veřejné služby [38], k čemuž je třeba dodat, že v globalizovaném právním Společenství je každý z těchto prvků vnímán různě v závislosti na té které zemi.

60. Specificky se různorodost znatelně projevuje ve veřejné službě [39], nakolik je pravda, že tento pojem představuje nosný kámen správních řádů [40] některých systémů, zatímco ve správním režimu jiných systémů tento pojem není pojmem základním, ani zde nehraje hlavní roli ta skutečnost, že jsou některé činnosti vyhrazeny veřejným orgánům („publicatio") [41].

61. To je podle mě jedna z příčin roztříštěnosti v konstelacích PPP, jež musí ještě čelit vážnějšímu problému: zákonodárce Společenství sice harmonizoval veřejné zakázky, nikoli však spletitou oblast koncesí [42] ani veřejných služeb, takže to, že tyto kategorie zůstávají latentní ve velkém množství PPP, jen dokazuje, že neexistence právní úpravy v této oblasti není náhodná.

38 — Viz Presutti, E., „Principi fondamentali di scienze dell'amministrazione", Società Editrice, Milán, 1903.

39 — To je to, co říká o službách obecného zájmu Hospodářský a sociální výbor ve svém stanovisku ze dne 22. května 2003 k Zelené knize [KOM(2003) 270 v konečném znění (Úř. věst. C 76)].

40 — Jednoznačně ve Francii, Itálii a ve Španělsku, oproti koncepcím, které převládly například ve Velké Británii, Německu či v Dánsku.

41 — Terminologie se může lišit, avšak základ a podstata veřejné služby nikoli: González-Varas Ibáñez, S., „El derecho administrativo privado", Vyd. Montecorvo, Madrid, 1996, s. 398.

42 — Ačkoli je pravda, že sdělení Komise ke koncesím v právu Společenství (Úř. věst. 2000, C 121, s. 2) obsahuje pojetí odlišné od národních konceptů.

B – *Třídění PPP*

62. Navzdory neexistenci definice pojmu PPP navrhla Zelená kniha klasifikaci založenou na empirickém zjištění, že rozmanitost PPP v členských státech pojímají dva významné modely, podle toho, zda se spolupráce zakládá na vazbách výlučně smluvních (smluvní PPP) nebo se realizuje v určité entitě (institucionalizované PPP, rovněž označované jako IPPP).

63. Tato dualita se projevuje ve sdělení Komise, které se omezuje jen na druhou skupinu, možná proto, že se rozmanité formy smluvních PPP kvůli jejich nepochybně značné autonomii vůle hůře systematizují [43].

64. V IPPP se příslušné úkoly veřejného a soukromého společníka plní v rámci entity, která má vlastní právní subjektivitu, a prostřednictvím které společníci zajišťují provedení díla či poskytnutí služby ve prospěch veřejnosti.

43 — Ve skutečnosti, podle Zelené knihy pojem PPP „pokrývá různé druhy činností, kdy je přidělen soukromému společníkovi jeden či více úkolů většího či menšího významu, které zahrnují návrh, financování, realizaci, renovaci či provedení díla či poskytnutí služby".

65. Oproti některým typům smluv, které stanoví přímou vazbu mezi koncovým uživatelem a soukromým společníkem, který poskytuje službu namísto správního orgánu, v rámci IPPP je to obchodní společnost, která jako subjekt, jemuž byla zadána veřejná zakázka nebo jako držitel koncese navazuje „oficiální" vztah s příjemcem, byť „věcně" je činnost prováděna soukromým společníkem. To ostatně vysvětluje fakt, že zástupce společnosti Acoset SpA upřesnil na jednání, že ve skutečnosti poskytuje soukromý společník své služby smíšené společnosti.

66. Kromě výše popsaných výhod umožňují IPPP koncentraci relativně vysoké kontrolní pravomoci veřejného společníka nad průběhem činností, díky tomu, že je společníkem a působí zároveň i v rozhodovacích orgánech.

67. Dohromady tyto jednotlivé případy naznačují v podstatě dvojí cestu vytváření IPPP: založením dané entity nebo změnou základního kapitálu již existující entity, která, pokud byla zcela veřejná, bude po této změně částečně spadat do rukou soukromých osob. Správné chápání této druhé cesty samozřejmě vyžaduje, aby se účast soukromého sektoru projevila před či zároveň se zadáním zakázky, nikoli až posléze [44].

68. Článek 113 odst. 5 písm. b) legislativního nařízení č. 267/2000 ukazuje, že se zde jedná o prvně uvedený model IPPP, protože jde o založení společnosti se smíšeným kapitálem, jejíž soukromý společník, který bude vybrán na základě veřejného nabídkového řízení, převezme celkovou správu komunální vodohospodářské služby [45].

69. Konečně, vzhledem k tomu, že IPPP mohou mít jak formu veřejné zakázky, tak formu koncese, je rovněž možné je rozlišovat na základě jejich účelu, který určí režim, jemuž budou podrobeny v oblasti Společenství.

C – Rozlišování mezi veřejnými zakázkami a koncesemi

70. Před upřesněním právního režimu IPPP v provincii Ragusa je třeba podle třídění uvedeného v předcházejícím bodě vymezit veřejné zakázky vzhledem ke koncesím.

44 — To vyplývá z bodu 42 výše uvedeného rozsudku Komise v. Rakousko: pro eliminování kliček, které jsou cizí právu Společenství se zadavatelům zakazuje „počínat si tak, že by mohlo dojít k zastřenému zadání veřejných zakázek na služby podnikům se smíšenou majetkovou účastí".

45 — Je příznačné, že Zelená kniha uznává, že členské státy užívají takové struktury „pro správu veřejných služeb na místní úrovni (například pro služby v oblasti dodávky vody či sběru odpadu)".

71. Sdílím posouzení Komise týkající se skutečnosti, že zadání místní veřejné služby, jako je integrovaná vodohospodářská služba, může mít formu veřejné zakázky nebo koncese, a že malé množství informací poskytnutých předkládajícím soudem neumožňuje říct, která z těchto dvou cest byla zvolena.

72. Je nicméně třeba uvážit následující fakta: zaprvé se předkládající soud ve své otázce dovolává pouze norem a zásad Smlouvy, a nikoli směrnic o veřejných zakázkách [46]; zadruhé hovoří o smíšené společnosti „držiteli koncese"; zatřetí délka trvání třiceti let odpovídá spíše koncesi [47].

73. Rozdíl není zanedbatelný, jelikož je-li subjektu se smíšenou kapitálovou účastí svěřen výkon veřejné zakázky, pak směrnice 2004/17 a 2004/18 stanoví pravidla zveřejňování a formy výběru soukromého společníka pověřeného tímto výkonem, za předpokladu, že výše veřejné zakázky překročí finanční prahovou hodnotu stanovenou těmito normami. Zato pokud se jedná o koncesi na služby nebo o veřejnou zakázku nespadající do působnosti těchto směrnic (například z toho důvodu, že nejsou dosaženy prahové hodnoty), pak je třeba vycházet pouze ze zásad a svobod Smlouvy.

74. Je tedy patrné, jak je důležité upřesnit kritéria pro objasnění rozostřeného rozlišení mezi veřejnými zakázkami a koncesemi [48], které při neexistenci nezbytných informací musí v konečném důsledku provést vnitrostátní soud v závislosti na „provozním riziku" a „protiplnění za službu" ve smyslu, ve kterém tyto pojmy vykládá Soudní dvůr.

75. Z rozsahu první předběžné otázky plynou první obtíže při vymezování „veřejné zakázky" vzhledem ke „koncesi na veřejnou službu".

76. Při zakázce na služby je třeba, aby bylo protiplnění smluvnímu partnerovi vypláceno přímo zadavatelem; zatímco, pokud odměna nepochází od veřejného orgánu, nýbrž od

46 — Rozvážnost sicilského soudu je chvályhodná, poněvadž se přes množství norem a režimů schopných dát právně život IPPP omezuje na to, že se odvolává na svobody a zásady Smlouvy, které jsou nejmenším společným jmenovatelem veřejných zakázek a koncesí; jedná tak v souladu s doporučením Francise Bacona, Essays, Vyd. Cosimo, 2007, kapitola LVI, Of Judicature, s. 137 „Judges must beware of hard constructions, and strained inferences; for there is no worse torture, than the torture of laws".

47 — Na základě těchto údajů neváhají Italská republika a společnost Acoset SpA označit daný případ jako koncesi. Krom toho, jak se ukázalo na jednání, délka trvání závisí na výši investice, jelikož je třeba amortizovat náklady.

48 — Ve článku „Le partenariat public/privé à la croisée des chemins, entre marché et concession", zveřejněném v „Revue du Marché commun et de l'Union européenne", č. 487, duben 2005, s. 237, R. Passerieux a J.M. Thouvenin vidí v překrývání těchto kategorií hlavní zdroj právní nejistoty s nebezpečím rekvalifikace smluv původně uzavřených v rámci pružného režimu koncese („PPP koncese") na „PPP zakázky".

příjemců služeb, jde o koncesi na veřejnou službu [49].

77. Krom toho přenos „provozního rizika“ [50] je jedním z nejcennějších znaků při tomto rozlišování, jelikož je základním prvkem koncesí [51], zatímco ve veřejných zakázkách se nevyskytuje [52].

78. Předkládající soud však musí zůstat ostražitý, neboť je možné, že bude muset při provádění předmětného rozlišování v projednávaném případě překonávat i další překážky; do rámce správy služby spadají totiž i přípravné práce, což ho povede k tomu, aby analyzoval rozdíly mezi „veřejnou zakázkou na služby“, „koncesí na stavební práce“ a „koncesí na služby“ [53].

79. Článek 18 směrnice 2004/17 vylučuje z její působnosti „koncese na stavební práce nebo na služby, jež udělují zadavatelé, kteří vykonávají jednu nebo více činností uvedených v článcích 3 až 7, pokud jsou tyto koncese udělovány pro výkon těchto činností“. Je třeba si povšimnout, že na rozdíl od směrnice 2004/18, která ve svém článku 17 vylučuje pouze koncese na služby, směrnice 2004/17 vylučuje rovněž koncese na stavební práce, což za použití systematického výkladu článku 12 směrnice 2004/18 dokazuje, že koncese na stavební práce, byť se dotýkají zvláštních odvětví (jako např. vodohospodářství), podléhají pouze právní úpravě tradičních odvětví [54].

80. K rozptýlení nejasností, které mohou vzniknout ohledně veřejných zakázek zahrnujících více činností (například zakázky na vodohospodářské služby, jež vyžadují výkon stavebních prací), zavádí směrnice 2004/17 objektivní pravidlo, které stanoví, že zakázka, která má zahrnout více činností, se řídí pravidly vztahujícími se na hlavní činnost (čl. 9 odst. 1) v souladu s judikaturou, která odmítá kvalifikovat provádění stavebních prací, které jsou vedlejší povahy ve vztahu ke službám či dodávkám jako zakázky „na stavební práce“ [55].

81. Je přitom zjevné, že koncese na služby podléhá základním normám a zásadám

49 — Rozsudky ze dne 10. listopadu 1998, BFI Holding (C-360/96, Recueil, s. I-6821) a ze dne 13. října 2005, Parking Brixen (C-458/03, Sb. rozh. s. I-8585).

50 — Je třeba zdůraznit naléhavost, s níž zástupce společnosti Acoset SpA na jednání tvrdil, že tíhu tohoto rizika nese soukromý společník.

51 — Rozsudky ze dne 18. července 2007, Komise v. Itálie (C-382/05, Sb. rozh. s. I-6657, bod 34), a ze dne 13. listopadu 2008, Komise v. Itálie (C-437/07, Sb. rozh. s. I-153, zveřejněné shrnutí, bod 29).

52 — Rozsudek ze dne 27. října 2005, Contse a další (C-234/03, Sb. rozh. s. I-9315), bod 22.

53 — Příspěvek k objasnění této otázky lze nalézt v úvahách Gimeno Feliú, J. M., „La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. La necesaria adopción de una nueva Ley de contratos públicos y propuestas de reforma“, Vyd. Thomson Civitas, Madrid, 2006, s. 151 a 175, které jsou založeny na koncepční analýze různých typologií.

54 — Vyloučení koncesí z působnosti směrnic o veřejných zakázkách se odrazilo v usnesení Soudního dvora ze dne 30. května 2002, Buchhändler-Vereinigung (C-358/00, Recueil, s. I-4685), zatímco v rozsudku ze dne 7. prosince 2000, Telaustria a Telefonadress (C-324/98, Recueil, s. I-10745), Soudní dvůr naopak zahrnul koncese na stavební práce do působnosti pravidel upravujících tradiční odvětví.

55 — Rozsudek Soudního dvora ze dne 9. dubna 2004, Gestión Hotelera Internacional (C-331/92, Recueil, s. I-1329).

Smlouvy, zatímco koncese na stavební práce se navíc řídí směrnicí 2004/18, za předpokladu, že je splněn požadavek hodnoty zakázky požadovaný touto směrnicí.

84. Není vhodné, aby byl pragmatismus, který je logickou aspirací jakéhokoli uspořádaného systému, jediným základem pro právní argumentaci. Přesto sdílím názor Komise, který je třeba doplnit analýzou požadavků, které Společenství klade na veřejné zakázky a koncese, jež vzájemným prolínáním vymezují kontext, ve kterém jsou IPPP používána.

D – *Kontrolní parametry IPPP*

82. Nejistota, kterou vyvolává čl. 113 odst. 5 písm. b) legislativního nařízení č. 267/2000, vyžaduje pouze určit, zda je třeba vedle nabídkového řízení na soukromého společníka vyhlašovat zároveň i nabídkové řízení pro zadání služby [56]. Pokud by bylo nezbytné vyhlásit pouze jedno nabídkové řízení, bylo by třeba prohloubit právní základy jeho platnosti vzhledem ke svobodě usazování (článek 43 ES), volnému pohybu služeb (článek 49 ES) a pravidlům v oblasti hospodářské soutěže (článek 86 ES).

85. Použití dvojího nabídkového řízení se špatně snoubí s hospodárností řízení charakteristickou pro IPPP, jejichž zakládání spojuje v jednom postupu jak výběr soukromé hospodářské složky, tak udělení veřejné zakázky nebo koncese subjektu se smíšeným kapitálem.

86. Striktně řečeno, efektivnost nemůže být v rozporu se zásadou legality, neboť musí být dosažena při dodržování této zásady, takže lze namítat pouze protiprávnost neefektivní správy.

1. Jediné nabídkové řízení s dvojím účelem

83. Komise má ve svém sdělení za to, že „dvojí soutěž (první na výběr soukromého partnera pro IPPP a druhá na udělení veřejné zakázky nebo koncese subjektu se smíšeným kapitálem) není účelná“.

87. Pakliže jsou respektovány jejich meze [57], IPPP se stávají spolehlivými indikátory hodnocení založeném na požadavcích účel-

56 — To je tvrzení prosazované Shromážděním starostů a předsedy provincie, jakož i obcí Vittoria.

57 — Včetně těch, které vyplývají z práva na řádnou správu, které Listina základních práv Evropské unie stanoví v článku 41, kapitoly V věnované občanským právům, o který opírám zákaz zbavit jednotlivce jejich práv na obhajobu ve svém stanovisku ze dne 27. listopadu 2007, částečně převzatém Soudním dvorem v jeho rozsudku ze dne 15. května 2008, SECAP (C-147/06 a C-148/06, Sb. rozh. s. I-3565).

nosti, odůvodnění, koordinace a hospodárnosti, které odpovědným správním orgánům napomáhají ve snaze o dosažení obecného blaha, přičemž je zároveň vzdalují od jejich funkce spočívající v pouhém „hnacím řemenu“ [58] práva.

88. Jeden z klíčů k tomuto problému spočívá v tom, že podnik, který se začlení do nového subjektu ve skutečnosti jedná jako příjemce veřejné zakázky nebo jako držitel koncese, jakmile přebírá odpovědnost za poskytování služby; to je ostatně zřejmé, jelikož kromě kritérií týkajících se řízení obchodní společnosti je jedním z měřítek při výběru podniku jeho schopnost poskytovat danou službu [59].

89. Proto výběr příjemce veřejné zakázky nebo držitele koncese vyplývá nepřímo z výběru průmyslového společníka, jehož činnost hraje tedy velice důležitou roli. Přesné vymezení jejich charakteristických rysů by znemožňovalo, aby IPPP byla manipulována za účelem vyhnout se novým nabídkovým řízením.

90. Tato situace souvisí s jejich důvodem existence, kterým je v projednávaném případě integrovaná vodohospodářská služba, jak naznačuje výraz „výlučný předmět činnosti“ uvedený v předběžné otázce.

91. Krom toho, cíl IPPP musí zůstat stejný po celou dobu poskytování služby [60], i když nic nebrání tomu, aby byl přizpůsoben novému vývoji nebo prozíravosti soukromého společníka, za předpokladu, že nebudou změněny základní podmínky [61] nabídkového řízení [62].

92. Podle údajů poskytnutých předkládajícím soudem se zdá být tato podmínka dodržena, jelikož v zadávací dokumentaci bylo uvedeno, že zadávání zakázky na stavební práce [63], které nejsou prováděny přímo soukromým společníkem se řídí „veřejným a otevřeným řízením upraveným zákonem“.

93. Italská republika uvádí nicméně v bodě 8 svého vyjádření, že v souladu s *ius variandi*

58 — „Transmission belt“: pojem vychází z dnes již klasického článku Stewarta, R. B., „The reformation of American Administrative Law“, Harvard Law Review, Vol. 88, č. 8, 1975, s. 1675.

59 — Skutečnost, že všechna dotčená kritéria musí být hodnocena v jediném řízení oslabuje tvrzení obce Vittoria, podle kterého se nabídkové řízení na výběr soukromého společníka z důvodu rozdílů v obsahu a účelu nemůže překrývat s řízením na zadání služby.

60 — V projednávaném případě jde o rozhodující moment, vzhledem ke stanovení délky trvání na dobu 30 let.

61 — Podle bodu 116 rozsudku Soudního dvora ze dne 29. dubna 2004, Komise v. CAS Succhi di Frutta SpA (C-496/99 P, Recueil, s. I-03801) se o základní podmínku jedná tehdy, pokud její uvedení v oznámení o vyhlášení veřejné zakázky nebo v zadávací dokumentaci umožní uchazeči předložit nabídku podstatně odlišnou.

62 — Aniž by byly dotčeny výjimky stanovené v článcích 31 a 61 směrnice 2004/18, jakož i v čl. 40 odst. 3 písm. f) a g) směrnice 2004/17/ES, každá změna základních podmínek vyhlášení veřejné zakázky, která nebyla uvedena v zadávací dokumentaci vyžaduje vyhlášení nového nabídkového řízení (bod 50 rozsudku ze dne 5. října 2000, Komise v. Francie, C-337/98, Recueil, s. I-8377).

63 — Původně se jednalo o práce uvedené v tříletém operačním plánu schváleném dne 15. prosince 2003 Shromážděním starostů.

upravuje klauzule vložená do této zadávací dokumentace možnost kótování části kapitálu veřejných akcionářů na burze.

94. Ze smluvního hlediska mohou být některé méně zásadní změny povoleny v průběhu fáze provádění zakázky, ačkoli je k tomu v zájmu transparentnosti a ve snaze předejít narušení dotčené veřejné zakázky zapotřebí výslovného povolení [64].

95. Italská vláda ve svém písemném vyjádření uvedla, že nezávisle na skutečnosti, že by prodej na burze mohl změnit jednotnost podmínek, by tento přesun kapitálu mohl způsobit zánik entity, neboť její stanovy uvádí „většinovou veřejnou kapitálovou účast“, jejíž odpadnutí by vedlo ke zrušení předmětné entity, aby se neocitla v protiprávní situaci. Zmocněnec italské vlády nicméně na jednání tento postoj relativizoval, když odkázal na „alternativní formy kontroly“, které nejsou založeny na držení kapitálu; souhlasím s tímto tvrzením, za podmínky, že zvýšená soukromá účast nenaruší převahu veřejného prvku ve společnosti, ať již je zajištěna tím, že veřejný účastník bude držet většinu kapitálu nebo alespoň tím, že bude mít nesporný vliv na strategická rozhodnutí o distribuci vody [65].

64 — Výše uvedený rozsudek Soudního dvora Komise v. CAS Succhi di Frutta SpA.

65 — V každém případě je třeba mít na paměti, že stanovy společnosti se smíšeným kapitálem odkazují na „většinovou veřejnou kapitálovou účast“, takže jakkoli se budou zúčastnění snažit, aby společnost nepřestala existovat, nic to nezmění na tom, že klesne-li veřejná část kapitálu pod 50 %, nebude již naplněna jedna ze základních podmínek nezbytných pro založení této společnosti.

2. Společnost se smíšeným kapitálem a poskytování služeb ‚in house‘: dvě protichůdné reality

96. Většina vyjádření předložených v projednávaném případě odkazuje na činnosti vykonávané s pomocí vlastních prostředků, ačkoli závěry se různí: někteří uvádějí tyto příklady pro potvrzení, že nepředstavují právní základ navrhované „integrované vodohospodářské služby“, zatímco jiní tyto příklady uvádí k ozřejmění rozdílů ve vztahu k IPPP.

97. Veřejné nabídkové řízení je podle mého názoru nadbytečné pro služby ‚in house‘ a pro některá IPPP, která splňují jak požadavky transparentnosti, tak zásady rovného zacházení a zákazu diskriminace.

98. Judikatura vyloučila použití článků 12 ES, 43 ES a 49 ES, jakož i obecných zásad, jejichž jsou tato ustanovení zvláštním vyjádřením v případech, kdy je kontrola vykonávaná nad držitelem koncese veřejným orgánem udělujícím koncesi obdobná kontrole, kterou veřejný orgán udělující koncesi vykonává nad vlastními organizačními složkami, pokud držitel koncese vykonává většinu své činnosti s entitou, která ho kontroluje [66].

66 — Rozsudky ze dne 18. listopadu 1999, Teckal (C-107/98, Recueil, s. I-8121, bod 50); ze dne 13. října 2005, Parking Brixen, výše uvedený, bod 62, a ze dne 13. listopadu 2008, Coditel Brabant SA (C-324/07, Sb. rozh. s. I-8457, bod 26).

99. Činnost společnosti, jejíž kapitál není výlučně veřejný se z povahy věci nachází vně oblasti definované jako ‚in house', neboť účast soukromého podniku vylučuje možnost, aby veřejné orgány vykonávaly kontrolu „obdobnou kontrole" uvedené v předchozím odstavci [67].

100. Přestože jsem si vědom, že neexistují přesná pravidla, co se týče stanovení měřítka, které by určilo, kdy je taková kontrola možná, domnívám se, že by bylo velice užitečné, aby Soudní dvůr k této otázce upřesnil svůj postoj.

101. Na jedné straně, jak patrno z některých rozsudků, okolnost, že veřejný orgán udělující koncesi vlastní veškerý kapitál společnosti, které byla zakázka zadána, v zásadě naznačuje, že tento orgán vykonává nad touto společností kontrolu obdobnou kontrole, kterou vykonává nad vlastními organizačními složkami [68].

102. *Naopak*, soukromá účast vylučuje možnost modelu ‚in house', jak dokazují rozsudky Stadt Halle a Coname, ve kterých Soudní dvůr rozhodl, že dokonce i spolupráce s menšinovým soukromým subjektem vylučuje takovou kontrolu.

103. Na druhé straně tato judikatura ztrácí svou jasnost, když se Soudní dvůr opírá o rozsudek Asemfo a tvrdí, že „za určitých okolností může být podmínka týkající se kontroly vykonávané veřejným orgánem splněna v případě, že takový orgán vlastní pouze 0,25 % kapitálu veřejného podniku" [69].

104. Partnerství prosazované Shromážděním starostů a předsedy provincie, jakož i obcemi provincie Ragusa, vyžadovalo, aby soukromý společník vlastnil 49 % základního kapitálu nové společnosti [70]; toto procento je přitom příliš vysoké na to, aby mohly být činnosti klasifikovány jako ‚in house', neboť by bylo zapotřebí přesvědčit vnitrostátního soudce o tom, že veřejné subjekty, které vlastní akcie, mají dostatečný vliv k prosazení své vůle ve věcech strategických cílů této entity [71].

3. Právní rozbor

105. Jelikož je vyloučeno, aby tato společnost se smíšeným kapitálem představovala nástroj ‚in house' činnosti, zbývá stanovit, zda její zrod umožňuje přistoupit k zadání zakázky na vodohospodářskou službu bez vyhlášení veřejného nabídkového řízení.

67 — To vyplývá z rozsudků Soudního dvora ze dne 11. ledna 2005, Stadt Halle a RPL Lochau (C-26/03, Sb. rozh. s. I-1, bod 49), a ze dne 21. července 2005, Coname (C-231/03, Sb. rozh. s. I-7287, bod 26).

68 — Rozsudky Carbotermo (C-340/04, Sb. rozh. s. I-4137, bod 37), a ze dne 19. dubna 2007, Asemfo (C-295/05, Sb. rozh. s. I-2999, bod 57).

69 — Výše uvedený rozsudek Coditel, bod 53, který odkazuje na body 56 až 61 rozsudku Asemfo, které nicméně neobsahují žádnou zmínku o tomto procentu účasti.

70 — Bod II.7 vyjádření společnosti Acoset SpA a bod 5 vyjádření italské vlády.

71 — Výše uvedené rozsudky Parking Brixen a Carbotermo.

106. Aniž bych chtěl přikročit až k tomu, že zcela rozeberu právní kategorii „institucionalizovaného partnerství veřejného a soukromého sektoru“, domnívám se, že je třeba individualizovat její jednotlivé prvky.

107. Nic nebrání tomu, aby několik územně správních celků založilo právnickou osobu a provedlo úkony spojené se sepsáním jejích stanov, upsáním jejího kapitálu a získáním jakéhokoli společníka dle jejich uvážení.

108. Nic nelze vytknout ani zveřejnění nabídky směřující k začlenění soukromých subjektů do této společnosti, které budou ochotny investovat do jejího chodu.

109. Úplná absence nabídkového řízení v rámci zadání zakázky na služby se špatně snoubí s články 43 ES a 49 ES a se zásadami rovného zacházení a zákazu diskriminace; zřízení „integrované vodohospodářské služby“ by vzhledem k tomu mohlo být předmětem výhrad, avšak náprava této situace spočívá v kritériích výběru soukromého společníka.

110. Zájemci musejí zajisté prokázat své osobní a finanční předpoklady, které jsou nezbytné pro to, aby se mohli stát společníky, ovšem k technické způsobilosti, jakož i k ekonomickým a jiným výhodám jejich nabídky musí být přihlédnuto především.

111. Sdělení o IPPP totiž uvádí, že „skutečnost, že soukromý subjekt a veřejný zadavatel spolupracují v rámci jednoho subjektu se smíšeným kapitálem, nemůže ospravedlnit nedodržování ustanovení, která se týkají veřejných zakázek a koncesí při tom, když se tomuto soukromému subjektu nebo subjektu se smíšeným kapitálem uděluje veřejná zakázka nebo koncese“.

112. Materiální platnost IPPP tudíž vychází z ekvity a zveřejnění, a to takovým způsobem, aby všichni zájemci, zjevní či potenciální, měli přístup k dostatečným informacím o záměru zadavatele vytvořit subjekt se smíšeným kapitálem, kterému udělí veřejnou zakázku či koncesi.

113. Požadavek zveřejnění vyplývá pro veřejné zakázky z článků 41 a následujících směrnice 2004/17/ES a z článků 35, 36 a 58 směrnice 2004/18/ES; co se týče koncesí na veřejné služby, judikatura [72] zakotvila tento požadavek za účelem zachování zásad trans-

72 — Rozsudky ze dne 7. prosince 2000, Telaustria a Telefonadress (C-324/98, Recueil, s. I-10745, body 60 až 62), a výše uvedený Coname (body 16 až 19).

parentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace na základě státní příslušnosti [73].

114. Soudní dvůr měl za to, že články 43 ES a 49 ES odrážejí zásady rovného zacházení [74] a zákazu diskriminace z důvodu státní příslušnosti [75].

115. Co se týče hospodářské soutěže, prosazoval jsem ve svém stanovisku ve věci Ing. Aigner, aby se nepodléhalo krátkozrakosti těch, kteří chtějí omezit roli práva Společenství v oblasti veřejných zakázek na pouhou koordinaci nabídkových řízení, neboť jeho záměr je mnohem hlubší: zavedení účinné hospodářské soutěže v daném odvětví na základě realizace základních svobod v rámci evropské integrace [76].

116. Tato nauka odkazuje zajisté na veřejné zakázky, avšak je rovněž třeba učinit přítrž narušování hospodářské soutěže v oblasti koncesí na veřejné služby [77], které vychází ze stejných zásad Smlouvy, byť množství vnitrostátních pojetí „koncesí“, „veřejných služeb obecného zájmu“, „zvláštních práv“ a „výlučných práv“ zastiňuje jejich vztah k článkům 81 ES, 82 ES a 86 ES [78].

4. Důsledek

117. Odpověď na předběžnou otázku musí být kladná ze základních důvodů efektivnosti

73 — Všichni uchazeči musí mít stejnou příležitost, nezávisle na jejich státní příslušnosti (rozsudek Soudního dvora ze dne 25. dubna 1996, Komise v. Belgie, C-87/94, Recueil, s. I-2043, body 33 a 54).

74 — Rozsudek ze dne 5. prosince 1989, Komise v. Itálie (C-3/88, Recueil, s. 4035, bod 8).

75 — Rozsudek ze dne 8. října 1980, Überschär (810/79, Recueil, s. 2747, bod 16).

76 — Druhý bod odůvodnění směrnice 2004/18, devátý bod odůvodnění směrnice 2004/17, jakož i rozsudky Soudního dvora ze dne 22. června 1989, Fratelli Costanzo (103/88, Recueil, s. 1839, bod 18 in fine); ze dne 10. listopadu 1998, BFI Holding, bod 41; ze dne 3. října 2000, University of Cambridge (C-380/98, Recueil, s. I-8035, bod 16); ze dne 1. února 2001, Komise v. Francie (C-237/99, Recueil, s. I-939, bod 41); Stadt Halle a RPL Lochau, bod 44, a Carbotermo, bod 58, mimo jiné.

77 — V „Servicio público y mercado. Los fundamentos“, vol. I, Vyd. Civitas, Madrid, 1998, s. 40, S. Muñoz Machado rozptyluje obavy tím, že vysvětluje, že Evropa neopovrhuje veřejnou službou, avšak chce ji jen přizpůsobit soutěžnímu prostředí, což vede k novým výzvám, nikoli však k její likvidaci.

78 — Tyto aspekty byly předmětem syntézy Neergaarda, U., „The concept of concession in the EU public procurement law versus EU competition law and national Law“, *The new EU public procurement Directives*, Ruth Nielsen & Steen Treumer (vyd), Djøf Publishing, 2005, s. 149 až 181.

správy, za předpokladu, že nedojde k porušení záruk vyplývajících z práva Společenství.

118. Základní svobody upravené Smlouvou vyžadují dbát na transparentnost a zákaz diskriminace během veřejného nabídkového řízení na výběr soukromého partnera subjektu, jehož osud je spjat, až na drobné změny, se správou služby formálně přidělené smíšené společnosti, zatímco soukromý podnik zajišťuje skutečný výkon této služby.

119. Kritéria výběru soukromého společníka musí být založena nejen na investovaném kapitálu, ale rovněž na jeho praktických zkušenostech a charakteristice jeho nabídky s ohledem na specifičnost služeb, které bude poskytovat.

120. Předkládající soud musí zhodnotit, zda vyhlášení zveřejněné v *Úředním věstníku Evropských společenství* je dostačující k ochraně hospodářské soutěže, volného pohybu služeb a svobody usazování, jakož i zájmů potenciálních zúčastněných.

121. Krom toho, aby soukromý společník neměl oproti svým konkurentům neoprávněné výhody [79], vnitrostátní soud přezkoumá, zda byl vybrán v souladu s postupem stanoveným ve směrnici 2004/17 a 2004/18, pochopitelně pod podmínkou, že charakteristika IPPP odpovídá charakteristice veřejné zakázce na služby nebo koncese na stavební práce.

122. Aby mohl rozhodnout, musí předkládající soud určit, zda bylo IPPP v provincii Ragusa založeno pro účely udělení veřejné zakázky nebo koncese a zda se, ve světle předchozích úvah, týká stavebních prací či veřejné služby; bude tak moci stanovit závazný právní režim nezbytný k tomu, aby byla zakázka správně zadána a adekvátně zveřejněna.

79 — Sdělení Komise obsahuje několik spolehlivých vodítek, když stanoví požadavek zahrnout do oznámení o vyhlášení veřejné zakázky nebo do zadávací dokumentace základní informace o veřejné zakázce nebo koncesi, která se má přidělit budoucímu subjektu se smíšeným kapitálem, jakož i o stanovách tohoto subjektu. Sdělení rovněž doporučuje oznamování informací ohledně dohod akcionářů, smluvním vztahu mezi veřejným zadavatelem a soukromým partnerem na jedné straně a mezi veřejným zadavatelem a budoucím subjektem se smíšeným kapitálem na straně druhé, jakož i informace o možnosti obnovení nebo změny veřejné zakázky nebo koncese a o možnosti přidělení nových úkolů.

VII – Závěry

123. Z těchto důvodů navrhuji Soudnímu dvoru, aby na předběžnou otázku Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia odpověděl následujícím způsobem:

„Články 43 ES, 49 ES a 86 ES směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES ze dne 31. března 2004 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby, ani směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/17/ES ze dne 31. března 2004 o koordinaci postupů při zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb, nebrání přímému zadání poskytování veřejné služby zahrnujícímu provedení některých předběžných stavebních prací společnosti se smíšeným veřejným a soukromým kapitálem, založené zvláště za tímto účelem, za předpokladu, že budou splněny následující podmínky:

– společnost si zachová tento výlučný předmět činnosti po celou dobu svého trvání;

– soukromý společník je vybrán na základě veřejného nabídkového řízení, po předchozím ověření finančních, technických, operativních a provozních podmínek, jakož i charakteristických prvků jeho nabídky s ohledem na službu, která má být poskytována;

– soukromý společník jakožto průmyslový partner zajistí poskytování služby a výkon stavebních prací;

– veřejné nabídkové řízení bude v souladu se zásadami svobodné hospodářské soutěže, transparentnosti a rovného zacházení, jež ukládá právo Společenství v oblasti koncesí, a případně i s pravidly zveřejňování a zadávání veřejných zakázek.“