ROZSUDEK SOUDNÍHO DVORA (čtvrtého senátu)

10. dubna 2008 *

Ve věci C-393/06,

jejímž předmětem je žádost o rozhodnutí o předběžné otázce na základě článku 234 ES, podaná rozhodnutím Vergabekontrollsenat des Landes Wien (Rakousko) ze dne 17. srpna 2006, došlým Soudnímu dvoru dne 22. září 2006, v řízení

Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt GmbH

proti

Fernwärme Wien GmbH,

SOUDNÍ DVŮR (čtvrtý senát),

ve složení K. Lenaerts, předseda senátu, G. Arestis, E. Juhász (zpravodaj), J. Malenovský a T. von Danwitz, soudci,

* Jednací jazyk: němčina.

generální advokát: D. Ruiz-Jarabo Colomer,
vedoucí soudní kanceláře: B. Fülöp, rada,

s přihlédnutím k písemné části řízení a po jednání konaném dne 11. října 2007,

s ohledem na vyjádření předložená:

– za Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt GmbH, S. Sieghartsleitnerem a M. Pichlmairem, Rechtsanwälte,

– za Fernwärme Wien GmbH P. Madlem, Rechtsanwalt,

– za rakouskou vládu M. Fruhmannem a C. Mayrem, jako zmocněnci,

– za maďarskou vládu J. Fazekas, jako zmocněnkyní,

– za finskou vládu A. Guimaraes-Purokoski, jako zmocněnkyní,

– za švédskou vládu A. Falk, jako zmocněnkyní,

– za Komisi Evropských společenství X. Lewisem, jako zmocněncem, ve spolupráci s M. Núñez-Müllerem, Rechtsanwalt,

po vyslechnutí stanoviska generálního advokáta na jednání konaném dne 22. listopadu 2007,

vydává tento

Rozsudek

1 Žádost o rozhodnutí o předběžné otázce se týká výkladu relevantních ustanovení směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/17/ES ze dne 31. března 2004 o koordinaci postupů při zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb (Úř. věst. L 134, s. 1; Zvl. vyd. 06/07, s. 19), a směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES ze dne 31. března 2004 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby (Úř. věst. L 134, s. 114; Zvl. vyd. 06/07, s. 132).

2 Tato žádost byla předložena v rámci sporu mezi Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt GmbH (dále jen „Ing. Aigner“) a Fernwärme Wien GmbH (dále jen „Fernwärme Wien“) ve věci regulérnosti zadávacího řízení vypsaného Fernwärme Wien.

Právní rámec

Právní úprava Společenství

3 Směrnice 2004/17 zavádí koordinaci postupů při zadávání zakázek ve zvláštních odvětvích, tedy v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb. Zrušila a nahradila směrnici Rady 93/38/EHS ze dne 14. června 1993 o koordinaci postupů při zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a telekomunikací (Úř. věst. L 199, s. 84; Zvl. vyd. 06/02, s. 194), která se týkala téhož.

4 Zvláštnost odvětví zahrnutých směrnicí 2004/17 je zdůrazněna ve třetím bodě jejího odůvodnění, který uvádí, že důvodem nezbytnosti koordinace v těchto odvětvích je uzavřený charakter trhů, na kterých dotyční zadavatelé působí, způsobený udělováním zvláštních nebo výlučných práv členskými státy na dodávky, obstarávání nebo využívání sítí pro poskytování dotčených služeb.

5 Článek 2 odst. 1 písm. a) druhý pododstavec směrnice 2004/17 a čl. 1 odst. 9 druhý pododstavec směrnice 2004/18 stanoví, že „veřejným zadavatelem" se rozumí mimo jiné „veřejnoprávní subjekty", tedy:

„[…] jakýkoli subjekt:

– založený nebo zřízený za zvláštním účelem uspokojování potřeb obecného zájmu, který nemá průmyslovou nebo obchodní povahu,

– který má právní subjektivitu a

– je financován převážně státem, regionálními nebo místními orgány nebo jinými veřejnoprávními subjekty; nebo je těmito orgány řízen; nebo je v jeho správním, řídícím nebo dozorčím orgánu více než polovina členů jmenována státem, regionálními nebo místními orgány nebo jinými veřejnoprávními subjekty".

6 Podle čl. 2 odst. 1 písm. b) směrnice 2004/17:

„Pro účely této směrnice se rozumí:

[…]

b) ‚veřejným podnikem' jakýkoli podnik, ve kterém veřejní zadavatelé mohou vykonávat přímo nebo nepřímo dominantní vliv na základě jejich vlastnictví podniku, majetkové účasti v něm nebo předpisů, kterými je upraven."

7 Článek 2 odst. 2 uvedené směrnice stanoví:

„Tato směrnice se vztahuje na zadavatele, kteří:

a) jsou veřejnými zadavateli nebo veřejnými podniky a vykonávají některou z činností uvedených v článcích 3 až 7;

b) pokud nejsou veřejnými zadavateli nebo veřejnými podniky, vykonávají jako jednu ze svých činností kteroukoli z těch, které jsou uvedeny v článcích 3 až 7, nebo více těchto činností a působí na základě zvláštních nebo výlučných práv udělených příslušným orgánem členského státu."

8 V článcích 3 až 7 směrnice 2004/17 jsou uvedena odvětví činností, na která se uvedená směrnice vztahuje. Těmito odvětvími jsou plyn, teplo a elektřina (článek 3), voda (článek 4), doprava (článek 5), poštovní služby (článek 6) a průzkum nebo těžba ropy, zemního plynu, uhlí nebo jiných pevných paliv, jakož i přístavy a letiště (článek 7).

9 Článek 3 odst. 1 uvedené směrnice stanoví:

„Co se týče plynu a tepla, vztahuje se tato směrnice na tyto činnosti:

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

b) dodávky plynu nebo tepla do takových sítí.“

10 Článek 9 téže směrnice zní takto:

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

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

2. Pokud je jedna z činností, pro které je zakázka zamýšlena, předmětem této směrnice a další je předmětem výše zmíněné směrnice 2000/18/ES a pokud je objektivně nemožné určit, pro kterou činnost je zakázka především zamýšlena, zadává se zakázka v souladu se směrnicí 2000/18/ES.

[…]“

11 Článek 20 odst. 1 téže směrnice pod názvem „Zakázky zadávané za jiným účelem než vykonávání uvedených činností nebo za účelem vykonávání takové činnosti ve třetí zemi“ stanoví:

„Tato směrnice se nevztahuje na zakázky, které zadavatelé zadávají za jiným účelem, než je vykonávání jejich činností uvedených v článcích 3 až 7, nebo za účelem vykonávání takových činností ve třetí zemi za podmínek, které nezahrnují fyzické využívání sítě nebo geografické oblasti v rámci Společenství.“

12 Konečně článek 30 směrnice 2004/17 pod názvem „Postup pro stanovení, zda je daná činnost přímo vystavena hospodářské soutěži“ stanoví:

„1. Zakázky určené pro umožnění výkonu činnosti uvedené v článcích 3 až 7 se neřídí touto směrnicí, pokud je v členském státě, ve kterém má být činnost vykonávána, přímo vystavena hospodářské soutěži na trzích, na které není omezen přístup.

2. Pro účely odstavce 1 se otázka, zda je činnost přímo vystavena hospodářské soutěži, rozhoduje na základě kritérií, která jsou v souladu s ustanoveními Smlouvy o hospodářské soutěži, jakými jsou vlastnosti dotčených výrobků nebo služeb, existence alternativních výrobků nebo služeb, ceny a skutečná nebo potenciální přítomnost více než jednoho dodavatele daných výrobků nebo služeb.

[…]“

13 V hlavě II kapitole II oddílu 3 směrnice 2004/18 jsou vyjmenovány zakázky, na které se uvedená směrnice nevztahuje. Jsou mezi nimi uvedeny zakázky v odvětví vodního hospodářství, energetiky a dopravy a poštovních služeb. Článek 12 ohledně uvedených zakázek stanoví:

„Tato směrnice se nevztahuje na veřejné zakázky, jež jsou podle směrnice 2004/17/ES zadávány veřejnými zadavateli, kteří vykonávají jednu nebo více činností uvedených v článcích 3 až 7 uvedené směrnice, a jež jsou zadávány pro výkon těchto činností […]

[…]“

14 Provedení výše uvedené právní úpravy Společenství do rakouského práva je zajištěno spolkovým zákonem o zadávání veřejných zakázek (Bundesvergabegesetz) z roku 2006.

Spor v původním řízení a předběžné otázky

15 Fernwärme Wien GmbH je společnost založená dne 22. ledna 1969 za účelem zajišťování dodávání tepla do bytů, veřejných zařízení, kanceláří a podniků na území města Vídně. Za tímto účelem využívá energii vznikající spalováním odpadů místo energie z neobnovitelných zdrojů.

16 Fernwärme Wien, jež má právní subjektivitu, je zcela ve vlastnictví města Vídně, které jmenuje a odvolává členy správní rady, jakož i členy dozorčí rady podniku a schvaluje jejich činnost. Krom toho je město prostřednictvím Kontrollamt der Stadt Wien (kontrolní úřad města Vídně) oprávněno kontrolovat hospodářskou a finanční správu tohoto podniku.

17 Současně s činností v oblasti dodávek tepla se Fernwärme Wien zabývá rovněž činností všeobecného plánování chladicích zařízení pro velké projekty v oblasti nemovitostí. Tuto činnost vykonává na úrovni hospodářské soutěže s dalšími subjekty.

18 Fernwärme Wien dne 1. března 2006 vypsala veřejnou soutěž na výstavbu chladicího zařízení pro budoucí administrativní a obchodní centrum ve Vídni a stanovila, že na předmětnou zakázku se nepoužijí rakouské právní předpisy o veřejných zakázkách. Společnost Ing. Aigner se řízení účastnila a podala nabídku. Poté, co byla dne 18. května 2006 informována, že její nabídka nebude nadále vzhledem k negativním referencím posuzována, Ing. Aigner napadla uvedené rozhodnutí před předkládajícím soudem a tvrdila, že mají být uplatněna pravidla Společenství v oblasti veřejných zakázek.

19 Předkládající soud poznamenává, že činnost Fernwärme Wien týkající se provozování pevné sítě určené k dodávání tepla nepochybně spadá do působnosti směrnice 2004/17. Naproti tomu její činnosti týkající se chladicích zařízení do působnosti uvedené směrnice nespadají. Předkládající soud se tedy táže, zda posledně uvedené činnosti rovněž spadají pod ustanovení uvedené směrnice na základě, *mutatis mutandis,* zásad stanovených v rozsudku Soudního dvora ze dne 15. ledna 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria a další (C-44/96, Recueil, s. I-73, zejména body 25 a 26), tedy přístupu v právní nauce běžně nazývaného „teorie nákazy". Podle výkladu uvedeného rozsudku provedeného předkládajícím soudem, spadá-li jedna z činností subjektu do působnosti směrnic o zadávání veřejných zakázek, podléhají všechny jeho ostatní činnosti také směrnicím o zadávání veřejných zakázek nezávisle na tom, zda jsou, či nejsou tyto činnosti průmyslové nebo obchodní povahy.

20 Za předpokladu, že se výše uvedený rozsudek Mannesmann Anlagenbau Austria a další týká pouze veřejných zadavatelů, a konkrétněji pojmu „veřejnoprávní subjekt", v tom smyslu, že uspokojuje-li subjekt potřeby obecného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, musí být považován za „veřejnoprávní subjekt" ve smyslu pravidel Společenství bez ohledu na to, zda současně vykonává další činnosti, které mají průmyslovou či obchodní povahu, táže se předkládající soud zda je Fernwärme Wien veřejnoprávním subjektem, tedy veřejným zadavatelem ve smyslu směrnice 2004/17 či směrnice 2004/18.

21 Předkládající soud se nakonec táže, zda lze v případě, že subjekt vykonává činnosti, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, a současně činnosti podléhající hospodářské soutěži, odlišit posledně uvedené činnosti a nezahrnout je do působnosti pravidel Společenství v oblasti veřejných zakázek, pokud je možné oba druhy činnosti oddělit, a tudíž mezi nimi neexistují hospodářské interference. Předkládající soud v tomto ohledu odkazuje na bod 68 stanoviska generálního advokáta Jacobse ze dne 21. dubna 2005 ve věci, v níž bylo z důvodu zpětvzetí žádosti o rozhodnutí

o předběžné otázce vydáno usnesení ze dne 23. března 2006, Impresa Portuale di Cagliari (C-174/03), kde se navrhuje zmírnit v tomto smyslu zásadu stanovenou ve výše uvedeném rozsudku Mannesmann Anlagenbau Austria a další.

22 S přihlédnutím k těmto úvahám se Vergabekontrollsenat des Landes Wien rozhodl přerušit řízení a položit Soudnímu dvoru následující předběžné otázky:

„1) Je třeba směrnici 2004/17 […] vykládat tak, že zadavatel, který vykonává činnost spadající do odvětví uvedených v článku 3 této směrnice, spadá do působnosti této směrnice i co se týče další činnosti vykonávané současně v rámci hospodářské soutěže?

2) Pro případ, že by výše uvedené platilo pouze pro veřejné zadavatele: je třeba podnik jako [Fernwärme Wien] kvalifikovat jako veřejnoprávní subjekt ve smyslu směrnice 2004/17 nebo směrnice 2004/18 […], poskytuje-li dodávky tepla v určité oblasti bez existence skutečné hospodářské soutěže, nebo je nutné vycházet z trhu s teplem k vytápění, který zahrnuje také zdroje energií jako jsou plyn, ropa, uhlí atd.?

3) Je třeba činnost prováděnou v rámci hospodářské soutěže společností, která vykonává také činnost, jež nemá průmyslovou či obchodní povahu, zahrnout do působnosti směrnice 2004/17 nebo směrnice 2004/18, jestliže lze účinnými opatřeními, jako jsou bilančně a účetně oddělené evidence dokladů, vyloučit křížové financování činností vykonávaných v rámci hospodářské soutěže?“

K předběžným otázkám

K první otázce

23 Touto otázkou se předkládající soud táže, zda zadavatel ve smyslu směrnice 2004/17, který vykonává činnosti spadající do odvětví vyjmenovaných v článcích 3 až 7 uvedené směrnice, musí uplatnit postup stanovený uvedenou směrnicí pro zadávání zakázek ve vztahu k činnostem, které tento subjekt vykovává současně, za podmínek hospodářské soutěže, v odvětvích nezahrnutých výše uvedenými ustanoveními.

24 Pro účely odpovědi na tuto otázku je třeba uvést, že směrnice 2004/17 a 2004/18 vzájemně vykazují zjevné odlišnosti jak ohledně subjektů dotčených jimi stanovenými pravidly, tak ohledně povahy a působnosti této právní úpravy.

25 Zaprvé, ohledně subjektů, na které se vztahuje právní úprava uvedených směrnic, je třeba konstatovat, že na rozdíl od směrnice 2004/18, jež se ve smyslu svého čl. 1 odst. 9 prvního pododstavce vztahuje na „veřejné zadavatele“, subjekty podléhající směrnici 2004/17 jsou v jejím článku 2 nazvány „zadavatelé“. Z téhož čl. 2 odst. 2 písm. a) a b) vyplývá, že posledně uvedená směrnice se vztahuje nejen na zadavatele, kteří jsou „veřejnými zadavateli“, ale rovněž na zadavatele, kteří jsou „veřejnými podniky“ či podniky, které působí na základě „zvláštních nebo výlučných práv udělených příslušným orgánem členského státu“, v rozsahu, v jakém všechny tyto subjekty vykonávají některou z činností uvedených v článcích 3 až 7 dané směrnice.

26 Zadruhé, z článků 2 až 7 směrnice 2004/17 vyplývá, že koordinace prováděná uvedenou směrnicí se nevztahuje na všechna odvětví hospodářské činnosti, ale týká se přesně vymezených odvětví, o čemž svědčí mimo jiné skutečnost, že tato směrnice je běžně nazývána „odvětvová směrnice“. Naproti tomu působnost směrnice 2004/18 zahrnuje téměř všechna odvětví hospodářského života, což odůvodňuje její běžné pojmenování „obecná směrnice“.

27 Za těchto okolností je třeba již nyní konstatovat, že všeobecný dosah směrnice 2004/18 a omezený dosah směrnice 2004/17 vyžadují, aby ustanovení posledně uvedené směrnice byla vykládána restriktivně.

28 Hranice mezi působnostmi obou směrnic jsou rovněž vyznačeny explicitními ustanoveními. Článek 20 odst. 1 směrnice 2004/17 stanoví, že uvedená směrnice se nevztahuje na zakázky, které zadavatelé zadávají za jiným účelem, než je vykonávání jejich činností uvedených v článcích 3 až 7 téže směrnice. Zrcadlovým ustanovením tohoto ustanovení ve směrnici 2004/18 je první pododstavec článku 12, který stanoví, že tato směrnice se nevztahuje na veřejné zakázky, jež jsou zadávány veřejnými zadavateli, kteří vykonávají jednu nebo více činností uvedených v článcích 3 až 7 směrnice 2004/17, a jež jsou zadávány pro výkon těchto činností.

29 Působnost směrnice 2004/17 je tedy přísně ohraničena, což neumožňuje rozšířit postupy v ní stanovené nad rámec působnosti směrnice.

30 V důsledku toho výše uvedená ustanovení neumožňují v rámci směrnice 2004/17 uplatnit přístup zvaný „teorie nákazy“, rozvinutý po vydání výše uvedeného rozsudku

Mannesmann Anlagenbau Austria a další. Uvedený rozsudek byl vydán Soudním dvorem v rámci směrnice Rady 93/37/EHS ze dne 14. června 1993 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce (Úř. věst. L 199, s. 54; Zvl. vyd. 06/02, s. 163), tedy v oblasti, která v současnosti spadá do působnosti směrnice 2004/18.

31 Proto, jak správně poznamenaly zejména rakouská, maďarská a finská vláda, jakož i Komise Evropských společenství, spadají do působnosti směrnice 2004/17 pouze zakázky, které subjekt v postavení „zadavatele" ve smyslu uvedené směrnice zadává ve vztahu k činnostem v odvětvích uvedených v článcích 3 až 7 uvedené směrnice, a za účelem výkonu těchto činností.

32 To je krom toho závěr vyplývající rovněž z rozsudku ze dne 16. června 2005, Strabag a Kostmann (C-462/03 a C-463/03, Sb. rozh. s. I-5397, bod 37). V uvedeném rozsudku Soudní dvůr rozhodl, že pokud se zakázka netýká výkonu některé z činností upravených v odvětvové směrnici, bude se podle konkrétního případu řídit pravidly stanovenými směrnicemi o zadávání zakázek na služby, na stavební práce nebo dodávky.

33 S ohledem na výše uvedené úvahy je třeba odpovědět na první položenou otázku tak, že zadavatel ve smyslu směrnice 2004/17 je povinen uplatnit postup stanovený uvedenou směrnicí pouze na zadávání zakázek souvisejících s činnostmi, které tento subjekt vykonává v jednom či více odvětvích uvedených v článcích 3 až 7 uvedené směrnice.

Ke druhé otázce

34 Svou druhou otázkou se předkládající soud táže, zda subjekt, jako je Fernwärme Wien, musí být považován za veřejnoprávní subjekt ve smyslu směrnice 2004/17 nebo směrnice 2004/18.

35 V tomto ohledu je třeba připomenout, že, jak vyplývá z bodu 5 tohoto rozsudku, ustanovení čl. 2 odst. 1 písm. a) druhého pododstavce směrnice 2004/17 a čl. 1 odst. 9 druhého pododstavce směrnice 2004/18 obsahují totožnou definici pojmu „veřejnoprávní subjekt“.

36 Z uvedených ustanovení vyplývá, že „veřejnoprávním subjektem“ se rozumí jakýkoli subjekt, který je zaprvé založený nebo zřízený za zvláštním účelem uspokojování potřeb obecného zájmu, který nemá průmyslovou nebo obchodní povahu, zadruhé má právní subjektivitu a zatřetí je financován převážně státem, regionálními nebo místními orgány nebo jinými veřejnoprávními subjekty nebo je těmito orgány řízen nebo je v jeho správním, řídícím nebo dozorčím orgánu více než polovina členů jmenována státem, regionálními nebo místními orgány nebo jinými veřejnoprávními subjekty. Podle judikatury Soudního dvora mají tyto tři podmínky kumulativní povahu (rozsudek ze dne 1. února 2001, Komise v. Francie, C-237/99, Recueil, s. I-939, bod 40 a citovaná judikatura).

37 Krom toho s ohledem na cíl směrnic Společenství v oblasti zadávání veřejných zakázek, kterým je mimo jiné vyloučit možnost, že subjekt financovaný nebo řízený státem, regionálními nebo místními orgány nebo jinými veřejnoprávními subjekty se nechá vést jinými než hospodářskými úvahami, musí být pojem „veřejnoprávní subjekt“ vykládán funkčně (viz v tomto smyslu rozsudek ze dne 13. prosince 2007, Bayerischer Rundfunk a další, C-337/06, Sb. rozh. s. I-11173, body 36 a 37, jakož i citovaná judikatura).

38 V projednávané věci je nesporné, že obě poslední kritéria stanovená právní úpravou uvedenou v bodě 36 tohoto rozsudku jsou splněna, neboť Fernwärme Wien má právní subjektivitu a její kapitál je zcela ve vlastnictví města Vídně, které kontroluje její hospodářskou a finanční správu. Je tedy třeba přezkoumat, zda byl tento subjekt zřízen za zvláštním účelem uspokojování potřeb obecného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu.

39 Pokud jde zaprvé o účel zřízení dotčeného subjektu a povahu uspokojovaných potřeb, je třeba konstatovat, že jak vyplývá z písemností předložených Soudnímu dvoru, Fernwärme Wien byla založena za zvláštním účelem zajišťovat na území města Vídně dodávání tepla do bytů, veřejných budov, kanceláří a podniků prostřednictvím využití energie vznikající spalováním odpadů. V průběhu jednání před Soudním dvorem bylo uvedeno, že v současnosti tento systém dodávek tepla obsluhuje přibližně 250 000 bytů, řadu kanceláří a průmyslových zařízení, jakož i prakticky všechny veřejné budovy. Zajišťovat dodávky tepla pro městskou aglomeraci prostřednictvím postupu šetrného k životnímu prostředí představuje cíl, který je nepochybně v obecném zájmu. Nelze tedy zpochybnit, že Fernwärme Wien byla zřízena za zvláštním účelem uspokojování potřeb obecného zájmu.

40 Je v tomto ohledu lhostejné, že uvedené potřeby jsou nebo by mohly být uspokojovány rovněž soukromými podniky. Podstatné je, že se jedná o potřeby, které se stát či regionální nebo místní orgány z důvodu obecného zájmu obvykle rozhodne uspokojovat sám nebo nad kterými si zamýšlí ponechat určitý rozhodující vliv (viz v tomto smyslu rozsudky ze dne 10. listopadu 1998, BFI Holding, C-360/96, Recueil, s. I-6821, body 44, 47, 51 a 53, jakož i ze dne 10. května 2001, Agorà a Excelsior, C-223/99 a C-260/99, Recueil, s. I-3605, body 37, 38 a 41).

41 Zadruhé pro účely ověření, zda potřeby uspokojované subjektem dotčeným v původním řízení mají jinou než průmyslovou či obchodní povahu, je třeba zohlednit všechny relevantní právní a skutkové okolnosti, jako například okolnosti zřízení dotčeného subjektu a podmínky, za kterých vykonává svou činnosti. V tomto ohledu je třeba zejména ověřit, zda dotčený subjekt vykonává svoji činnost v podmínkách hospodářské soutěže (viz rozsudek ze dne 22. května 2003, Korhonen a další, C-18/01, Recueil, s. I-5321, body 48 a 49, jakož i citovaná judikatura).

42 Jak bylo uvedeno v bodě 39 tohoto rozsudku, Fernwärme Wien byla založena za zvláštním účelem zajišťovat dodávání tepla na území města Vídně. Je nesporné, že

hlavním důvodem zřízení tohoto subjektu nebyla snaha dosáhnout zisku. Ačkoli není vyloučeno, že by tato činnost mohla vytvářet zisk rozdělovaný akcionářům daného subjektu ve formě dividend, dosahování takových zisků není jeho hlavním cílem (viz v tomto smyslu výše uvedený rozsudek Korhonen a další, bod 54).

43 Pokud jde dále o relevantní hospodářské prostředí, nebo jinými slovy referenční trh, který je třeba zohlednit za účelem ověření, zda dotčený subjekt vykonává svoji činnost v podmínkách hospodářské soutěže, či nikoli, je třeba zohlednit, jak navrhuje generální advokát v bodech 53 a 54 svého stanoviska, s ohledem na funkční výklad pojmu „veřejnoprávní subjekt“, odvětví, pro které byla Fernwärme Wien založena, tedy poskytování dodávek tepla prostřednictvím využití energie vznikající spalováním odpadů.

44 Z předkládacího rozhodnutí vyplývá, že Fernwärme Wien má v uvedeném odvětví faktický monopol, neboť ostatní dvě společnosti, jež v daném odvětví působí, mají zanedbatelnou velikost, a tudíž nemohou být skutečnými konkurenty. Krom toho dané odvětví vykazuje značnou autonomii, neboť systém poskytování dodávek tepla lze pouze velmi těžko nahradit jinými energiemi, protože by to vyžadovalo významné transformační práce. Konečně město Vídeň přikládá tomuto systému dodávek tepla zvláštní význam, rovněž z důvodu týkajících se životního prostředí. S ohledem na tlak veřejného mínění by tudíž město Vídeň nepovolilo jeho zrušení, i kdyby systém měl být ztrátový.

45 S ohledem na tyto různé údaje uvedené předkládajícím soudem, a jak poznamenal generální advokát v bodě 57 svého stanoviska, je Fernwärme Wien v současnosti jediným podnikem schopným uspokojovat takové potřeby obecného zájmu v daném odvětví a její jednání při zadávání veřejných zakázek tedy může být vedeno jinými úvahami než hospodářskými.

46 Ve výše uvedených rozsudcích BFI Holding (bod 49) a Agorà a Excelsior (bod 38) uvedl Soudní dvůr, že existence rozvinuté hospodářské soutěže může svědčit pro skutečnost, že se nejedná o potřebu obecného zájmu, která nemá průmyslovou či obchodní povahu. Za okolností věci v původním řízení jasně vyplývá z žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce, že toto kritérium existence rozvinuté hospodářské soutěže není ani zdaleka splněno.

47 Je třeba dodat, že v tomto ohledu je lhostejné, že kromě své úlohy v obecném zájmu vykonává uvedený subjekt rovněž další činnosti za účelem dosažení zisku, pokud nadále uspokojuje potřeby obecného zájmu, což je jeho zvláštní povinností. Podíl činností vykonávaných za účelem dosažení zisku v rámci všech činností daného subjektu je pro účely jeho kvalifikace jako veřejnoprávního subjektu rovněž irelevantní (viz v tomto smyslu výše uvedený rozsudek Mannesmann Anlagenbau Austria a další, bod 25; rozsudek ze dne 27. února 2003, Adolf Truley, C-373/00, Recueil, s. I-1931, bod 56; jakož i výše uvedený rozsudek Korhonen a další, body 57 a 58).

48 S ohledem na výše uvedené úvahy je třeba na druhou otázku odpovědět tak, že subjekt, jako je Fernwärme Wien GmbH, musí být považován za veřejnoprávní subjekt ve smyslu čl. 2 odst. 1 písm. a) druhého pododstavce směrnice 2004/17 a čl. 1 odst. 9 druhého pododstavce směrnice 2004/18.

Ke třetí otázce

49 Třetí otázkou se předkládající soud táže, zda všechny zakázky zadávané subjektem v postavení veřejnoprávního subjektu ve smyslu směrnice 2004/17 nebo směrnice

2004/18 musejí podléhat pravidlům první nebo druhé z uvedených směrnic, jestliže lze účinnými opatřeními dosáhnout jasného oddělení činností, které tento subjekt vykonává za účelem splnění svého úkolu uspokojovat potřeby obecného zájmu, a činností, které vykonává v podmínkách hospodářské soutěže, s vyloučením křížového financování mezi oběma druhy činnosti.

50 V tomto ohledu je třeba připomenout, že problém, kterého se týká tato otázka, byl poprvé předmětem přezkumu Soudního dvora ve věci, v níž byl vydán výše uvedený rozsudek Mannesmann Anlagenbau Austria a další, týkající se výkladu směrnice 93/37 o zadávání veřejných zakázek na stavební práce. Soudní dvůr dospěl v bodě 35 uvedeného rozsudku k závěru, že veškeré zakázky zadávané subjektem, který má postavení veřejného zadavatele, musejí podléhat pravidlům uvedené směrnice bez ohledu na svou povahu.

51 Soudní dvůr tento závěr znovu zopakoval ohledně veřejných zakázek na služby ve výše uvedených rozsudcích BFI Holding (body 55 a 56) a Korhonen a další (body 57 a 58), jakož i, ohledně veřejných zakázek na dodávky, ve výše uvedeném rozsudku Adolf Truley (bod 56). Tento závěr se vztahuje rovněž na směrnici 2004/18, která je přepracováním ustanovení všech předcházejících směrnic v oblasti zadávání veřejných zakázek, které nahradila (viz v tomto smyslu výše uvedený rozsudek Bayerischer Rundfunk a další, bod 30).

52 Uvedený závěr platí rovněž v případě subjektů, které vedou účetnictví s cílem jasného interního oddělení činností vykonávaných za účelem splnění svého úkolu uspokojovat potřeby obecného zájmu a činností vykonávaných v podmínkách hospodářské soutěže.

53 Jak totiž zdůraznil generální advokát v bodech 64 a 65 svého stanoviska, lze vážně pochybovat o skutečné možnosti provést takové oddělení jednotlivých činností

subjektu, který je jedinou právnickou osobu, jehož majetkový režim a vlastnictví jsou jednotné a jehož rozhodnutí o řízení a správě jsou přijímána jednotně, a to i pokud odhlédneme od řady dalších překážek praktického rázu týkajících se kontroly, *ex ante* a *ex post*, úplného oddělení jednotlivých oblastí činností dotčeného subjektu a příslušnosti dotčené činnosti do té či oné oblasti.

54 Vzhledem k důvodům právní jistoty, transparence a předvídatelnosti, jimž podléhá provádění postupů pro všechny veřejné zakázky, je třeba se držet judikatury Soudního dvora uvedené v bodech 50 a 51 tohoto rozsudku.

55 Nicméně, jak vyplývá z bodu 49 tohoto rozsudku, otázka předkládajícího soudu se týká zároveň směrnice 2004/17 a směrnice 2004/18.

56 V tomto ohledu je třeba uvést, že v rámci přezkumu druhé předběžné otázky bylo konstatováno, že subjekt, jako je Fernwärme Wien, musí být považován za veřejnoprávní subjekt ve smyslu směrnice 2004/17 a směrnice 2004/18. Krom toho při přezkumu první předběžné otázky Soudní dvůr dospěl k závěru, že zadavatel ve smyslu směrnice 2004/17 je povinen uplatnit postup stanovený uvedenou směrnicí pouze na zadávání zakázek souvisejících s činnostmi, které tento subjekt vykonává v jednom či více odvětvích uvedených v článcích 3 až 7 uvedené směrnice.

57 Je třeba upřesnit, že podle judikatury Soudního dvora do působnosti směrnice 2004/17 spadají zakázky zadávané v rámci některé z činností výslovně uvedených v článcích 3 až 7 uvedené směrnice, jakož i zakázky, které ačkoli mají odlišnou povahu, a mohly by tedy běžně spadat do působnosti směrnice 2004/18, slouží

k výkonu činností vymezených ve směrnici 2004/17 (viz v tomto smyslu výše uvedený rozsudek Strabag a Kostmann, body 41 a 42).

58 V důsledku toho se zakázky zadávané subjektem, jako je Fernwärme Wien, řídí postupy stanovenými směrnicí 2004/17 v rozsahu, v jakém jsou spojeny s činností, kterou tento subjekt vykonává v odvětvích uvedených v článcích 3 až 7 uvedené směrnice. Naproti tomu se všechny ostatní zakázky zadávané daným subjektem v souvislosti s výkonem jiných činností řídí postupy stanovenými směrnicí 2004/18.

59 Na třetí otázku je tedy třeba odpovědět tak, že zakázky zadávané subjektem v postavení veřejnoprávního subjektu ve smyslu směrnice 2004/17 a směrnice 2004/18, které jsou spojeny s výkonem činnosti tohoto subjektu v jednom či více odvětvích uvedených v článcích 3 až 7 směrnice 2004/17, se musejí řídit postupy stanovenými uvedenou směrnicí. Naproti tomu všechny ostatní zakázky zadávané tímto subjektem v souvislosti s výkonem jiných činností se řídí postupy stanovenými směrnicí 2004/18. Každá z těchto směrnic se uplatní bez rozlišení mezi činnostmi, které tento subjekt vykonává za účelem splnění svého úkolu uspokojovat potřeby obecného zájmu, a činnostmi, které vykonává v podmínkách hospodářské soutěže, a to i pokud je vedeno účetnictví s cílem zajistit oddělení odvětví činností dotčeného subjektu za účelem zabránění křížovému financování mezi uvedenými odvětvími.

K nákladům řízení

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

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

1) **Zadavatel ve smyslu 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 je povinen uplatnit postup stanovený uvedenou směrnicí pouze na zadávání zakázek souvisejících s činnostmi, které tento subjekt vykonává v jednom či více odvětvích uvedených v článcích 3 až 7 uvedené směrnice.**

2) **Subjekt, jako je Fernwärme Wien GmbH, musí být považován za veřejnoprávní subjekt ve smyslu čl. 2 odst. 1 písm. a) druhého pododstavce směrnice 2004/17 a čl. 1 odst. 9 druhého pododstavce 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.**

3) **Zakázky zadávané subjektem v postavení veřejnoprávního subjektu ve smyslu směrnice 2004/17 a směrnice 2004/18, které jsou spojeny s výkonem činnosti tohoto subjektu v jednom či více odvětvích uvedených v článcích 3 až 7 směrnice 2004/17, se musejí řídit postupy stanovenými uvedenou směrnicí. Naproti tomu všechny ostatní zakázky zadávané tímto subjektem v souvislosti s výkonem jiných činností se řídí postupy stanovenými směrnicí 2004/18. Každá z těchto směrnic se uplatní bez rozlišení mezi činnostmi, které tento subjekt vykonává za účelem splnění svého úkolu uspokojovat potřeby obecného zájmu, a činností, které vykonává v podmínkách hospodářské soutěže, a to i pokud je vedeno účetnictví s cílem zajistit oddělení odvětví činností dotčeného subjektu za účelem zabránění křížovému financování mezi uvedenými odvětvími.**

Podpisy.