

STANOVISKO GENERÁLNÍ ADVOKÁTKY

JULIANE KOKOTT

přednesené dne 1. března 2005¹

I – Úvod

1. Jednou z klíčových otázek v právu veřejných zakázek je rozlišení toho, kdy je nutno na veřejnou zakázku provést nabídkové řízení, a kdy nikoliv. Zvláště aktuální je v této souvislosti otázka rozlišování mezi zadáváním zakázek cizím subjektům a takzvanou interní transakcí v rámci jednoho subjektu, označovanou také jako „interní transakce“.

2. *Interní transakce v užším smyslu* jsou postupy, při nichž veřejnoprávní subjekt zadá zakázku některému ze svých organizačních útvarů bez vlastní právní subjektivity. V *širším smyslu* mohou být ale k interním transakcím počítány i určité situace, ve kterých zadavatel uzavírá smlouvy s jím kontrolovanými společnostmi majícími vlastní právní subjektivitu. Zatímco interní transakce v užším smyslu nejsou od samého počátku z hlediska veřejných zakázek rele-

vantní, neboť se jedná o čistě interní správní postupy², u interních transakcí v širším smyslu (někdy také nazývaných quasi interní transakce³) vyvstává pravidelně otázka, zda pro ně platí povinnost vyhlásit nabídkové řízení, nebo ne. Touto problematikou se Soudní dvůr opětovně⁴ zabývá v projednávaném případě.

3. Město Brixen pověřilo bez předchozího zadávacího řízení provozováním dvou place- ných veřejných parkovišť svou dceřinou společností Stadtwerke Brixen AG. Proti tomu se ohradila soukromá společnost Parking Brixen GmbH. Italský soud, Verwaltungsgericht Autonome Sektion für die Provinz Bozen (dále jen „předkládající soud“), předložil Soudnímu dvoru dvě předběžné otázky, jejichž podstatou je jednak rozlišení

2 – Rozsudek ze dne 18. listopadu 1999, Teckal (C-107/98, Recueil, s. I-8121, body 49 a 50), vztahující se ke směrnici Rady 93/36/EHS ze dne 14. června 1993 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na dodávky (Úř. věst. L 199, s. 1; Zvl. vyd. 06/02, s. 110, dále jen „směrnice 93/36“).

3 – Viz bod 49 stanoviska generální advokátky Štix-Hackl ze dne 23. září 2004 ve věci Stadt Halle (C-26/03, Sb. rozh. s. I-1).

4 – Viz především rozsudek Teckal (uvedený v poznámce pod čarou 2 výše). Teprve nedávno, dne 11. ledna 2005 byl vyhlášen rozsudek ve věci Stadt Halle a další (C-26/03, Sb. rozh. s. I-1). V současné době se ještě projednávají například věc Coname (C-231/03), Komise v. Rakousko (C-29/04) a věc Saba Italia (C-216/04).

1 – Původní jazyk: němčina.

mezi veřejnoprávními koncesemi na služby a veřejnými zakázkami na služby, a jednak rozlišení mezi externím zadáním, na které se vztahuje povinnost vyhlásit nabídkové řízení, a interní transakcí, na kterou se povinnost vyhlásit nabídkové řízení nevztahuje.

a) ‚veřejnými zakázkami na služby‘ se rozumí zakázky sjednané písemně úplatnou smlouvou mezi poskytovatelem služeb a zadavatelem, ...

b) ‚zadavatelí‘ (dále jen ‚zadavatel‘) jsou stát, regionální nebo místní orgány, veřejnoprávní subjekty, sdružení tvořená jedním nebo více takovými orgány či veřejnoprávními subjekty.

II – Právní rámec

A – Právo Společenství

[...]

4. Právní rámec úpravy Společenství tvoří v projednávaném případě jednak směrnice Rady 92/50/EHS ze dne 18. června 1992 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek⁵ (dále jen „směrnice 92/50“), a jednak články 43 ES, 49 ES a čl. 86 odst. 1 ES.

5. V článku 1 písm. a) a b) směrnice 92/50 se uvádí:

6. V článku 43 ES je zakotvena svoboda usazování, v článku 49 ES svoboda volného pohybu služeb. S ohledem na obě tyto svobody mají podle čl. 48 odst. 1 ES a článku 55 ES společnosti založené podle práva některého členského státu, které mají své sídlo, svou ústřední správu nebo hlavní provozovnu uvnitř Společenství, stejné postavení jako fyzické osoby, které jsou státními příslušníky členských států.

„Pro účely této směrnice:

7. Konečně první dva odstavce článku 86 ES uvádí následující:

5 – Směrnice Rady 92/50/EHS ze dne 18. června 1992 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek (Úř. věst. L 209, s. 1; Zvl. vyd. 06/01, s. 322). Tato směrnice byla zrušena a nahrazena 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 (Úř. věst. L 134, s. 114; Zvl. vyd. 06/07, s. 132, dále jen „směrnice 2004/18“). Z časového hlediska zůstává pro projednávaný případ použitelná směrnice 92/50.

„(1) Pokud jde o podniky veřejného práva a podniky, kterým členské státy přiznávají

zvláštní nebo výlučná práva, tyto státy nepřijmou ani neponechají v platnosti opatření odporující pravidlům této smlouvy, zejména pravidlům stanoveným v člancích 12 a 81 až 89.

jejich přeměnou a přejdou na ně veškerá aktiva a pasiva původních zvláštních podniků. Příslušný územní celek může podle tohoto ustanovení zůstat jediným akcionářem takovéto společnosti, nicméně ne déle než po dobu dvou let od přeměny.

- (2) Podniky pověřené poskytováním služeb obecného hospodářského zájmu nebo ty, které mají povahu fiskálního monopolu, podléhají pravidlům obsaženým v této smlouvě, zejména pravidlům hospodářské soutěže, pokud uplatnění těchto pravidel nebrání právně nebo fakticky plnění zvláštních úkolů, které jim byly svěřeny. Rozvoj obchodu nesmí být dotčen v míře, která by byla v rozporu se zájmem Společenství.“

9. Koordinovaný text zákona o organizaci a správě obcí autonomního regionu Trentino-Südtirol (dále jen „zákon o organizaci a správě obcí“) stanoví v článku 88 odst. 6 následující:

B – Vnitrostátní právo

8. Článek 115 odst. 1 Decreto legislativo⁶ prezidenta republiky č. 267 ze dne 18. srpna 2000 (dále jen „Decreto legislativo 267/2000“)⁷ dovoluje obcím a jiným územním celkům v Itálii přeměnit jednostranným právním úkonem jejich vlastní podniky (nazývané také zvláštní podniky) na akciové společnosti. Těmto společnostem budou zachována práva a povinnosti z doby před

„Obce upraví nařízením postupy a kritéria pro výběr níže uvedených organizačních forem veřejných služeb, které mají hospodářský a podnikatelský význam:

a) zřízení zvláštních podniků;

b) zřízení nebo účast na vhodných akciových společnostech nebo společnostech s ručením omezeným s převážně veřejnoprávním vlivem;

6 — Nařízení s mocí zákona.

7 — Decreto legislativo 267/2000 je označeno jako „Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali“ (jednotný text ustanovení o územních celcích) a byl zveřejněno v GURI č. 227 ze dne 28. září 2000, Běžný dodatek č. 162.

c) pověření k vykonávání veřejných služeb třetími osobami, přičemž pro jejich výběr budou stanovena vhodná výběrová řízení. [...]“⁸

souvislost s veřejnou obecní plovárnou, jejíž stavba a provozování byla již dříve v roce 2000 přenesena na Stadtwerke Brixen. Jak vyplynulo z jednání, nejsou ale tato parkovací místa využívána výlučně návštěvníky plovárny.

10. Kromě toho čl. 88 odst. 18 zákona o organizaci a správě obcí stanoví, že společnosti zřízené podle odstavce 6 – za splnění určitých v něm blíže stanovených předpokladů – mohou být místními územními celky, které na nich mají majetkovou účast kdykoli pověřeny plněním dalších veřejných služeb, které jsou slučitelné s cílem společnosti určeným.

12. Jak uvedl předkládající soud, tato parkoviště se nachází na dvou různých parcelách označených čísly 491/6 a 491/11.

III – Skutkový rámec

A – Skutkový stav a původní řízení

13. K parcele 491/11 vydalo město⁹ v prosinci 2001 společnosti Stadtwerke Brixen AG nadzemní a podzemní stavební povolení pro výstavbu parkovacích míst. Až do dokončení plánované podzemní garáže se tam nejdříve počítalo s provizorním nadzemním parkovištěm. K tomuto účelu byl areál (až do té doby fotbalové hřiště) provizorně zpevněn a přeměněn na parkoviště s kapacitou asi 200 parkovacích míst.

11. Město Brixen, ležící v italském autonomním regionu Trentino-Südtirol přeneslo v letech 2001 a 2002 – pokaždé bez předchozího zadávacího řízení – provozování dvou veřejných parkovišť na společnost Stadtwerke Brixen AG. Obě parkoviště mají

14. Za účelem získání dalšího parkovacího prostoru bylo v listopadu 2002 na dobu devíti let provozování sousedního nadzemního parkoviště na parcele 491/6 přene-

⁸ – Tento předpis vychází z článku 44 regionálního zákona č. 1 ze dne 4. ledna 1993 (Amtsblatt Autonome Region Trentino-Südtirol č. 3 ze dne 19. ledna 1993, Běžný dodatek č. 1), změněný článkem 10 regionálního zákona č. 10 ze dne 23. října 1998 (Amtsblatt Autonome Region Trentino-Südtirol č. 45 ze dne 27. října 1998, Dodatek č. 2).

⁹ – Usnesení obecní rady č. 118 ze dne 18. prosince 2001.

seno¹⁰ na společnost Stadtwerke Brixen AG. Do té doby bylo toto parkoviště, které má rovněž asi 200 parkovacích míst, více než deset let spravováno přímo městem Brixen.

parcele 491/11 nebyla žádná odpovídající dohoda uzavřena.

15. Za užívání posledně jmenovaného parkoviště ležícího na parcele 491/6 může společnost Stadtwerke Brixen AG na základě dohody uzavřené s městem Brixen dne 19. prosince 2002 vyžadovat od uživatelů úplatu. Společnost Stadtwerke Brixen AG se za to zavázala platit městu roční náhradu ve výši 151 700 EUR, která se v případě zvýšení parkovného poměrně zvyšuje¹¹. Kromě toho Stadtwerke Brixen AG nadále zaměstnala ty zaměstnance města Brixen, kteří provozovali toto parkoviště, dále se zavázala k řádné a mimořádné údržbě areálu a převzala veškeré ručení s tím spojené. Dále Stadtwerke Brixen AG souhlasila pokračovat v provozu půjčovny jízdních kol na parkovišti, kterou do té doby provozovalo město Brixen a nadále umožnit konání týdenních trhů.

17. Proti zadání provozování parkoviště společnosti Stadtwerke Brixen AG podala žalobu společnost Parking Brixen GmbH, která již na jiném místě v Brixenu provozuje parkovací garáže a má rovněž zájem o provozování obou těchto sporných parkovišť. Dne 17. ledna 2003 podala u předkládajícího soudu žalobu, ve které se domáhá zrušení právních aktů týkajících se zadání.

B – Doplnující údaje o společnosti Stadtwerke Brixen AG a o dřívějším vlastním podniku

16. Naproti tomu, jak uvedl předkládající soud, o užívání nadzemního parkoviště na

18. Společnost Stadtwerke Brixen AG je právní nástupkyní Stadtwerke Brixen, dřívějšího vlastního podniku (označován též jako zvláštní podnik) města Brixen. Tento vlastní podnik měl již od 1. ledna roku 1999 vlastní právní subjektivitu a také podnikatelskou nezávislost a byl v říjnu 2001 na základě článku 115 Decreto legislativo 267/2000 přeměněn¹² městem na akciovou společnost Stadtwerke Brixen AG.

10 — Usnesení obecní rady č. 107 ze dne 28. listopadu 2002.

11 — Podle předkládacího usnesení má zvýšení parkovného za následek zvýšení roční náhrady „ve výši 80 % ze zvýšené ceny parkovného“.

12 — Usnesení obecní rady č. 97 ze dne 25. října 2001.

19. Předmět činnosti Stadtwerke Brixen AG vyplývá z článku 4 jejích stanov; podle něj smí být činná v početných oblastech spadajících pod zajišťování životních potřeb v nejširším smyslu slova, především v oblasti zásobování vodou, kanalizací, zásobování teplem a energií, výstavby silnic, odklizení odpadu, osobní a nákladní dopravy stejně jako i v oblasti informatiky a telekomunikací, a to vždy na místní, vnitrostátní a mezinárodní úrovni. Také provoz parkovišť a garáží a s ním souvisejících činností patří k jejímu předmětu činnosti.

20. Jediným akcionářem Stadtwerke Brixen AG bylo v okamžiku převedení obou parkovišť a také potom město Brixen. Článek 5 odst. 2 stanov společnosti Stadtwerke Brixen AG stanoví, že podíl města Brixen na základním kapitálu společnosti nesmí v žádném případě klesnout pod absolutní většinu kmenových akcií.

21. Podle článku 17 svých stanov je Stadtwerke Brixen AG spravována správní radou, která se skládá ze tří až sedmi členů a je jmenována valnou hromadou, přičemž město Brixen¹³ smí v každém případě jmenovat většinu členů správní rady. Podle článku 18 stanov má správní rada oprávnění k řádné správě společnosti, toto ale podléhá vícero

omezením, a to zejména omezení uskutečňovat právní úkony jen do výše 5 000 000 EUR připadající na jeden právní úkon. Kromě toho je dozorčí rada podle článku 24 stanov tvořena třemi aktivními členy a dvěma náhradníky, z nichž město Brixen určí alespoň dva aktivní členy a jednoho náhradníka.

22. Dřívější zvláštní podnik Stadtwerke Brixen měl z věcného hlediska podobné úkoly jako současná Stadtwerke Brixen AG, nicméně tyto byly omezeny jen na území, které spadá do oblasti pravomoci města, a na spolupráci s ostatními podniky mimo toto území. Okruh jeho činnosti již zahrnoval provozování parkovišť a garáží, avšak nezahrnoval například ještě oblast informatiky a telekomunikací. Správní rada Stadtwerke Brixen byla tehdy volena obecní radou a ve své činnosti podléhala směrnicím přijatým obecní radou.

IV – Žádost o rozhodnutí o předběžné otázce a řízení před Soudním dvorem

23. Usnesením ze dne 23. července 2003 přerušil předkládající soud své řízení a položil Soudnímu dvoru dvě předběžné

13 — Jak bylo prokázáno při jednání je příslušnou obecní rada.

otázky. Těmito předběžnými otázkami, v jejichž úvodě poukazuje též na článek 43 a následující ES, článek 49 a následující ES a článek 86 ES, žádá o rozhodnutí,

společnost, která vznikla přeměnou vlastního podniku podle článku 115 nařízení s mocí zákona č. 267/2000, jejímž 100 % akcionářem je v době zadání samo město, jejíž správní rada ale disponuje rozsáhlými pravomocemi k její řádné správě, a to až do výše 5 000 000 EUR na jeden právní úkon.“

„1) zda se při zadání provozování předmětných placených veřejných parkovišť jedná o veřejnou zakázku na služby ve smyslu směrnice 92/50, nebo o veřejnoprávní koncesi na služby, na [kterou] se vztahují pravidla hospodářské soutěže ES, především povinnost rovného zacházení a transparentnosti;

24. Dopisem ze dne 16. prosince 2004 upozornila kancelář Soudního dvora účastníky řízení, že dne 11. ledna 2005 bude vyhlášen rozsudek ve věci Stadt Halle¹⁴ a že mají možnost dne 13. ledna 2005 při jednání v projednávaném případě zaujmout k tomuto rozsudku stanovisko.

2) zda – mělo-li by se skutečně jednat o koncesi na služby pro provozování veřejné místní služby – zadání provozování placených veřejných parkovišť, které je možno provést podle čl. 44 odst. 6 písm. b) regionálního zákona č. 1 ze dne 4. ledna 1993, změněného článkem 10 regionálního zákona č. 10 ze dne 23. ledna 1998 a podle čl. 88 odst. 6 písmen a) a b) zákona o organizaci a správě obcí bez provedení veřejného nabídkového řízení, je v souladu s právem Společenství, především se zásadami svobody volného pohybu služeb a svobody hospodářské soutěže, zákazu diskriminace a z toho vyplývající povinnosti rovného zacházení a transparentnosti a také proporcionality, jedná-li se o akciovou

25. V řízení před Soudním dvorem podala společnost Parking Brixen AG, společnost Stadtwerke Brixen AG, město Brixen, italská vláda, rakouská vláda a Komise písemná a ústní vyjádření. Kromě toho se při jednání vyjádřila nizozemská vláda.

V – Právní posouzení

26. Podstatou žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce je vysvětlení, zda a jaké

¹⁴ – Uvedený v poznámce pod čarou 4 výše.

požadavky stanoví právo Společenství pro transakce mezi zadavateli a jejich dceřinými společnostmi; toto je předmětem druhé otázky předkládajícího soudu. Nicméně předem je třeba v rámci první předběžné otázky objasnit, z kterých právních norem Společenství vůbec tyto požadavky vyplývají – ze směrnice 92/50 nebo ze všeobecných právních zásad obsažených ve Smlouvě o ES; za tímto účelem je nezbytné rozlišovat mezi veřejnými zakázkami na služby a koncesemi na služby.

A – K první otázce: rozlišení mezi veřejnou zakázkou na služby a koncesí na služby

27. Podstatou první předběžné otázky předkládajícího soudu je, zda se jedná o veřejnou zakázku na služby ve smyslu směrnice 92/50, a nebo o koncesi na služby, když zadavatel pověří podnik provozováním veřejného parkoviště, tento podnik smí za používání parkoviště vybírat úplatu a za to se zaváže platit městu roční náhradu.

28. K zodpovězení této otázky ještě vůbec nezáleží na v úvodu zmíněném rozlišování mezi zadáním zakázky cizím subjektům, pro které je nutné nabídkové řízení, a interní

transakcí¹⁵, pro kterou povinnost nabídkového řízení neexistuje. Na tomto místě je dostatečné zkoumat, zda samotný předmět transakce, tak jak byla uskutečněna mezi městem Brixen a Stadtwerke Brixen AG, může vůbec podléhat směrnici 92/50. Bylo by tomu tak v případě, když by se v případě této transakce jednalo o veřejnou *zakázku na službu*, nebylo by tomu tak, když by byla udělena *koncese na služby*. Neboť podle judikatury Soudního dvora, která byla vytvořena nejdříve pro takzvanou odvětvovou směrnici 93/38¹⁶ a později přenesena na oblast směrnice 92/50 upravující zadávání veřejných zakázek na služby, nejsou těmito koncesemi *úplatné písemné smlouvy* ve smyslu těchto dvou směrnic¹⁷, a to ani tehdy, když se týkají oblastí činností, které jsou uvedeny v přílohách příslušných směrnic. Obráceně je toto ostatně potvrzeno i směrnicí 2004/18, která bude platit v budoucnu, ve které je poprvé výslovně zmíněna koncese na služby¹⁸.

29. Na rozdíl od veřejné *zakázky na služby* se *koncese na služby* vyznačuje tím, že

16 – Směrnice Rady 93/38/EHS ze dne 14. června 1993 o koordinaci postupů při zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a telekomunikací (Úř. věst. L 199, s. 84; Zvl. vyd. 06/02, s. 194), zrušena a nahrazena směrnicí Evropského parlamentu a Rady 2004/17/ES ze dne 31. března 2004 o koordinaci 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).

17 – K článku 1 písm. a) směrnice 92/50 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek viz usnesení ze dne 30. května 2002, Buchhändler-Vereinigung (C-358/00, Recueil, s. I-4685, body 29 a 30); k článku 1 bodu 4 směrnice 93/38 viz rozsudek ze dne 7. prosince 2000, Telaustria a Telefonadress (C-324/98, Recueil, s. I-10745, body 57 a 58).

18 – Článek 1 odst. 4 směrnice 2004/18.

15 – Viz. body 1 a 2 tohoto stanoviska.

poskytovatel předmětné služby za ni jako protiplnění od zadavatele získá právo poskytovat vlastní plnění¹⁹.

30. Jak právem uvádí Komise, rakouská a italská vláda, v případě *koncese na služby* nese podnikatel rizika spojená se službou a dostává odměnu – alespoň částečně – od uživatelů této služby, třeba v podobě vybírání úplaty²⁰. Existuje tedy trojstranný vztah mezi zadavatelem, poskytovatelem služby a jejím uživatelem. Naproti tomu veřejná *zakázka na služby* zakládá jen dvojstranný právní vztah, ve kterém hradí odměnu za poskytnutou službu samotný zadavatel, který také ostatně nese riziko spojené s pořízením.

31. Podle zde známých skutkových okolností spočívá v projednávaném případě protiplnění, které poskytuje město Brixen Stadtwerke Brixen AG za provozování parkoviště na parcele 491/6, výlučně v povolení uděleném Stadtwerke Brixen AG vybírat od uživatelů parkoviště poplatky za

použití. Z hospodářského hlediska může Stadtwerke Brixen AG tímto způsobem profitovat z poskytnutých služeb, tedy z provozování a údržby parkoviště. Současně ale také nese hospodářské riziko provozovatele parkoviště, neboť z vybraných poplatků za použití nehradí jen běžné náklady, ale také údržbu parkovací plochy a roční náhradu obci. Všechno toto vede k závěru, že se nejedná o veřejnou zakázku na služby, ale o koncesi na služby.

32. Zda platí obdobně pro parkoviště na parcele 491/11, není možno na základě dostupných informací jednoznačně posoudit. Nicméně použití kritérií stanovených právem Společenství na skutkový stav věci v původním řízení před předkládajícím soudem nepřisluší Soudnímu dvoru, nýbrž je věcí předkládajícího soudu²¹. Tento soud bude muset především zkoumat, zda protiplnění, které město Brixen poskytlo Stadtwerke Brixen AG na provoz parkoviště, spočívá v povolení k výběru poplatku za použití od uživatelů parkoviště.

19 — Rozsudek Telaustria a Telefonadress (bod 58, druhá odrážka) a usnesení Buchhändler-Vereinigung (bod 27), obě uvedeny v poznámce pod čarou 17 výše. V tomto smyslu i platná právní definice uvedená v čl. 1 odst. 4 směrnice 2004/18, která bude platná v budoucnu.

20 — V této souvislosti poukazuje Komise také na svá sdělení týkající se otázek k výkladu v oblasti koncesí v právu Společenství (Úř. věst. 2000, C 121, s. 2); viz především část 2.2.

21 — Viz. v tomto smyslu jako jeden z mnoha rozsudek ze dne 16. července 1998, Dumon a Froment (C-235/95, Recueil, s. I-4531, bod 25); podobně rozsudek Telaustria a Telefonadress (uvedený v poznámce pod čarou 17, bod 63).

33. V konečném důsledku jsem každopádně zajedno s Parking Brixen GmbH, s rakouskou a italskou vládou, jakož i s Komisí v tom²², že se nejedná o veřejnou zakázku na služby ve smyslu směrnice 92/50, nýbrž o koncesi na služby, na kterou se tato směrnice nevztahuje, pověřili zadavatel podnikem provozováním veřejného parkoviště, tento podnik smí vybírat za používání parkoviště úplatu a tento se za to zaváže platit zadavateli roční náhradu.

1. Zákaz diskriminace a povinnost transparentnosti práva Společenství také mimo rozsah působnosti směrnic o veřejných zakázkách

35. Na rozdíl od názoru nizozemské vlády judikaturou již bylo ujasněno, že zadavatel je i mimo rozsah působnosti směrnic o veřejných zakázkách²³ vázán základními zásadami Smlouvy o ES, především těmi, které vyplývají ze základních svobod²⁴ a v nich obsaženého zákazu diskriminace²⁵.

B – K druhé předběžné otázce: požadavky stanovené právem Společenství na zadávání koncesí na služby dceřiným společností zadavatele

34. Podstatou druhé předběžné otázky předkládajícího soudu je, za jakých předpokladů smí zadavatel bez předchozího provedení zadávacího řízení udělit své dceřině společnosti koncesi na služby, kterou je v řízení před předkládajícím soudem sporné oprávnění k provozování veřejného placeného parkoviště.

36. Se zákazem diskriminace úzce souvisí povinnost transparentnosti. Neboť jen tehdy, je-li zadání zakázky nebo koncese provedeno transparentně, je vůbec možné zjistit, zda v konkrétním případě byla dodržena zásada zákazu diskriminace, a nebo zda bylo přijato

22 — Další účastníci řízení se k této problematice blíže nevyjádřili. Město Brixen a Stadtwerke Brixen AG popírají existenci koncese na služby proto, protože se u Stadtwerke Brixen AG ve vztahu k městu Brixen nejedná o třetí subjekt.

23 — K použití směrnice 92/50 v projednávaném případě viz to co bylo uvedeno v k první otázce (body 27 až 33 tohoto stanoviska).

24 — V projednávaném případě může být rozhodná svoboda volného pohybu služeb (článek 49 ES) a pokud se zahraniční uchazeč za účelem provozu parkoviště usadí v Itálii, také svoboda usazování (článek 43 ES).

25 — Tak – hlavně pro případ koncese na služby – rozsudek Tele Austria a Telefonadress (uvedený v poznámce pod čarou 17 výše, bod 60); viz dále rozsudek ze dne 23. ledna 2003, Makedoniko Metro a Michaniki (C-57/01, Recueil, s. I-1091, bod 69) a usnesení ze dne 3. prosince 2001, Vestergaard (C-59/00, Recueil, s. I-9505, body 20 a 21); podobně také rozsudek ze dne 18. června 2002, HI (C-92/00, Recueil, s. I-5553, bod 47).

svévolné rozhodnutí ve prospěch nebo v neprospěch určitého uchazeče²⁶.

37. To vše v žádném případě neznamená, že musí být použito řízení srovnatelné ve všech podrobnostech s tím, které stanoví směrnice upravující postup při zadávání veřejných zakázek. Jak ale uvedl Soudní dvůr v rozsudku *Telaustria a Telefonadress*, zadavatel musí z důvodu povinnosti dodržovat transparentnost „zajistit ve prospěch potenciálních uchazečů přiměřený stupeň veřejnosti, který otevírá trh služeb hospodářské soutěži a umožňuje přezkoumání, zda bylo zadávací řízení provedeno nestranně“²⁷.

38. Okrajově je třeba uvést, že *Stadtwerke Brixen AG* v této souvislosti namítala, že ustanovení článku 43 a následujících ES se na projednávaný případ vůbec nepoužijí, protože skutkové okolnosti věci v původním řízení před posupujícím soudem postrádají přeshraniční prvek. Všichni účastníci řízení před předkládajícím soudem mají svoje sídlo v Itálii.

39. K tomu je třeba poznamenat, že základní svobody se sice skutečně nepoužijí na čistě

vnitrostátní skutkový stav věci²⁸. Nicméně jak *Komise*, *Parking Brixen GmbH* a rakouská vláda správně uvedly, možné porušení povinnosti transparentnosti v právu veřejných zakázek má dopad nejen na vnitrostátní podniky jako *Parking Brixen GmbH*, nýbrž na všechny potenciální zájemce, také na možné uchazeče z ostatních členských států²⁹. Případný nedostatek veřejnosti tak vždy současně zasahuje do základních svobod potenciálních zájemců z jiných členských států.

2. Možná výjimka vztahující se na právní úkony s vlastními dceřinými společnostmi: judikatura *Teckal*

40. Každopádně je třeba objasnit, zda zadavatel nemůže být výjimečně osvobozen od uvedených požadavků stanovených právem Společenství, když nechává poskytovat služby subjekty, které sám kontroluje.

26 — Rozsudky *Telaustria a Telefonadress* (uvedené v poznámce pod čarou 17 výše, bod 61) a *HI* (uvedený v poznámce pod čarou 25, bod 45); rozsudek ze dne 18. listopadu 1999, *Unitron Scandinavia a 3-S* (C-275/98, Recueil, s. I-8291, bod 31).

27 — Rozsudek *Telaustria a Telefonadress* (uvedený v poznámce pod čarou 17 výše, bod 62).

28 — Ustálená judikatura, viz naposledy rozsudek ze dne 16. prosince 2004, *My* (C-293/03, předkládají nezveřejněný ve Sbírce rozhodnutí, bod 40). Zvláště ke svobodě usazování a ke svobodě volného pohybu služeb viz rozsudek ze dne 7. února 1979, *Knoors* (115/78, Recueil, s. 399, bod 24, první věta).

29 — Viz také rozsudek ze dne 25. dubna 1996, *Komise v. Belgie* (C-84/95, Recueil, s. I-2043, bod 33), podle kterého mohou být podniky se sídlem v ostatních členských státech zadáním zakázky přímo nebo nepřímo dotčeny. Tomu odpovídajícím způsobem musí být požadavky na zadávací řízení dodrženy nezávisle na státní příslušnosti nebo místě sídla uchazeče. Tato úvaha se nevztahuje jen na požadavky směrnic upravujících zadávání veřejných zakázek, nýbrž je možno ji přenést i na případy, jako je projednávaná věc, ve kterých se má použít obecných zásad práva Společenství.

41. Zamýšlí-li zadavatel zapojení orgánově samostatného podniku veřejného práva, jmenovitě jeho dceřiné společnosti, potom se odpověď zdá být zřejmá: podle zásady rovného zacházení s podniky veřejného práva a soukromými podniky, která je vyjádřena především v čl. 86 odst. 1 ES, podle kterého nesmí být s podniky veřejného práva – až na výjimky uvedené v čl. 86 odst. 2 ES – zacházeno lépe než se soukromou konkurencí. Zadavatel zkrátka nesmí pověřit podnik, který sám kontroluje poskytování služeb, bez toho, aniž by předtím vůbec vzal v úvahu možné zájemce a uskutečnil za tímto účelem transparentní zadávací řízení.

42. Naproti tomu je veřejnoprávnímu subjektu samozřejmě dovoleno, zajišťovat mu příslušné úkoly v celém rozsahu *vlastními prostředky*, to znamená interním způsobem, aniž by vůbec využil služeb – soukromých podniků nebo podniků veřejného práva. Pak není vázán požadavky práva upravujícího zadávání veřejných zakázek³⁰ a článkem 86 ES.

43. Jak již bylo uvedeno úvodem, je rozlišování mezi těmito interními transakcemi a externím zadáváním zakázek v konkrétním případě často problematické. K tomuto se Soudní dvůr zásadně vyjádřil – v souvislosti se směrnicí 93/36 – ve svém rozsudku ve

věci Teckal³¹. Z tohoto rozsudku je možné vyvodit, že právo upravující zadávání veřejných zakázek se v zásadě použije, jakmile je uzavírána *smlouva mezi dvěma různými subjekty*³², jakmile tedy existuje *smlouva*.

44. Pro použití práva upravujícího zadávání veřejných zakázek ale nejsou rozhodující jen čistě formální hlediska, nýbrž také hodnotící způsob posouzení. I když totiž mají oba účastníci právního úkonu co do formy vlastní právní subjektivitu, může být mezi nimi provedený úkon výjimečně považován za interní transakci, a to tehdy, pokud jsou kumulativně splněna dvě kritéria, vytvořená judikaturou³³:

- Zadavatel³⁴ musí nad svým obchodním partnerem³⁵ vykonávat podobnou kontrolu jako nad svými vlastními orgánovými útvary (první kritérium Teckal), a

31 — Rozsudek Teckal (uvedený v poznámce pod čarou 2 výše, body 46, 49 a 50).

32 — Co se týče osobní působnosti, je nutné, ale také dostatečné, když smluvní partner je zadavatelem (rozsudek Teckal, uvedený v poznámce pod čarou 2 výše, bod 42, druhá věta, a Stadt Halle, uvedený v poznámce pod čarou 4 výše, bod 47; viz dále rozsudek ze dne 7. prosince 2000 ARGÉ, C-94/99, Recueil, s. I-11037, bod 40).

33 — Tato kritéria se ve svém původním znění nacházejí v bodu 50, druhá věta rozsudku Teckal (uvedený v poznámce pod čarou 2 výše) a jsou zmíněna také v rozsudku ze dne 13. ledna 2005, Komise v. Španělsko (C-84/03, předkládající nezveřejněný ve Sbírce rozhodnutí, bod 38). V rozsudku Stadt Halle (uvedený v poznámce pod čarou 4 výše, bod 49, druhá věta) jsou tato kritéria převzata, nicméně v mírně pozměněném jazykovém znění. Následující úvahy vycházejí z posledně uvedeného, pokud není uvedeno jinak.

34 — Rozsudek Stadt Halle užívá doslovně těžkopádnou formulaci „veřejné místo, které je zadavatelem“, rozsudek Teckal mluví ve svém kontextu o „územní správní celku“.

35 — Obchodní partner je v rozsudku Teckal označen doslova jako „dotčená osoba“, v rozsudku Stadt Halle jako „dotčený odlišný subjekt“.

30 — Rozsudek Stadt Halle (uvedený v poznámce pod čarou 4 výše, bod 48).

— tento obchodní partner musí vykonávat podstatnou část své činnosti pro³⁶ zadavatele, který je majitelem jeho obchodních podílů (druhé kritérium Teckal).

méně podrobné požadavky na řízení – jen obecné požadavky vyplývající ze zákazu diskriminace a povinnosti transparentnosti. V opačném případě bychom dospěli k rozporuplnému výsledku, že zadavatel *mimo* rozsah působnosti směrnic podléhá přísnějším požadavkům než v rámci jejich působnosti, totiž *bezvýjimečné* povinnosti zabezpečit transparentnost a veřejnost.

45. Tuto judikaturu použil Soudní dvůr doposud nejen na směrnici 93/36 ale také na směrnice 92/50 a 93/37^{37 38}.

46. Stejně tak je třeba použít kritéria případu Teckal na případ, jakým je projednávaná věc, který nepodléhá žádné ze směrnic o zadávání veřejných zakázek³⁹. Neboť když už směrnice o zadávání veřejných zakázek se svými podrobnými požadavky na zadávací řízení připouštějí výjimky pro interní transakce, pak toto musí platit právě tam, kde se použijí

47. Kromě toho je třeba zohlednit, že směrnice upravující zadávání veřejných zakázek slouží jen uskutečnění zásad Smlouvy o ES tak, jak vyplývají především ze základních svobod⁴⁰. Výjimky z těchto směrnic jsou tak vlastně jen výjimky z těchto zásad. Také toto mluví ve prospěch použití judikatury Teckal na případy, ve kterých zákaz diskriminace a povinnost transparentnosti vyplývají bezprostředně ze základních svobod a nejsou konkretizovány až směrnicemi upravujícími zadávání veřejných zakázek.

36 — Použití slova „mit“ [„s“] v rozsudku Stadt Halle a ve většině jazykových znění rozsudku Teckal je po jazykové stránce neobvyklé, pokud si uvědomíme, že se obvykle nejedná o součinnost dvou podniků, nýbrž o vztah, ve kterém podnik veřejného práva vykonává určité úkoly nebo poskytuje služby *pro* veřejnoprávní subjekt, zpravidla pro územně správní celek.

37 — 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), v mezidobí zrušena a nahrazena směrnicí 2004/18.

38 — K směrnici 92/50 viz rozsudek Stadt Halle (uvedený v poznámce pod čarou 4 výše, body 47 a 49); podobná zmínka se nachází také již v rozsudku ARGE (uvedený v poznámce pod čarou 32, bod 40). K směrnici 93/37 viz rozsudek Komise v. Španělsko (uvedený v poznámce pod čarou 33, bod 39).

39 — K nemožnosti použít směrnice 92/50 v projednávaném případě viz to, co bylo uvedeno k první otázce (body 27 až 33 tohoto stanoviska).

48. Zda ovšem v konkrétním případě jako v projednávané věci mohou být splněna obě kritéria Teckal tak, že může nastat osvobození zadavatele od požadavků práva Společenství tvrzené městem Brixen, Stadtwerke

40 — Viz 6. bod odůvodnění směrnice 92/50 a 2. bod odůvodnění směrnice 2004/18, jakož i rozsudky ze dne 3. října 2000, University of Cambridge (C-380/98, Recueil, s. I-8035, bod 16), a ze dne 12. prosince 2002, Universale-Bau a další (C-470/99, Recueil, s. I-11617, bod 51). Viz. dále body 35 až 37 tohoto stanoviska.

Brixen AG a italskou vládou, závisí na celkovém posouzení všech okolností konkrétního případu.

Soudní dvůr upřesnil první kritérium Teckal v tom smyslu, že při jakékoliv účasti soukromých subjektů, byť i jen ve formě menšinové účasti je *podobná kontrola jako nad vlastními organizačními útvary* vyloučena⁴¹.

a) První kritérium Teckal: Podobná kontrola jako nad vlastními organizačními útvary

49. Podle prvního kritéria Teckal se pro postavení na roveň s interní transakcí v rámci jednoho subjektu vyžaduje, aby zadavatel vykonával nad svým smluvním partnerem podobnou kontrolu jako nad svými vlastními organizačními útvary.

50. Zda je možno s ohledem na Stadtwerke Brixen AG toto konstatovat, zpochybňuje Komise ze dvou důvodů: Zprv je možné, že Stadtwerke Brixen AG má ze zákona povinnost umožnit kapitálový vstup třetího subjektu do společnosti a za druhé orgány této akciové společnosti mohou uskutečňovat obchodní vedení společnosti do značné míry samostatně. Druhý aspekt zmínila také Parking Brixen GmbH a rakouská vláda.

52. Toto upřesnění ukazuje, že judikatura stanovením kritéria *podobné kontroly jako nad vlastními organizačními útvary* zavádí přísnější měřítko, než je běžné třeba v právu hospodářské soutěže. To, že zadavatel má většinovou účast na majetku své dceřiné společnosti, že disponuje většinou hlasovacích práv a stanovuje většinu členů orgánů tohoto podniku, všechno toto může – stejně jako případné dohody mezi podniky – umožňovat učinit zpětný závěr o existenci kontroly ve smyslu práva hospodářské soutěže⁴² a činit dceřinou společností podnikem veřejného práva ve smyslu čl. 86 odst. 1 ES⁴³; pro předpoklad ještě dále jdoucí kontroly *podobně jako nad vlastními organizačními útvary* ovšem takové indicie nestačí.

53. Už jen samotná přítomnost dalšího soukromého subjektu, i když jen ve formě

i) Vyloučení podobné kontroly jako nad vlastními organizačními útvary při účasti soukromých subjektů

41 – Rozsudek Stadt Halle (uvezený v poznámce pod čarou 4 výše, body 49 a 52).

42 – Viz například – k pojmu kontrola spojování podniků – body 13, 14 a 18 a násl. sdělení Komise k pojmu spojování podniků nařízení Rady (EHS) č. 4064/89 o kontrole spojování podniků (Úř. věst. 1998, C 66, s. 5; Zvl. vyd. 08/01, s. 31).

43 – Viz také článek 2 směrnice Komise 80/723/EHS ze dne 25. června 1980 o zprůhlednění finančních vztahů mezi členskými státy a veřejnými podniky (Úř. věst. L 195, s. 35; Zvl. vyd. 08/01, s. 20, naposledy zmíněna směrnicí Komise 2000/52/ES ze dne 26. července 2000, Úř. věst. L 193, s. 75; Zvl. vyd. 08/02, s. 11).

51. Východiskem úvah by měl být nedávno vydaný rozsudek ve věci Stadt Halle. V něm

menšinové účasti bez práva veta totiž zabráňuje zadavateli v možnosti vykonávat kontrolu *podobnou jako nad vlastními organizačními útvary*. Neboť přítomnost dalšího soukromého subjektu neustále předpokládá minimální míru ohledu veřejnoprávního subjektu na hospodářské zájmy tohoto [soukromého subjektu] – jen tehdy totiž vůbec dá další soukromý subjekt veřejnoprávnímu subjektu k dispozici svoje know-how nebo svoje finanční prostředky. Podíli-li se tedy soukromý subjekt – případně po provedení veřejného nabídkového řízení – na společnosti, může pak ohled na jeho hospodářské zájmy bránit veřejnoprávnímu subjektu v plném prosazení jeho veřejnoprávních zájmů, i když by toto bylo možné jen čistě po právní stránce. Tímto spojením veřejných a soukromých zájmů se podstatně odlišují tyto takzvané podniky se smíšenou účastí od pouhých organizačních útvarů⁴⁴.

54. Vzhledem k tomu, že tedy podniky se smíšenou účastí *nemohou* být veřejnoprávním subjektem kontrolovány podobně jako vlastní organizační útvary, podléhají všechny právní úkony zadavatelů s jejich dceřinými společnostmi se smíšenou účastí zásadně ustanovením práva upravujícího zadávání veřejných zakázek, obzvláště zákazu diskriminace a povinnosti transparentnosti.

ii) Budoucí otevření základního kapitálu společnosti účasti třetích osob

55. Stadtwerke Brixen AG nebyla v okamžiku převodu obou parkovišť a také v následující době takovýmto podnikem se smíšenou účastí, nýbrž stoprocentní dceřinou společností města Brixen. Nicméně nejpозději do dvou let od přeměny bývalého vlastního podniku se má město vzdát svého postavení jediného akcionáře ve prospěch pouhé většinové účasti⁴⁵.

56. Zásada právní jistoty vyžaduje, aby byla povinnost uskutečnit zadávací řízení posuzována vždy *ex ante*, tedy k okamžiku provedení právního úkonu. Neboť již v okamžiku uzavření smlouvy musí být jak z pohledu zadavatele a jeho obchodního partnera, tak i z pohledu soutěžitele, který nebyl zohledněn, zjistitelné, zda mělo být provedeno zadávací řízení, či ne. Zohlednění pozdějších okolností přichází do úvahy každopádně tehdy, kdy už v okamžiku zadání bylo jisté předvídatelné, že nastanou.

44 — Toto je naznačeno také v rozsudku Stadt Halle (uvedený v poznámce pod čarou 4 výše, bod 50). – K pojmu podnik se smíšenou účastí viz například bod 58 stanoviska generální advokátky Stix-Hackl ve věci Stadt Halle (uvedeno v poznámce pod čarou 3 výše).

45 — Viz jednak článek 115 Decreto legislativo 267/2000 a jednak čl. 88 odst. 6 písm. b) zákona o organizaci a správě obcí, jakož i čl. 5 odst. 2 stanov společnosti Stadtwerke Brixen AG.

57. Jistě předvídatelnou by byla ztráta 100 % účasti města na její dceřiné společnosti každopádně tehdy, kdyby mělo získání účasti na společnosti *konkrétní třetí osobou* již *bezprostředně nastat*.

a Stadtwerke Brixen AG uvedly při jednání, že do dnešního dne nemá žádná třetí osoba účast na [základním] kapitálu společnosti Stadtwerke Brixen AG.

58. Podle názoru Komise, který jde ještě dále, byla v případě, jako v projednávané věci na základě existujících právních předpisů ztráta 100 % účasti města dostatečně předvídatelná, a proto měla být zohledněna již v okamžiku převodu parkovišť.

60. Také zájmy zúčastněných nebyly k tomuto dni ještě srovnatelné se zájmy v podniku se smíšenou účastí. Neboť do té doby, dokud existuje jen povinnost k *pozdějšímu* otevření dceřiné společnosti, ale nenašla se ještě žádná konkrétní třetí osoba jako partner, nebere zadavatel při zadávání veřejných zakázek ještě ohled na zájmy tohoto soukromého investora.

59. Z právního ustanovení, jímž je článek 115 Decreto legislativo 267/2000 však vyplývá – přitom tento bod je rovněž zpochybňován⁴⁶ – jen povinnost prodat akcie v určité lhůtě. Zda a kdy ale skutečně nastane takovýto prodej a dojde k převodu obchodních podílů na třetí osobu závisí na řadě dalších okolností, pouhá existence legální povinnosti ještě nevyovídá nic o tom, zda k tomu dojde. Především nemůže být v žádném případě vyloučeno, že se nenajde vůbec žádný zájemce, který by byl ochotný k účasti na dotyčném podniku za nabídnutých podmínek. V neposlední řadě se toto velmi názorně ukazuje také v projednávaném případě: Město Brixen

61. Komise vyjádřila obavu, že by během doby platnosti udělené (případně dlouhodobé⁴⁷) koncese mohla do akciové společnosti vstoupit třetí osoba a potom se prostřednictvím své účasti na společnosti podílet také na výnosu z koncese. S tím souvisejícím riziku zvýhodnění pozdějšího soukromého investora oproti jiným soukromým podnikům⁴⁸ nemusí být čeleno již v okamžiku udělení koncese komunální dceřiné společnosti, nýbrž postačuje odpoví-

46 – Jak se ukázalo při jednání před Soudním dvorem, je v projednávaném případě sporné mezi účastnicí řízení, zda článek 115 Decreto legislativo 267/2000 vůbec ukládá městu legální *povinnost* umožnit vstup do společnosti Stadtwerke Brixen AG, a nebo zda smí obec zůstat trvale jediným akcionářem. Město Brixen se odvolává na článek 2362 italského občanského zákoníku (Codice civile, ve znění Decreto legislativo č. 6 prezidenta republiky ze dne 17. ledna 2003, zveřejněný v GURI č. 17 ze dne 22. ledna 2003, Běžný dodatek č. 8), podle kterého mohou mít akciové společnosti v Itálii jediného akcionáře.

47 – V projednávaném případě byla v případě parkoviště na parcele 491/6 sjednána doba platnosti na devět let, viz bod 14 tohoto stanoviska.

48 – Rozsudek Stadt Halle (uvedený v poznámce pod čarou 4, bod 51).

dající *opatření v okamžiku výběru třetí osoby*, tj. před převodem obchodního podílu na ni. Neboť základní svobody⁴⁹ vyžadují při účasti třetího soukromého subjektu na podniku veřejného práva dodržení zákazu diskriminace a povinnosti transparentnosti, především vytvoření přiměřeného stupně veřejnosti⁵⁰.

62. Z výše uvedených důvodů samotná legální povinnost otevřít v určité lhůtě společnost pro kapitálovou účast třetích osob ještě nevylučuje, že zadavatel vykonává nad touto společností kontrolu podobnou jako nad vlastními organizačními útvary.

iii) Oprávnění orgánů akciové společnosti provádět samostatně obchodní vedení společnosti

63. Pochybnosti o existenci kontroly podobné jako nad vlastními organizačními útvary ale mohou, zcela odhlédnuto od poměrů účasti, vyplývat obecně ze skutečností, že Stadtwerke Brixen AG je akciovou společností, jejíž orgány smí provádět obchodní vedení společnosti téměř samo-

statně⁵¹. Tyto pochybnosti vyjádřila nejen Parking Brixen GmbH, rakouská vláda a Komise, ale také předkládající soud.

64. V této souvislosti je třeba rozlišovat mezi vztahem podniku veřejného práva navenek vůči ostatním účastníkům na trhu a jeho vnitřním vztahem vůči městu.

65. Existence rozsáhlých oprávnění orgánů podniku veřejného práva *ve vztahu navenek* ještě v žádném případě nevylučuje, že tento podnik není městem kontrolován podobně jako vlastní organizační útvary. Takové opatření ve vztahu navenek je spíše zpravidla nezbytné pro zajištění schopnosti jednat, proto aby nebylo narušeno provádění obchodního vedení a v neposlední řadě také k ochraně zájmů třetích osob⁵². Také ve správě samé není neobvyklé, že jednotliví veřejní činitelé jako například starosta obce, předseda okresního úřadu nebo ředitel státního úřadu disponují relativně rozsáhlými pravomocemi k zastupování příslušného celku *navenek*.

51 — Jak ve své druhé otázce zdůrazňuje předkládající soud, má správní rada společnosti Stadtwerke Brixen AG „rozsáhlou plnou moc pro řádný výkon správy [...] až do výše 5 000 000,00 EUR na jeden právní úkon“.

52 — Viz. článek 9 a druhý bod odůvodnění první směrnice rady 68/151/EHS ze dne 9. března 1968 o koordinaci ochranných opatření, která jsou na ochranu zájmů společníků a třetích osob vyžadována v členských státech od společností ve smyslu čl. 58 druhého pododstavce Smlouvy, za účelem dosažení rovnocennosti těchto opatření (Úř. věst. L 65, s. 8; Zvl. vyd. 17/01, s. 3, dále jen „směrnice 68/151“).

49 — Svoboda usazování (článek 43 ES), popřípadě volný pohyb kapitálu (čl. 56 odst. 1 ES).

50 — Viz. body 35 až 39 tohoto stanoviska.

66. Pro zde zkoumanou otázku *kontroly* má proto větší význam vnitřní vztah mezi městem a podnikem, jakým je Stadtwerke Brixen AG. V této souvislosti se předkládající soud vyjádřil, že společnost Stadtwerke Brixen AG v porovnání se svým právním předchůdcem, vlastním podnikem Stadtwerke Brixen, získala zřetelný nárůst samostatnosti. Zatímco totiž vlastní podnik podléhal přímé kontrole a vlivu obecní rady, ve vztahu k akciové společnosti disponuje město pouze prostředky, které mu dává právo obchodních společností. Podobně argumentují také Komise a Parking Brixen GmbH.

67. Kontrola vykonávaná veřejnoprávním subjektem nad vlastním organizačním útvarrem se po právní stránce většinou vyznačuje oprávněním vydávat závazné pokyny a vykonávat dohled. V rámci jednoho orgánu tak má vedení orgánu zpravidla oprávnění vydávat závazné pokyny jemu podřízeným organizačním útvarům. Ve vztahu k podřízeným orgánům zpravidla existuje také oprávnění vydávat závazné pokyny nebo každopádně možnost kontroly a opravy rozhodnutí prostřednictvím práva vykonávat dohled.

68. Oprávnění tohoto druhu vydávat závazné pokyny nebo vykonávat dohled ve vztahu k řídicím orgánům podniků veřejného práva mohou představovat jen výjimku, v každém případě jsou-li tyto organizovány formou akciové společnosti nebo společnosti

s ručením omezeným. Vyžadovalo-li by se, aby veřejnoprávní majitel obchodního podílu měl stejné *právní* možnosti vlivu na obchodního partnera, jaké má na své organizační útvary, bylo by sotva kdy možné splnit ve vztahu k soukromoprávně organizovaným kapitálovým společností první kritérium Teckal. Zadavatelé by pak museli před uzavřením smluv se svými dceřinými společnostmi organizovanými jako akciové společnosti nebo společnosti s ručením omezeným, *dokonce i jako jediný společník* vždy dodržovat požadavky stanovené právem upravujícím zadávání veřejných zakázek a zřejmě by museli zadat plnění svých úkolů soukromému třetímu subjektu, který podá lepší nabídku. Za těchto okolností by už jen přenesení těchto úloh na takovéto společnosti, a to v tak citlivých oblastech jako například zásobování pitnou vodou, nutně znamenalo *privatizaci těchto úloh*.

69. V některých případech sice může být přeměna vlastních podniků na akciové společnosti nebo společnosti s ručením omezeným zamýšlena jako první krok směřující k privatizaci příslušných odvětví. Toto ale není nevyhnutelné. Stejně tak se může jednat i o prosté vnitřní reorganizační opatření, kterým je zamýšleno třeba levnější, a proto efektivnější poskytování služeb, jakož i flexibilní pracovní právo pro zaměstnance bez toho, aniž by tím dotyčný celek zamýšlel vzdát se plnění svých úloh. V důsledku příslušných účetních předpisů může kromě toho volba právní formy akciové společnosti

nebo společnosti s ručením omezeným vést k vítanému nárůstu transparentnosti⁵³.

70. Použily-li by se požadavky práva upravujícího zadávání veřejných zakázek i na právní úkony mezi zadavatelem a jeho 100 % dceřinými společnostmi, nebylo by nadále možno použít soukromoprávní formu akciové společnosti nebo společnosti s ručením omezeným čistě za účelem interní reorganizace. Příslušnému celku by pak v podstatě zůstala jen volba mezi privatizací jeho úloh⁵⁴ a jejich vykonáváním interní formou prostřednictvím organizačních útvarů správy nebo prostřednictvím vlastních podniků, které jsou zapojeny do správní hierarchie a nemají vcelku žádnou samostatnost. Existující dceřiné společnosti by v některých případech mohly být v rámci zpětného procesu znovu přeměněny na vlastní podniky.

71. Tak značný zásah do organizační suverenity členských států a především do samo-

správy mnoha obcí⁵⁵ by ale – i s ohledem na funkci otevření vstupu na trh práva veřejných zakázek – nebyl vůbec nezbytný. Cílem práva upravujícího zadávání veřejných zakázek je totiž zajistit transparentní a nediskriminační výběr smluvních partnerů všude tam, kde se veřejnoprávní subjekt rozhodl vykonávat úkoly za pomoci třetích osob. Naproti tomu není smyslem a účelem práva upravujícího zadávání veřejných zakázek způsobit „zadními vrátky“ privatizaci i takových veřejných úkolů, které chce veřejnoprávní subjekt nadále vykonávat vlastními prostředky⁵⁶; k tomu je dokonce třeba konkrétních liberalizačních kroků zákonodárce⁵⁷.

72. Judikatura Teckal formulací „kontrolou podobnou jako“⁵⁸, tak jako tak uvádí, že

53 — Viz zejména článek 2 a násl. směrnice 68/151, jakož i články 2 a 47 čtvrté směrnice 78/660/EHS ze dne 25. července 1978 založené na čl. 54 odst. 3 písm. g) Smlouvy o ročních účetních závěrkách některých forem společností (Úř. věst. L 222, s. 11; Zvl. vyd. 17/01, s. 21).

54 — Veřejnoprávním subjektem kontrolovaný podnik ve formě akciové společnosti nebo společnosti s ručením omezeným by se případně musel ucházet jako jeden z vícero potenciálních uchazečů o zakázku nebo koncesi, která je předmětem sporu.

55 — Jako opětný bod je zde možno použít Evropskou chartu obecní samosprávy ze dne 15. října 1985, kterou v rámci Rady Evropy ratifikovala většina členských států (SEV-č. 122). Jejíž čl. 6 odst. 1 vyžaduje, aby územně samosprávné celky „byly schopny samy určovat svoje správní struktury, aby je bylo možno přizpůsobit místním požadavkům a zabezpečit tak efektivně uskutečnění právního úkonu“. Význam obecní samosprávy je kromě toho zdůrazněn výslovnou zmínkou v čl. 1-5 odst. 1 Smlouvy o Evropské ústavě (podepsané v Římě dne 29. října 2004, Úř. věst. C 310, s. 1).

56 — Viz. také bod 42 tohoto stanoviska.

57 — V této souvislosti je možné uvést například liberalizační kroky v telekomunikačním sektoru, viz poslední směrnici Komise 2002/77/EG ze dne 16. září 2002 o hospodářské soutěži na trzích sítí a služeb elektronických komunikací (Úř. věst. L 249, s. 1; Zvl. vyd. 08/02, s. 178). Viz kromě toho pozměněný návrh nařízení Evropského parlamentu a Rady o opatřeních členských států týkajících se požadavků na služby a zadávání veřejných zakázek na osobní dopravu na železnici, na silnici a ve vnitrostátní plavbě (KOM [2002] 107 konečné, Úř. věst. 2002, C 151 E, s. 146).

58 — Moje vlastní zvýraznění. Na rozdíl od většiny jazykových verzí rozsudku Teckal chybělo v německé verzi slovo „podobnou“. Tato nesrovnalost byla v rozsudku Stadt Halle odstraněna.

možnost vlivu na vlastní organizační útvary a na podniky veřejného práva nemusí být totožná. Rozhodujícím pro porovnání podniku s organizačním útvarem správy nebo s ostatními účastníky trhu není, zda veřejnoprávní subjekt má z *formálního hlediska* stejné právní možnosti vlivu jako vůči vlastním organizačním útvarům, například formou oprávnění vydat závazný pokyn v jednotlivém případě. Spíše je rozhodující, zda je zadavatel skutečně kdykoliv schopný v celém rozsahu zajistit v tomto podniku platnost svých cílů veřejného zájmu. Jen když je podnik ve skutečnosti tak dalece samostatný⁵⁹, že zadavatel už není schopen zajistit v plném rozsahu platnost svých zájmů v tomto podniku, nemůže být dále řeč o kontrole podobné jako nad vlastními organizačními útvary.

vlivu veřejnoprávní subjekt vůči svým organizačním útvarům skutečně potřebuje⁶¹.

74. Co se týče skutečných možností vlivu, platí přiměřeně to, co bylo uvedeno v bodu 53 tohoto stanoviska: Má-li soukromý třetí subjekt účast na podniku, i když je ve formě prosté menšinové účasti, může bránit ohledu na jeho hospodářské zájmy bránit veřejnoprávnímu subjektu v plném prosazení jeho cílů veřejného zájmu, i když by toto bylo možné jen čistě po právní stránce. Je-li naproti tomu zadavatel jediným vlastníkem obchodních podílů své dceřiné společnosti, je možné jeho zájmy a zájmy dceřiné společnosti považovat v normálním případě za v podstatě totožné, i když je dceřiná společnost organizována formou akciové společnosti nebo společnosti s ručením omezeným. Jediný vlastník obchodních podílů se především 100 % hospodářsky podílí na dosaženém zisku a může sám rozhodnout, jak s ním bude naloženo.

73. Tento na zájmy se zaměřující pohled je zřejmý především v rozsudku Stadt Halle⁶⁰, kde při výkladu prvního kritéria Teckal bylo ve zcela rozhodující míře vzato na zřetel *sledování cílů veřejného zájmu*. Ve smyslu rozsudku Stadt Halle stanoví požadavek prosadit tyto veřejné zájmy to, jaké možnosti

75. Není-li nutno brát ohled na hospodářské zájmy dalších soukromých subjektů, protože veřejnoprávní subjekt drží 100 % obchodních podílů společnosti, je možné prosazení veřejných zájmů ve společnosti dostatečně zabezpečit i bez oprávnění vydávat závazné

59 — V rozsudku Teckal (uvedený v poznámce pod čarou 2 výše, bod 51) byl použit výraz *vlastní rozhodovací pravomoc* vůči zadavateli (ve francouzském znění je užitó přídavné jméno *autonome*, v italském, která byla jednacím jazykem přídavné jméno *autonomo*).

60 — Rozsudek Stadt Halle (uvedený v poznámce pod čarou 4 výše, bod 50).

61 — V rozsudku Stadt Halle (uvedený v poznámce pod čarou 4, bod 50) se doslova uvádí: „[...] vztah mezi veřejným orgánem, který je zadavatelem, a jeho vlastními organizačními útvary se řídí úvahami a požadavky specifickými pro dosahování cílů veřejného zájmu.“

pokyny v technickém slova smyslu již prostředky práva obchodních společností, a to především účastí zástupců v orgánech společnosti, kteří jsou jmenováni výlučně jen veřejnoprávním subjektem. Jako značně nepravděpodobné se jeví, že by se tyto orgány, které se zpravidla také vyznačují úzkými osobními vazbami s veřejnoprávními subjekty, při vykonávání obchodního vedení v takovém rozsahu odchýlily od představ územního celku, který je vyslal, že by mohlo být zmařeno prosazení cílů veřejného zájmu. Dotčené osoby vykonávající tento mandát by se pak také musely obávat odvolání, respektive toho, že nebudou znovu jmenovány.

76. Ze samotné okolnosti, že se u společnosti Stadtwerke Brixen AG jedná o akciovou společnost, jejíž orgány mají při uskutečňování obchodního vedení společnosti rozsáhlé pravomoci, není v žádném případě možné vyvodit, že tato společnost je vůči veřejnoprávním vlastníkům obchodních podílů samostatná a tento nad ní už nemá kontrolu podobnou jako nad vlastními organizačními útvary.

b) Druhé kritérium Teckal: Činnost obchodního partnera převážně pro svého nebo své veřejnoprávní vlastníky obchodních podílů

77. Podle druhého kritéria Teckal předpokládá kromě toho rovnocennost s interní transakcí to, že obchodní partner zadavatele vykonává svoji činnost převážně pro toho

nebo ty zadavatele, kterým připadají jeho obchodní podíly.

78. V žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce cituje předkládající soud jen ustanovení stanov společnosti Stadtwerke Brixen AG. Podle nich je předmět činnosti této společnosti tvořen rozsáhlým výčtem činností, které se převážně dají přiřadit k zajišťování životních potřeb, přičemž tyto činnosti mohou být vykonávány na místní, vnitrostátní a mezinárodní úrovni⁶².

79. Vypovídající schopnost takových ustanovení stanov je proto nízká. Neboť jednak se ustanovení stanov nezřídka vyznačují obzvláště širokou formulací, která nemá zahrnovat nutně jen současné činnosti, ale má zahrnovat i možné budoucí činnosti společnosti. Kromě toho není možno se dovolávat vůči třetím osobám *omezení* předmětu podnikání, i když je toto uvedeno ve stanovách⁶³ – stanovami stanoví akcionáři společnosti rámec jen ve vnitřním vztahu, ve kterém se může činnost společnosti pohybovat.

80. Považoval-li by se za rozhodující jen čistě právně dovolený (zákonem a stanovami společnosti), zpravidla relativně široký před-

62 — Podrobněji viz bod 19 tohoto stanoviska.

63 — Článek 9 odstavce 1 a 2 směrnice 68/151.

mět činnosti akciové společnosti nebo také společnosti s ručením omezeným, bylo by tak prakticky vyloučeno, aby takové podniky splnily druhé kritérium Teckal. Zadavatelé by pak vždy před uzavřením smlouvy se svými dceřinými společnostmi museli dodržet požadavky práva upravujícího zadávání veřejných zakázek, pokud by tyto měly formu akciové společnosti nebo společnosti s ručením omezeným. Toto by činilo volbu právní formy akciové společnosti nebo společnosti s ručením omezeným podstatně méně atraktivní⁶⁴. Tak značný zásah do organizační suverenity členských států a především do samosprávy mnoha obcí by s ohledem na funkci otevření vstupu na trh práva veřejných zakázek nebyl nezbytný.

82. V této souvislosti je třeba zohlednit, že výjimka z ustanovení práva upravujícího zadávání veřejných zakázek je podle druhého kritéria Teckal možná již tehdy, když dotyčný podnik vykonává svoji činnost *převážně* pro jednoho nebo více zadavatelů, kteří jsou vlastníky jeho obchodních podílů. Případná činnost na zakázku třetí osoby tedy není na škodu, pokud je jen podřadného významu.

81. Spíše postačuje zaměřit se na *skutečnou činnost* příslušného podniku⁶⁵. Neboť nezávisle na jeho organizačně právní formě objasňuje nejlépe skutečná činnost podniku to, zda tento podnik působí na trhu jako ostatní a nebo zda je tak silně propojen s veřejnoprávním subjektem, že smlouvy uzavřené mezi ním a zadavatelem je možno považovat za interní postupy a odůvodňují proto výjimku z ustanovení práva upravujícího zadávání veřejných zakázek.

83. Pro posouzení tohoto je rozhodující, jak již bylo uvedeno úvodem celkové posouzení všech okolností konkrétního případu. Má-li transakce odpovídat vnitřnímu postupu, musí zadavatelův obchodní partner vykonávat svoji činnost jak z *kvantitativního*, tak i z *kvalitativního* pohledu převážně pro zadavatele, který je majitelem jeho obchodních podílů⁶⁶. První indicií tak může být podíl na obratu, který tento podnik dosahuje prostřednictvím zakázek veřejnoprávního majitele jeho obchodních podílů. Má-li podnik – jako třeba Stadtwerke Brixen AG – vícero okruhů činnosti, je třeba dále vyčíslit, v kolika z těchto okruhů vykonává podnik svoji činnost převážně pro veřejnoprávního

64 — Viz také body 68 až 71 tohoto stanoviska.

65 — Také generální advokátka Stix-Hackl zdůrazňuje v bode 83 svého stanoviska ve věci Stadt Halle (uvedené v poznámce pod čarou 3 výše), že rozhodující jsou skutečné činnosti, a ne skutečnosti, které umožňuje zákon nebo stanovy.

66 — V tomto smyslu se vyjádřila také generální advokátka Stix-Hackl v bodě 89 svého stanoviska ve věci Stadt Halle (uvedené v poznámce pod čarou 3 výše).

majitele obchodních podílů a jaký význam tyto jednotlivé okruhy pro podnik mají⁶⁷.

c) Mezitímní závěry

86. Je tedy třeba stručně konstatovat, že:

84. Hlubší zkoumání vyžaduje také místní okruh činnosti podniku jako Stadtwerke Brixen AG. Neboť samotná okolnost, že komunální podnik veřejného práva působí či může působit za hranicemi obce nutně nevylučuje, že svoji činnost nevykonává *převážně ve prospěch této obce*. Spíše je třeba zkoumat, jakou váhu má z kvantitativního a kvalitativního pohledu případná činnost podniku za hranicemi obce v porovnání s činností pro vlastníka nebo vlastníky svých obchodních podílů.

Zadá-li obec provozování veřejného place-
ného parkoviště bez předchozího provedení
zadávacího řízení akciové společnosti, ve
které je jediným akcionářem, neporušuje
tímto ustanovení článků 43 ES, 49 ES
a 86 ES, pokud obec vykonává nad touto
akciovou společností kontrolu podobnou
jako nad vlastními organizačními útvary
a tato společnost vykonává svoji činnost
převážně ve prospěch obce.

85. Samotná okolnost, že předmět podnikání uvedený ve stanovách akciové společnosti Stadtwerke Brixen AG je z věcného hlediska široký a z hlediska místního okruhu činnosti dovoluje vykonávat činnost i za hranicemi města každopádně nevylučuje, že tato akciová společnost nevykonává svoji činnost *převážně pro město, které je majitelem jejích obchodních podílů*.

Vykonávání kontroly podobné jako nad vlastními organizačními útvary není vyloučeno již proto, že obec je legálně povinna v budoucnu v rámci určité lhůty otevřít tuto akciovou společnost pro účast třetích osob, nebo proto, že orgány této akciové společnosti mají rozsáhlé pravomoci, pokud jde o obchodní vedení společnosti.

Činnost vykonávaná *převážně pro obec* není vyloučena pouze proto, že ve stanovách této akciové společnosti je její možný předmět podnikání z věcného, jakož i z místního hlediska široce formulován; rozhodující je spíše skutečně vykonávaná činnost.

67 — V projednávaném případě by bylo třeba například zkoumat, jaký význam pro činnost podniku mají pracovní oblasti, které byly Stadtwerke Brixen AG přiděleny dodatečně k již existujícím oblastem dřívějšího zvláštního podniku (jménovitě informatika a telekomunikace) a na či zakázku je tak podnik činný.

VI – Závěry

87. Na základě výše uvedených důvodů navrhuji Soudnímu dvoru odpovědět na předběžné otázky položené Verwaltungsgericht, Autonome Sektion für die Provinz Bozen takto:

- „1) Pověří-li zadavatel podnik provozováním veřejného parkoviště, smí-li tento podnik vybírat za používání parkoviště úplatu a zaváže-li se za to platit zadavateli roční náhradu, nejedná se o veřejnou zakázku na služby ve smyslu směrnice Rady 92/50/EHS ze dne 18. června 1992 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na služby, nýbrž o koncesi na služby, na kterou se tato směrnice nevztahuje.

- 2) Zadá-li obec provozování veřejného placeného parkoviště bez předchozího provedení zadávacího řízení akciové společnosti, ve které je jediným akcionářem, neporušuje tímto ustanovení článků 43 ES, 49 ES a 86 ES, pokud obec vykonává nad touto akciovou společností kontrolu podobnou jako nad vlastními organizačními útvary a tato společnost vykonává svoji činnost převážně ve prospěch obce.

Vykonávání kontroly podobné jako nad vlastními organizačními útvary není vyloučeno již proto, že obec je ze zákona povinna v budoucnu v rámci určité lhůty otevřít tuto akciovou společnost pro účast třetích osob nebo proto, že orgány této akciové společnosti mají rozsáhlé pravomoci pro obchodní vedení společnosti.

Činnost vykonávaná převážně pro obec není vyloučena pouze proto, že ve stanovách této akciové společnosti je její možný předmět podnikání z věcného, jakož i z místního hlediska široce formulován; rozhodující je spíše skutečně vykonávaná činnost.“