

STANOVISKO GENERÁLNÍ ADVOKÁTKY

JULIANE KOKOTT

přednesené dne 13. března 2008¹

I – Úvod

agenturou Austria Presse Agentur, které se měnily v letech 2000, 2001 a 2005.

1. V projednávaném případě předkládá rakouský Bundesvergabeamt (spolkový úřad pro zadávání zakázek) Soudnímu dvoru velmi obsáhlý katalog otázek týkajících se výkladu různých ustanovení práva Společenství z oblasti veřejných zakázek. Přitom se v podstatě jedná o výklad pojmu „zadávání“ ve smyslu právních předpisů o veřejných zakázkách. Zejména je třeba objasnit, za jakých podmínek je třeba nahlížet na změnu stávající smlouvy jakožto na opětovné zadání veřejné zakázky na služby s tím důsledkem, že musí být případně znovu provedeno zadávací řízení a nezohledněné podniky mají nárok na právní ochranu.

II – Právní rámec

A – Právo Společenství

2. Na pozadí této žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce je urputný spor o poskytování služeb tiskové agentury rakouským spolkovým orgánům, v němž presstext Nachrichtenagentur, relativně nový poskytovatel na rakouském trhu, napadá právní cestou smluvní vztahy existující tradičně mezi Rakouskou republikou a zavedenou

3. Právní rámec Společenství tohoto případu určují dvě směrnice z oblasti právních předpisů o veřejných zakázkách, a sice

– směrnice Rady 92/50/EHS ze dne 18. června 1992 o koordinaci postupů při

1 — Původní jazyk: němčina.

zadávaní veřejných zakázek na služby²
(dále jen „směrnice 92/50“) a

„[Pro účely této směrnice] se rozumějí ‚vyjednávacími řízeními‘ ta vnitrostátní řízení, ve kterých zadavatelé konzultují poskytovatele služeb podle svého výběru a vyjednávají s jedním nebo více z nich smluvní podmínky.“

- směrnice Rady 89/665/EHS ze dne 21. prosince 1989 o koordinaci právních a správních předpisů týkajících se přezkumného řízení při zadávání veřejných zakázek na dodávky a stavební práce³ ve znění směrnice 92/50 (dále jen „směrnice 89/665“)⁴.

5. Článek 3 směrnice 92/50, nacházející se rovněž v hlavě I, zní následovně (výňatek):

„1. Při zadávání veřejných zakázek nebo při organizování veřejné soutěže na určitý výkon používají zadavatelé postupy přizpůsobené ustanovením této směrnice.

1. Relevantní ustanovení směrnice 92/50

4. Mezi obecnými předpisy v hlavě I směrnice 92/50 obsahuje čl. 1 písm. f) následující definici:

2. Zadavatelé zajistí, aby nedocházelo k diskriminaci jednotlivých poskytovatelů služeb.

2 — 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). Poslední změnu však bylo třeba provést do vnitrostátního práva až ke dni 31. ledna 2006. Jelikož nebyla předčasně provedena do rakouského práva, je pro skutkový stav v původním řízení, který se týká let 2000, 2001 a 2005, irelevantní.

3 — Úř. věst. L 395, s. 33; Zvl. vyd. 06/01, s. 246.

4 — Další změny této směrnice byly provedeny směrnicí Evropského parlamentu a Rady 2007/66/ES ze dne 11. prosince 2007, kterou se mění směrnice Rady 89/665/EHS a 92/13/EHS, pokud jde o zvýšení účinnosti přezkumného řízení při zadávání veřejných zakázek (Úř. věst. L 335, s. 31; dále jen „směrnice 2007/66“). Poslední změny však vstoupily v platnost teprve 9. ledna 2008 a je třeba je provést do 20. prosince 2009; pro skutkový stav v původním řízení jsou proto irelevantní.

[...]“

6. V hlavě II směrnice 92/50 jsou pod nadpisem „Dvoustupňové použití“ články 8 až 10, které znějí následovně:

„Článek 8

„Zadavatelé mohou zadat veřejné zakázky na služby ve vyjednávacím řízení bez předchozího zveřejnění vyhlášení zakázky v těchto případech:

Zakázky, jejichž předmětem jsou služby uvedené v příloze I A, jsou zadávány v souladu s ustanoveními hlav III až VI.

[...]

Článek 9

Zakázky, jejichž předmětem jsou služby uvedené v příloze I B, jsou zadávány v souladu s články 14 a 16.

- b) pokud mohou být práce z technických či uměleckých důvodů nebo z důvodů souvisejících s ochranou výlučných práv provedeny pouze určitým poskytovatelem služeb;

Článek 10

[...]“.

Zakázky, jejichž předmětem jsou služby uvedené jak v příloze I A, tak I B, jsou zadávány v souladu s ustanoveními hlav III až VI, pokud hodnota služeb uvedených v příloze I A je vyšší než hodnota služeb uvedených v příloze I B. Pokud se nejedná o tento případ, zadávají se v souladu s články 14 a 16.“

- 8. Článek 31 odst. 3 směrnice 92/50, který náleží do hlavy VI, stanoví:

7. Hlava III směrnice 92/50 nese nadpis „Výběr postupů při zadávání zakázek a pravidla, kterými se řídí veřejné soutěže na určitý výkon“. Je zde uveden čl. 11 odst. 3, který obsahuje následující úpravu:

„Pokud z jakéhokoli oprávněného důvodu nemůže poskytovatel služby poskytnout doklady požadované zadavatelem, může doložit své hospodářské a finanční postavení jakýmkoli jiným dokladem, který zadavatel považuje za vhodný.“

2. Relevantní ustanovení směrnice 89/665

protiprávního jednání vznikla škoda nebo jí hrozí. Členské státy mohou zejména požadovat, aby osoba usilující o přezkum nejprve oznámila zadavateli domnělé protiprávní jednání a svůj záměr podat návrh na přezkum.“

9. V článku 1 směrnice 89/665 je stanoveno následující:

„1. Pokud jde o postupy při zadávání veřejných zakázek, které spadají do působnosti směrnic 71/305/EHS, 77/62/EHS a 92/50/EHS, přijmou členské státy opatření nezbytná pro zajištění účinného, a zejména co nejrychlejšího přezkumu rozhodnutí učiněných zadavateli podle následujících článků, [...] z toho důvodu, že rozhodnutí porušila právo Společenství v oblasti veřejných zakázek nebo vnitrostátní předpisy je provádějící.

10. V článku 2 směrnice 89/665 se uvádí:

„1. Členské státy zajistí, aby opatření přijímaná v souvislosti s přezkumným řízením uvedeným v článku 1 zahrnovala následující ustanovení týkající se pravomoci:

2. Členské státy zajistí, aby nedocházelo k diskriminaci mezi podniky uplatňujícími nárok na náhradu škody, která jim vznikla v rámci postupu při udělování veřejné zakázky v důsledku toho, že tato směrnice rozlišuje mezi vnitrostátními předpisy provádějícími právo Společenství a jinými vnitrostátními předpisy.

[...]

b) zrušit protiprávní rozhodnutí nebo zajistit jeho zrušení [...];

3. Členské státy zajistí, aby přezkumné řízení bylo dostupné podle podrobných pravidel, která mohou stanovit členské státy, každé osobě, která má nebo měla zájem na získání určité veřejné zakázky na dodávky nebo stavební práce a které v důsledku domnělého

c) přiznat náhradu škody osobám poškozeným protiprávním jednáním.

2. Pravomoci uvedené v odstavci 1 mohou být rozděleny mezi různé orgány, které jsou příslušné k přezkumu z různých hledisek.

„(1) Podnikatel, který měl zájem na uzavření smlouvy spadající do působnosti tohoto spolkového zákona může, pokud mu na základě tvrzeného protiprávního jednání vznikla škoda, požádat o určení, že

[...]

5. Členské státy mohou stanovit, že pokud je nárok na náhradu škody uplatňován na základě skutečnosti, že rozhodnutí bylo protiprávní, musí být napadené rozhodnutí nejprve zrušeno orgánem, který je k tomu oprávněn.

1. volba přímého zadání nebo zadávacího řízení bez předchozího zveřejnění byla kvůli porušení tohoto spolkového zákona nebo nařízení vydaných k jeho provádění nebo porušení přímo použitelných právních předpisů Společenství protiprávní nebo

[...].“

[...]

B – Vnitrostátní právo

11. Z rakouského práva je třeba vyzdvihnout § 331 Bundesvergabegesetz (spolkový zákon o zadávání veřejných zakázek) ve znění, které nabylo účinnosti dne 1. ledna 2006⁵ (dále jen: BVergG 2006), který tvoří právní základ pro určovací řízení před Bundesvergabeamt a zní následovně (výňatek):

4. zadání zakázky, které bylo bez účasti dalších podniků v řízení zadáno přímo jednomu podniku, bylo na základě ustanovení tohoto spolkového zákona zjevně nepřipustné.“

12. Podle § 332 odst. 2 a 3 BVergG 2006 zanikne nárok na určení stanovený v § 331 BVergG 2006 nejpozději do šesti měsíců od zadání zakázky.

5 — BGBl. I, č. 17/2006.

13. Z ustanovení § 132 odst. 3 BVergG 2006 vyplývá, že úspěšná žádost podle § 331 odst. 1 bodu 4 tohoto zákona vede v okamžiku pravomocného určení k absolutní neplatnosti smluvního vztahu.

14. Od určovacího řízení je třeba odlišovat žalobu na náhradu škody, k jejímuž projednávání není příslušný Bundesvergabeamt, ale rakouské občanskoprávní soudy. Podle § 341 odst. 2 BVergG 2006 je žaloba na náhradu škody přípustná pouze tehdy, jestliže jí předcházelo úspěšné určovací řízení.

III – Skutkový stav a původní řízení

15. Základ tohoto případu tvoří skutkový stav, který lze s ohledem na údaje uvedené v předkládacím usnesení shrnout následovně.

A – Tiskové agentury, účastníci se řízení

16. Austria Presse Agentur (dále jen „APA“) byla v Rakousku založena ve formě družstva⁶ po druhé světové válce⁷, přičemž jejími členy jsou téměř všechny rakouské deníky a rovněž Österreichische Rundfunk ORF (rakouský rozhlas). Spolu s ostatními společnostmi této skupiny má APA vedoucí postavení na trhu tiskových agentur v Rakousku a poskytuje Rakouské republice tradičně různé služby tiskové agentury.

17. Presstext Nachrichtenagentur GmbH (dále jen „PN“) je činná na rakouském trhu tiskových agentur od roku 1999, avšak doposud dělala tisková sdělení pro spolkové orgány pouze v omezeném rozsahu. PN má rovněž méně spolupracovníků – novinářů než APA a nedisponuje tak rozsáhlým archivem jako APA. V roce 2004 nabídla PN Rakouské republice poskytování služeb tiskové kanceláře, avšak tato nabídka nevedla k uzavření smlouvy.

6 — Ze spisu vyplývá, že se jedná o registrované družstvo s ručením omezeným.

7 — Předchůdce APA, „Österreichische Correspondenz“, byla založena ve Vídni již v roce 1849.

B – Sporné smluvní vztahy mezi APA a Rakouskou republikou

18. V roce 1994, tedy ještě před svým přistoupením k Evropské unii, uzavřela Rakouská republika takzvanou základní smlouvu s APA, která stanovila poskytování určitých služeb za odměnu⁸. Tato základní smlouva v podstatě umožňovala rakouským spolkovým orgánům získání a využití aktuálních informací („základní služba“), přístup k historickým informacím a historickým tiskovým sdělením z databáze APA nazvané „APADok“ a využití originální textové služby APA „OTS“ k získání informací pro vlastní potřebu, jakož i k šíření vlastních tiskových sdělení. Databáze APADok obsahuje údaje základní služby od 1. ledna 1988 a sdělení OTS od 1. června 1989.

19. Základní smlouva byla uzavřena na dobu neurčitou, přičemž bylo ujednáno vzdání se práva výpovědi, na jehož základě bylo možné smlouvu ukončit nejdříve ke dni 31. prosince 1999. Základní smlouva obsahovala rovněž ustanovení o okamžiku prvních navýšení ceny, nejvyšší cenu každého navýšení a valorizaci cen na základě indexu spotřebitelských cen z roku 1986, přičemž vztažnou hodnotou byla hodnota indexu vypočteného pro rok 1994.

20. V září 2000 založila APA dceřinou společností APA-OTS Originaltext-Service GmbH (dále jen „APA-OTS“), kterou stoprocentně vlastní. Mezi oběma společnostmi existuje smlouva o společném fondu zisku a ztrát, z něhož podle údajů APA a APA-OTS vyplývá, že APA-OTS je finančně, organizačně a hospodářsky začleněna do podniku APA a v oblasti řízení musí postupovat podle pokynů APA. APA-OTS je krom toho povinna odvádět své roční zisky APA, přičemž APA je naopak povinna vyrovnat případné roční ztráty APA-OTS.

21. APA převedla na APA-OTS činnost své originální textové služby OTS. Tato změna byla oznámena Rakouské republice v říjnu 2000, přičemž na dotaz Bundeskanzleramt (úřadu spolkového kancléře) jej pověřený pracovník APA ujistil, že APA bude po vyčlenění „společně a nerozdílně“ odpovědnou s APA-OTS, a na „uplatňovaném celkovém objemu služeb“ se nic nemění. Bundeskanzleramt udělil následně podle vlastních údajů svůj souhlas k budoucímu poskytování služeb OTS společností APA-OTS, a odměny za tyto služby byly nadále odváděny přímo APA-OTS.

22. V roce 2001 byla prvním dodatkem změněna ustanovení o odměně v základní smlouvě z roku 1994. Vedle přepočtu odměn z rakouských šilinků na euro stanovil tento dodatek za přijetí tiskových sdělení spolkových orgánů do OTS na roky 2002, 2003

8 — Podle údajů předsednictva Bundeskanzleramt, které je účastníkem řízení, se zde jedná o úpravu smluvního vztahu existujícího již od roku 1946.

a 2004 maximální odměny⁹, které nemohly být zvýšeny. Krom toho byla upravena valorizační doložka odkazem na nový index nahrazující index užitý v základní smlouvě.

23. V říjnu 2005 vedl druhý dodatek s účinností ode dne 1. ledna 2006 ke dvěma dalším změnám základní smlouvy ve znění prvního dodatku: Rabat z odměny pro dotazy z informačních služeb APA zaslané online byl zvýšen z 15 % na 25 % a smluvní strany ujednaly obnovení vzdání se práva výpovědi až ke dni 31. prosince 2008.

C – Řízení před Bundesvergabeamt (určovací řízení)

24. PN se u Bundesvergabeamt dožaduje právní ochrany proti postupům, které jsou z jejího pohledu v rozporu s právními předpisy o veřejných zakázkách, v souvislosti se zapojením APA-OTS jakožto poskytovatele služeb pro Rakouskou republiku a s oběma dodatky k základní smlouvě uzavřenými mezi APA a Rakouskou republikou.

25. Žádostmi podanými dne 4. a 19. července 2006 požaduje PN od Bundesvergabeamt podle § 331 BVergG 2006 určení, že rozdělení zakázky transformací APA v roce 2000, jakož i dodatky k základní smlouvě z let 2001 a 2005 označené PN jako „De-facto-zadávání“ byly protiprávní; podpůrně požaduje určení, že volba dotčených zadávacích řízení byla protiprávní¹⁰.

26. Ohledně lhůt pro žádost uvádí Bundesvergabeamt, že k napadeným jednáním došlo sice v letech 2000, 2001 a 2005, avšak právní prostředek vnitrostátního práva, který je k dispozici proti protiprávnímu zadávání zakázek, tj. žádost o určení s účinkem zrušení smlouvy, byl zaveden později, s účinností od 1. února 2006. Lhůta stanovená pro tento právní prostředek činí šest měsíců od data protiprávního zadání zakázky. Bundesvergabeamt však považuje za vhodné uplatnění § 1496 Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (všeobecný občanský zákoník, dále jen „ABGB“), podle nějž nemohou promlčecí lhůty běžet, pokud nelze provést výkon spravedlnosti, za předpokladu, že toto uplatnění je v souladu s právem Společenství.

⁹ — Tyto maximální odměny se uplatní, jestliže jsou sděleny poskytována *online*.

¹⁰ — Podle předkládacího usnesení se opírá hlavní návrh PN o § 331 odst. 1 bod 4, podpůrný návrh o § 331 odst. 1 bod 1 BVergG 2006.

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

27. Usnesením ze dne 7. listopadu 2006, vyhotoveným dne 10. listopadu 2006 a došlým Soudnímu dvoru dne 13. listopadu 2006, přerušil Bundesvergabeamt své řízení a předložil Soudnímu dvoru následující předběžné otázky:

„1) Musí být pojem ‚zadávání‘ v čl. 3 odst. 1 směrnice 92/50 a pojem ‚zadávány‘ v člancích 8 a 9 směrnice 92/50 vykládány v tom smyslu, že zahrnují také skutkové stavy, ve kterých zadavatel zamýšlí odebrat v budoucnu služby od poskytovatele služeb, který má formu kapitálové společnosti, pokud byly tyto služby dříve poskytovány jiným poskytovatelem služeb, který je jednak jediným společníkem budoucího poskytovatele služeb, a jednak vykonává nad budoucím poskytovatelem kontrolu prostřednictvím pokynů? Je v takovém případě právně relevantní, že přitom zadavateli není zaručeno, že podíly na společnosti budoucího poskytovatele služeb nebudou během celé doby platnosti původní smlouvy zcela nebo zčásti prodány třetím subjektům, a že není zaručeno také to, že se složení členů původního poskytovatele služeb organizovaného jako družstvo během celé doby platnosti smlouvy nezmění?

2) Musí být pojem ‚zadávání‘ v čl. 3 odst. 1 směrnice 92/50 a pojem ‚zadávány‘ v člancích 8 a 9 směrnice 92/50 vykládány v tom smyslu, že zahrnují také skutkové stavy, ve kterých zadavatel s poskytovateli služeb během doby platnosti smlouvy, uzavřené s nimi za účelem společného poskytování služeb na dobu neurčitou, dojedná změny odměn za určitá smluvní plnění a nově formuluje valorizační doložku, jestliže tyto změny vedou ke změněním odměnám a byly provedeny v souvislosti s přechodem na euro?

3) Musí být pojem ‚zadávání‘ v čl. 3 odst. 1 směrnice 92/50 a pojem ‚zadávány‘ v člancích 8 a 9 směrnice 92/50 vykládány v tom smyslu, že zahrnují také skutkové stavy, ve kterých zadavatel s poskytovateli služeb dojedná během doby platnosti smlouvy, uzavřené s nimi za účelem společného poskytování služeb na dobu neurčitou, prostřednictvím změny smlouvy opětovně doložku vzdání se práva výpovědi na období 3 let, která k okamžiku nového ujednání již neplatila, přičemž v rámci této změny smlouvy jsou pro určitou oblast plnění dodatečně stanoveny vyšší rabaty, než byly doposud stanoveny pro určité odměny určené v závislosti na množství?

4) V případě odpovědi, která potvrdí existenci zadávání ve smyslu některé z prvních tří otázek:

Musí být čl. 11 odst. 3 písm. b) směrnice 92/50 nebo ostatní předpisy práva Společenství, jako zejména zásada transparentnosti, vykládány v tom smyslu, že zadavateli dovolují zadat zakázku

na poskytování služeb v jedné jediné smlouvě o poskytování služeb ve vyjednávacím řízení bez předchozího zveřejnění vyhlášení zakázky, jestliže se na část služeb vztahují výlučná práva, tak jak je uvedeno v čl. 11 odst. 3 písm. b) směrnice 92/50? Nebo vyžaduje zásada transparentnosti, resp. ostatní předpisy práva Společenství, při zadávání převážně nevyhrazených služeb, aby v takovémto případě bylo přesto před zadáním zakázky provedeno zveřejnění vyhlášení zakázky, aby byl zájemcům z podnikatelských kruhů umožněn přezkum, zda jsou skutečně zadávány služby, které podléhají výlučnému právu? Nebo vyžadují předpisy práva Společenství o zadávání veřejných zakázek, aby v takovémto případě byly zadávány služby jen v oddělených zadávacích řízeních v závislosti na existenci nebo neexistenci výlučného práva, aby se alespoň částečně umožnila soutěž o veřejnou zakázku?

- 5) Pro případ, že by byla čtvrtá otázka zodpovězena v tom smyslu, že zadavatel smí zadávat poskytování služeb, na která se výlučná práva nevztahují společně se službami, na která se výlučná práva vztahují, v jednom jediném zadávacím řízení:

Může podnikatel, při neexistenci vlastního oprávnění k nakládání s údaji, které podléhají výlučnému právu podniku s dominantním postavením na trhu, odůvodnit svou příslušnou způsobilost poskytovat celkový rozsah služeb zadavateli ve smyslu práva zadávání veřejných zakázek tím, že odkáže na článek 82 ES a na z tohoto ustanovení vyplývající povinnost podniku, který má dominantní postavení na trhu v jednom ze

smluvních států ES a oprávnění k nakládání s údaji, poskytovat tyto údaje za přiměřených podmínek?

- 6) Pro případ, že by byly první, druhá a třetí otázka zodpovězeny v tom smyslu, že částečným převzetím smluvních závazků v roce 2000 nebo jednou, resp. oběma, uvedenými změnami smlouvy došlo k novému zadání; a dále v případě, že by čtvrtá otázka měla být zodpovězena v tom smyslu, že zadavatel měl povinnost při zadávání služeb, které nepodléhají výlučným právům, prostřednictvím odděleného zadávání, anebo při zadávání smlouvy o poskytování celkového rozsahu služeb (zde tisková sdělení, základní služba a uživatelská práva k APADok), předtím provést zveřejnění vyhlášení zakázky za účelem transparentnosti a přezkoumatelnosti plánovaného zadávání:

Musí být pojmy „škoda“ v čl. 1 odst. 3 směrnice 89/665, resp. slovní spojení „být poškozeným“, v čl. 2 odst. 1 písm. c) směrnice 89/665 vykládány v tom smyslu, že podnik v takovém případě, jakým je projednávaný případ, utrpěl škodu ve smyslu tohoto ustanovení směrnice 89/665, resp. byl poškozen již tehdy, když byl zbaven možnosti účasti v zadávacím řízení proto, že zadavatel před zadáním neprovedl zveřejnění vyhlášení zakázky, na základě kterého by se podnikatel o zadávanou zakázku mohl ucházet, podat nabídku nebo tvrzením, že údajně existují výlučná práva, vyvolat přezkum příslušným orgánem pro kontrolu zadávání veřejných zakázek?

- 7) Musí být zásada rovnocennosti práva Společenství, povinnost účinné právní ochrany podle práva Společenství, resp. zásada efektivit, vykládány s ohledem na ostatní předpisy práva Společenství v tom smyslu, že tímto je podniku přiznáno subjektivní a nepodmíněné právo vůči členskému státu, aby tento podnik mohl své právní prostředky k získání náhrady škody, vzniklé po udělení zakázky z důvodu porušení práva Společenství v oblasti zadávání veřejných zakázek, uplatnit u příslušného vnitrostátního orgánu alespoň ve lhůtě šesti měsíců od okamžiku, kdy se mohl dozvědět o zadání zakázky, které je v rozporu s právem zadávání veřejných zakázek, přičemž tato lhůta musí být prodloužena o dobu, v níž nebylo vzhledem k nedostatku vnitrostátní právní úpravy možné odpovídající uplatnění provést, jestliže pro nároky na náhradu škody založené na jednání, jež je v rozporu s vnitrostátním právem, jsou ve vnitrostátním právním řádu zpravidla stanoveny promlčecí lhůty v délce tří let od okamžiku, kdy se poškozený dozvěděl o škodě a o tom, kdo za ni odpovídá, a jestliže při nedostatku právní ochrany v určité oblasti práva promlčecí lhůty také (dále) neběží?“

28. V řízení před Soudním dvorem předložily PN, APA a APA-OTS, Rakouská republika a Komise Evropských společenství písemná a ústní vyjádření. Krom toho se řízení písemně zúčastnily Präsidium des österreichischen Bundeskanzleramts (předsednictvo rakouského úřadu spolkového kancléře) jakožto zadavatel a litevská vláda; francouzská vláda se vyjádřila ústně.

V – Přípustnost žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce

29. Než se začnu obsahově zabývat předběžnými otázkami, je třeba uvést několik krátkých úvodních poznámek k přípustnosti žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce.

A – K oprávnění Bundesvergabeamt předložit žádost o rozhodnutí o předběžné otázce

30. Rakouský Bundesvergabeamt je stálým orgánem zřízeným ze zákona, který je povinně příslušný v případech týkajících se právních předpisů ohledně veřejných zakázek, u nichž je zadavatelem spolkový stát¹¹. Rozhoduje ve sporném řízení na základě právních norem rakouského spolkového práva. V těchto případech funguje Bundesvergabeamt zároveň jako první i poslední stupeň¹². Jeho členové nejsou ohledně výkonu jim příslušejících úkolů vázání žádnými pokyny a jsou jmenováni nejméně na pět let, zčásti i na dobu neurčitou¹³.

11 — Ustanovení § 291 BVerG 2006.

12 — Ustanovení § 291 odst. 2 druhá věta BVerG 2006.

13 — Ustanovení § 292 a § 295 BVerG 2006.

31. Bundesvergabeamt tak má postavení soudu ve smyslu článku 234 ES¹⁴ a je oprávněn předložit Soudnímu dvoru žádost o rozhodnutí o předběžné otázce. Soudní dvůr již tedy několikrát¹⁵ odpověděl na žádost o rozhodnutí o předběžné otázce podanou Bundesvergabeamt¹⁶.

33. Z předkládacího usnesení lze zejména dovodit, že žádost o rozhodnutí o předběžné otázce má být objasněno, zda je v rámci vnitrostátního řízení nutno ohledně určitých skutečností provést rozsáhlé dokazování či zda lze původní spor rozhodnout i bez tohoto dokazování.

B – K přípustnosti žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce obecně

32. Kritika APA a APA-OTS směřující proti komplexní a těžko pochopitelné formulaci žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce nic nemění na tom, že předběžné otázky jsou celkově ještě srozumitelné. Z vysvětlení podaných Bundesvergabeamt v předkládacím usnesení lze dostatečně přesně dovodit, do jakého skutkového a právního rámce spadají otázky a proč je Bundesvergabeamt v projednávaném případě považuje za relevantní.

34. K tomu je třeba poznamenat, že je na vnitrostátním soudu, aby rozhodl, v jakém stadiu řízení má Soudnímu dvoru předložit předběžnou otázku¹⁷. Podstatné je, aby předkládající soud dostatečně rozvedl skutkový a právní rámec, který je podkladem jeho žádosti o výklad práva Společenství, a i jinak poskytl Soudnímu dvoru všechny informace, které jsou nutné pro užitečnou odpověď na tuto žádost¹⁸. Na rozdíl od stanoviska APA a APA-OTS se zde jedná o tento případ. Tím nejsou dány žádné námitky ohledně přípustnosti žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce obecně.

14 — K ustálené judikatuře ohledně pojmu „soud“ viz rozsudky ze dne 17. září 1997, Dorsch Consult (C-54/96, Recueil, s. I-4961, bod 23); ze dne 31. května 2005, Syfait a další (C-53/03, Sb. rozh. s. I-4609, bod 29), a ze dne 18. října 2007, Österreichischer Rundfunk (C-195/06, Sb. rozh. s. I-8817, bod 19).

15 — Viz rozsudky ze dne 14. listopadu 2002, Felix Swoboda (C-411/00, Recueil, s. I-10567, zejména body 25 až 28); ze dne 18. března 2004, Siemens a ARGE Telekom (C-314/01, Recueil, s. I-2549), a ze dne 2. června 2005, Koppensteiner (C-15/04, Sb. rozh. s. I-4855). Dnešní organizační forma Bundesvergabeamt na základě BVergG 2006 odpovídá podle předkládacího usnesení v podstatě jeho formě v případě Koppensteiner.

16 — Podobně uznal Soudní dvůr spolkový kontrolní výbor pro zadávání zakázek, který existoval svého času v Německu, jako soud oprávněný podat žádost o rozhodnutí o předběžné otázce (rozsudek Dorsch Consult, citovaný výše v poznámce pod čarou 14, bod 38).

17 — Rozsudky ze dne 10. července 1984, Campus Oil a další (72/83, Recueil, s. 2727, bod 10); ze dne 12. června 2003, Schmidberger (C-112/00, Recueil, s. I-5659, bod 39), a ze dne 17. dubna 2007, AGM-COS.MET (C-470/03, Sb. rozh. s. I-2749, bod 45).

18 — Rozsudek Schmidberger (citovaný výše v poznámce pod čarou 17, body 40 a 41).

C – Konkrétně k přípustnosti šesté otázky

neboť posledně uvedený předpis se týká přímo přiznání náhrady škody.

35. Zvláštní problém přípustnosti však vyvstává ohledně šesté předběžné otázky, jejímž předmětem je výklad pojmů „škoda“, resp. „být poškozeným“, v čl. 1 odst. 3 a čl. 2 odst. 1 písm. c) směrnice 89/665.

D – Dílčí výsledky

36. Bundesvergabeamt je v původním řízení, tj. v řízení na základě § 331 BVergG 2006, příslušný pouze ke *konstatování případného porušení přiznání náhrady škody* právních předpisů v oblasti zadávání zakázek, nikoliv však k , které je vyhrazeno rakouským občanskoprávním soudům¹⁹. Proto nesmí Bundesvergabeamt předkládat Soudnímu dvoru žádné předběžné otázky vztahující se k poskytnutí náhrady škody nebo k podmínkám tohoto poskytnutí²⁰.

38. Tato žádost o rozhodnutí o předběžné otázce je tedy celkově přípustná s výjimkou části šesté otázky, vztahující se k čl. 2 odst. 1 písm. c) směrnice 89/665.

VI – Obsahové posouzení předběžných otázek

37. Za těchto podmínek je šestá předběžná otázka přípustná pouze co se týče podmínek přípustnosti návrhu na přezkum podle čl. 1 odst. 3 směrnice 89/665. V rozsahu, v němž se však šestá otázka vztahuje k čl. 2 odst. 1 písm. c) směrnice 89/665, je nepřípustná,

39. Obsahově je podstatou velmi obsáhlé žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce vyjasnit, za jakých podmínek je třeba pohlížet na změnu stávající smlouvy jako na zadání veřejné zakázky na služby s tím důsledkem, že musí být předtím případně provedeno zadávací řízení a nezohledněným podnikům přísluší právní ochrana.

40. Nanejvýš zajímavá dodatečná otázka, zda je uzavírání časově neomezených trva-

19 — Rakousko využilo možnosti uvedené v čl. 2 odst. 2 směrnice 89/665 rozdělit pravomoci v přezkumném řízení mezi různé orgány.

20 — Rozsudek ze dne 19. června 2003, GAT (C-315/01, Recueil, s. I-6351, bod 38).

lých závazkových vztahů nějakým způsobem omezeno právními předpisy o zadávání zakázek nebo jinými ustanoveními práva Společenství, není předmětem tohoto řízení. Jelikož byla časově neomezená základní smlouva z roku 1994 uzavřena ještě před přístupem Rakouska k Evropské unii²¹, není třeba se tímto problémem, ani jakožto s úvodní otázkou, blíže zabývat²².

42. Tímto problémem se judikatura soudů Společenství dosud podrobně nezabývala²³.

A – K první, druhé a třetí otázce

41. Podstatou prvních tří otázek Bundesvergabeamt je, za jakých okolností je třeba považovat změny stávajících smluvních vztahů mezi zadavatelem a poskytovatelem služeb za opětovné zadání veřejné zakázky na služby ve smyslu směrnice 92/50.

1. Úvodní poznámka: Kritérium podstatné změny smlouvy

43. Především u dlouhodobých závazkových vztahů a u smluv s delší dobou trvání může být nezbytné během jejího provádění upravit smluvní obsah, pokud se prokáže, že smluvní ujednání jsou již – například z důvodu nepředvídané změny vnějších okolností – nevyhovující. Přizpůsobení obsahu smlouvy změněným okolnostem může přispět k tomu, že je lépe dosaženo cíle smlouvy.

44. Pokud ale byla předmětem původní smlouvy veřejná zakázka, nabízí se u pozdějších obsahových změn této smlouvy vždy otázka, zda je (případně znovu) třeba provést zadávací řízení. Přitom se pravidelně vytvoří napětí jednak mezi úsilím o co možná nejefektivnější pokračování v provádění zakázky,

21 — Viz k tomu rozsudek ze dne 24. září 1998, Tögel (C-76/97, Recueil, s. I-5357, body 53 a 54). Na rozdíl od událostí z let 2000, 2001 a 2005, které se nyní staly předmětem sporu a které nastaly v časové působnosti práva Společenství, nepoužily se směrnice o zadávání veřejných zakázek na základní smlouvu, neboť Rakousko v roce 1994 ještě nebylo členem Evropské unie.

22 — Ke zvláštnímu problému spojení časově neomezené smlouvy se vzdáním se práva výpovědi viz níže zejména bod 74 tohoto stanoviska.

23 — Žádost o rozhodnutí o předběžné otázce německého Oberlandesgericht Rostock nevedla k rozhodnutí Soudního dvora (věc C-50/03, vyřknutá dne 9. listopadu 2004).

a jednak povinností zachovávat rovnost příležitostí pro všechny aktuální a potenciální poskytovatele.

zadání zakázky vést jinými než hospodářskými úvahami²⁶.

45. Zásadně nelze od počátku vyloučit, že pozdější obsahové změny stávajících smluv (případně znovu) naplní skutkovou podstatu zadávání veřejné zakázky s tím důsledkem, že je třeba je podřídít postupům zadávání veřejných zakázek. Právní pojmy, které definují působnost směrnic o zadávání veřejných zakázek, je třeba podle ustálené judikatury vykládat široce²⁴.

46. Nakonec se však výklad pojmu „zadávání“ musí řídit cíli dotyčné směrnice. Účelem koordinace postupů zadávání veřejných zakázek je odstranění překážek volného pohybu služeb a zboží, a tedy ochrana zájmů hospodářských subjektů z jiných členských států²⁵. Je třeba vyloučit, aby zadavatelé veřejných zakázek upřednostňovali tuzemské uchazeče nebo zájemce a nechávali se při

47. V souladu s tím sleduje i směrnice 92/50 jakožto hlavní cíl uskutečnění volného pohybu služeb a otevření trhů nenarušené a co nejširší možné hospodářské soutěži²⁷. K tomu je nezbytný transparentní a nediskriminační postup při zadávání veřejných zakázek na služby, aby byla zaručena rovnost příležitostí všech v úvahu přicházejících poskytovatelů služeb.

48. Na pozadí těchto cílů nevyžadují všechny – i ty nejméně významné – změny smluv týkajících se veřejných zakázek na služby předchodí zadávací řízení. Pouze *podstatné změny smlouvy*, které mohou konkrétně zkusit hospodářskou soutěž na dotyčném trhu a zvýhodnit smluvního partnera zadavatele oproti jiným možným poskytovatelům služeb, odůvodňují opětovné provedení postupu zadávání²⁸.

24 — K širokému výkladu různých pojmů definujících působnost směrnic o zadávání veřejných zakázek viz rozsudky ze dne 27. února 2003, *Adolf Truley* (C-373/00, Recueil, s. I-1931, bod 43), ze dne 8. září 2005, *Espace Trianon a Sofibail* (C-129/04, Sb. rozh. s. I-7805, bod 73), a ze dne 29. listopadu 2007, *Komise v. Itálie* (C-119/06, bod 43).

25 — Rozsudky ze dne 10. listopadu 1998, *BFI Holding* (C-360/96, Recueil, s. I-6821, bod 41); ze dne 3. října 2000, *University of Cambridge* (C-380/98, Recueil, s. I-8035, bod 16); ze dne 13. listopadu 2007, *Komise v. Irsko* (C-507/03, Sb. rozh. s. I-9777, bod 27), a ze dne 13. prosince 2007, *Bayerischer Rundfunk a další* (C-337/06, Sb. rozh. s. I-11173, bod 38); viz rovněž druhý a šestý bod odůvodnění směrnice 92/50.

26 — Rozsudky *University of Cambridge* (viz výše, poznámka pod čarou 25, bod 17), *Felix Swoboda* (viz výše, poznámka pod čarou 15, bod 45) a *Bayerischer Rundfunk a další* (viz výše, poznámka pod čarou 25, bod 36).

27 — Rozsudky ze dne 11. ledna 2005, *Stadt Halle a RPL Lochau* (C-26/03, Sb. rozh. s. I-1, body 44 a 47), a *Bayerischer Rundfunk a další* (viz výše, poznámka pod čarou 25, bod 39).

28 — V tomto smyslu rovněž rozsudky ze dne 5. října 2000, *Komise v. Francie* (C-337/98, Recueil, s. I-8377, body 46, 50 a 51), a ze dne 29. dubna 2004, *Komise v. CAS Succhi di Frutta* (C-496/99 P, Recueil, s. I-3801, bod 117), které se vztahují k *podstatným* smluvním podmínkám, resp. podmínkám zadávání.

49. Podstatnou změnu je třeba předpokládat vždy zejména tehdy, když nelze vyloučit, že jiným poskytovatelům služeb bylo původními, méně výhodnými podmínkami zabráněno v ucházení se o veřejnou zakázku nebo že by měli vzhledem k novým smluvním podmínkám nyní zájem ucházet se o veřejnou zakázku nebo že nabídka svého času neúspěšného uchazeče by mohla být vzhledem k novým podmínkám smlouvy úspěšná²⁹.

50. Tyto předběžné úvahy tvoří základ mého dalšího níže následujícího rozboru prvních tří předběžných otázek.

2. K první otázce

a) První část první otázky: Zapojení APA-OTS

51. Podstatou první části první otázky Bundesvergabeamt je, zda je třeba považovat

za opětovné zadání již stávající veřejné zakázky na služby ve smyslu směrnice 92/50, pokud zadavatel akceptuje, že provedení části zakázky je přeneseno na dceřinou společnost poskytovatele, vůči níž má tento právo udílet pokyny a jejímž je 100% vlastníkem, i když jeho 100% podíl není zajištěn na celou dobu trvání smlouvy.

52. Na pozadí této otázky je skutečnost, že APA v roce 2000 vyčlenila služby OTS ve prospěch své dceřiné společnosti APA-OTS. Bez ohledu na to, zda došlo následně v důsledku této přeměny v rámci skupiny APA k „rozdělení smlouvy“, převzetí smlouvy, novaci nebo přistoupení k dluhu³⁰, je každopádně nesporné, že uvedené služby byly nadále poskytovány se souhlasem Bundeskanzleramt přímo společností APA-OTS a rovněž odměna za tyto služby byla odváděna přímo APA-OTS.

53. Tím každopádně v rámci praktického provádění smlouvy došlo v roce 2000 k částečné změně poskytovatele služeb.

29 — Připouštím, že v praxi nebude vždy snadné rozlišovat mezi podstatnými a nepodstatnými změnami smlouvy, neboť k tomu nutně je hodnocení posouzení okolností každého jednotlivého případu. Uplatnění neurčitých právních pojmů a právních pojmů vyžadujících výklad se však v žádné právní oblasti nelze vyhnout. Rovněž v oblasti právních předpisů o zadávání veřejných zakázek není zcela neznámé.

30 — Zdá se, že mezi účastníky původního řízení není ohledně tohoto bodu shody. Rovněž předkládací usnesení nevyužívá jednotné terminologie. Je však záležitostí Bundesvergabeamts, aby objasnil, jak je tento postup třeba občanskoprávně kvalifikovat.

54. Při změně poskytovatele služeb během platnosti veřejné zakázky lze *a priori* předpokládat podstatnou změnu smlouvy, neboť provedením veřejné zakázky je zčásti nebo zcela pověřen podnik, který nemusel soutěžit s jinými uchazeči a jehož výběr ani nespočíval na porovnání s případnými jinými uchazeči. Takový postup v sobě skrývá nebezpečí obcházení právních předpisů týkajících se veřejných zakázek a může zkusit hospodářskou soutěž na příslušném trhu, jakož i zvýhodnit nového poskytovatele služeb vůči jiným možným poskytovatelům.

55. Zvláštní okolnosti případu však mohou prokázat, že změny na straně poskytovatele služeb nemusejí výjimečně znamenat podstatnou změnu smlouvy. Přitom přicházejí v úvahu zejména dvě následující skupiny případů.

56. První skupina případů se týká *zapojení subdodavatelů* smluvním partnerem zadavatele veřejné zakázky. Aby nebyl příliš omezen okruh možných poskytovatelů služeb, stanoví směrnice 92/50 pro zadavatele výslovně možnost umožnit zadání části zakázky třetím stranám³¹. Pro tuto skupinu případů je obvyklé, že hlavní poskytovatel nese i při

přidělení subdodávky plnou smluvní odpovědnost za provedení zakázky na služby ve svém celku nebo za ni každopádně nese společnou odpovědnost.

57. Druhý okruh případů se týká *organizačních změn čistě vnitřní povahy* na straně smluvního partnera zadavatele veřejné zakázky. Mezi tyto případy může patřit i zapojení jedné z dceřiných společností do provádění smlouvy. Otázka, jak úzké však musí být spojení poskytovatele s jeho dotýčnou dceřinou společností, však v projednávaném případě nemusí být definitivně objasněna. Každopádně jsou zde zahrnuty takové dceřiné společnosti, které jsou ovládány poskytovatelem podobně jako jeho vlastní části podniku. Zapojení dceřiné společnosti do provádění smlouvy se pak podobá interní transakci³² na straně poskytovatele služeb, kterým se na podmínkách provádění veřejné zakázky – každopádně ekonomicky vzato – nic podstatného nemění.

58. V obou uvedených skupinách případů je zajištěno, aby změna na straně poskytovatele služeb nevedla ke zkruslení hospodářské soutěže a následně k žádné podstatné změně smlouvy.

31 — Viz článek 25 a čl. 32 odst. 2 písm. c) a h) směrnice 92/50, jakož i rozsudek ze dne 2. prosince 1999, Holst Italia (C-176/98, Recueil, s. I-8607, body 26 a 27). Zadání subdávky na provedení *podstatných částí* zakázky však může být podle vnitrostátního práva omezeno (rozsudek Siemens a ARGE Telekom, viz výše, poznámka pod čarou 15, bod 45).

32 — K podmínkám interní transakce viz zejména rozsudky ze dne 18. listopadu 1999, Teckal (C-107/98, Recueil, s. I-8121, bod 50), Stadt Halle a RPL Lochau (viz výše, poznámka pod čarou 27, bod 49), ze dne 13. října 2005, Parking Brixen (C-458/03, Sb. rozh. s. I-8585, bod 62), a ze dne 19. dubna 2007, Asemfo (C-295/05, Sb. rozh. s. I-2999, bod 55); k pojmu „interní transakce“ viz mé stanovisko ze dne 1. března 2005 ve věci Parking Brixen, body 1 a 2.

59. Takový postup, jakým je zde sporný převod služeb OTS na APA-OTS v roce 2000, se podobá při povrchním zkoumání přidělení subdodávky ze strany APA (první skupina případů). Hovoří pro to, že dotyčné služby jsou nyní poskytovány jinou právnickou osobou, než je APA, přičemž však samotná APA je společně a nerozdílně odpovědná za provádění celé veřejné zakázky na služby, včetně úkolů převzatých APA-OTS.

60. Při bližším zkoumání se však takový útvar, jakým je APA-OTS, nepodobá tolik samostatnému subdodavateli APA jako spíše vlastní části podniku APA. Postup, jakým je zapojení APA-OTS do provádění veřejné zakázky v roce 2000, představuje čistě vnitřní reorganizaci na straně poskytovatele služeb APA (druhá skupina případů).

61. Sice je jedna část služeb, ke kterým se zavázala APA, poskytována nyní jinou právnickou osobou, APA-OTS. Z hospodářského hlediska však APA-OTS není třetí osobou, neboť je zcela kontrolována svou mateřskou společností APA. Nejen 100% vlastnictví podílů ze strany APA, ale i jí příslušející práva udělovat pokyny, jakož i smlouva o společném fondu zisků a ztrát zajišťují, že APA-OTS je ovládána svou mateřskou společností jako vlastní část podniku. Tím se na podmínkách provádění veřejné zakázky z ekonomického pohledu nic podstatného nezměnilo.

62. Postup, jako je postup z roku 2000, v důsledku toho nevedl k žádné zásadní změně smlouvy, a proto s ním nemuselo být zacházeno jako s (opětovným) zadáním veřejné zakázky.

63. Skutečnost, že 100% vlastnictví podílů APA na společnosti APA-OTS není zajištěno po celý průběh veřejné zakázky, s tím není v rozporu³³. APA by sice teoreticky mohla kdykoliv převést podíly APA-OTS na třetí osoby. Směrodatné pro otázku, kterou je zde třeba analyzovat, zda došlo v roce 2000 k podstatné změně smlouvy, a tím k opětovnému zadání veřejné zakázky na služby, jsou však pouze události, které bylo tehdy možné konkrétně předvídat.

64. Zásada právní jistoty vyžaduje, aby byla povinnost uskutečnit zadávací řízení posuzována vždy *ex ante*, tedy k okamžiku provedení právního úkonu³⁴. Neboť již v okamžiku uskutečnění právního jednání musí být jak z pohledu zadavatele a jeho obchodního partnera, tak i z pohledu soutěžitele, který nebyl zohledněn, zjištěné, zda mělo být provedeno zadávací řízení, či ne. Zohlednění pozdějších okolností přichází do úvahy

33 — Totéž platí pro možnost zrušení smlouvy o společném fondu zisků a ztrát.

34 — Viz k tomu mé stanovisko ze dne 1. března 2005 ve věci Parking Brixen (citované v poznámce pod čarou 32, bod 56). Otázka *konkrétní předvídatelnosti* převodu podílů na třetí osoby hraje rozhodující roli i v rozsudcích ze dne 10. listopadu 2005, Komise v. Rakousko (C-29/04, Sb. rozh. s. I-9705, body 38 až 41); ze dne 6. dubna 2006, ANAV (C-410/04, Sb. rozh. s. I-3303, body 30 až 32), a Parking Brixen [citovaný v poznámce pod čarou 32, bod 67 písm. c)].

případně tehdy, když už v okamžiku jednání bylo jisté předvídatelné, že nastanou.

65. Ze spisu vyplývá, že v okamžiku zapojení APA-OTS do provádění veřejné zakázky neexistovala žádná konkrétní vodítka pro případný blížící se převod podílů společností APA. Za těchto okolností trvám na svém odhadu, že takový postup, jakým byl postup z roku 2000, nevedl k žádné zásadní změně smlouvy, a tím pro něj nebylo nutné zadávací řízení.

b) Druhá část první otázky: složení členů APA

66. Bundesvergabeamt si kromě toho přeje zjistit, zda hraje v souvislosti s postupem, jakým byl postup z roku 2000 roli, že se okruh členů družstva APA mohl v průběhu smlouvy měnit.

67. Význam z hlediska právních předpisů týkajících se zadávání zakázek může mít taková změna pouze tehdy, pokud má za následek přinejmenším částečnou změnu poskytovatele služeb, a tím je třeba na ni pohlížet jako na podstatnou změnu smlouvy.

68. Pokud se například u poskytovatele služeb jedná o pouhé pracovní sdružení bez právní subjektivity, plynou v normálním případě pro každého člena pracovního sdružení práva a povinnosti ze smlouvy se zadavatelem. Potom může změna složení pracovního sdružení vést k tomu, že podnik, který nemusel soutěžit s jinými uchazeči a jehož výběr nespočívá ani na srovnání s případnými jinými uchazeči, je zcela nebo částečně pověřen provedením veřejné zakázky. V tom by spočívala – s výhradou výše popsaných výjimek³⁵ – podstatná změna smlouvy³⁶.

69. Jestliže se však u poskytovatele služeb naopak jedná o právnickou osobu, je pouze tato právnická osoba smluvním partnerem zadavatele veřejné zakázky a případné pozdější změny v okruhu jejích podílníků nemají za následek podstatnou změnu smlouvy³⁷.

35 — Viz výše, body 55 až 58 tohoto stanoviska.

36 — Rozsudek ze dne 23. ledna 2003, Makedoniko Metro a Michaniki (C-57/01, Recueil, s. I -1091, bod 61) pouze obhajuje, že úprava složení skupin uchazečů spadá do působnosti členských států. Členským státům tedy přísluší upravit, zda jsou vůbec změny ve složení skupin uchazečů přípustné. Od toho je však třeba odlišit zde relevantní otázku, zda je třeba takové změny *po* provedeném zadání zakázky považovat za změny smlouvy a zda v souladu s tím opětovně splňují skutkovou podstatu zadávání veřejné zakázky. U posledně uvedeného se jedná o otázku práva Společenství.

37 — Pokud bychom každou změnu vlastnických vztahů právnické osoby brali jako příležitost k provedení nového zadávacího řízení, bylo by zadávání veřejných zakázek ve prospěch akciových společností kótovaných na burze, jejichž akcionáři se někdy mění denně, prakticky nemožné.

70. V projednávaném případě vyplývá ze spisu, že APA je „registrovaným družstvem s ručením omezeným“. Z toho lze vyvodit, že APA má právní subjektivitu. S výhradou konstatování Bundesvergabeamt k této skutečnosti tedy nelze členy družstva APA považovat za smluvního partnera Rakouské republiky, tím je pouze APA sama. V takovém případě nevedou případné změny v okruhu členů družstva k podstatné změně smlouvy.

tován cenový rabat zvýšený o deset procentních bodů.

72. Na pozadí této otázky je druhý dodatek k základní smlouvě, sjednaný v roce 2005 mezi APA a Rakouskou republikou.

3. Ke třetí otázce

a) První část třetí otázky: Obnovení vzdání se práva výpovědi

71. Podstatou třetí otázky Bundesvergabeamt je, zda je třeba považovat za opětovné zadání veřejné zakázky ve smyslu směrnice 92/50, pokud zadavatel veřejné zakázky a poskytovatel služeb změnil smlouvu o poskytování služeb, kterou mají mezi sebou uzavřenou, během doby její platnosti do té míry, že

73. První část třetí otázky se týká obnovení vzdání se práva výpovědi smluvních partnerů, jehož lhůta již uplynula, sjednaného v roce 2005.

- dříve sjednané vzdání se práva výpovědi, jehož lhůta uplynula, se obnoví na tři roky a
- určité odměny se liší od odměn dosud sjednaných, neboť je na ně posky-

74. Z hlediska právních předpisů týkajících se zadávání veřejných zakázek by se mohlo jevit problematickým sjednat k časově neomezenému trvalému závazkovému vztahu ještě vzdání se práva výpovědi na delší dobu nebo dokonce zcela vyloučit výpověď danou zadavatelem. Takové ujednání by totiž vyloučilo natrvalo jakoukoliv hospodářskou soutěž mezi možnými poskytovateli služeb, a tím zásadně odporovalo cílům směrnic o zadávání veřejných zakázek.

75. Jinak je tomu však u vzdání se práva výpovědi, jakým je zde projednáváné vzdání se práva výpovědi sjednané v roce 2005, omezené na dobu tří let. Takové vzdání se práva výpovědi nemůže být již od počátku považováno za nepřipustné vzhledem k právním předpisům týkajícím se veřejných zakázek. Je však třeba zkoumat, zda mělo podléhat postupu pro zadávání veřejných zakázek. To závisí na tom, zda je třeba považovat vzdání se práva výpovědi za podstatnou změnu stávající základní smlouvy³⁸.

76. Aby bylo možno kvalifikovat vzdání se práva výpovědi jakožto podstatnou změnu smlouvy, musí být vzdání se práva výpovědi omezené na několik let způsobilé zkreslit hospodářskou soutěž na dotčeném trhu a zvýhodnit smluvního partnera zadavatele oproti jiným možným poskytovatelům služeb³⁹.

77. Tak tomu může být výjimečně tehdy, jestliže při sjednání vzdání se práva výpovědi existují konkrétní vodítka pro to, že by zadavatel jinak během stanovené lhůty pro vzdání se práva výpovědi zrušil stávající smlouvu. Pouze v tom případě by si totiž mohli jiní možní poskytovatelé služeb vůbec činit vážné naděje ohledně možnosti zcela nebo částečně nahradit stávajícího poskytovatele služeb během této doby.

78. K tomu je třeba zaprvé poznamenat, že zadavatel neměl právní povinnost předčasně ukončit stávající smluvní vztah, při jehož vzniku nebylo porušeno platné právo; přístup Rakouska k Evropské unii nevyvolal pro zadavatele žádnou povinnost vypovědět již existující základní smlouvu nebo provést nové zadávací řízení⁴⁰. Výpověď smlouvy o poskytování služeb s APA tak mohla být pro Rakouskou republiku od vypršení původně (1994) dohodnutého vzdání se práva výpovědi právně možná, avšak nebyla v žádném případě nutná.

79. Zadruhé neměla Rakouská republika – s výhradou případných konstatování Bundesvergabeamt – v roce 2005 rovněž žádnou hospodářskou motivaci, aby v průběhu předpokládané, relativně přehledné doby platnosti vzdání se práva výpovědi, tj. do konce roku 2008, přešla k jinému poskytovateli služeb. Jak je patrné, mohl zadavatel rozumně předpokládat, že v době do roku 2008 nebudou k dispozici žádné srovnatelné nabídky za příznivějších podmínek, které by odůvodnily výdaje vynaložené na změnu poskytovatele.

80. Podle informací, které jsou k dispozici v této věci, nepředstavovalo opětovné vzdání se práva výpovědi na dobu tří let, sjednané

38 — Viz výše, bod 48 tohoto stanoviska.

39 — Viz výše, body 48 a 49 tohoto stanoviska.

40 — V tomto smyslu rozsudek Tögel (citovaný v poznámce pod čarou 21, body 53 a 54).

v roce 2005, nebezpečí zkreslení hospodářské soutěže, a nelze jej tedy kvalifikovat jako podstatnou změnu základní smlouvy.

83. Nejprve je třeba zkoumat, zda zvýšení původně poskytnutého cenového rabatu o deset procentních bodů představuje vůbec *obsahovou změnu* ustanovení o odměně, která se uplatní na veřejnou zakázku na služby.

b) Druhá část třetí otázky: Sjednání vyšších cenových rabatů

81. Druhá část třetí otázky se týká vyšších cenových rabatů za informační služby APA poskytované online, sjednaných v roce 2005. Zatímco základní smlouva na ně přiznávala rakouským spolkovým orgánům cenový rabat ve výši 15 %, platí od druhého dodatku k této smlouvě cenový rabat ve výši 25 %.

84. APA a APA-OTS uvádějí, že nyní poskytnutý cenový rabat ve výši 25 % je pouze logickým vývojem toho, co již bylo beztak stanoveno v základní smlouvě. Již základní smlouva se totiž odvolávala na odstupňovaný tarif APA. Nový, vyšší cenový rabat je třeba považovat za rovnocenný se zavedením nového, nižšího stupně v ceníku APA.

82. Jak již bylo zmíněno⁴¹, lze hovořit o opětovném zadání stávající veřejné zakázky na služby pouze tehdy, jestliže se provede podstatná změna smlouvy. To platí i pro změny smluvně sjednané odměny. I kdyby totiž způsoby placení jako takové představovaly podstatnou obsahovou náležitost smlouvy⁴², nelze hned považovat každou nepatrnou změnu jednou sjednaných ustanovení o odměně za podstatnou změnu smlouvy.

85. K tomu je třeba poznamenat, že konkrétní posouzení relevantních skutečností ve sporu v původním řízení přísluší Bundesvergabeamt. V předkládacím usnesení, které vymezuje pro toto rozhodování o předběžné otázce jediný relevantní skutkový kontext⁴³, je změna procentních počtů z 15 % na 25 % prezentována jako „vyšší rabat než doposud“. To svědčí o obsahové změně ustanovení o odměně.

41 — Viz výše, body 48 a 49 tohoto stanoviska.

42 — V tomto smyslu rozsudek Komise v. CAS Succhi di Frutta (citovaný v poznámce pod čarou 28, bod 117).

43 — Rozsudky ze dne 29. dubna 2004, Orfanopoulos a Oliveri (C-482/01 a C-493/01, Recueil, s. I-5257, bod 42), a ze dne 12. ledna 2006, Turn- und Sportunion Waldburg (C-246/04, Sb. rozh. s. I-589, bod 21).

86. Argumentem pro toto posouzení je rovněž, že již původně poskytnutý cenový rabat ve výši 15 % se vztahoval na „nejnižší odstupňovaný tarif“. Zadavateli byl tedy již při uzavření základní smlouvy v roce 1994 poskytnut nejvýhodnější tarifní stupeň, který přicházel v úvahu. Za těchto okolností není patrné, že smluvní partneři v tehdejší době plánovali postup do ještě výhodnější cenové třídy nebo že by i tento postup považovali za možný. Jestliže je nyní v roce 2005 poskytnut cenový rabat zlepšený o deset procentních bodů, který se krom toho vztahuje k nejnižšímu odstupňovanému tarifu, svědčí to o skutečné změně ceny, a nikoliv o logickému vývoji výpočtu odměny, jak již beztak byl stanoven v základní smlouvě.

87. Za *podstatnou změnu smlouvy* je takovou změnu ceny nicméně třeba považovat pouze tehdy, pokud je konkrétně způsobila zkreslit hospodářskou soutěž na dotčeném trhu a zvýhodnit smluvního partnera zadavatele oproti jiným možným poskytovatelům služeb.

88. Pro posouzení výše uvedeného je jednak třeba posoudit rozsah změny cen za dotčené plnění, jednak je třeba tuto změnu ceny rovněž posoudit ve vztahu k významu dotyčné veřejné zakázky ve svém celku.

89. Co se nejprve týče změny ceny jako takové, je nebezpečí zkreslení hospodářské soutěže v případě snížení cen nižší než v případě zvýšení cen. Snížení odměny se totiž projeví ve prospěch zadavatele a zlepšuje mu krom toho obvykle hospodárnost provedení zakázky.

90. Přesto však není od počátku vyloučeno, že i dohoda o nižší odměně může příležitostně zkreslit hospodářskou soutěž. Na to správně poukázala litevská vláda.

91. Rozhodující je vždy to, jaké podmínky mohl zadavatel získat v *okamžiku změny smlouvy* na trhu. Jestliže ceny za službu, která je předmětem smlouvy, od původního zadání veřejné zakázky obecně na trhu klesly, nepředstavuje pouhé sjednání nižší odměny než doposud žádnou záruku zohlednění zásady hospodářské soutěže a zásady hospodárnosti. Je třeba spíše zkoumat, zda mohli jiní možní poskytovatelé služeb nabídnout zadavateli požadované plnění v okamžiku změny smlouvy za ještě výhodnější cenu než jeho dosavadní smluvní partner.

92. Podle informací, které jsou k dispozici v této věci, však neexistují žádná konkrétní vodítka pro to, že by mohl zadavatel v projednávaném případě dosáhnout při provedení zadávacího řízení ještě výhodnější ceny

za srovnatelnou službu, než se mu podařilo v podobě druhého dodatku k základní smlouvě s APA jakožto současným poskytovatelem služeb.

4. Ke druhé otázce

93. Co se konečně týče významu provedené změny cen ve vztahu k veřejné zakázce jakožto celku, je třeba zvážit, že zvýšený rabat byl sjednán pouze pro dílčí plnění – poskytování informačních služeb APA online – a nikoliv například pro veškeré poskytované služby APA. I když cenový rabat zvýšený o deset procentních bodů není pro dotyčné dílčí plnění bezvýznamný, ve vztahu k celkové smlouvě má mnohem menší váhu.

94. Konečně však musí nutná konstatace ohledně významu změny ceny provést Bundesvergabebamt, a to jak ve vztahu k dotyčnému dílčímu plnění, tak i ve vztahu k veřejné zakázce jako celku.

95. Na základě informací, které má k dispozici Soudní dvůr, však každopádně nezastávám názor, že změnu ceny tak, jak vyplývá ze zvýšení rabatu poskytnutého v druhém dodatku v roce 2005, by bylo třeba považovat za podstatnou změnu smlouvy.

96. Podstatou druhé otázky Bundesvergabebamt je, zda je třeba považovat za opětovné zadání veřejné zakázky ve smyslu směrnice 92/50, jestliže zadavatel a poskytovatel služeb změnil smlouvu o poskytování služeb, která mezi nimi existuje, během její platnosti do té míry, že

- smluvně sjednané odměny se u příležitosti měnové konverze již nevyjadřují v zemské měně, ale v eurech,

- valorizační doložka obsažená ve smlouvě je formulována nově s odkazem na index nahrazující dosud užívaný index a

- určité odměny se nyní liší od dosud sjednaných odměn.

97. Na pozadí této otázky je první dodatek k základní smlouvě, sjednaný v roce 2001, v němž došlo k takovým změnám ustanovení o odměnách.

98. Čistě technické úpravy smlouvy, které nemají rozhodující vliv na smluvní plnění mezi zadavatelem a jeho smluvním partnerem, již vůbec nepředstavují obsahovou změnu smlouvy. Tím spíše v nich nelze shledávat podstatnou změnu smlouvy, pro niž je nutné provedení zadávacího řízení.

99. Jestliže byla stávající smlouva změněna u příležitosti měnové konverze na euro do té míry, že dosud sjednané odměny se vyjadřují v nové měně, aniž by byly materiálně zvýšeny nebo sníženy, nejedná se o podstatnou změnu smlouvy, ale pouze o technické přizpůsobení stávající smlouvy změněným vnějším okolnostem⁴⁴. Částí tohoto čistě technického přizpůsobení je i případně nezbytné zaokrouhlení nově vypočtených částek v eurech směrem nahoru nebo dolů v souladu s platnými právními předpisy.

100. Rovněž může vazba na jiný valorizační index, než byl původně sjednán, představovat čistě technickou úpravu smlouvy,

pokud jsou oba indexy rovnocenné. O takové rovnocennosti svědčí poznámka v předkládacím usnesení, že se u nového indexu jedná o index, kterým se nahrazuje dosavadní index. Bundesvergabebamt se však nadto bude muset přesvědčit, zda rovněž fungování nového indexu je rovnocenné s fungováním dosavadního indexu. K tomu zejména patří, že spotřebitelské koše nebo jiné referenční hodnoty, k nimž se vztahují dotyčné indexy, musejí být v podstatě rovnocenné.

101. Jestliže je naopak konverze měny nebo změna indexu smluvními partnery využita za účelem materiální změny původně sjednaných odměn, přesahuje toto opatření svým rozměrem čistě technickou úpravu smlouvy. Potom není již od počátku vyloučeno, že se jedná o podstatnou změnu smlouvy s účinky na hospodářskou soutěž mezi poskytovateli služeb.

102. V projednávaném případě vedly úpravy základní smlouvy prvním dodatkem podle předkládacího usnesení k tomu, že pro přijetí určitých tiskových zpráv spolkových orgánů do OTS za roky 2002, 2003 a 2004 nyní platily nejvyšší odměny, které nemohly být zvýšeny.

44 — Přizpůsobení smlouvy u příležitosti měnové konverze nebylo nezbytně nutné, neboť již stávající právní rámcové podmínky zajistily, že všechny částky dříve vyjádřené v národní měně je třeba v budoucnu považovat za částky v eurech, aniž by se tím měnily stávající smluvní povinnosti [viz rovněž články 3 a 5 nařízení Rady (ES) č. 1103/97 ze dne 17. června 1997 o některých ustanoveních týkajících se zavedení eura, Úř. věst. L 162, s. 1; Zvl. vyd. 10/01, s. 81]. Jak však správně uvádějí APA a APA-OTS, může být výslovné přizpůsobení smlouvy zejména v rámci trvalého závazkového vztahu, jakým je tento, přesto účelné k tomu, aby bylo zamezeno zvýšením správním nákladům stále se opakujícího přepočtu měny.

103. Bundesvergabebamt bude muset přezkoumat, zda tím došlo k podstatné změně oproti odměnám sjednaným

v základní smlouvě. Rozhodující je v tomto směru, jaký vývoj indexovaných odměn sjednaných v základní smlouvě bylo třeba očekávat při objektivním posouzení podle hledisek dostupných v roce 2001.

104. Jestliže nejvyšší odměny stanovené nyní pro léta 2002, 2003 a 2004 v podstatě odhadem odpovídají cenám, které by vyplývaly i při uplatnění valorizační doložky stanovené v základní smlouvě, nejedná se o podstatnou změnu smlouvy⁴⁵. Pokud se však výrazně odchylují od vývoje cen, očekávaného podle základní smlouvy, je třeba přezkoumat účinky této změny na hospodářskou soutěž, na něž se uplatní měřítko popsaná výše u druhé části třetí otázky⁴⁶.

105. Na základě informací, které má k dispozici Soudní dvůr, zastávám každopádně názor, že změny cen, jakými jsou změny sjednané v prvním dodatku, se pohybovaly v rámci ročního vzestupu cen, který byl předvídatelný v roce 2001, a již z tohoto důvodu nepředstavují podstatnou změnu smlouvy.

45 — Maximální odměny za řádku na roky 2002, 2003 a 2004, sjednané v prvním dodatku, se liší jen nepatrně. S výhradou přesnějšího přezkumu Bundesvergabeamt se zdá, že takové nepatrné cenové rozdíly se pohybují v průběhu let v rámci obecného vývoje cen v následujících letech, který bylo možno očekávat v rámci roku 2001.

46 — Viz výše, body 81 až 94 tohoto stanoviska.

B – *Ke čtvrté a páté otázce*

106. Čtvrtá a pátá otázka, v nichž se Bundesvergabeamt věnuje použitelnému postupu pro zadávání veřejných zakázek a doložení hospodářského a finančního postavení poskytovatele služeb, předpokládají, že postupy, jakými byly postupy v letech 2000, 2001 a 2005, mohou být považovány za zadávání veřejné zakázky.

107. Na základě informací, které má k dispozici Soudní dvůr, se domnívám, že žádný z těchto postupů nepředstavoval takové zadávání⁴⁷. V souladu s tím přezkoumám otázky čtyři a pět pouze podpůrně.

1. Ke čtvrté otázce

108. Podstatou čtvrté otázky Bundesvergabeamt je, zda může být veřejná zakázka na služby zadána jako celek cestou vyjednávání řízení bez předchozího vyhlášení zakázky, jestliže jsou předmětem zakázky převážně nevyhrazené služby a výlučné

47 — Viz k tomu mé úvahy k první, druhé a třetí otázce (viz výše, body 41 až 105 tohoto stanoviska).

právo ve smyslu čl. 11 odst. 3 písm. b) směrnice 92/50 neexistuje pro všechny, ale jen pro jednotlivé služby služeb, které je třeba poskytnout.

hrazené služby dle jejich hodnoty výrazně převažují.

a) Vyhrazené a nevyhrazené služby

109. Směrnice 92/50 rozlišuje podle svých článků 8 až 10 mezi vyhrazenými a nevyhrazenými službami. První z nich jsou definovány v příloze I A směrnice, druhé v její příloze I B. Základem této úpravy je, že zakázkám na nevyhrazené služby není z důvodu jejich zvláštní povahy *a priori* přisuzován přeshraniční význam, který by mohl odůvodnit jejich zadání v nabídkovém řízení⁴⁸.

110. Bundesvergabeamt vychází, opíraje se o tvrzení APA a APA-OTS, z toho, že se u služeb tiskových agentur, jakými jsou zde sjednané služby, jedná o směsí vyhrazených a nevyhrazených služeb⁴⁹, přičemž nevy-

111. Pokud budeme tento odhad považovat za správný⁵⁰, uplatní se na veřejnou zakázku zadanou APA celkově režim nevyhrazených služeb (článek 10 směrnice 92/50). Z toho důvodu se jedná o veřejnou zakázku nepodléhající žádnému zvláštnímu postupu pro zadávání veřejných zakázek ve smyslu hlavy III směrnice 92/50⁵¹.

b) Použitelnost zásady transparentnosti

112. Rovněž při postupech při zadávání, pro něž právní předpisy týkající se veřejných zakázek, nestanoví žádné zvláštní zadávací řízení, je však třeba podle ustálené judikatury dodržovat základní zásady Smlouvy o ES a zvláště zákaz diskriminace na základě státní

48 — Rozsudek Komise v. Irsko (citovaný v poznámce pod čarou 25, bod 25).

49 — APA a APA-OTS zastávají názor, že jejich dokumentační služby je třeba přiřadit do oblasti činnosti „Služby knihoven“ („Library services“, referenční číslo CPC 96311) a jejich služby OTS do oblasti činnosti „Elektronické tiskové služby“ („Electronic message and information services“, referenční číslo CPC 75232).

50 — Předkládací usnesení definuje skutkový rámec, v němž je třeba odpovědět na předběžné otázky; viz k tomu judikatura uvedená v poznámce pod čarou 43.

51 — Podle článku 9 ve spojení s článkem 10 směrnice 92/50 je třeba uplatnit na takové zakázky (pouze) článek 14 a článek 16 této směrnice, které jsou pro předmětné otázky irelevantní. Zbývající procesní předpisy stanovené ve směrnici 92/50, zejména předpisy o zadávání s předchozím oznámením pro tyto zakázky neplatí (rozsudek Komise v. Irsko, citovaný v poznámce pod čarou 25, body 23 a 24). Nicméně však platí zákaz diskriminace čl. 3 odst. 2 směrnice 92/50 (rozsudek ze dne 27. října 2005, Contse a další, C-234/03, Sb. rozh. s. I-9315, bod 47).

příslušnosti⁵². Soudní dvůr před nedávnem objasnil, že to platí i pro zadávání zakázek na nevyhrazené služby⁵³.

agentury činné mezinárodně. Rovněž vstup PN na trh v roce 1999 ukazuje, že rakouský trh není zcela nezajímavý pro nové poskytovatele.

113. Pokud tedy existuje u zakázky na nevyhrazené služby nepochybný přeshraniční význam, uplatní se na ni *zásada transparentnosti* vyvozená ze základních svobod, a zakázka nesmí být zadána bez jakékoli transparentnosti⁵⁴.

- V současné době existující dohody o spolupráci mezi různými tiskovými agenturami činnými na dotyčných domácích trzích, jak byly zmíněny na jednání, nevylučují od počátku, že některé z těchto agentur chtějí v budoucnu zesílit své aktivity na trhu, jakým je rakouský trh, vlastní přítomností na místě.

114. Bundesvergabeamt bude muset přezkoumat, zda u poskytnutí služeb tiskové agentury, tak jak jsou v projednávaném případě předmětem smlouvy, existuje nepochybný přeshraniční význam⁵⁵. Přitom je třeba mj. zohlednit následující hlediska:

- Ve prospěch přeshraničního významu hovoří okolnost, že jsou mnohé tiskové

- Proti přeshraničnímu významu by mohla hovořit okolnost, že velká část služeb, potřebných pro rakouské spolkové orgány, vykazuje zvláštní vztahy k Rakousku i k regionálnímu dění v tamních (spolkových) zemích.

52 — Rozsudek Parking Brixen (citovaný v poznámce pod čarou 32, bod 46); viz rovněž rozsudky ze dne 7. prosince 2000, Telaustria a Telefonadress (C-324/98, Recueil, s. I -10745, bod 60); ze dne 21. července 2005, Coname (C-231/03, Sb. rozh. s. I-7287, bod 16) ze dne 20. října 2005, Komise v. Francie (C-264/03, Sb. rozh. s. I-8831, bod 33), ANAV (citovaný v poznámce pod čarou 34, bod 18), a ze dne 14. června 2007, Medipac-Kazantzidis (C-6/05, Sb. rozh. s. I-4557, bod 33); viz rovněž usnesení ze dne 3. prosince 2001, Vestergaard (C-59/00, Recueil, s. I-9505, bod 20).

53 — Rozsudek Komise v. Irsko (citovaný v poznámce pod čarou 25, bod 29).

54 — Rozsudek Komise v. Irsko (citovaný v poznámce pod čarou 25, bod 30); viz k zásadě transparentnosti krom toho rozsudky Telaustria a Telefonadress (citovaný v poznámce pod čarou 52, bod 62), Coname (citovaný v poznámce pod čarou 52, body 16 a 17), Parking Brixen (citovaný v poznámce pod čarou 32, body 46 až 49) a ANAV (citovaný v poznámce pod čarou 34, body 18 až 21).

55 — Rozsudek Komise v. Irsko (citovaný v poznámce pod čarou 25, body 29 a 30); v tomtéž smyslu rozsudek ze dne 31. ledna 2008, Centro Europa 7 (C-380/05, Sb. rozh. s. I-349, bod 67).

c) Obsah zásady transparentnosti

115. Obsahově vyplývá ze zásady transparentnosti, že je třeba zajistit *odpovídající*

*stupeň zveřejnění*⁵⁶. Dosud není do velké míry objasněno, jaké požadavky z toho vyplývají na postupy zadávání, pro něž směrnice o zadávání veřejných zakázek nestanoví žádné zvláštní postupy pro zadávání veřejných zakázek. Nesporné je pouze, že ze zásady transparentnosti nevyplývá nutně povinnost zadání⁵⁷.

116. Konečně je zadavatel veřejné zakázky povinen v každém jednotlivém případě posoudit, co je odpovídajícím stupněm zveřejnění, aby mohl otevřít hospodářské soutěži dotýčný postup zadávání a umožnit přezkum, zda byl postup pro zadávání veřejných zakázek proveden nestranně⁵⁸.

117. Zcela obecně by neměla být zásada transparentnosti vykládána v tom smyslu, že se musí vždy uplatnit postup pro zadávání veřejných zakázek, který odpovídá ve všech detailech směrnicím o zadávání veřejných zakázek⁵⁹. Neboť jinak by byl rozdíl mezi postupy zadávání, které se pohybují v oblasti působnosti takových směrnic, a těmi, které nezahrnuje, zbytečný; rovněž finanční

hraniční hodnoty stanovené zákonodárcem Společenství by byly dalekosáhle zbaveny svého významu.

118. Tím spíše však ze zásady transparentnosti nevyplývají pro postupy zadávání, ohledně nichž směrnice o zadávání veřejných zakázek netrvají na zvláštních zadávacích řízeních, žádné přísnější požadavky než pro postupy zadávání, pro něž jsou taková řízení obsažena ve směrnících⁶⁰. Směrnice o zadávání veřejných zakázek nejsou totiž ničím jiným než konkretizací zásady transparentnosti pro určité zvláště významné postupy pro zadávání⁶¹.

119. Ohledně veřejných zakázek, jejichž předmětem jsou pouze nebo převážně nevylázané služby, nemůže tedy zásada transparentnosti vyžadovat vyšší stupeň zveřejnění než u zakázek, jejichž předmětem jsou pouze nebo převážně vylázané služby.

56 — Rozsudek e Telaustria und Telefonadress (citovaný v poznámce pod čarou 52, bod 62), Coname (citovaný v poznámce pod čarou 52, body 16 a 17), Parking Brixen (citovaný v poznámce pod čarou 32, bod 49) a ANAV (citovaný v poznámce pod čarou 34, bod 21).

57 — Rozsudky Coname (citovaný v poznámce pod čarou 52, bod 21); potud zavádějící rozsudek Parking Brixen (citovaný v poznámce pod čarou 32, bod 50), který ve své závazné německé jazykové verzi hovoří o „Ausschreibung“ (zadávání), což však zřejmě spočívá v nezdařeném překladu francouzského výrazu „mise en concurrence“ (vyhlášení soutěže).

58 — Rozsudky Telaustria a Telefonadress (citovaný v poznámce pod čarou 52, bod 62), Parking Brixen (citovaný v poznámce pod čarou 32, body 49 a 50) a ANAV (citovaný v poznámce pod čarou 34, bod 21). Užitečné odkazy poskytuje v této souvislosti rovněž interpretační sdělení Komise o právních předpisech Společenství použitelných pro zadávání zakázek, na které se plně nebo částečně nevztahují směrnice o zadávání veřejných zakázek (Úř. věst. 2006, C 179, s. 2).

59 — Viz k tomu již mé stanovisko ve věci Parking Brixen (citované v poznámce pod čarou 32, bod 37).

60 — V tomto smyslu stanovisko generálního advokáta Jacobse ze dne 2. června 2005 ve věci Komise v. Itálie (C-525/03, Sb. rozh. s. I-9405, bod 47), generální advokátky Stix-Hackl ze dne 14. září 2006 ve věci Komise v. Irsko (C-532/03, Sb. rozh. s. I-111353, bod 111) a generální advokátky Sharpston ze dne 18. ledna 2007 ve věci Komise v. Finsko (C-195/04, Sb. rozh. s. I-3351, body 76 a 77); viz rovněž mé stanovisko ve věci Parking Brixen (citované v poznámce pod čarou 32, bod 46).

61 — V tomto smyslu rozsudek Komise v. Irsko (citovaný v poznámce pod čarou 25, body 27 až 29); viz rovněž mé stanovisko ve věci Parking Brixen (citované v poznámce pod čarou 32, bod 47).

120. Pro smlouvy o službách, které mohou být na základě ochrany výlučných práv⁶² provedeny pouze určitým poskytovatelem služeb, to znamená, že mohou být vždy zadány ve vyjednávacím řízení bez předchozího vyhlášení zakázky bez ohledu na to, zda se jedná o vyhrazené, nebo nevyhrazené služby. Jestliže totiž čl. 11 odst. 3 písm. b) směrnice 92/50 povoluje takové řízení již pro vyhrazené služby, musí být tím spíše přípustné zadat v tomto řízení nevyhrazené služby. V tomto rozsahu mohou být hodnocení vyjádřená v čl. 11 odst. 3 směrnice 92/50 přenesena i do oblasti nevyhrazených služeb. Tam, kde čl. 11 odst. 3 směrnice 92/50 nevyžaduje předchozí vyhlášení zakázky, nemůže ani nic jiného vyplývat ze zásady transparentnosti⁶³.

d) Zadávání smíšené zakázky na služby jako celek

122. Je třeba zkoumat, zda může být veřejná zakázka na služby zadána ve vyjednávacím řízením bez předchozího vyhlášení zakázky *jako celek*, pokud výlučné právo ve smyslu čl. 11 odst. 3 písm. b) směrnice 92/50 existuje nikoliv pro všechny, ale pouze pro jednotlivé poskytované služby.

123. Zásadně platí, že jako výjimka z pravidel směřujících k zajištění účinnosti práv zaručených Smlouvou o ES v odvětví veřejných zakázek na služby musí být čl. 11 odst. 3 směrnice 92/50 vykládán restriktivně⁶⁴. Ohledně postupů pro zadávání, jejichž předmětem je souhrn služeb, hovoří tato zásada pro to, aby vyjednávací řízení bez předchozího vyhlášení zakázky bylo přípustné pouze pro konkrétní služby, zahrnuté v čl. 11 odst. 3.

121. Přiměřená transparentnost, která zajistí, že se postup zadávání otevře hospodářské soutěži, jakož i kontrolu nestrannosti zadávacího řízení, se u služeb ve smyslu čl. 11 odst. 3 směrnice 92/50 může provést rovněž dodatečným zveřejněním.

124. Takové zvláštní zadávání služeb ve smyslu čl. 11 odst. 3 písm. b) směrnice 92/50 však přichází v úvahu pouze tehdy, pokud je veřejná zakázka vůbec dělitelná. Přitom

62 — K přezkumu, zda takové výlučné právo existuje v projednávaném případě, je povinen Bundesvergabeamt.

63 — V tomto smyslu rovněž sdělení Komise (citované v poznámce pod čarou 58, bod 2.1.4)

64 — Rozsudek ze dne 18. listopadu 2004, Komise v. Německo (C-126/03, Sb. rozh. s. I-11197, bod 23), a ze dne 10. dubna 2003, Komise v. Německo (C-20/01 a C-28/01, Recueil, s. I-3609, bod 58). Viz rovněž čl. 11 odst. 4 směrnice 92/50, podle něhož se „ve všech ostatních případech“ uplatní otevřená nebo omezená řízení.

nemůže být rozhodující pouze teoretická dělitelnost zakázky, ale musí být zohledněn rovněž účel využití a praktický užitek plnění v závislosti na tom, zda jsou poskytovány odděleně nebo jedním subjektem.

Různá plnění jsou rovněž i nadále vzájemně propojena a lze je získávat jednotně.

125. V projednávaném případě APA a APA-OTS, Rakouská republika a Bundeskanzleramt přesvědčivě vysvětlili, jak pevně jsou v základní smlouvě vzájemně spojeny různé dohodnuté služby tiskové agentury. Proto je nepřiměřené odebírat redakční příspěvky od jednoho poskytovatele a zasílat reakce na ně přes jiného poskytovatele, neboť není zabezpečeno, že oba poskytovatelé mají stejné konečné odběratele. Na zprávu, která se objevila v novinách A, nelze odpovědět stanoviskem novin B. Kromě toho má rozhodující význam pro optimální využití služeb uživatelem, aby byl možný přístup ke vzájemně propojeným databázím prostřednictvím jednotné uživatelské plochy.

127. Všechno toto hovoří – s výhradou konkrétního posouzení skutkového stavu Bundesvergabeamt – proti dělitelnosti smlouvy o poskytování služeb mezi Rakouskou republikou a APA, a tím proti povinnosti odděleného zadávání různých částí smlouvy.

128. Na tom nic nemění okolnost, že předmětem této smlouvy o poskytování služeb jsou jak vyhrazené, tak i nevyhrazené služby. Jak ukazuje pohled na článek 10 směrnice 92/50, není v žádném případě nutné zadávat vyhrazené a nevyhrazené služby odděleně⁶⁶.

126. Pro oddělitelnost částí smlouvy nehovoří skutečnost, že služby OTS jsou v současné době poskytovány APA-OTS, a nikoliv již APA. Jak již totiž bylo uvedeno, jedná se přitom o čistě vnitřní reorganizaci na straně poskytovatele služeb; ekonomicky vzato se neuskutečnila žádná výměna poskytovatele služeb, APA-OTS je spíše kontrolována APA jako vlastní část podniku⁶⁵.

129. Něco jiného by platilo jen tehdy, pokud by zadavatel spojil jednotlivé služby do jednotné zakázky na služby svévolně nebo pouze za účelem obcházení předpisů o zadávání⁶⁷. Pro to však zde nejsou vodítka. Naopak hovořily podle informací, které má k dispozici Soudní dvůr, pro zadávání všech sporných služeb jakožto celku věcné důvody⁶⁸.

65 — Viz k tomu výše, body 20, 61 a 62 tohoto stanoviska.

66 — Viz rovněž rozsudek Felix Swoboda (citovaný v poznámce pod čarou 15, body 56 a 60).

67 — Rozsudek Felix Swoboda (citovaný v poznámce pod čarou 15, body 57 a 60).

68 — Viz výše, bod 125 tohoto stanoviska.

e) Dílčí výsledek

130. V souhrnu tedy platí ke čtvrté otázce:

Veřejná zakázka na služby může být zadána jako celek cestou vyjednávacího řízení bez předchozího vyhlášení zakázky, pokud jsou předmětem zakázky převážně nevyhrazené služby a pokud výlučné právo ve smyslu čl. 11 odst. 3 písm. b) směrnice 92/50 existuje nikoliv pro všechny, ale jen pro jednotlivé služby, které je třeba poskytnout, ledaže jsou jednotlivé služby zahrnuty do jednotné zakázky na služby svévolně nebo pouze za účelem obcházení předpisů o zadávání.

2. K páté otázce

131. Podstatou páté otázky Bundesvergabeamt je, zda podnikatel může své hospodářské a finanční postavení k provedení veřejné zakázky prokázat pouhým tvrzením, že jiný podnik je povinen podle článku 82 ES poskytnout mu za přiměřených podmínek určité údaje.

132. Na pozadí této otázky je okolnost, že poskytování služeb tiskové agentury, jak bylo požadováno rakouskými spolkovými orgány, předpokládá přístup k obsáhlému archivu, v němž lze vyhledat mj. historické informace a texty. Podle údajů uvedených v předkládacím usnesení nedisponuje PN ani zdaleka historickým archivem údajů, srovnatelným s archivem APA. APA rovněž neposkytuje svým konkurentům přístup ke svým archivům, každopádně nikoliv za účelem dalšího prodeje údajů, které v něm lze vyhledat. Nyní je třeba objasnit, zda PN může předložit jakožto důkaz svého přesto existujícího hospodářského a finančního postavení ve smyslu článku 31 směrnice 92/50 tvrzení, že má právní nárok na přístup k archivům APA, zejména k její databázi APADok.

133. Tím se naráží na „teorii základních infrastruktur“, diskutovanou v rámci práva hospodářské soutěže. Podle příslušné judikatury lze v rámci článku 82 ES – nicméně pouze za mimořádných okolností – považovat za zneužití, jestliže se podnik s dominantním postavením na trhu brání poskytnout jinému podniku přístup k nezbytným věcem, službám nebo údajům (základní infrastruktury, „essential facilities“)⁶⁹. V takových případech lze dovodit z článku 82 ES povinnost podniku s dominantním postavením na trhu uzavřít smlouvu.

⁶⁹ — Rozsudky ze dne 6. dubna 1995, RTE a ITP v. Komise, „Magill“ (C-241/91 P a C-242/91 P, Recueil, s. I-743, body 49 až 57); ze dne 26. listopadu 1998, Bronner (C-7/97, Recueil, s. I-7791, body 38 až 47), a ze dne 29. dubna 2004, IMS Health (C-418/01, Recueil, s. I-5039).

134. V projednávaném případě však není nutné se hlouběji zabývat otázkou, zda obsahuje databáze, jakou je archiv APADok provozovaný APA nezbytné údaje pro její konkurenty, a je tedy „základní infrastrukturou“, a zda zde existují mimořádné okolnosti, které by zavázaly APA poskytnout za přiměřených podmínek přístup svým konkurentům k jejímu archivu.

136. Tisková agentura, jakou je PN tedy nemůže pouze tvrdit, že má nárok na přístup k archivům APA, ale musí konkrétně prokázat, že jí bude tento přístup také skutečně poskytnut, například formou výslovného příslibu nebo již uzavřené licenční smlouvy. Jinak nemůže úspěšně prokázat své hospodářské a finanční postavení v postupu pro zadávání veřejných zakázek odvoláním se na archivy APA.

135. Poskytovateli služeb, který hodlá poukázat na prostředky jiných orgánů nebo podniků přísluší za účelem svého připsání k účasti na nabídkovém řízení prokázat, že může *skutečně* disponovat s těmito prostředky⁷⁰. Jinak nemůže zadavatel věrohodně srovnat jeho hospodářské a finanční postavení s hospodářským a finančním postavením jiných možných poskytovatelů služeb. Pokud by se chtěl zadavatel spoléhat pouze na *potenciální* dispozici poskytovatele služeb s dotýcnými prostředky, podstupoval by nebezpečí, že svou zakázku zadá podnikateli, jehož hospodářské a finanční postavení se posléze – tj. v případě problémů s přístupem k potřebným prostředkům – ukázalo jako nedostatečné. Zároveň by zakázku pravděpodobně upíral jinému podnikateli, se skutečně silným hospodářským a finančním postavením. Takový postup by neodpovídal ani myšlence rovnosti příležitostí veškerých poskytovatelů, ani zásadě hospodárnosti při postupu pro zadávání veřejných zakázek.

137. Obvyklé krátké lhůty, v jejichž rámci musí být v postupu pro zadávání veřejných zakázek rozhodnuto, nepřipouštějí často velmi zdlouhavé objasňování obtížných právních otázek v souvislosti s článkem 82 ES a „teorií základních infrastruktur“. Případný právní spor o těchto otázkách musí vybojovat dotýcný podnikatel před tím, než se bude ucházet o veřejnou zakázku.

138. Ohledně páté otázky je tedy třeba poznamenat, že podnikatel nemůže prokázat své hospodářské a finanční postavení k provedení veřejné zakázky na služby pouhým tvrzením, že jiný podnik je podle článku 82 ES povinen poskytnout mu za přiměřených podmínek k dispozici určité údaje.

70 — Rozsudky ze dne 2. prosince 1999, Holst Italia (citovaný v poznámce pod čarou 31, bod 29), Siemens a ARGE Telekom (citovaný v poznámce pod čarou 15, bod 44), a ze dne 18. listopadu 2004, Komise v. Německo (citovaný v poznámce pod čarou 64, bod 22). Viz pro budoucí případy rovněž čl. 48 odst. 3 směrnice 2004/18, kde je tato judikatura nyní kodifikována.

C – K šesté a sedmé otázce

„být poškozeným“, v čl. 1 odst. 3 a čl. 2 odst. 1 písm. c) směrnice 89/665. Jak již bylo uvedeno⁷², je tato otázka přípustná pouze s ohledem na čl. 1 odst. 3 směrnice.

139. Svou šestou a sedmou otázkou požaduje Bundesvergabamt informaci o rozsahu právní ochrany, kterou je třeba poskytnout podniku nezohledněnému zadavatelem. Rovněž tyto otázky nutně předpokládají, že postupy z let 2000, 2001 a 2005 je vůbec třeba považovat za zadávání veřejné zakázky na služby. Toto připouští i Bundesvergabamt v předkládacím usnesení.

140. Na základě informací, které má k dispozici Soudní dvůr, zastávám, jak již bylo uvedeno, názor, že žádný z těchto postupů nepředstavoval takové zadání⁷¹. V souladu s tím přezkoumám otázky šest a sedm pouze podprůně.

1. K šesté otázce

141. Předmětem šesté otázky Bundesvergabamt je výklad pojmu „škoda“, resp.

142. Podstatou otázky Bundesvergabamt je, zda je třeba provést přezkumné řízení již tehdy, jestliže žadatel uplatňuje, že mu byla odeprána možnost účasti na zadávacím řízení z důvodu nevyhlášení zakázky, k němuž došlo neprávem, nebo zda žadatel musí krom toho prokázat své vlastní hospodářské a finanční postavení pro provedení dotyčné veřejné zakázky. Je tedy třeba blíže osvětlit *oprávnění podat návrh* na zahájení přezkumného řízení.

143. Článek 1 odst. 3 směrnice 89/665 umožňuje členským státům omezit oprávnění podat návrh na zahájení přezkumného řízení na zadávání veřejných zakázek v dvojím ohledu⁷³: jednak požadavkem zájmu žadatele na dotyčné veřejné zakázce, jednak požadavkem vzniklé, resp. hrozící, škody pro žadatele. Tímto způsobem mohou být vyloučeny *actio popularis*, jakož i opravné prostředky uchazečů zjevně bez naděje na úspěch.

⁷¹ — Viz k tomu mé úvahy k první, druhé a třetí otázce (viz výše, body 41 až 105 tohoto stanoviska).

⁷² — Viz k tomu body 35 až 37 tohoto stanoviska.

⁷³ — Vztah k veřejným zakázkám na dodávky a stavební práce musí být od rozšíření působnosti směrnice 89/665 směrnici 92/50 chápán tak, že zahrnuje všechny veřejné zakázky, tedy i veřejné zakázky na služby. Důvodem skutečnosti, že byl odpovídajícím způsobem změněn pouze čl. 1 odst. 1 směrnice 89/665, nikoliv však odst. 3, se zdá být redakční opomenutí zákonodárce Společenství, které je pro budoucí případy napraveno směrnicí 2007/66.

144. Přitom však nesmí být ohrožen užitečný účinek směrnice⁷⁴. Omezení oprávnění podat návrh je tedy třeba vykládat ve světle dvojího cíle směrnice, jednak poskytovat jednotlivci *účinnou právní ochranu* v souvislosti se zadáváním veřejných zakázek, a jednak umožnit přiměřenou *kontrolu legality* rozhodnutí zadavatele.

145. Jak totiž vyplývá z prvního a druhého bodu odůvodnění, směřuje směrnice 89/665 k posílení existujících mechanismů jak na vnitrostátní úrovni, tak i na úrovni Společenství, aby bylo zajištěno skutečné uplatnění směrnic Společenství v oblasti veřejných zakázek; za tímto účelem jsou členské státy podle čl. 1 odst. 1 směrnice povinny zabezpečit, aby mohla být protiprávní rozhodnutí zadavatelů účinně a co nejrychleji přezkoumána⁷⁵.

146. Na tomto pozadí nesmí být oprávnění podat návrh na zahájení přezkumného řízení v oblasti veřejných zakázek příliš omezováno. Zejména nesmí být na *přípustnost* návrhu na

přezkum kladeny tytéž požadavky jako na jeho *opodstatněnost*⁷⁶.

147. Nemůže se tedy jednat o to, aby byl od dotyčné osoby již ve stadiu podání návrhu požadován konkrétní důkaz o tom, že jí skutečně vznikla škoda nebo že vzniknout hrozí. Spíše musí pro oprávnění podat návrh na zahájení přezkumného řízení stačit, aby dotčená osoba – vedle protiprávního jednání zadavatele – *opodstatněně uplatnila* svůj zájem na dotyčné zakázce, jakož i *možnost* vzniku škody.

148. Možnost vzniku škody je třeba předpokládat, jestliže není zjevně vyloučeno, že by žadatel zakázku bez tvrzeného protiprávního jednání zadavatele obdržel. Pokud byla veřejná zakázka – jako v projednávaném případě – zadána cestou přímé zakázky⁷⁷ bez předchozího vyhlášení zakázky, vyplývá již z tohoto – údajně protiprávního – zmaření jeho možnosti účastnit se na postupu pro zadávání veřejných zakázek, že žadateli mohla ujít zakázka, a tím vznikla škoda⁷⁸.

74 — Rozsudky ze dne 19. června 2003, Fritsch, Chiari & Partner a další (C-410/01, Recueil, s. I-6413, body 31 a 34); ze dne 12. prosince 2002, Universale-Bau a další (C-470/99, Recueil, s. I-11617, bod 72), a ze dne 12. února 2004, Grossmann Air Service (C-230/02, Recueil, s. I-1829, bod 42).

75 — Rozsudky ze dne 28. října 1999, Alcatel Austria a další (C-81/98, Recueil, s. I-7671, body 33 a 34), Fritsch, Chiari & Partner a další (citovaný v poznámce pod čarou 74, bod 30), Universale-Bau a další (citovaný v poznámce pod čarou 74, bod 74) a Grossmann Air Service (citovaný v poznámce pod čarou 74, bod 36).

76 — Samotná okolnost, že nelze na konci přezkumného řízení prokázat případně žádnou vzniklou nebo hrozící škodu, nehovoří ještě jako taková proti přípustnosti návrhu na zahájení přezkumného řízení; v tomto smyslu rozsudek ze dne 19. června 2003, Hackermüller (C-249/01, Recueil, s. I-6319, bod 27).

77 — Nazývaná rovněž „zakázka přímou dohodou“.

78 — Takto i německý Bundesverfassungsgericht (spolkový ústavní soud), usnesení ze dne 29. července 2004 (2 BvR 2248/03, bod 36 na konci).

149. Konkrétní důkaz hospodářského a finančního postavení nelze po dotyčné osobě požadovat ve stadiu jejího návrhu na přezkum stejně jako důkaz, že by bez tvrzeného protiprávního jednání obdržela zakázku⁷⁹. Jinak by jí byl prakticky znemožněn nebo každopádně nadměrně ztížen přístup k přezkumnému řízení⁸⁰. Zejména v případech přímé zakázky, jakou je zakázka v projednávaném případě, by bylo pro dotčenou osobu téměř nemožné předložit konkrétní důkaz svého hospodářského a finančního postavení, neboť zřejmě neměla z důvodu předchozího nevyhlášení zakázky přesné informace o požadavcích stanovených zadavatelem.

150. Návrh na zahájení přezkumného řízení může být výjimečně zamítnut s poukazem na nedostatečné hospodářské a finanční postavení dotyčné osoby již *a limine* jako nepřipustný, a sice tehdy, jestliže je její nedostatečné hospodářské a finanční postavení tak zjevné již v okamžiku podání návrhu, že není třeba důkladnějšího zkoumání. Vše ostatní je však otázkou opodstatněnosti návrhu.

151. Ohledně šesté otázky je tedy třeba poznamenat, že návrh na zahájení přezkumného řízení ve smyslu čl. 1 odst. 3 směrnice 89/665 je přípustný již tehdy, když žadatel opodstatněně hájí svůj zájem na veřejné zakázce, právní omyl a možnou vzniklou nebo hrozící škodu. Jestliže byla zakázka zadána bez předchozího vyhlášení zakázky, vyplývá již ze zmaření možnosti jeho účasti na postupu pro zadávání veřejných zakázek, že žadateli mohla vzniknout škoda, ledaže

je zjevné jeho nedostatečné hospodářské a finanční postavení.

2. K sedmé otázce

152. Podstatou sedmé otázky Bundesvergabeamt je, zda je v souladu se zásadami rovnocennosti a efektivity, jestliže vnitrostátní právo stanoví pro žádost o určení spadající do práva veřejných zakázek, která je nezbytnou podmínkou pozdější žaloby na náhradu škody, prekluzivní lhůtu v trvání nejdéle šesti měsíců ode dne zadání zakázky, které bylo údajně v rozporu s právem veřejných zakázek. Bundesvergabeamt se dále táže, zda zásada efektivit umožňuje případně připočíst k uvedené šestiměsíční lhůtě dobu, po kterou podle vnitrostátního práva neexistoval žádný účinný právní prostředek.

153. Na pozadí této otázky je skutečnost, že PN podal své návrhy na přezkum před Bundesvergabeamt teprve v červenci 2006, tedy sice během šesti měsíců po nabytí účinnosti nových procesních předpisů v § 331 BVergG 2006 dne 1. února 2006, avšak více než šest měsíců po zde sporných událostech z let 2000, 2001 a 2005. Podle názoru Bundesvergabeamt lze v Rakousku „účinně potírat“ přímé zadávání („*de facto* zadávání“) až od nabytí účinnosti § 331 BVergG 2006.

79 — V tomtéž smyslu Bundesverfassungsgericht (citovaný v poznámce pod čarou 78, body 26 a 29).

80 — V tomtéž smyslu – byť ve vztahu k přiznání náhrady škody – stanovisko generálního advokáta Geelhoeda ze dne 10. října 2002 ve věci Grossmann Air Service (citované v poznámce pod čarou 74, bod 66).

154. Směrnice 89/665 výslovně neupravuje lhůty, které se použijí na přezkumné řízení podle jejího článku 1.

diskriminace⁸³, která vyžaduje, aby se srovnatelnými situacemi nebylo zacházeno odlišně a s odlišnými situacemi stejně, není-li takové zacházení objektivně odůvodněno⁸⁴.

155. Výchozím bodem pro odpověď na otázku položenou Soudnímu dvoru je tedy zásada *procesní autonomie* členských států⁸¹: Podle ustálené judikatury přísluší při neexistenci právní úpravy Společenství vnitrostátnímu právnímu řádu každého členského státu, aby určil příslušné soudy a upravil procesní podmínky soudních řízení určených k zajištění ochrany práv, která jednotlivcům vyplývají z práva Společenství, za předpokladu, že tyto podmínky nejsou na jedné straně méně příznivé než ty, které se týkají obdobných řízení na základě vnitrostátního práva (*zásada rovnocennosti, resp. ekvivalenčnosti*), a že na druhé straně v praxi nezneumožňují nebo nadměrně neztěžují výkon práv přiznaných právním řádem Společenství (*zásada efektivity*)⁸². Obě zásady jsou vyjádřeny rovněž v článku 1 směrnice 89/665: zásada rovnocennosti v odstavci 2 a zásada efektivity v odstavci 1.

156. *Zásada rovnocennosti* je výrazem obecné zásady rovného zacházení a zákazu

157. Komise, jakož i APA a APA-OTS poukázaly v této souvislosti správně na jednu zvláštnost, kterou se vyznačuje přezkumné řízení v oblasti zadávání zakázek. Článek 1 odst. 1 směrnice 89/665 vyžaduje od členských států, aby umožnily *co nejrychlejší přezkum* porušení práva veřejných zakázek. Tímto způsobem má být jednak zajištěna účinná právní ochrana, a jednak má být co nejrychleji dosaženo právní jistoty. Tento cíl odůvodňuje stanovit pro žádosti o přezkum ve smyslu směrnice 89/665 případně kratší lhůty, než jsou promlčecí lhůty, jimiž se řídí nároky na náhradu škody podle obecných vnitrostátních právních předpisů.

158. Zásada rovnocennosti tedy nebrání šestiměsíční prekluzivní lhůtě pro návrhy na přezkum, jako je lhůta stanovená v § 332 odst. 2 a 3 BVergG 2006, byť je podle vnit-

81 — Rozsudek *Universale-Bau* (citovaný v poznámce pod čarou 74, bod 71); k pojmu „procesní autonomie“ viz rozsudky ze dne 7. ledna 2004, *Wells* (C-201/02, Recueil, s. I-723, bod 67); ze dne 4. července 2006, *Adeneler* a další (C-212/04, Sb. rozh. s. I-6057, bod 95), a ze dne 28. června 2007, *Bonn Fleisch* (C-1/06, Sb. rozh. s. I-5609, bod 41).

82 — Rozsudky ze dne 19. prosince 1968, *Salgoil* (13/68, Recueil, s. 680, 693); ze dne 16. prosince 1976, *Rewe-Zentralfinanz* (33/76, Recueil, s. 1989, bod 5); ze dne 14. prosince 1995, *Peterbroeck* (C-312/93, Recueil, s. I-4599, bod 12); ze dne 13. března 2007, *Unibet* (C-432/05, Sb. rozh. s. I-2271, body 39 a 43), a ze dne 7. června 2007, *Van der Weerd* a další (C-222/05 až C-225/05, Sb. rozh. s. I-4233, bod 28).

83 — Viz mé stanovisko ze dne 9. ledna 2008 ve věci C-268/06 (*Impact*, dosud nezveřejněné ve Sbírce rozhodnutí, bod 67); k zásadě rovného zacházení viz ustálená judikatura, mezi jinými rozsudky ze dne 12. září 2006, *Eman a Sevinger* (C-300/04, Sb. rozh. s. I-8055, bod 57); ze dne 3. května 2007, *Advocaten voor de Wereld* (C-303/05, Sb. rozh. s. I-3633, bod 56), a ze dne 11. září 2007, *Lindorfer* v. Rada (C-227/04 P, Sb. rozh. s. I-6767, bod 63).

84 — V tomto smyslu rovněž – byť ve vztahu k náhradě výdajů – rozsudek ze dne 15. září 1998, *Edis* (C-231/96, Recueil, s. I-4951, bod 37).

rostatní práva obecná promlčecí lhůta pro nároky na náhradu škody delší.

159. Ohledně *zásady efektivity* je však třeba zkoumat, zda prekluzivní lhůta, jakou je lhůta stanovená v rakouském právu pro žádosti o určení, dotčeným osobám prakticky nezumožňuje nebo nadměrně neztěžuje pozdější prosazení jejich nároku na náhradu škody ve smyslu čl. 2 odst. 1 písm. c) směrnice 89/665.

160. Stanovení přiměřených prekluzivních lhůt pro podávání právních prostředků není zásadně v rozporu se zásadou efektivity, neboť představuje uplatnění základní zásady právní jistoty⁸⁵.

161. Přiměřenost prekluzivní lhůty je přitom třeba posoudit s ohledem na druh a právní následky příslušného právního prostředku, jakož i na dotčená práva a zájmy všech dotčených osob.

162. Proto je pro návrhy na přezkum, které směřují k tomu, aby byly již uzavřené smlouvy

– zpětně nebo do budoucna – prohlášeny za neplatné, prekluzivní lhůta v trvání šesti měsíců v zásadě zcela přiměřená⁸⁶. Zvláště závažný právní následek neplatnosti již uzavřené smlouvy totiž odůvodňuje stanovení lhůty, která běží i nezávisle na tom, zda navrhovatel věděl o zadání zakázky v rozporu s právem veřejných zakázek, nebo zda o ní přinejmenším vědět měl. Pro zadavatele i pro jeho smluvního partnera existuje jasná potřeba právní jistoty, kterou je třeba chránit ve vztahu k platnosti uzavřené smlouvy.

163. V rámci případu, jakým je projednáváný případ, je však třeba zohlednit, že prekluzivní lhůta šesti měsíců, jak ji stanoví § 332 odst. 2 a 3 BVergG 2006 pro žádosti o určení podle § 331 odst. 1 tohoto zákona, se nevztahuje jen na toho, kdo skutečně sleduje cíl dosáhnout neplatnosti již uzavřené smlouvy, ale i na toho, kdo chce učinit jen nezbytný procesní krok k přípravě pozdější žaloby na náhradu škody před rakouskými občanskoprávními soudy.

164. Jestliže se tedy dotčená osoba dozví až po více než šesti měsících o škodě, která jí vznikla na základě zadání zakázky bez předchozího vyhlášení veřejné zakázky v rozporu s právními předpisy o veřejných zakázkách

85 — Ustálená judikatura; viz např. rozsudky Rewe-Zentralfinanz (citovaný v poznámce pod čarou 82, bod 5), Edis (citovaný v poznámce pod čarou 84, body 20 a 35), a ze dne 17. června 2004, Recheio – Cash & Carry (C-30/02, Sb. rozh., s. I-6051, bod 18); zvláště ke směrnici 89/665 viz dále rozsudky Universale-Bau (citovaný v poznámce pod čarou 74, bod 76); ze dne 27. února 2003, Santex (C-327/00, Recueil, s. I-1877, bod 50), a ze dne 11. října 2007, Lämmerzahl (C-241/06, Sb. rozh. s. I-8415, bod 50).

86 — Viz k tomu rovněž čl. 2 f odst. 1 písm. b) ve spojení s čl. 2 d odst. 1 směrnice 89/665 ve znění směrnice 2007/66.

(přímé zadání zakázky nebo *de facto* zadání), nemůže již uplatňovat ani nároky na náhradu škody před občanskoprávními soudy, neboť by pro to bylo podle § 341 odst. 2 BVergG 2006 nezbytné podat předem žádost o určení, která je však v tomto okamžiku již promlčená.

165. Takto působí prekluzivní lhůta § 332 odst. 2 a 3 BVergG 2006 mimo svůj vlastní rozsah působnosti i na následná řízení, vůči nimž však ve své přísnosti není přiměřená. Ohledně nároků na náhradu škody totiž neexistuje ze strany zadavatele stejná potřeba právní jistoty jako ohledně platnosti uzavřené smlouvy.

166. Pokud členský stát využije možnosti stanovené v čl. 2 odst. 2 a odst. 5 směrnice 89/665 a učiní uplatnění nároků na náhradu škody závislým na předchozím úspěšném provedení určovacího řízení, musejí být zde platné lhůty koncipovány a uplatňovány tak, aby prakticky neznemožnily nebo nadměrně neztížily prosazení nároku na náhradu škody⁸⁷.

167. Zásada efektivity celkově vyžaduje, aby lhůta pro podání žádosti o určení, kterou navrhovatel pouze připravuje prosazení nároků na náhradu škody, nezapočala běžet, dokud se navrhovatel nedozvěděl o vzniku škody nebo se o něm dozvědět musel. Jestliže navrhovatel oproti tomu takovou žádostí o určení směřuje k tomu, aby dosáhl také prohlášení neplatnosti smlouvy uzavřené zadavatelem, mohou být stanoveny přísnější lhůty, které započnou běžet nezávisle na vědomosti nebo možnosti vzít na vědomí případnou škodu.

168. Vnitrostátní soud musí vnitrostátní procesní právo vykládat tak, aby bylo zajištěno respektování zásady efektivity vyplývající ze směrnice 89/665 a musí případně ponechat nepoužité jakékoli ustanovení práva, pokud by jeho použití za okolností daného případu vedlo k výsledku neslučitelnému s právem Společenství⁸⁸.

169. Pro případ, jakým je projednávaný případ, v němž se jedná o přímé zadání bez předchozího vyhlášení veřejné zakázky, to znamená, že lhůta pro žádost o určení nesmí začít běžet dříve, než se dotýčná osoba dozvěděla o porušení právních předpisů z oblasti veřejných zakázek nebo se o něm musela dozvědět, pokud je tato žádost podána jako nezbytný předpoklad pro pozdější řízení o náhradě škody.

87 — Význam konkrétní úpravy a praktického uplatnění úpravy lhůt zdůrazňuje také například rozsudek Lämmerzahl (citovaný v poznámce pod čarou 85, body 52, 56 a 61).

88 — Rozsudky Santex (citovaný v poznámce pod čarou 85, bod 62 až 64) a Lämmerzahl (citovaný v poznámce pod čarou 85, body 62 a 63).

170. Ve svém předkládacím usnesení naznačuje Bundesvergabeamt, že podle jeho názoru může být v projednávaném případě skutečně dosaženo výsledku, který je v souladu s právem Společenství tak, že se jednak nový právní prostředek § 331 odst. 1 bod 4 BVergG 2006 uplatní na události z doby před jeho nabytím účinnosti, a jednak se dotýčné lhůty vypočítají za použití určitých předpisů obecného občanského práva, takže nezačnou běžet, dokud se navrhovatel nedozví o škodě a prodlouží se o dobu, během níž neexistoval žádný účinný právní prostředek.

Zásada efektivity vyžaduje, aby byl čl. 1 odst. 1 směrnice 89/665 vykládán tak, že pro návrh na přezkum, který je podle vnitrostátního práva nezbytnou podmínkou pozdějšího řízení o náhradě škody, bude k dispozici přiměřená lhůta, která nesmí začít běžet, dokud se dotčená osoba nedozvěděla o tvrzeném porušení předpisů o zadávání veřejných zakázek nebo o něm vědět musela, a prodlužuje se o dobu, během níž neexistoval žádný účinný právní prostředek. Vnitrostátní soud musí vykládat vnitrostátní procesní právo pokud možno tak, aby bylo dosaženo tohoto výsledku, a v případě nutnosti musí ponechat nepoužité jakékoli ustanovení práva, pokud by jeho použití za okolností daného případu vedlo k výsledku neslučitelnému s právem Společenství.

171. Ohledně sedmé otázky celkově platí:

VII – Závěry

172. S ohledem na předchozí úvahy navrhuji Soudnímu dvoru, aby odpověděl pouze na první tři otázky předložené rakouským Bundesvergabeamt, a sice následovně:

„1) Obecně k první, druhé a třetí otázce:

Jestliže je smlouva, která spadá do oblasti působnosti směrnice 92/50, během doby její platnosti obsahově měněna, není třeba provedení postupu pro zadávání veřejných zakázek, ledaže se jedná o podstatnou změnu smlouvy.

2) Zvláště k první otázce:

- a) Za podstatnou změnu smlouvy nelze považovat, když zadavatel akceptuje, že provedení část veřejné zakázky je přeneseno na dceřinou společnost poskytovatele, jejímž je 100% vlastníkem a kterou ovládá podobně jako vlastní oddělení podniku. Stím není v rozporu, že poskytovatel by teoreticky později mohl převést podíly dceřiné společnosti na třetí osoby.

- b) Jestliže je poskytovatel služeb právnickou osobou, nepředstavují případné změny v okruhu jeho společníků během doby platnosti smlouvy podstatnou změnu smlouvy.

3) Zvláště ke druhé a třetí otázce:

- a) Za podstatnou změnu smlouvy nelze považovat, když se smlouva čistě technicky přizpůsobí změnám vnějším okolnostem; mezi ně patří konverze odměn vyjádřených původně v měně určité země na euro a odkaz na nový valorizační index, kterým je rovnocenně nahrazen dosavadní index.

- b) Za podstatnou změnu smlouvy nelze rovněž považovat, když je k časově neomezené veřejné zakázce na služby sjednáno vzdání se práva výpovědi omezené na tři roky, ledaže by konkrétní vodítka hovořila pro to, že by se jinak zadavatel ještě během stanovené lhůty vzdání se práva výpovědi z právních nebo hospodářských důvodů vyvázal ze stávající smlouvy.

- c) Skutečnost, zda představuje obsahová změna odměn za část poskytovaných služeb podstatnou změnu smlouvy, závisí na významu změny dotyčné odměny jak s ohledem na dotčené dílčí plnění, tak i ve vztahu k veřejné zakázce jako celku.“