

STANOVISKO GENERÁLNÍ ADVOKÁTKY

VERICI TRSTENJAK

přednesené dne 4. června 2009¹

Obsah

I	– Úvod	I - 10359
II	– Právní rámec	I - 10359
III	– Skutkový stav	I - 10363
IV	– Postup před zahájením soudního řízení	I - 10365
V	– Řízení před Soudním dvorem a návrhová žádání účastníků řízení	I - 10366
VI	– Hlavní argumenty účastníků řízení	I - 10367
	A – K přípustnosti žaloby	I - 10367
	B – K opodstatněnosti žaloby	I - 10368
VII	– Právní posouzení	I - 10368
	A – K přípustnosti žaloby	I - 10368
	B – K opodstatněnosti žaloby	I - 10375
	1. Úvodní poznámky	I - 10375
	2. Postavení města Kolín nad Rýnem jako zadavatele ve vztahu k GKM-GbR	I - 10376
	3. Hlavní smlouva ze dne 6. srpna 2004 jako smíšená zakázka na stavební práce a služby	I - 10382

1 — Původní jazyk: němčina.

4. Určení hlavního předmětu smíšené hlavní smlouvy ze dne 6. srpna 2004	I - 10387
5. Závěr	I - 10390
VIII – K nákladům řízení	I - 10390
IX – Závěry	I - 10391

I – Úvod

1. Základem projednávané věci je žaloba Komise podle článku 226 ES pro nesplnění povinnosti, kterou se Komise domáhá, aby Soudní dvůr Evropských společenství určil, že Spolková republika Německo tím, že město Kolín nad Rýnem uzavřelo s Grundstücksge-sellschaft Köln Messe 15 bis 18 GbR (dále jen „GKM-GbR“) smlouvu o výstavbě čtyř veletržních hal s přístavbami a infrastrukturou a jejich následném přenechání k užívání na dobu třiceti let, aniž by provedlo zadávací řízení s celoevropským vyhlášením podle článku 7 ve spojení s článkem 11 směrnice Rady 93/37/EHS ze dne 14. června 1993 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce², nesplnila povinnosti, které pro ni vyplývají z uvedených ustanovení.

2. Při přezkumu této žaloby je důležité nejprve objasnit, zda se účinky vytýkaného

porušení právních předpisů v oblasti veřej-ných zakázek plně vyčerpaly před uplynutím lhůty stanovené v odůvodněném stanovisku Komise, takže žalobu by bylo třeba odmítnout jako nepřipustnou. Následně je třeba pře-zkoumat, zda se jedná o veřejnou zakázku na stavební práce ve smyslu právních předpisů v oblasti veřejných zakázek s městem Kolín nad Rýnem jakožto zadavatelem.

II – Právní rámec

3. Druhý a desátý bod odůvodnění směrnice 93/37 zní:

„souběžné dosažení svobody usazování a volného pohybu služeb v oblasti veřejných zakázek na stavební práce zadávané v člen-ských státech státem, regionálními nebo místními orgány nebo jinými veřejnoprávními subjekty vyžaduje nejen zrušení omezení, ale

2 — Úř. věst. L 199, s. 54; Zvl. vyd. 06/02, s. 163.

i koordinaci vnitrostátních postupů při zadávání zakázek na stavební práce.

jejichž předmětem je buď provedení, nebo jak provedení, tak návrh stavebních prací, které patří k činnostem uvedeným v příloze II, nebo stavby uvedené níže v písmeni c) nebo provedení stavební práce, která odpovídá požadavkům určeným zadavatelem;

[...]

k zajištění rozvoje účinné hospodářské soutěže v oblasti veřejných zakázek je nezbytné, aby vyhlášení zakázek vypracovaná zadavateli z členských států byla zveřejňována v rámci celého Společenství [...] informace obsažené v těchto vyhlášeních musejí umožnit zhotovitelům usazeným ve Společenství, aby posoudili, zda je navrhovaná zakázka pro ně zajímavá [...] pro tento účel je vhodné, aby dostali odpovídající informace o daných stavebních pracích a podmínkách, které se k nim vážou [...]"

- b) „zadavateli“ jsou stát, regionální nebo místní orgány, veřejnoprávní subjekty, sdružení tvořená jedním nebo více takovými orgány či veřejnoprávními subjekty;

4. Článek 1 směrnice 93/37 stanoví:

„veřejnoprávním subjektem“ se rozumí jakýkoliv subjekt:

„Pro účely této směrnice:

- a) „veřejnými zakázkami na stavební práce“ se rozumí zakázky sjednané písemně úplatnou smlouvou mezi zhotovitelem a zadavatelem uvedeným v písmeni b),

- zřízený za zvláštním účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, který nemá průmyslovou nebo obchodní povahu, a

- má právní subjektivitu a
 - f) „omezenými řízeními“ se rozumějí ta vnitrostátní řízení, ve kterých mohou pouze zhotovitelé vyzvaní zadavatelem podat nabídku;
 - je financován převážně státem, regionálními nebo místními orgány nebo jinými veřejnoprávními subjekty nebo je těmito orgány řízen, nebo je v jeho správním, řídicím nebo dozorčím orgánu více než polovina členů jmenována státem, regionálními nebo místními orgány nebo jinými veřejnoprávními subjekty;
 - g) „vyjednávacími řízeními“ se rozumějí ta vnitrostátní řízení, ve kterých zadavatelé konzultují zhotovitele podle svého výběru a vyjednávají s jedním nebo více z nich smluvní podmínky;
- c) „stavební prací“ se rozumí výsledek stavební nebo konstrukční činnosti jako celku, jenž sám o sobě zaručuje plnění hospodářské a technické funkce;
- [...]
5. Podle článku 6 směrnice 93/37 se tato směrnice v zásadě nevztahuje na stavební práce, jejichž odhadovaná hodnota nepřevyšuje 5 000 000 eur.
- e) „otevřenými řízeními“ se rozumějí ta vnitrostátní řízení, ve kterých mohou všichni zhotovitelé, kteří mají zájem, podat nabídku;
6. Podle čl. 7 odst. 1 směrnice 93/37 používají zadavatelé při zadávání veřejných zakázek na

stavební práce otevřená a omezená řízení uvedená v článku 1, přizpůsobená této směrnici. Článek 7 odst. 2 pak obsahuje výčet případů, v nichž mohou být zakázky na stavební práce zadány ve vyjednávacím řízení s předchozím zveřejněním vyhlášení zakázky, zatímco v odstavci 3 jsou stanoveny případy, v nichž smějí být zakázky na stavební práce zadány ve vyjednávacím řízení bez předchozího zveřejnění vyhlášení zakázky. Ve všech ostatních případech musí zadavatel své veřejné zakázky na stavební práce podle čl. 7 odst. 4 této směrnice zadat v otevřeném nebo omezeném řízení.

7. Článek 11 směrnice 93/37 zní:

„1. Zadavatelé zveřejní v předběžném oznámení základní znaky zakázek na stavební práce, které zamýšlejí zadat a jejichž odhadovaná hodnota není menší než prahová hodnota stanovená v čl. 6 odst. 1.

2. Zadavatelé, kteří chtějí zadat veřejnou zakázku na stavební práce v otevřeném, omezeném nebo vyjednávacím řízení uvedeném v čl. 7 odst. 2, oznámí svůj úmysl prostřednictvím vyhlášení.

8. Článek 1 směrnice Rady 92/50/EHS ze dne 18. června 1992 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na služby³ stanoví následující:

„Pro účely této směrnice:

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

[...]

iii) smluv za účelem nabytí nebo nájmu pozemků, stávajících budov nebo jiných nemovitých věcí nebo práv s nimi spojených, jakýmkoliv finančními prostředky; avšak smlouvy o finančních službách uzavřené v jakékoliv formě současně, dříve nebo později, než je uzavřena kupní či nájemní smlouva, se touto směrnicí řídí,

[...]“

[...]“

3 — Úř. věst. L 209, 24.7.1992, s. 1; Zvl. vyd. 06/01, s. 322.

III – Skutkový stav

9. Projednávaná žaloba pro nesplnění povinnosti se týká výstavby čtyř veletržních hal s přístavbami a odpovídající infrastrukturou soukromým podnikem GKM-GbR z podnětu města Kolína nad Rýnem. Jakožto provozovatel těchto veletržních hal byla již od počátku stanovena Kölnmesse GmbH, společnost soukromého práva, jejíž podíly byly ze 79 % v držení města Kolín nad Rýnem a z 20 % v držení spolkové země Severního Porýní-Vestfálska a jejímž předmětem podnikání je podle společenské smlouvy organizace a realizace veletrhů a výstav na podporu průmyslu, obchodu a řemesel.

10. První plány výstavby čtyř veletržních hal v kolínském veletržním areálu byly společností Kölnmesse GmbH vypracovány již v devadesátých letech dvacátého století. Společnost Kölnmesse GmbH, vycházející ze zjištění, že jí, jakožto oprávněné k dědičnému právu stavby vůči městu Kolín nad Rýnem, pro veletržní účely užívané „Rheinhallen“ („Rýnské haly“, veletržní haly 1, 2, 3 a 5) již neodpovídají na ně kladeným nárokům, vyhotovila v letech 2000 až 2001 hlavní plán, který mimo jiné počítá s výstavbou čtyř veletržních hal do roku 2012. V roce 2003 se tohoto hlavního plánu chopilo město Kolín nad Rýnem, neboť chtělo Rýnské haly užívané společností Kölnmesse GmbH dát od začátku roku 2008 k dispozici televizní stanici RTL, aby tak zabránilo jejímu hrozícímu odchodu z Kolína nad Rýnem. Za těchto okolností se společnost Kölnmesse GmbH a město Kolín nad Rýnem dohodly na urychlení stavby čtyř

nových veletržních hal s přístavbami a infrastrukturou, s níž počítal hlavní plán.

11. Co se financování tohoto stavebního záměru týče, město Kolín nad Rýnem a společnost Kölnmesse GmbH se nakonec rozhodly pro model financování, v jehož rámci by veletržní haly s přístavbami a infrastrukturou nestavěly město Kolín nad Rýnem či společnost Kölnmesse GmbH samotné, nýbrž soukromý podnik – GKM-GbR – jakožto stavebník, aby je poté pronajal městu Kolín nad Rýnem. V druhé fázi by město Kolín nad Rýnem najaté veletržní haly dále pronajalo společnosti Kölnmesse GmbH, která by prostřednictvím organizace a realizace veletrhů a výstav vytvořila nezbytné příjmy k pokrytí dlužných částek města Kolín nad Rýnem vůči podniku GKM-GbR.

12. Tento model financování vedl k uzavření uceleného souboru smluv v oblasti práva nemovitostí, v jehož středu se nacházelo město Kolín nad Rýnem. Dne 6. srpna 2004 uzavřelo nejprve smlouvu s podnikem GKM-GbR označenou jako „smlouva o nájmu pozemku se čtyřmi veletržními halami, stavbou ‚Nordeingang‘ (‚Severní vchod‘), s třídou a příjezdovou cestou k parkovišti, s pěti spojovacími stavbami mezi veletržními halami, s parkovacími místy a vnějšími zařízeními v Kolíně nad Rýnem-Deutz, Deutz-Müllheimer-Straße a další“ (dále jen „hlavní smlouva“), podle níž měl podnik GKM-GbR pronajmout městu Kolín nad Rýnem veletržní areál s na něm postavenými veletržními halami N8, N9, N10 a N11, s přístavbami,

infrastrukturou a minimálně 505 parkovacími místy, jakož i vnějšími zařízeními. Jako začátek nájmu byl stanoven 1. prosinec 2005 s pevnou dobou platnosti v délce 30 let. Jako protiplnění se město Kolín nad Rýnem zavázalo k placení měsíční odměny ve výši 1 725 000 eur, přičemž se v prvních 13 měsících nájmu nemělo platit žádné nájemné.

13. V návaznosti na to uzavřelo město Kolín nad Rýnem dne 11. srpna 2004 „smlouvu o podnájmu“⁴ se společností Kölnmesse GmbH, v níž je upraven další pronájem těchto veletržních hal s přilehlými stavbami společnosti Kölnmesse GmbH za pokud možno totožných podmínek (dále jen „podnájemní smlouva“). Podle ní byla pro podnájem veletržních hal s přístavbami a související infrastrukturou sjednána pevná celková doba platnosti v délce 30 let, jakož i měsíční nájemné ve výši 1 730 000 eur, přičemž za prvních 13 měsíců nájmu nemělo být placeno žádné nájemné.

14. Za účelem jednoduššího uspořádání smluvních vztahů, jež vyplývají z hlavní a podnájemní smlouvy, uzavřely město Kolín nad Rýnem a společnost Kölnmesse GmbH navíc dne 11. a 16. srpna 2004 prováděcí dohodu k podnájemní smlouvě, v níž město Kolín nad Rýnem zmocnilo společnost Kölnmesse GmbH k provádění a výkonu většiny

práv a povinností, které město Kolín nad Rýnem převzalo ve vztahu ke GKM-GbR, a to za účelem jednoduššího vedení rozhovorů s GKM-GbR o schválení a převzetí, přijímání technických pokynů, výkonu práv a povinností ve vztahu ke zbývajícím pracím a nedostatkům a obecně k předcházení právní újmy stran navzájem. Výslovně vyňaty jsou však „platby nájemného“, které musí být v příslušných smluvních vztazích prováděny odděleně. Kromě toho vyžaduje výkon práv města Kolín nad Rýnem společností Kölnmesse GmbH vedoucích ke změně právního stavu (odstoupení, výpověď atd.) vždy předchozí souhlas města Kolína nad Rýnem.

15. Při přípravě uzavření těchto smluv prodaly město Kolín nad Rýnem, jakož i společnost Kölnmesse GmbH, již koncem roku 2003 pozemky nezbytné k výstavbě nových veletržních hal soukromému investovi, aby se tyto pozemky k okamžiku uzavření „nájemních smluv“ nacházely ve vlastnictví GKM-GbR.

16. Dne 30. listopadu 2005 byly veletržní haly podnikem GKM-GbR oficiálně předány městu Kolín nad Rýnem.

4 — Plný název této smlouvy zní: „Smlouva o podnájmu pozemku se čtyřmi veletržními halami, stavbou ‚Nordeingang‘ (Severní vchod), s třídou a příjezdovou cestou k parkovišti, s pěti spojovacími stavbami mezi veletržními halami, s parkovacími místy a vnějšími zařízeními v Kolíně nad Rýnem-Deutz, Deutz-Müllheimer-Straße a další“.

IV – Postup před zahájením soudního řízení

17. V návaznosti na stížnost podanou dne 7. září 2005, podle níž bylo při zadávání zakázky na stavbu nových veletržních hal v Kolíně nad Rýnem porušeno právo Společenství, informovala Komise dne 13. prosince 2005 Spolkovou republiku Německo, že podle jejího názoru porušila článek 7 ve spojení s článkem 11 směrnice tím, že zadavatelé veřejné zakázky podílející se na tomto stavebním záměru nevypsali zakázku na stavbu a pronájem nebo jiný způsob přenechání veletržních hal v otevřeném nebo omezeném řízení s celoevropským vyhlášením. Spolková republika Německo byla proto vyzvána, aby se k tomu v souladu s článkem 226 ES během dvou měsíců vyjádřila a předložila smlouvy uzavřené mezi stranami i veškeré další relevantní podklady.

18. Ve své odpovědi ze dne 15. února 2006 sdělila Spolková republika Německo, že se v případě společnosti Kölnmesse GmbH nejedná o zadavatele veřejné zakázky ve smyslu čl. 1 písm. b) směrnice 93/37, takže k porušení práva Společenství podle jejího názoru nedošlo. V odpovědi na doplňující výzvu Komise ze dne 28. června 2006, v níž byla Spolková republika Německo požádána o další údaje a znovu vyzvána k zaslání veškerých relevantních podkladů, potvrdila Spolková republika Německo dopisem ze dne 8. září 2006 v zásadě své stanovisko k postavení zadavatele společnosti Kölnmesse GmbH a doplnila, že město Kolín nad Rýnem uskutečnilo ve vztahu k dotčeným stavebním projektům pouze právní úkony, které nepod-

léhaly právním předpisům v oblasti veřejných zakázek. Spolková republika Německo rovněž uvedla, že nemá přístup ke smlouvám a jiným podkladům společnosti Kölnmesse GmbH, protože se dle jejího názoru v daném případě jedná o soukromý hospodářský subjekt. Spolková republika Německo předložila tudíž pouze hlavní smlouvu, podnájemní smlouvu, prováděcí dohodu, zprávu oblastní vlády Kolína nad Rýnem ze dne 27. ledna 2006, jakož i „Letter of intent“ ze dne 8. prosince 2003 města Kolína nad Rýnem, adresovaný společnosti Kölnmesse GmbH.

19. Dopisem ze dne 18. října 2006 zaslala Komise Spolkové republice Německo odůvodněné stanovisko podle čl. 226 odst. 1 ES. V odpovědi na toto stanovisko potvrdila Spolková republika Německo dopisem ze dne 11. prosince 2006 svůj postoj k neexistenci materiálního porušení práva Společenství a jako nový argument uvedla, že smlouva o koupi pozemků ze dne 18. prosince 2003, uzavřená mezi Kölnmesse GmbH a GKM-GbR před uzavřením nájemní smlouvy, obsahovala zároveň povinnost GKM-GbR k příslušné zástavbě prodaného veletržního areálu. Kromě toho Spolková republika Německo uvedla, že zakázka na stavební práci společnosti Kölnmesse GmbH byla skončena zhotovením a předáním veletržních hal dne 1. prosince 2005, a tudíž uzavřena před uplynutím lhůty stanovené v odůvodněném stanovisku. I kdyby se bývalo jednalo o porušení právních předpisů z oblasti veřejných zakázek, bylo by zahájení a pokračování řízení o nesplnění povinnosti státem

vzhledem k předchozímu skončení vytýkaného stavebního opatření nepřipustné. Současně předložila Spolková republika Německo pětistránkový výtah z notářské smlouvy o koupi pozemků ze dne 18. prosince 2003.

šením podle uvedených ustanovení, nesplnila povinnosti, které pro ni vyplývají z článku 7 ve spojení s článkem 11 směrnice 93/37;

20. Se zřetelem k ústnímu příslibu primátora města Kolína nad Rýnem členovi Komise EU McCreevymu, příslušnému pro společný trh, „zdržet se v budoucnu smluvních konstelací takového typu a vyhlašovat veřejné zakázky přesahující hranice uvedené ve směrnici o veřejných zakázkách v souladu s platným právem celoevropsky“, požádala konečně Spolková republika Německo Komisi v dalším dopise ze dne 18. dubna 2007 o zastavení řízení.

- uložil Spolkové republice Německo náhradu nákladů řízení.

22. Spolková republika Německo ve své žalobní odpovědi došlé dne 25. února 2008 navrhuje, aby Soudní dvůr

V – Řízení před Soudním dvorem a návrhová žádání účastníků řízení

21. Svou žalobou, došlou kanceláři Soudního dvora dne 30. listopadu 2006, se Komise domáhá, aby Soudní dvůr

- zamítl žalobu;

- uložil Komisi náhradu nákladů řízení.

- určil, že Spolková republika Německo tím, že město Kolín nad Rýnem uzavřelo s Grundstücksgesellschaft Köln Messe 15 bis 18 GbR (v mezidobí Grundstücksgesellschaft Köln Messe 8-11) smlouvu ze dne 6. srpna 2004, aniž by provedlo zadávací řízení s celoevropským vyhlá-

23. Po doručení repliky Komise dne 30. dubna 2008 a dupliky Spolkové republiky Německo dne 26. června 2008 byla písemná část jednání ukončena.

24. Na jednání konaném dne 25. března 2009 přednesli zástupci Komise a vlády Spolkové republiky Německo svá vyjádření.

VI – Hlavní argumenty účastníků řízení

25. Podle názoru Komise porušila Spolková republika Německo články 7 a 11 směrnice 93/37 tím, že město Kolín nad Rýnem, jakožto zadavatel veřejné zakázky, uzavřelo bez řízení o zadání veřejné zakázky hlavní smlouvu ze dne 6. srpna 2004, jež stojí v bezprostřední hospodářské souvislosti s předchozím uzavřením smlouvy o koupi pozemků KÖlnmesse GmbH a podnikem GKM-GbR.

26. Spolková republika Německo vznáší několik výhrad k přípustnosti a považuje žalobu i za věcně neopodstatněnou.

A – K přípustnosti žaloby

27. Spolková republika Německo uplatnila nejprve nepřípustnost žaloby pro nesplnění povinnosti s odůvodněním, že vytýkané poru-

šení právních předpisů v oblasti veřejných zakázek skončilo před uplynutím lhůty stanovené v odůvodněném stanovisku. K okamžiku uplynutí této lhůty byla již veškerá stavební plnění hotova a předána městu Kolín nad Rýnem jakožto hlavnímu nájemci. Tím byly podle ní před koncem lhůty vyčerpány „podstatné účinky“ vytýkaných smluv respektive vytýkaných zadávání zakázek, takže navazující žalobu Komise je podle ustálené judikatury Soudního dvora třeba odmítnout jako nepřípustnou.

28. Dle názoru Spolkové republiky Německo je v rámci přezkumu přípustnosti třeba rozlišovat mezi „možnými účinky v rozporu s právními předpisy v oblasti veřejných zakázek“ a „přípustnými účinky“ vytýkaných zadávání zakázek, přičemž pro posouzení dodržení lhůty je relevantní pouze první kategorie. K těmto „možným účinkům v rozporu s právními předpisy v oblasti veřejných zakázek“ patří zejména stavební plnění poskytnutá zhotovitelem zakázky. Přípustné účinky zadání zakázky na stavební práce, jež jsou pro přezkum přípustnosti nepodstatné, naproti tomu zahrnují povinnosti zadavatele poskytnout odměnu, které je třeba označit za neutrální. Protože stavební plnění byla ve zde posuzovaném případě před uplynutím lhůty stanovené v odůvodněném stanovisku v plném rozsahu poskytnuta, je podle názoru Spolkové republiky Německo třeba žalobu pro nesplnění povinnosti odmítnout jako nepřípustnou. Okolnost, že městu Kolín nad Rýnem po uplynutí této lhůty náležely ještě „neutrální“ povinnosti splátek, není v rámci přezkumu přípustnosti dále relevantní.

29. Této námitce nepřipustnosti se Komise brání argumentem, že Spolková republika Německo neposkytla důkaz o tom, že podnik GKM-GbR provedl všechna relevantní stavební plnění před uplynutím lhůty. Kromě toho podle ní hlavní smlouva ze dne 6. srpna 2004 upravuje celou řadu smluvních povinností GKM-GbR i města Kolín nad Rýnem, které je třeba splnit během plnění smlouvy, a tudíž po uplynutí lhůty stanovené v odůvodněném stanovisku. Žaloba pro nesplnění povinnosti vyplývající z právních předpisů v oblasti veřejných zakázek je vzhledem k ukončení porušení před uplynutím lhůty stanovené v odůvodněném stanovisku nepřipustná pouze tehdy, pokud veškeré účinky sporné smlouvy jsou již vyčerpány v okamžiku uplynutí lhůty, o což se jednoznačně nejedná v projednávaném případě.

B – *K opodstatněnosti žaloby*

30. Spolková republika Německo mimoto považuje žalobu pro nesplnění povinnosti za neopodstatněnou, protože se podle ní v případě smlouvy ze dne 6. srpna 2004, která je předmětem sporu, nejedná o veřejnou zakázku na stavební práce, nýbrž – funkčně vzato – pouze o smlouvu o finančním zajištění smlouvy uzavřené mezi GKM-GbR a Kölnmesse GmbH o přenechání postavených veletržních hal k užívání, přičemž společnost Kölnmesse GmbH ostatně nemůže být posuzována jako veřejnoprávní subjekt podléhající směrnicím o zadávání veřejných zakázek. I kdyby se nepostupovalo podle této funkční analýzy, je podle ní třeba posuzovat hlavní smlouvu, která je předmětem sporu, podle

formy a obsahu jako nájemní smlouvu. V závislosti na způsobu posuzování tvoří nájemní vztah resp. financování hlavní předmět smlouvy ze dne 6. srpna 2004, jenž je tak nutně vyňat z působnosti směrnice 93/37.

31. Komise naproti tomu uvádí, že hlavní smlouva ze dne 6. srpna 2004 směřuje především k poskytnutí stavebního plnění – a zejména k postavení veletržních hal s přístavbami a infrastrukturou – a tudíž je ji třeba kvalifikovat jako stavební zakázku, přičemž město Kolín nad Rýnem, jakožto bezprostřední smluvní partner GKM-GbR, je podle jejího názoru rovněž třeba považovat za hlavního zadavatele veřejné zakázky. V případě uzavření hlavní smlouvy ze dne 6. srpna 2004 se tedy jedná o veřejnou zakázku na stavební práce, která byla městem Kolín nad Rýnem zadána v rozporu s právními předpisy v oblasti veřejných zakázek, neboť byla zadána bez provedení nezbytného celoevropského vyhlášení.

VII – Právní posouzení

A – *K přípustnosti žaloby*

32. Spolková republika Německo v první řadě tvrdí, že žaloba pro nesplnění povinnosti

podaná Komisí je nepřipustná, jelikož vytýkané porušení právních předpisů v oblasti veřejných zakázek bylo v plném rozsahu ukončeno před uplynutím lhůty stanovené v odůvodněném stanovisku.

33. Podle ustálené judikatury může být žaloba pro nesplnění povinnosti podle článku 226 ES podána, pouze nevyhoví-li příslušný členský stát odůvodněnému stanovisku ve lhůtě stanovené pro tento účel Komisí. Podle judikatury se existence nesplnění povinnosti musí posuzovat vzhledem ke stavu, v němž se členský stát nacházel v době, kdy uplynula tato lhůta⁵.

34. Podle těchto všeobecných pravidel je třeba žalobu pro nesplnění povinnosti zamítnout jako nepřipustnou, když se ukáže, že veškeré účinky vytýkaného porušení zanikly před uplynutím lhůty stanovené v odůvodněném stanovisku⁶. Cílem tohoto postupu před zahájením soudního řízení je totiž napravit porušení právních předpisů Společenství před zahájením soudního řízení, takže v souladu s účelem tohoto řízení chybí v případě úplného zahlazení porušení před uplynutím k tomu účelu stanovené lhůty

jakýkoli základ pro další uplatňování žaloby pro nesplnění povinnosti⁷.

35. Tato zásada je potvrzena důkladnější analýzou znění čl. 226 druhého pododstavce ES, který stanoví, že nevyhoví-li dotčený členský stát odůvodněnému stanovisku ve lhůtě stanovené Komisí, může Komise předložit věc Soudnímu dvoru. Vykládáno a *contrario* toto ustanovení znamená, že Komise nemá právo podat žalobu za účelem zjištění porušení práva Společenství, které bylo ukončeno nebo zhojeno před uplynutím lhůty stanovené Komisí v odůvodněném stanovisku⁸.

36. Pokud jde o žaloby pro nesplnění povinnosti v oblasti zadávání veřejných zakázek podávané podle článku 226 ES, znamená to, že taková žaloba musí být odmítnuta jako nepřipustná, pokud ke dni uplynutí lhůty stanovené v odůvodněném stanovisku smlouva, která byla uzavřena v rozporu s příslušnou směrnicí v oblasti zadávání veřejných zakázek, již vyčerpala všechny své účinky⁹. To, že řízení o zadání veřejné zakázky

5 — Rozsudky ze dne 17. července 2008, Komise v. Rakousko (C-311/07, Sb. rozh. s. I-3827, bod 26); ze dne 19. června 2008, Komise v. Lucembursko (C-319/06, Sb. rozh. s. I-4323, bod 72); ze dne 21. února 2008, Komise v. Itálie (C-412/04, Sb. rozh. s. I-619, bod 42); ze dne 27. října 2005, Komise v. Itálie (C-525/03, Sb. rozh. s. I-9405, body 13 a 14); ze dne 7. března 2002, Komise v. Španělsko (C-29/01, Recueil, s. I-2503, bod 11); ze dne 19. května 1998, Komise v. Nizozemsko (C-3/96, Recueil, s. I-3031, bod 36), a ze dne 3. července 1997, Komise v. Francie (C-60/96, Recueil, s. I-3827, bod 15).

6 — Rozsudek 27. října 2005, Komise v. Itálie (citovaný výše v poznámce pod čarou 5, bod 16).

7 — V tomto smyslu již generální advokát Lenz ve svém stanovisku ve věci Komise v. Itálie (C-362/90, rozsudek ze dne 31. března 1992, Recueil, s. I-2353, body 11 a 12).

8 — Viz také generální advokát Mengozzi ve svém stanovisku ve věci Komise v. Řecko (C-237/05, rozsudek ze dne 11. října 2007, Sb. rozh. s. I-8203, bod 62).

9 — Rozsudek ze dne 11. října 2007, Komise v. Řecko (C-237/05, Sb. rozh. s. I-8203, bod 29), ke směrnicí 92/50. Srov. také rozsudek ze dne 2. června 2005, Komise v. Řecko (C-394/02, Sb. rozh. s. I-4713), ke směrnicí Rady 93/38/EHS ze dne 14. června 1993 o koordinaci postupů při zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a telekomunikací. V tomto smyslu též Lenaerts, K./Arts, D./Maselis, I., *Procedural Law of the European Union*, 2. vydání, Londýn 2006, s. 159 a 160, bod 5-052.

bylo jako takové zcela ukončeno již před uplynutím stanovené lhůty, je naopak nepodstatné¹⁰.

ověřit jeho existenci¹¹, důkazní břemeno se v rámci přezkumu námitky nepřípustnosti podané členským státem z důvodu včasného ukončení porušení vždy obrací, a to v souladu se zásadou *reus in exceptione fit actor*.

37. Pro posouzení námitky nepřípustnosti podané Spolkovou republikou Německo je tedy směrodatná odpověď na otázku, zda hlavní smlouva ze dne 6. srpna 2004 vytýkaná Komisí byla v době, kdy uplynula lhůta stanovená v odůvodněném stanovisku, tedy k 18. prosinci 2006, ještě plněna, či nikoli.

40. Jako důkaz ukončení materiálních stavebních prací k 1. prosinci 2005 předložila Spolková republika Německo „protokol o převzetí nájemního objektu Severní rozšíření kolínského veletržního paláce v Kolíně...“ ze dne 30. listopadu 2005, jakož i několik článků v tisku ohledně zahájení veletrhu dne 16. ledna 2006.

38. Jsem přesvědčena, že z právního hlediska rozhodné provádění hlavní smlouvy nebylo k 18. prosinci 2006 ještě zcela ukončeno.

39. Třebaže podle ustálené judikatury přísluší Komisi v rámci žaloby pro nesplnění povinnosti prokázat existenci tvrzeného nesplnění povinnosti a předložit Soudnímu dvoru skutečnosti nezbytné k tomu, aby mohl

41. Tyto dokumenty jsou sice důkazem toho, že práce na veletržních halách, dostavbách a infrastruktury byla v této době z větší části dokončena, ale protokol o převzetí vyjmenovává i řadu zbývajících prací a nedostatků, které musí být vyřešeny. V tomto protokolu o převzetí se dále odkazuje na další, nepřiložené „protokoly o pracích ze dne 30.10. a ze dne 11.11.2005“, které rovněž obsahují údaje o zbývajících pracích a nedostacích, které ještě musí být vyřešeny. Konkrétní údaje týkající se data dokončení těchto zbývajících

10 — Ryze formalizované posuzování, podle něhož mají být právní předpisy Společenství v oblasti zadávání veřejných zakázek pokládány za ryze procesní úpravu, takže veškeré účinky porušení těchto ustanovení automaticky zanikají v době, kdy k němu došlo, Soudní dvůr rozhodně zamítá; srov. rozsudek ze dne 10. dubna 2003, Komise v. Německo (C-20/01 a C-28/01, Recueil, s. I-3609, body 31 až 37).

11 — Rozsudky ze dne 23. října 1997, Komise v. Francie (C-159/94, Recueil, s. I-5815, bod 102), a ze dne 25. května 1982, Komise v. Nizozemsko (96/81, Recueil, s. 1791, bod 6).

prací předložené dokumenty neobsahují. K tomu se v protokolu o převzetí uvádí pouze tolik, že pronajímatel se vynasnaží vyřešit co možná nejvíce zbývajících prací a nedostatků před 18. prosincem 2005. Město Kolín dále upozornilo na to, že z důvodu provozu veletržního paláce není v období mezi 18. prosincem 2005 a 10. březnem 2006 vyřešení nedostatků a zbývajících prací možné vůbec anebo jen ve velmi omezené míře a na základě konkrétní dohody, což svědčí o tom, že se provedení těchto zbývajících prací protáhne alespoň o několik měsíců.

42. Hlavní smlouva stanoví též řadu povinností GKM-GbR spočívajících v údržbářských a renovačních pracích týkajících se „kompletního servisu“, na základě nichž může být GKM-GbR po celou dobu trvání smlouvy povinna provádět více či méně rozsáhlé práce na nosných částech stavby, fasádách, střeších veletržních hal a přístavbách, jakož i na izolaci těch částí těchto stavebních děl, které se dotýkají země. S ohledem na skutečnost, že renovace a udržování fasád, izolace proti vodě a vlhkosti, jakož i práce na střeších podle přílohy II směrnice 93/37 patří výslovně k výstavbě budov a zejména k výstavbě hrubých staveb, je tyto práce zahrnuté do smlouvy třeba kvalifikovat jako část „stavebního záměru“ ve smyslu čl. 1 písm. a) směrnice 93/37, a tudíž jsou relevantní v rámci přezkumu přípustnosti.

43. Na základě informací, které jsou patrné ze spisu, tedy nelze vyloučit, že GKM-GbR prováděla ještě i po uplynutí lhůty stanovené v odůvodněném stanovisku více či méně rozsáhlé stavební práce a renovační práce, které lze kvalifikovat jako výstavbu budov, respektive, že k jejich provádění v budoucnu byla zavázána smlouvou.

44. Mimoto je třeba zdůraznit, že protiplnění, k němuž se město Kolín zavázalo ve smlouvě, tj. k hrazení plateb každý měsíc počínaje dnem 1. ledna 2007 po dobu téměř 29 let, a tedy po dobu výrazně překračující lhůtu stanovenou v odůvodněném stanovisku, musí být poskytováno soustavně.

45. Zamítnout je třeba argumentaci Spolkové republiky Německo, podle níž v rámci přezkumu přípustnosti žaloby pro nesplnění povinností v oblasti zadávání veřejných zakázek na stavební práce záleží pouze na okamžiku ukončení stavebních prací provedených zhotovitelem zakázky, které odporují právním předpisům v oblasti zadávání veřejných zakázek, zatímco okamžik poskytnutí protiplnění veřejného zadavatele zakázky vycíslitelného v penězích není v tomto ohledu rozhodující.

46. Takové rozlišování účinků „porušujících právní předpisy v oblasti zadávání veřejných zakázek“ a účinků „z právního hlediska

neutrálních“, které má smlouva uzavřená v rozporu s právními předpisy v oblasti zadávání veřejných zakázek, nevyplyvá ani ze znění článku 1 směrnice 93/37, ani z judikatury Soudního dvora.

47. Podle čl. 1 písm. a) směrnice 93/37 se veřejnými zakázkami na stavební práce rozumí zakázky sjednané písemně úplatnou smlouvou mezi zhotovitelem a veřejným zadavatelem o poskytnutí určitých stavebních prací. Jelikož je veřejnou zakázku na stavební práce tedy třeba kvalifikovat jako převážně synalagmatickou smlouvu, nelze v rámci přezkumu přípustnosti ze systematického hlediska rozlišovat mezi stavebními pracemi, jejichž provedení dluží zhotovitel, a platebními povinnostmi veřejného zadavatele. Právě platební povinnost veřejného zadavatele totiž směřuje k tomu, že na plnění, která dluží zhotovitel, dopadají právní předpisy v oblasti zadávání veřejných zakázek. Za těchto okolností generální advokát Léger ve svém stanovisku k věci *Ordine degli Architetti a další*¹² správně konstatoval, že diskriminační zadávání zakázek veřejnými zadavateli je ve světle směrnic v oblasti zadávání veřejných zakázek právě proto nepřijatelné, že je doprovází platby na zvolené zhotovitele.

48. Navíc je třeba upozornit na to, že jak vyplývá z 10. bodu jejího odůvodnění, směrnice 93/37 přispívá k zajištění rozvoje účinné hospodářské soutěže v oblasti veřejných zakázek. Pokud je veřejná zakázka zadána

mimo příslušné veřejné zadávací řízení, a tudíž, aniž by předtím proběhla soutěž o veřejnou zakázku, zaplatí veřejný zadavatel zpravidla víc, než kdyby soutěž o veřejnou zakázku vyhlásil v souladu s právními předpisy v oblasti zadávání veřejných zakázek. Následky porušení těchto právních předpisů se tak projevují právě v platebních povinnostech veřejného zadavatele, takže naposled uvedený účinek lze z hlediska právních předpisů v oblasti zadávání veřejných zakázek jen stěží zařadit mezi „neutrální“ účinky smlouvy uzavřené v rozporu s těmito předpisy.

49. V rámci přezkumu otázky, zda ke dni uplynutí lhůty stanovené Komisí v odůvodněném stanovisku dotčená smlouva již vyčerpala všechny své účinky, tedy nelze proti plnění vyčíslitelné v penězích dlužné veřejným zadavatelem kvalifikovat jako „neutrální z hlediska právních předpisů v oblasti zadávání veřejných otázek“. Zachování platební povinnosti veřejného zadavatele, která mu vznikla na základě smlouvy, je tedy rovněž třeba hodnotit jako právně relevantní účinek smlouvy uzavřené v rozporu s příslušnou směrnicí v oblasti zadávání veřejných zakázek.

50. Tato klasifikace se opírá o dosavadní judikaturu Soudního dvora týkající se přípustnosti žalob pro nesplnění povinnosti vyplývajících pro členský stát z právních předpisů v oblasti zadávání veřejných zakázek, která vychází výslovně z okamžiku úplného splnění

12 — Stanovisko generálního advokáta Légera ve věci *Ordine degli Architetti a další* (C-399/98, rozsudek ze dne 12. července 2001, Recueil, s. I-5409, bod 94).

smlouvy uzavřené v rozporu s právními předpisy v oblasti zadávání veřejných zakázek¹³ respektive z okamžiku vyčerpání veškerých účinků této smlouvy nebo účinků vyhlášení soutěže, které je předmětem sporu¹⁴. Toto pravidlo platí nezávisle na tom, zda se jedná o zadání zakázky na dodávku zboží, na služby anebo na stavební práce, a má v tomto smyslu bezesporu univerzální povahu v rámci právních předpisů o zadávání veřejných zakázek.

51. Ve světle tohoto pravidla už v zásadě nelze mít pochybnosti o tom, že vytýkané porušení trvá, jestliže stavební práce smlouvené v rozporu s právními předpisy v oblasti zadávání veřejných zakázek nebyly ke dni uplynutí lhůty stanovené Komisí ještě v plném rozsahu poskytnuty, a to nezávisle na objemu zbývajících prací. Poskytování služeb spočívajících ve stavebních pracích po uplynutí stanovené lhůty tedy *per se* svědčí o dalším trvání vytýkaného porušení, takže v tomto směru není třeba uvádět žádné další indicie nebo důkazy, a to i když se zde jedná o stavební práce v poměrně nepatrném rozsahu¹⁵. Pokud naopak došlo k poskytnutí všech dlužných stavebních prací, je třeba ověřit, zda nemá smlouva ještě další právně relevantní účinky.

52. Výslovné potvrzení této zásady, podle níž při přezkumu přípustnosti záleží na účincích smlouvy jako celku, lze nalézt v rozsudku ze dne 11. října 2007 ve věci C-237/05, Komise v. Řecko¹⁶. V této věci se Soudní dvůr v rámci žaloby pro nesplnění povinnosti vyplývající pro členský stát z právních předpisů v oblasti zadávání veřejných zakázek zabýval dopadem směrnice 92/50 na rámcovou dohodu uzavřenou mezi příslušnými řeckými orgány a panhelénskou konfederací svazů zemědělských družstev (dále jen „PASEGES“) ze dne 20. února 2001 a na smlouvy, kterými se tato rámcová dohoda provádí, uzavřené mezi členy PASEGES a řeckými orgány. Prováděcí smlouvy stanovily zejména to, že místní svazy zemědělských družstev by dotčeným zemědělcům objasnily nový administrativní a kontrolní systém pro některé režimy podpor a podporovaly by tyto zemědělce při přípravě a podávání jejich žádostí o tyto podpory. PASEGES byla povinna koordinovat práci svých členů. Porušení právních předpisů v oblasti zadávání veřejných zakázek vytýkané Komisí se přitom týkalo výlučně pomoci poskytnuté svazy zemědělských družstev v roce 2001 při přípravě žádostí o podpory, zatímco lhůta stanovená v odůvodněném stanovisku uplynula teprve dne 19. února 2004. V rámci přezkumu přípustnosti žaloby pro nesplnění povinnosti Soudní dvůr nejprve zopakoval obecnou zásadu, podle níž je taková žaloba nepřipustná, pokud ke dni uplynutí lhůty stanovené v odůvodněném stanovisku dotčená smlouva již vyčerpala *všechny své účinky*. V důsledku toho je namístě ověřit, zda byly sporné smlouvy ke dni uplynutí této lhůty alespoň zčásti ještě prováděny. V rámci následného posouzení skutkových okolností případu Soudní dvůr zdůraznil, že ve sporných smlouvách se objevuje ustanovení, podle něhož by tyto smlouvy pozbyly platnosti, pokud všechny finanční podpory byly vyplaceny zemědělcům, kteří o ně požádali. Jelikož všechny podpory, o něž bylo žádáno v roce

13 — Rozsudek Komise v. Německo (citovaný v poznámce pod čarou 10, bod 35 a násl.).

14 — Rozsudky ze dne 28. října 1999, Komise v. Rakousko (C-328/96, Recueil, s. I-7479, body 42 až 45), a ze dne 31. března 1992, Komise v. Itálie (C-362/90, Recueil, s. I-2353, bod 11).

15 — Rozsudek ze dne 2. června 2005, Komise v. Řecko (citovaný v poznámce pod čarou 9), je třeba chápat v tomto smyslu. Soudní dvůr nejprve potvrdil, že žaloba pro nesplnění povinnosti je nepřipustná, pokud ke dni uplynutí lhůty stanovené v odůvodněném stanovisku dotčená smlouva již vyčerpala všechny své účinky. Jelikož v projednávaném případě byly práce sjednané smlouvou v době uplynutí této lhůty dokončeny teprve z 85 %, byla námitka nepřipustnosti zamítnuta.

16 — Rozsudek ze dne 11. října 2007, Komise v. Řecko (citovaný v poznámce pod čarou 9, body 29 a násl.).

2001, byly vyplaceny v následujícím roce, a tudíž před uplynutím lhůty stanovené v odůvodněném stanovisku, a tyto smlouvy tím tedy zcela pozbyly platnosti, Soudní dvůr rozhodl, že ke dni uplynutí stanovené lhůty již rámcová dohoda a sporné smlouvy vyčerpaly všechny své účinky, takže žaloba pro nesplnění povinnosti byla odmítnuta jako nepřijatelná.

53. V tomto svém rozsudku ze dne 11. října 2007 se Soudní dvůr tedy nezaměřil na okamžik poskytnutí služby zhotovitelem, nýbrž spíše na úplné pozbytí platnosti smlouvy jako takové, k němuž došlo teprve po vyplacení podpor, o něž bylo žádáno.

54. Tím, že se při přezkumu přípustnosti žaloby pro nesplnění povinnosti v oblasti zadávání veřejných zakázek na stavební práce posuzuje smlouva o zadání veřejné zakázky jako celek, přihlíží se rovněž k okolnosti, že v současnosti lze v poměrně krátké době z velké části realizovat dokonce i velmi rozsáhlé stavební záměry, zatímco Komise se o příslušném porušení právních předpisů v oblasti zadávání veřejných zakázek dozví často jen v návaznosti na stížnost, a tedy se zpožděním. I v projednávaném případě ze spisu vyplývá, že Komise byla o možném porušení právních předpisů v oblasti zadávání veřejných zakázek při stavbě veletržních hal informována teprve stížností ze dne 7. září 2005, přičemž provoz těchto veletržních hal byl zahájen již v prosinci 2005, a tedy jen o několik měsíců později. Tento příklad jasně ukazuje, že příliš přísný přezkum přípustnosti,

který by byl orientován pouze na stavební práce, které mají být poskytnuty zhotovitelem, by byl na újmu účinnému použití směrnice o zadávání veřejných zakázek na stavební práce.

55. Za těchto okolností je z procesně právního hlediska třeba zdůraznit také to, že uplynutí lhůty stanovené v odůvodněném stanovisku Komise a následné podání žaloby nemusejí vést k tomu, že vytýkané stavební práce budou skutečně zastaveny. Pokud je tedy stavba v době uplynutí lhůty stanovené Komisí například z 85 % dokončena a veřejný zadavatel popírá porušení právních předpisů v oblasti zadávání veřejných zakázek, budou stavební práce v době vyhlášení rozsudku v rámci následného řízení o nesplnění povinnosti zpravidla kompletně dokončeny. Z tohoto úhlu pohledu se takový případ čistě fakticky ve výsledku neliší od případu, kdy byly všechny stavební práce provedeny již před uplynutím lhůty stanovené Komisí, ale zadavatel ještě nesplnil svou platební povinnost a smlouva vyvolává z tohoto důvodu v okamžiku uplynutí stanovené lhůty další účinky.

56. S ohledem na výše uvedené skutečnosti dospívám k názoru, že v rámci přezkumu přípustnosti žaloby pro nesplnění povinnosti vyplývající pro členský stát z právních předpisů v oblasti zadávání veřejných zakázek na stavební práce se musí ověřit, zda byly před uplynutím lhůty stanovené Komisí vyčerpány

všechny účinky smlouvy uzavřené v rozporu s těmito předpisy. K těmto účinkům patří rovněž protiplnění spočívající v zaplacení peněžitě částky veřejným zadavatelem.

B – K opodstatněnosti žaloby

1. Úvodní poznámky

57. Souhrnně je tedy třeba konstatovat, že námitka nepřipustnosti podaná z důvodu skončení porušení před uplynutím lhůty stanovené v odůvodněném stanovisku musí být odmítnuta, pokud byla smlouva na konci této lhůty ještě alespoň zčásti prováděna, přičemž peněžitě protiplnění dlužené veřejným zadavatelem je třeba kvalifikovat jako provádění smlouvy podstatné pro rozhodnutí.

58. Aby bylo možné konstatovat, že smlouva ze dne 6. srpna 2004 byla ke dni uplynutí lhůty stanovené v odůvodněném stanovisku ještě alespoň zčásti prováděna, a vyvolávala tudíž právně relevantní účinky, postačí za těchto podmínek v rámci právě posuzovaného případu ta okolnost, že město Kolín nad Rýnem poskytovalo po uplynutí stanovené lhůty jednou měsíčně dlužné (peněžitě) protiplnění respektive, že k tomu bylo zavázáno.

59. S ohledem na shora uvedené skutečnosti nelze námitce nepřipustnosti podané Spolkovou republikou Německo z důvodu skončení vytýkaného porušení před uplynutím lhůty stanovené v odůvodněném stanovisku vyhovět. Mám tedy za to, že neexistují žádné překážky připustnosti žaloby.

60. Argumenty Spolkové republiky Německo týkající se neopodstatněnosti žaloby pro nesplnění povinnosti, která má být v projednávaném případě posouzena, vycházejí v zásadě z právního názoru, že GKM-GbR nebyla zadána veřejná zakázka na stavební práce ve smyslu čl. 1 písm. a) směrnice 93/37 a podpůrně, že k přidělení zakázky městem Kolín každopádně nedošlo na základě smlouvy ze dne 6. srpna 2004, která je předmětem právního sporu. Tyto hlavní argumentační linie podpírá Spolková republika Německo tím, že hlavní smlouvu ze dne 6. srpna 2004 kvalifikuje jako nájemní smlouvu respektive smlouvu o financování.

61. Je nesporné, že smlouva ze dne 6. srpna 2004 obsahuje se zřetelem ke sjednanému přenechání užívacích práv na dlouholetý časový úsek významnou složku služby. Dále je tedy třeba prověřit, zda a do jaké míry tato smlouva vykazuje mimoto i pojmové znaky veřejné zakázky na stavební práce a zda prokázané znaky zakázky na stavební práce postačí k tomu, aby celá (smíšená) smlouva spadala do působnosti směrnice 93/37. Těmto otázkám však předchází argument Spolkové republiky Německo, podle něhož se v projednávaném případě nemá z hlediska právních předpisů v oblasti zadávání veřejných zakázek za pravého zadavatele pokládat město Kolín nad Rýnem, nýbrž Kölnmesse GmbH.

2. Postavení města Kolín nad Rýnem jako zadavatele ve vztahu k GKM-GbR

a) Město Kolín nad Rýnem je třeba kvalifikovat jako zadavatele ve vztahu k GKM-GbR

62. Je nesporné, že hlavní smlouva ze dne 6. srpna 2004 byla uzavřena mezi městem Kolín nad Rýnem a GKM-GbR a že město Kolín nad Rýnem následně uzavřelo „podnájemní smlouvu“ s Kölnmesse GmbH. S odkazem na funkcionální popis pojmu „veřejný zadavatel“ objevující se v judikatuře Soudního dvora a z ní vyplývající zjevnou připravenost Soudního dvora provést vyčerpávající celkovou analýzu složitých konstrukcí v oblasti práva veřejných zakázek s cílem určit pravou právní povahu udělených zakázek a následně kontrolovat jejich legalitu, Spolková republika Německo ovšem tvrdí, že Kölnmesse GmbH je ve funkcionální rovině a na základě celkového posouzení z hlediska právních předpisů v oblasti zadávání veřejných zakázek v projednávaném případě třeba kvalifikovat jako právého zadavatele ve vztahu k GKM-GbR.

63. Třebaže je pravda, že Soudní dvůr již dříve objasnil, že pojem „veřejný zadavatel“ nelze vykládat formálně, nýbrž podle jeho funkčního určení¹⁷, je třeba zdůraznit, že tato

judikatura nezakotvuje žádnou univerzální zásadu, jíž se řídí celé právo veřejných zakázek a podle níž by měl být pojmový znak „veřejného zadavatele“ přezkoumáván na čistě funkcionální úrovni a bez ohledu na konstrukci smluvního práva zvolenou pro konkrétní zadání zakázky. Tato judikatura svědčí spíš o snaze Soudního dvora prolomit uzavřené vnitrostátní trhy s veřejnými zakázkami a otevřít je v souladu s cíli směrnic v oblasti zadávání veřejných zakázek formulovanými v jejich odůvodněních společnému trhu¹⁸. Za těchto okolností se Soudní dvůr rozhodl pro funkcionální výklad pojmového znaku „veřejných zadavatelů“, podle něhož je pro kvalifikaci vnitrostátní instituce jako veřejného zadavatele ve smyslu právních předpisů Společenství v oblasti zadávání veřejných zakázek nepodstatné, zda se tato vlastnost v příslušné vnitrostátní právní úpravě váže na určité institucionální charakteristiky¹⁹.

64. I ve věcech, v nichž Soudní dvůr do přezkumu legality zahrnul okolnosti komplexní konstrukce zvolené v mezích právních předpisů v oblasti veřejných zakázek, k tomu docházelo vždy za účelem zajištění účinnosti použitelných směrnic upravujících

17 — Rozsudky ze dne 20. září 1988, Beentjes (31/87, Recueil, s. 4635, bod 11); ze dne 10. listopadu 1998, BFI Holding (C-360/96, Recueil, s. I-6821, bod 62); ze dne 1. února 2001, Komise v. Francie (C-237/99, Recueil s. I-939, bod 43), a ze dne 12. prosince 2002, Universale-Bau a další (C-470/99, Recueil, s. I-11617, bod 53).

18 — Srov. Marx, F./Prieß, H., in: Jestaedt/Kemper/Marx/Prieß, *Das Recht der Auftragsvergabe*, Neuwied 1999, s. 16.

19 — Srov. jen rozsudek Beentjes (citovaný v poznámce pod čarou 17, bod 11), v jehož rámci Soudní dvůr zdůraznil, že pojem státu použitý v článku 1 směrnic Rady 71/305/EHS ze dne 26. července 1971 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce (Úř. věst. L 185, s. 5) je třeba chápat ve funkcionálním smyslu, protože cíl této směrnice spočívající ve skutečném dosažení svobody usazování a volného pohybu služeb v oblasti veřejných zakázek na stavební práce by byl ohrožen, kdyby směrnici nebylo možné použít jen z toho důvodu, že veřejná zakázka na stavební práce byla zadána institucí vytvořenou za účelem plnění úkolů svěřených jí zákonem, aniž by však po formální stránce spadala pod státní správu.

veřejné zakázky ve světle souběžného dosažení svobody usazování a volného pohybu služeb v této oblasti²⁰.

65. V případě, který zde má být posouzen, nesvědčí žádné skutečnosti o tom, že by se v rámci teleologického výkladu směrnice 93/37 neměla brát v úvahu smluvní konstrukce zvolená GKM-GbR, městem Kolín nad Rýnem a Kölnmesse GmbH pro vztahy s městem Kolín nad Rýnem jako hlavním zadavatelem.

66. Na jednu stranu je totiž třeba poukázat na to, že město Kolín nad Rýnem na Kölnmesse GmbH nepřevadlo svá práva a povinnosti vyplývající pro ně z „nájemní smlouvy“ ze dne 6. srpna 2004, takže chybí přímý smluvní vztah mezi Kölnmesse GmbH a GKM-GbR²¹. Povinnosti vyplývající ze smlouvy ze dne 6. srpna 2004 se sice v zásadě odrážejí v „podnájemní smlouvě“ uzavřené mezi městem Kolín nad Rýnem a Kölnmesse GmbH a prováděcí dohoda obsahuje úpravu sloužící koordinaci a jednodušší realizaci

vztahů vzniklých na základě hlavní a podnájemní smlouvy, ale zavázáno a oprávněno přímo ze smlouvy ze dne 6. srpna 2004 je vůči GKM-GbR nakonec jen město Kolín nad Rýnem²². Již před uzavřením těchto smluv bylo dále dohodnuto, že faktický převod finančních závazků města Kolína nad Rýnem na Kölnmesse GmbH by bylo od roku 2012 zrušeno, pokud by se ukázalo, že by Kölnmesse GmbH provozováním veletrhů nevyprodukovala dostatečné příjmy na financování měsíčně splatné platby²³.

67. Na druhou stranu by bránilo dosažení svobody usazování a volného pohybu služeb v oblasti veřejných zakázek, kdyby se veřejným zadavatelům příliš extensivním výkladem funkcionálního pojmu „zadavatel“

20 — Srov. např. rozsudek ze dne 10. listopadu 2005, Komise v. Rakousko (C-29/04, Sb. rozh. s. I-9705).

21 — Tento případ by možná bylo třeba posuzovat jinak, pokud by město Kolín od počátku vykonávalo činnosti na účet Kölnmesse GmbH a následně by této společnosti převedlo všechna práva a povinnosti vyplývající ze smlouvy ze dne 6. srpna 2004. Ve svém rozsudku ze dne 15. ledna 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria (C-44/96, Recueil, s. I-73, body 42 a násl.) Soudní dvůr v tomto ohledu rozhodl, že veřejná zakázka na stavební práce zadána veřejným zadavatelem již nadále nepodléhá ustanovením směrnice 93/37, pokud tento veřejný zadavatel před dokončením stavby převedl svá práva a povinnosti vyplývající z vyhlášení podniku, který není veřejným zadavatelem, pokud z celkových souvislostí vyplývá, že zakázka byla zadána na účet tohoto podniku a navíc se týká záměru, který se od počátku v plném rozsahu shodoval s předmětem podnikání tohoto podniku. Srov. k tomu též Bovis, C., „Case C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria AG“, *Common Market Law Review*, 1999, s. 205, 212.

22 — Prováděcí dohodou zmocnilo město Kolín Kölnmesse GmbH úplným výkonem veškerých práv a plněním povinností, které město Kolín převzalo ve vztahu k GKM-GbR, přičemž práva obsahující vymahatelný nárok však bylo možno vykonávat jen s předchozím svolením města Kolína. Z této smluvní konstrukce tedy nevyplývá, že město Kolín převedlo svá práva a povinnosti na Kölnmesse GmbH, nýbrž pouze to, že Kölnmesse GmbH byla oprávněna plnit tyto povinnosti a vykonávat tato práva jménem města Kolína vůči GKM-GbR. Město Kolín si navíc vyhradilo právo tuto prováděcí dohodu kdykoli zcela nebo zčásti odvolat a zakázat Kölnmesse GmbH, aby jeho jménem vykonávala smluvní práva a plnila povinnosti vůči GKM-GbR.

23 — Tato dohoda vyplývá zejména z „Letter of Intent“ města Kolína ze dne 8. prosince 2003 adresovaného Kölnmesse GmbH, v němž bylo výslovně stanoveno, že nájemné, které má Kölnmesse GmbH platit městu Kolín, se musí přizpůsobit změnám hospodářské situace uvedeného podniku, pokud by se Kölnmesse GmbH po roce 2012 nepodařilo vyrovnat vznikající vícenáklady pořádáním dalších akcí. Výslovně potvrzen byl tento příslib v „Letter of Intent“ města Kolína ze dne 14. července 2004 adresovaného Kölnmesse GmbH, podle něhož město Kolín za určitých hospodářských podmínek vyslovilo svůj závazný souhlas s přizpůsobením (pod)nájemného, které má Kölnmesse GmbH uhradit za veletržní haly, které mají být nově vybudovány.

umožnilo zastírat identitu právěho zadavatele s pomocí složitých smluvních konstrukcí a zajistit si tím výhodu z hlediska procesního práva. Řízení o nesplnění povinnosti vyplývající pro členský stát z právních předpisů v oblasti zadávání veřejných zakázek je často ovládáno stavem informační nerovnováhy, přičemž Komise vždy napoprvé nedisponuje údaji nezbytnými k rozluštění smluvní konstrukce, kterou si zúčastněné strany zvolily. Pokud by funkcionální výklad pojmu „zadavatel v oblasti zadávání veřejných zakázek“ směřoval k tomu, že jako „pravý (funkcionální) zadavatel“ by namísto „smluvní strany oficiálně zadávající zakázku“ mohl vystoupit subjekt, který není oprávněn přímo ze smlouvy o zadání zakázky, mnohé žaloby o nesplnění povinnosti v oblasti zadávání veřejných zakázek by mohly ztroskotat na zákazu změny nebo rozšíření předmětu žaloby vyplývajícího z předpisů procesního práva, který je v řízení o nesplnění povinnosti uplatňován zvlášť přísně²⁴, například proto, že postup před zahájením soudního řízení byl zaměřen na „nepravého“ zadavatele nebo na „nepravou“ smlouvu o zadání zakázky²⁵.

68. Také v případě, který zde má být posouzen, směřují argumenty Spolkové republiky Německo týkající se postavení Kölnmesse GmbH jako zadavatele nakonec k procesní námitce, že se Komise ve své žalobě nezaměřila na případné porušení směrnice o zadávání veřejných zakázek, kterého se měla dopustit Kölnmesse GmbH. Jelikož je rozsah přezkumu, který má provést Soudní dvůr v rámci řízení o nesplnění povinnosti, omezen pouze na ty žalobní důvody, které Komise jasně vysvětlila ve své žalobě, není podle Spolkové republiky Německo otázka, zda měla Kölnmesse GmbH jako pravý zadavatel vyhlásit spornou smlouvu o zakázce, předmětem projednávání řízení o nesplnění povinnosti.

69. Na základě shora uvedených důvodů jsou argumenty Spolkové republiky Německo týkající se postavení Kölnmesse GmbH jako zadavatele mylné. Postavení města Kolína nad Rýnem jako smluvního partnera a zadavatele ve vztahu k GKM-GbR nelze popřít ani s odkazem na funkcionální popis pojmu „veřejný zadavatel“, ani v rámci teleologického výkladu směrnice 93/37.

70. Tyto úvahy mě vedou k závěru, že v rámci posuzovaného případu nemá být ve vztahu k GKM-GbR za smluvního partnera v postavení zadavatele pokládána Kölnmesse GmbH, nýbrž naopak město Kolín nad Rýnem.

24 — Srov. jen Rengeling, H.-W./Middeke, A./Gellermann, M., *Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union*, Mnichov 2003, § 23, bod 37, s. 426.

25 — Podle ustálené judikatury se předmět žaloby podané podle článku 226 ES vymezí v rámci postupu před zahájením soudního řízení, který je upraven tímto článkem, takže odůvodněné stanovisko Komise a žaloba musejí vycházet z těchto žalobních důvodů. Tento požadavek sice nezahrnuje to, aby žaloba byla formulována zcela shodně jako žalobní důvody vznesené ve výzvě dopisem a ve výroku odůvodněného stanoviska, nicméně vždy se předpokládá, že předmět žaloby nebude rozšířen či změněn. Omezení předmětu žaloby je naopak možné (rozsudky ze dne 9. listopadu 1999, Komise v. Itálie, C-365/97, Recueil, s. I-7773, body 23 a 25, ze dne 12. června 2003, Komise v. Finsko, C-229/00, Recueil, s. I-5727, body 44 a 46, a ze dne 14. července 2005, Komise v. Německo, C-433/03, Sb. rozh. s. I-6985, bod 28). Povoleno je i upřesnění původních žalobních důvodů Komise v její žalobě, samozřejmě vždy za předpokladu, že nezmění předmět sporu (rozsudek ze dne 26. dubna 2007, Komise v. Finsko, C-195/04, Sb. rozh. s. I-3351, bod 18 s dalšími odkazy).

b) Podpůrně: Pro případ, že by Kölnmesse GmbH měla být pokládána za „pravého“ zadavatele ve vztahu k GKM-GbR

71. Pro případ, že Soudní dvůr dospěje k odchylnému závěru, pokud jde posouzení postavení Kölnmesse GmbH jako zadavatele, dále podpůrně krátce vysvětlím následky plynoucí z takového posouzení.

72. Podle ustálené judikatury z čl. 38 odst. 1 písm. c) jednacího řádu Soudního dvora vyplývá, že každá žaloba musí uvádět předmět sporu a stručný popis žalobních důvodů a že tyto údaje musí být natolik jasné a přesné, aby umožnily žalovanému připravit si obranu a Soudnímu dvoru vykonávat přezkum. Z toho vyplývá, že hlavní skutkové a právní okolnosti, na kterých je žaloba založena, musí uceleně a srozumitelně vyplývat z textu samotné žaloby a že návrhová žádání žaloby musí být formulována jasně, aby se předešlo tomu, že Soudní dvůr rozhodne nad rámec návrhových žádání nebo opomene rozhodnout o některém z žalobních důvodů²⁶.

26 — Rozsudky ze dne 21. února 2008, Komise v. Itálie (citovaný v poznámce pod čarou 5, bod 103) a Komise v. Finsko (citovaný v poznámce pod čarou 25, bod 22). V tomto smyslu rovněž rozsudky ze dne 20. listopadu 2003, Komise v. Francie (C-296/01, Recueil, s. I-13909, bod 121) a ze dne 14. prosince 1962, Meroni v. Vysoký úřad (46/59 a 47/59, Recueil, s. 783).

73. Jak v rámci postupu před zahájením soudního řízení, tak i ve své žalobě Komise uvedla, že Spolková republika Německo tím, že město Kolín nad Rýnem uzavřelo s GKM-GbR smlouvu ze dne 6. srpna 2004, aniž by provedlo zadávací řízení s celoevropským vyhlášením podle uvedených ustanovení, nesplnila povinnosti, které pro ni vyplývají z článku 7 ve spojení s článkem 11 směrnice 93/37. Tím Komise jasně vymezila předmět žaloby v tom smyslu, že předmět zahájeného řízení o nesplnění povinnosti tvoří pouze tato smlouva ze dne 6. srpna 2004 uzavřená městem Kolín nad Rýnem.

74. Pokud by tedy Soudní dvůr dospěl k závěru, že za pravého zadavatele má být pokládána Kölnmesse GmbH, musela by být žaloba pro nesplnění povinnosti podaná Komisí v projednávaném řízení zamítnuta.

75. V tomto případě by totiž bylo třeba odpovědět na řadu dalších právních a skutkových otázek, k nimž nebylo v projednávaném případě účastníky řízení vůbec nebo jen nepatrně přihlíženo, např. otázka, zda Kölnmesse GmbH jako veletržní společnost naplňuje pojmové znaky veřejného zadavatele ve smyslu čl. 1 písm. b) směrnice 93/37, tak aby se i na ni mohla přímo použít evropská pravidla pro oblast zadávání veřejných zakázek.

76. Na tuto otázku týkající se subsumpce veletržní společnosti pod pojem „veřejný zadavatel“ obsažený ve směrnici v oblasti zadávání veřejných zakázek lze v zásadě odpovědět jen v rámci rozhodnutí o jednotlivém případě a s přihlédnutím ke všem jeho konkrétním okolnostem. Pokud jde o Kölnmesse GmbH, je však třeba konstatovat, že spis obsahuje několik aspektů, podle kterých se zdá být subsumpce pod pojem „veřejný zadavatel“ ve smyslu čl. 1 písm. b) směrnice 93/37 v zásadě možná.

77. Podle čl. 1 písm. b) směrnice 93/37 se veřejnoprávním subjektem, a tedy veřejnoprávním zadavatelem, rozumí jakýkoliv subjekt, který má právní subjektivitu, který byl zřízený za zvláštním účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, který nemá průmyslovou nebo obchodní povahu a je financován převážně státem, regionálními nebo místními orgány nebo jinými veřejnoprávními subjekty nebo je těmito orgány řízen.

78. V rámci přezkumu, zda veletržní společnost, jako je Kölnmesse GmbH, naplňuje tyto tři hlavní pojmové znaky veřejného zadavatele, nesmějí předpoklady existence právní subjektivity a kontroly veřejnoprávními

subjekty vyvolávat mnoho otázek. Soudní dvůr navíc ve svém rozsudku Agorà a Excelsior objasnil, že činnosti spočívající v organizování veletržních akcí, výstav a jiných podobných záměrů je třeba pokládat za činnosti obecného zájmu²⁷.

79. Přestože je pojem „veřejnoprávní subjekt“ třeba vykládat funkčně²⁸ a obecně extensivně²⁹, možná není až tak jasné, zda veletržní společnost, jako je Kölnmesse GmbH, naplňuje i pojmový znak nekomerčnosti, zvláště když Soudní dvůr v rozsudku Agorà

27 — Rozsudek ze dne 10. května 2001, Agorà a Excelsior (C-223/99 a C-260/99, Recueil, s. I-3605, body 33 a násl.). V rámci odůvodnění Soudní dvůr zejména uvedl, že když organizátor takových veletržních akcí shromáždí výrobce a obchodníky na jednom místě, jedná nejen ve zvláštním zájmu těchto skupin osob, kterým se tímto způsobem dá k dispozici místo vhodné k podpoře odbytu jejich výrobků a zboží, ale obstará informace i spotřebitelům navštěvujícím tyto akce, které jim umožní činit jejich rozhodnutí za optimálních podmínek. Výsledný obchodní podnět lze pokládat za podnět obecného zájmu.

28 — Rozsudek ze dne 13. prosince 2007, Bayerischer Rundfunk a další (C-337/06, Sb. rozh. s. I-11173, bod 36 a násl.).

29 — Rozsudek ze dne 27. února 2003, Adolf Truley (C-373/00, Recueil, s. I-1931, bod 43). V tomto smyslu i generální advokát Mazák ve svém stanovisku ze dne 16. prosince 2008 ve věci Hans a Christophorus Oymanns (C-300/07, bod 27).

a Excelsior vyloučil kvalifikaci „samosprávného celku pro mezinárodní veletrh Milán“ jako veřejnoprávního subjektu ve smyslu čl. 1 písm. b) směrnice 92/50, neboť plnil úkoly obchodní povahy³⁰.

80. Zdá se však, že analýzu, z níž vychází rozsudek Agorà a Excelsior, nelze v tomto ohledu bez dalšího použít na německé veletržní společnosti, jako je Kölnmesse GmbH, zvláště když se Soudní dvůr ve své nejnovější judikatuře k pojmovému znaku nekomerčnosti veřejnoprávních subjektů, konkrétně zejména v rozsudcích Ing. Aigner³¹ a Korhonen³², intenzivněji zaměřil na otázku, zda dotyčný subjekt vykonává svou činnost za soutěžních podmínek či nikoli. Obchodní nebo průmyslovou povahu plněných úkolů v tomto ohledu signalizuje zejména to, že dotyčný subjekt je činný za normálních tržních podmínek, že usiluje o dosažení zisku a že skutečně sám nese ztráty spojené se svou činností³³.

81. Pokud jde o německé veletržní společnosti, je v těchto souvislostech nejprve třeba upozornit obecně na to, že příslušné země a obce je zpravidla využívají jako prostředek na podporu rozvoje místního hospodářství za účelem zvýšení atraktivity dané hospodářské lokality. V tomto ohledu jsou takové veletržní společnosti obzvláště podobné organizacím na podporu hospodářského rozvoje, které jsou v oddíle III.2 přílohy I směrnice 93/37 označeny výslovně jako veřejnoprávní subjekty ve smyslu čl. 1 písm. b)³⁴.

82. Pokud se veletržní společnosti vlastněně veřejnoprávním subjektem využívají jako prostředek na podporu hospodářského rozvoje, směřuje jejich činnost navíc nejen k maximalizaci zisku dosahovaného v podnikovém hospodářství³⁵. V této souvislosti ovlivňují města a obce německý trh v oblasti veletrhů poskytováním podpor a přebíráním záruk ve prospěch veletržních společností,

30 — Rozsudek Agorà a Excelsior (citovaný v poznámce pod čarou 27), body 35 a násl. K tomu Soudní dvůr zejména uvedl, že organizování veletrhů, výstav a jiných podobných záměrů představuje hospodářskou činnost, která spočívá v nabízení služeb na trhu. Tyto služby jsou poskytovány za úplatu a jsou jimi uspokojovány hospodářské potřeby. Dotyčný veletrh pracuje, přestože ne za účelem dosažení zisku, podle článku 1 jeho stanov přece jen na základě kritérií výkonu, efektivity a hospodářských kritérií a nebyl stanoven žádný mechanismus pro vyrovnání případných finančních ztrát, takže sám nese hospodářské riziko své činnosti. Svou roli hraje i okolnost, že veletrh je činný v prostředí ovlivněném hospodářskou soutěží. K těmto kritériím srov. Brown, A., „Cases C-223/99 s C-260/99: the definition of contracting authorities and of needs in the general interest that lack a commercial character“, PPLR 2001, s. 107, 109.

31 — Rozsudek ze dne 10. dubna 2008, Ing. Aigner (C-393/06, Sb. rozh. s. I-2339, bod 41).

32 — Rozsudek ze dne 22. května 2003, Korhonen a další (C-18/01, Recueil, s. I-5321, bod 49). Srov. rovněž rozsudek ze dne 16. října 2003, Komise v. Španělsko (C-283/00, Recueil, s. I-11697, body 81 a 82).

33 — Rozsudek Korhonen (citovaný v poznámce pod čarou 32, bod 51).

34 — V tomto smyslu Marx, F., in: Motzke/Pietzcker/Prieß, Beck'scher VOB-Kommentar Verdingungsordnung für Bauleistungen Teil A, 1. vydání, § 98 Auftraggeber, bod 32; Werner, M., in: Byok, J./Jaeger, W., Kommentar zum Vergaberecht, Heidelberg 2000, § 98, bod 313; Byok, J./Goodarzi, R., „Messegeseellschaften und Auftragsvergabe“, NVwZ 2006, s. 281, 285. Srov. rovněž Dreher, M., in: Dreher, M./Stockmann, K., Kartellvergaberecht, 4. vydání, Mnichov 2008, § 98, bod 136, podle něhož je z tohoto důvodu veletržní společnosti třeba kvalifikovat spíše jako veřejné zadavatele.

35 — V tomto smyslu Marx, F./Prieß, H., (citováni výše v poznámce pod čarou 18), s. 38 a 39, kteří upozorňují, že pořádání trhů a veletrhů patří k úkolům, jejichž účelem je uspokojování veřejných potřeb, a zpravidla může být financováno jediné za velkého přispění veřejných prostředků. Podle názoru těchto autorů je pro subsumpci takových veletržních společností pod pojem „veřejný zadavatel“ rozhodující, zda se u takových společností právě nejedná o průmyslové nebo obchodní podniky zaměřené jen na maximalizaci zisku.

takže nakonec zaujímají zvláštní postavení v hospodářské soutěži³⁶.

83. V rámci teleologického výkladu směrnic v oblasti zadávání veřejných zakázek a s přihlédnutím k rozsudkům Ing. Aigner a Korhonen signalizuje především toto zvláštní postavení německých veletržních společností držných veřejnoprávními subjekty v hospodářské soutěži, že jejich úkoly jsou jiné než obchodní nebo průmyslové povahy³⁷.

84. V souladu s ustálenou judikaturou je totiž cílem směrnic Společenství, kterými se koordinují postupy při zadávání veřejných zakázek, vyloučit riziko, že budou upřednostněni tuzemští uchazeči nebo zájemci při zadání zakázky veřejnými zadavateli, a zároveň možnost, že subjekt financovaný nebo řízený státem, regionálními nebo místními orgány nebo jinými veřejnoprávními orgány se nechá vést jinými než hospodářskými úvahami³⁸.

85. Pokud by se tedy v konkrétním případě ukázalo, že veletržní společnost není činná za normálních tržních podmínek a nenese sama v celém rozsahu ztráty spojené se svou činností, existovalo by reálné nebezpečí, že by při zadávacích řízeních hrály roli jiné než hospodářské úvahy, a tato řízení by tedy byla prováděna za podmínek, která nemají hospodářské odůvodnění³⁹. V takovém případě by podle mého názoru bylo třeba její úkoly kvalifikovat jako nekomerční, takže by za předpokladu, že jsou naplněny ostatní pojmové znaky, bylo třeba kvalifikovat takovou veletržní společnost jako veřejného zadavatele ve smyslu směrnic v oblasti zadávání veřejných zakázek.

3. Hlavní smlouva ze dne 6. srpna 2004 jako smíšená zakázka na stavební práce a služby

86. Jak jsem již vysvětlila, město Kolín nad Rýnem je ve zde posuzovaném případě z hlediska práva veřejných zakázek třeba

36 — Byok, J./Goodarzi, R., (citovaní výše v poznámce pod čarou 34), s. 281, 285, s řadou příkladů dokládajících toto zvláštní postavení v hospodářské soutěži.

37 — Srov. k tomu Dreher, M., (citovaný výše v poznámce pod čarou 34), § 98, bod 77, který upozorňuje na to, že nedostatek komerčnosti je nakonec stejně významný jako existence zvláštního postavení na trhu přivozeného státem. Srov. rovněž stanovisko generálního advokáta Légera ve věci Mannesmann Anlagenbau Austria (C-44/96, rozsudek ze dne 15. ledna 1998, Recueil, s. I-73, bod 69) který v něm vyzdvihl, že úmyslem zákonodárce Společenství bylo použití směrnice o zadávání veřejných zakázek na subjekty, které plní úkoly obecného zájmu, které vůbec nebo zčásti nepodléhají tržním zákonům.

38 — Srov. zejména rozsudky Korhonen (citovaný v poznámce pod čarou 32, bod 52) a Universale-Bau (citovaný v poznámce pod čarou 17, bod 52).

39 — Srov. k tomu také stanovisko generálního advokáta Geelhoeda ve věci Komise v. Německo (C-126/03, rozsudek ze dne 18. listopadu 2004, Sb. rozh. s. I-11197, bod 32), který v něm vyzdvihuje, že organizace založená za účelem dosahování zisku, která sama nese rizika spojená se svou činností, zpravidla nebude provádět žádná zadávací řízení za podmínek, která nemají hospodářské odůvodnění.

pokládat za zadavatele a smluvní stranu ve vztahu k GKM-GbR⁴⁰. Proto je nyní třeba objasnit, zda hlavní smlouva ze dne 6. srpna 2004 uzavřená mezi městem Kolín nad Rýnem a GKM-GbR vykazuje hlavní pojmové znaky veřejné zakázky na stavební práce ve smyslu čl. 1 odst. 1 písm. a) směrnice 93/37.

87. Podle ustálené judikatury spadá definice veřejné zakázky na stavební práce ve smyslu čl. 1 písm. a) směrnice 93/37 do oblasti působnosti právních předpisů Společenství⁴¹. Pro vyřešení otázky, zda byla GKM-GbR udělena veřejná zakázka na stavební práce, tedy není rozhodující ani německé právo, ani označení smlouvy, které si smluvní strany zvolily.

88. V této souvislosti je třeba mít na paměti, že posuzovaný případ se dotýká rovněž problematiky *contractus simulatus*, přičemž i vnitrostátní právní řády se v souvislosti

s právní kvalifikací takových smluv v drtivé většině zaměřují na skutečný obsah smlouvy⁴².

89. Podle čl. 1 písm. a) směrnice 93/37 jde o veřejnou zakázku na stavební práce tehdy, pokud jsou naplněny její pojmové znaky, a sice, že mezi zhotovitelem a veřejným zadavatelem je písemně sjednána úplatná smlouva, jejímž předmětem je buď provedení, nebo jak provedení, tak návrh určitých stavebních prací specifikovaných v této směrnici, bez ohledu na zvolené prostředky, která odpovídá požadavkům určeným veřejným zadavatelem.

42 — Hodnocení, podle něhož dochází při existenci *contractus simulatus* k právní kvalifikaci předmětné smlouvy na základě skutečného obsahu dohod, se objevuje již v zásadě z římského práva *Maxime plus valere quod agitur, quam quod simulate concipitur* (Justinianův kodex, oddíl 4, 22). V této souvislosti stanoví také § 117 odst. 2 německého BGB (občanský zákoník), že pokud zdánlivý právní úkon zastírá jiný právní úkon, použijí se ustanovení platná pro zastřený právní úkon. U právních úkonů, pro něž zákon nepředepisuje obligatorní formu, platí v souladu s pravidlem *falsa demonstratio non nocet* zastřený právní úkon, který chtěly obě smluvní strany učinit (k tomu viz: Larenz, K./Wolf, M., *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, 9. vydání, Mnichov 2004, § 35 bod 34). Ustanovení podobné této normě německého práva obsahuje i čl. 50 odst. 2 slovenského Obligacijského zákoníku (obligáční zákoník) (viz k tomu Dolenc, M., in: Juhart, M., Plavšák, N. (vyd.), *Obligacijský zákoník s komentářem*, 1. kniha, GV založba, Ljubljana 2003, komentář k článku 50, s. 207). V tomtéž smyslu stanoví § 916 odst. 1 věta druhá rakouského ABGB (všeobecný občanský zákoník), že eventuální zastřený právní úkon je třeba posuzovat podle jeho pravé povahy. Základní prvky této regulace lze rozpoznat i ve francouzském a v belgickém právním řádu, kde soudy v rámci právní kvalifikace smluv nemusejí dbát na označení smluv, které si smluvní strany zvolily, aby mohly určit pravou právní povahu předmětných smluv, a tedy i rozhodné právo (pro Francii srov. Le Tourneau, Ph., *Droit de la responsabilité et des contrats*, 6. vydání, Paříž 2006, bod 3615. Pro Belgie srov. Cornelis, L., *Algemene theorie van de verbintenissen*, Antverpy 2000, bod 229). Také podle čl. 1281 odst. 2 španělského Código Civil (civilní kodex) se má v případě rozporu upřednostnit zjevný úmysl smluvních stran před doslovným zněním dané smlouvy. Z tohoto ustanovení dovodil Tribunal Supremo ve svém rozsudku ze dne 28. května 1990 (zkrácená reprodukce v: Moreno Gil, O., *Código civil y jurisprudencia concordada*, 4. vydání, Madrid 2006, bod 4.230), že rozhodující pro kvalifikaci této smlouvy není označení smlouvy, které si smluvní strany zvolily, nýbrž smluvní povinnosti, které si dohodly.

40 — Viz shora body 62 a násl. tohoto stanoviska.

41 — Rozsudek ze dne 18. ledna 2007, Auroux (C-220/05, Sb. rozh. s. I-385, bod 40). Srov. ke směrnici 92/50 rozsudek ze dne 20. října 2005, Komise v. Francie (C-264/03, Sb. rozh. s. I-8831, bod 36).

90. Tento pojem veřejné zakázky na stavební práce je třeba vykládat ve světle cílů směrnice 93/37, která podle svého odůvodnění přispívá k dosažení svobody usazování a volného pohybu služeb v oblasti veřejných zakázek na stavební práce⁴³ a současně i k podpoře rozvoje skutečné hospodářské soutěže v této oblasti⁴⁴. Tyto cíle mohou být stejně tak ohroženy tehdy, pokud zadavatel objedná stavbu, k níž mu po jejím postavení vzniknou více či méně rozsáhlá práva věcně či závazkově právní povahy. Nebezpečí narušení hospodářské soutěže v důsledku upřednostňování některých soutěžitelů vůči ostatním totiž vždy existuje již tehdy, pokud se zadavatel rozhodne pověřit zhotovitele stavebními pracemi bez ohledu na důvody a kontext provedení stavby a bez ohledu na účel jejího využití⁴⁵.

91. Pro vyřešení otázky, zda město Kolín nad Rýnem zadalo GKM-GbR hlavní smlouvou ze dne 6. srpna 2004 zakázku na výstavbu veletržních hal, tedy z hlediska právních předpisů v oblasti zadávání veřejných zakázek není relevantní okolnost, že GKM-GbR jako stavebník realizovala tento stavební záměr na jednom z pozemků, které jí patří, zatímco městu Kolín nad Rýnem byla v prvé řadě pouze přiznána dlouholetá užívací práva

závazkově právní povahy vztahující se k předmětným stavbám⁴⁶. Rozhodující není ani to, zda městu Kolín nad Rýnem nebo Kölnmesse GmbH nakonec přísluší soudně vymahatelná možnost zpětné koupě vztahující se k tomuto pozemku včetně veletržních hal⁴⁷.

92. Soudní dvůr ve svém rozsudku ze dne 18. ledna 2007 ve věci Aurox rozhodl, že dohoda, kterou francouzská obec Roanne pověřila společnost se smíšenou majetkovou účastí zabývající se rozvojem města výstavbou zábavního centra, je veřejnou zakázkou na stavební práce ve smyslu čl. 1 písm. a) směrnice, přestože důležité části tohoto centra byly určeny k prodeji třetím osobám a části určené pro město na něj měly být převedeny teprve po jejich dokončení. Tvzení, že ani ta část centra, která byla určena k prodeji třetím osobám, ani část, která měla být převzata městem teprve po jejím dokončení, nemohou být předmětem veřejné zakázky na stavební práce ve smyslu čl. 1 písm. a) směrnice, Soudní dvůr odmítl s odůvodněním, že je nepodstatné, zda je, či není stanoveno, že obec Roanne je nebo se má stát vlastníkem celé stavby nebo její části⁴⁸.

46 — V tomto smyslu i Franke, H., in: Grabitz/Hilf, *Das Recht der Europäischen Union*, svazek 4, Mnichov, 30. aktualizace, červen 2006, B. 8. Bauaufträge, bod 11, Egger, A., *Europäisches Vergaberecht*, 1. vydání, Vídeň 2008, bod 719, v této souvislosti upozorňuje, že definice zakázky na stavební práce obsažená v právních předpisech v oblasti zadávání veřejných zakázek právě zahrnuje formulaci postavení „bez ohledu na zvolené prostředky“, a proto ji lze použít také na leasingové smlouvy o nemovitostech, když poskytovatel leasingu stavbu postaví na základě požadavků stanovených zadavatelem/příjemcem leasingu.

47 — V rámci určování hlavního kvalitativního předmětu smíšené zakázky na služby a na stavební práce může být naopak velmi důležité zjištění, že smluvní strany uzavřely svou smlouvu v domnění, že taková možnost zpětné koupě existuje. Viz body 110 a násl. tohoto stanoviska.

48 — Rozsudek ze dne 18. ledna 2007, Aurox (C-220/05, Sb. rozh. s. I-385, bod 47).

43 — Druhý bod odůvodnění směrnice 93/37.

44 — Desátý bod odůvodnění směrnice 93/37.

45 — V tomto smyslu viz stanovisko generální advokátky Kokott ve věci Aurox (C-220/05, rozsudek ze dne 18. ledna 2007, Sb. rozh. s. I-385, bod 43).

93. Pro vyřešení otázky, zda smlouva vykazuje hlavní pojmové znaky zakázky na stavební práce relevantní z hlediska právních předpisů v oblasti veřejných zakázek, je tedy rozhodující objektivní zjištění, že předmětem dané smlouvy je vybudování stavby za úplatu.

94. V projednávaném případě je pro kvalifikaci hlavní smlouvy ze dne 6. srpna 2004 z hlediska právních předpisů v oblasti zadávání veřejných zakázek tedy rozhodující otázka, zda tato smlouva obsahuje vedle prvků nájemního práva také pravidla upravující provedení (a návrhy) veletržních hal na základě požadavků stanovených městem Kolín nad Rýnem.

95. Přestože byla hlavní smlouva ze dne 6. srpna 2004 smluvními stranami označena jako „smlouva o nájmu pozemku se čtyřmi veletržními halami, stavbou ‚Nordeingang‘, s třídou a příjezdovou cestou k parkovišti, s pěti spojovacími stavbami mezi veletržními halami, s parkovacími místy a vnějšími zařízeními v Kolíně nad Rýnem-Deutz, Deutz-Müllheimer-Straße a další“ a chybí výslovně naformulovaná povinnost GKM-GbR vybudovat předmětné stavby, nutným předpokladem splnění povinností vyplývajících z nájemního práva je předchozí uskutečnění celého stavebního záměru. V době uzavření smlouvy bylo „pronajaté“ stavby ještě třeba kompletně vybudovat, takže povinnost vybudovat předmětné haly včetně přístaveb a infrastruktury byla zakotvena implicitně, nicméně bezesporu v hlavní smlouvě.

96. Tuto analýzu lze potvrdit na základě různých více či méně explicitních odkazů na povinnost GKM-GbR věcně vyhotovit stavbu, které se stanou zjevnými při přesnější analýze textu hlavní smlouvy ze dne 6. srpna 2004.

97. Důležitou indicií je již nadpis § 2 této smlouvy, který zní: „Provedení, vybavení a využití nájemního objektu“. Oddíl „Provedení nájemního objektu“ přitom jednoznačně odkazuje na provedení stavby veletržních hal podle zadání popsaného v tomto oddíle smlouvy, k němuž se GKM-GbR zavázala. Toto vyplývá zejména z § 2 bodu 1 smlouvy, jehož úvodní věta hovoří sice jen o tom, že dotčené objekty mají být „dány k dispozici“, v návaznosti na stanovení údajů týkajících se vybavení, velikosti, druhu a vlastností veletržních hal se ovšem konstatuje, že GKM-GbR dluží „provedení alespoň středního druhu a jakosti“, čímž se samozřejmě opět myslí provedení stavby. Zvláště podrobně⁴⁹ „údaje o vlastnostech“ stanovené v tomto oddíle smlouvy je tedy ve skutečnosti třeba chápat jako zadání stavebníka týkající se provedení stavby veletržních hal, k němuž se GKM-GbR zavázala.

49 — K tomu se odkazuje zejména na popisy a seznamy plnění obsažené v příloze, jakož i na rozsáhlé plány budov, nákresy a další podklady k projektu, které byly ke smlouvě připojeny v přílohách čítajících několik tisíc stran.

98. V § 2 bodě 1 smlouvy se sice také nachází zmínka o tom, že podrobné popisy plnění a podklady k projektu byly vypracovány smluvními stranami společně, z vyjádření Spolkové republiky Německo ke skutkovým okolnostem věci však jasně vyplývá, že GKM-GbR vybudovala veletržní haly včetně přístaveb a infrastruktury v souladu s požadavky, které jí byly zadány, a tudíž „na objednávku“⁵⁰.

stavby v souladu se smlouvou, jež předchází povinností vyplývajícím z nájemního práva.

99. Také označení univerzálního přebírajícího subjektu, který byl společností GKM-GbR zapojen do projektu za účelem provedení stavby, jako „pomocné síly“ GKM-GbR ve vztahu k městu Kolín nad Rýnem⁵¹, jasně znovu vyjadřuje existenci smluvní povinnosti GKM-GbR vybudovat stavbu, k čemuž se zavázala vůči městu Kolín nad Rýnem, jak správně uvádí Komise.

101. Hlavní smlouva ze dne 6. srpna 2004 tedy vykazuje hlavní pojmové znaky veřejné zakázky na stavební práce ve smyslu čl. 1 písm. a) směrnice 93/37.

102. Přesto nesmí být přehlédnuto, že tato hlavní smlouva vedle povinnosti GKM-GbR provést stavbu výslovně stanoví také její závazek přenechat městu Kolín nad Rýnem na časově omezený úsek stavby, které mají být vybudovány, a i toto dopodrobna upravuje. Takovou formu přenechání užívacích práv na časový úsek v délce mnoha let je nutno kvalifikovat jako nájem, a tudíž jako službu, takže hlavní smlouva obsahuje jak prvky zakázky na stavební práce, tak i prvky zakázky na služby.

100. Podle mého názoru obsahuje hlavní smlouva ze dne 6. srpna 2004 tedy podrobnou úpravu týkající se provedení stavby veletržních hal včetně přístaveb a infrastruktury v souladu s požadavky uvedenými městem Kolín nad Rýnem, takže je v ní zakotvena obsahově dopodrobna upravená povinnost GKM-GbR vybudovat veletržní haly a další

103. Jako dílčí výsledek je tedy třeba konstatovat, že předmětem hlavní smlouvy ze dne 6. srpna 2004 je poskytnutí jak stavebních prací, tak i služeb, a z hlediska právních předpisů v oblasti zadávání veřejných zakázek je tedy třeba ji kvalifikovat jako smíšenou či složenou smlouvu.

50 — Spolková republika Německo tak v bodě 67 své žalobní odpovědi výslovně potvrzuje, že „veletržní haly byly vybudovány zcela ve smyslu čl. 1 písm. a) směrnice 93/37/EHS na základě požadavků stanovených Kölnmesse GmbH“.

51 — § 17 bod 2 hlavní smlouvy.

4. Určení hlavního předmětu smíšené hlavní smlouvy ze dne 6. srpna 2004

104. Pokud smlouva obsahuje zároveň jak prvky veřejné zakázky na stavební práce, tak prvky služby, je podle ustálené judikatury hlavní předmět této smlouvy rozhodující při určení, která směrnice Společenství o veřejných zakázkách se v zásadě uplatní⁵². Tento požadavek posouzení těžiště za účelem odlišení věcné působnosti směrnice 93/37 o zadávání veřejných zakázek na stavební práce od věcné působnosti směrnice 92/50 o zadávání veřejných zakázek na služby byl výslovně stanoven v 16. bodě odůvodnění naposled uvedené směrnice s odkazem na to, že pro uznání smlouvy jako veřejné zakázky na stavební práce musí být jejím hlavním předmětem provedení stavby ve smyslu této směrnice. Pokud jsou tyto stavební práce příležitostné a nejsou předmětem smlouvy, nejsou důvodem k tomu, aby smlouva byla považována za veřejnou zakázku na stavební práce⁵³.

105. Na rozdíl od smíšené zakázky na služby a dodávky, u níž je při určování těžiště podle článku 2 směrnice 92/50 třeba zaměřit se výlučně na hodnotu příslušného plnění⁵⁴, je v případě existence smíšené zakázky na služby a na stavební práce vedle srovnání příslušných cen třeba provést rovněž objektivní analýzu dané zakázky jako celku⁵⁵.

106. Ve zde posuzovaném případě lze celkovou hodnotu úplaty, kterou bude město Kolín nad Rýnem muset platit pod dobu třiceti let, sice poměrně snadno, nicméně bez ohledu na budoucí „zvýšení nájemného“, vyčíslit v absolutním vyjádření částkou 598 575 000 eur. Přesné rozdělení této sumy v číslech na základě prvků zakázky na stavební práce a zakázky na služby obsažené ve smlouvě ze dne 6. srpna 2004 je ovšem takřka nemožný úkol vzhledem k tomu, že smlouva nestanoví objektivní východiska.

107. Spis přesto nabízí dostatek dalších východisek, která umožňují určit hlavní předmět smlouvy ze dne 6. srpna 2004 v rámci objektivního přezkumu celé zakázky.

52 — Rozsudky ze dne 21. února 2008, Komise v. Itálie (citovaný v poznámce pod čarou 5, bod 47) a Auroux (citovaný v poznámce pod čarou 48, bod 37). Srov. rovněž rozsudek ze dne 19. dubna 1994, Gestión Hotelera Internacional (C-331/92, Recueil, s. I-1329, bod 29).

53 — Obsahově byl tento bod odůvodnění převzat od desátého bodu odůvodnění směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES ze dne 31. března 2004 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby (Úř. věst. L 134, s. 114) a takto potvrzen: „[...] Veřejné zakázky na služby, zejména v oblasti správy majetku, mohou za určitých okolností zahrnovat stavební práce. Pokud jsou však tyto stavební práce ve vztahu k hlavnímu předmětu zakázky pouze vedlejší a jsou jen jeho případným důsledkem nebo doplňkem, skutečnost, že jsou zahrnuty do zakázky, není důvodem, aby byla posuzována jako veřejná zakázka na stavební práce“.

54 — Srov. jen rozsudky ze dne 11. května 2006, Carbotermo (C-340/04, Sb. rozh. s. I-4137, bod 31), a ze dne 18. listopadu 1999, Teckal (C-107/98, Recueil, s. I-8121, bod 38).

55 — Rozsudek ze dne 21. února 2008, Komise v. Itálie (citovaný v poznámce pod čarou 5, bod 48).

108. Je nesporné, že Kölnmesse GmbH pracovala na plánech novostavby veletržních hal již od devadesátých let a tyto plány začaly být velmi rychle realizovány v důsledku řady událostí nastalých v roce 2003. Za těchto okolností hledaly Kölnmesse GmbH a město Kolín nad Rýnem v časové tísní společně vhodný model financování resp. investiční model za účelem financování rychlého vybudování veletržních hal, přičemž se nakonec rozhodly pro hlavní smlouvu ze dne 6. srpna 2004 uzavřenou s GKM-GbR⁵⁶. K uzavření smlouvy tedy došlo se zřetelem k rychlému vybudování veletržních hal v souladu s požadavky uvedenými městem Kolín nad Rýnem, a v popředí tedy byly jednoznačně stavební práce GKM-GbR.

109. V této souvislosti je třeba zdůraznit, že zadání města Kolína nad Rýnem – pokud jej lze posoudit na základě spisu – týkající se vybudování veletržních hal prostřednictvím GKM-GbR vysoce překračuje obvyklé požadavky nájemce na novou nemovitost, což těžiště znovu přesunuje směrem k veřejné zakázce na stavební práce⁵⁷.

110. Spis navíc obsahuje velmi jasné zmínky o existenci dohody mezi zúčastněnými stranami, na základě které měla být Kölnmesse GmbH po uplynutí třicetileté doby trvání smlouvy přiznána možnost koupit předmětný pozemek včetně veletržních hal za cenu 70 milionů eur, která byla v této výši stanovena již před uzavřením hlavní smlouvy a odpovídala by odhadované budoucí ceně (nezastaveného) pozemku. Příslušné dohody sice nebyly ve smlouvě ze dne 6. srpna 2004 výslovně potvrzeny, z veřejných výroků radního Kolína nad Rýnem pro finanční záležitosti⁵⁸ příslušného pro vyjednávání o smlouvě, jakož i ze zprávy oblastní vlády Kolína nad Rýnem ze dne 27. ledna 2006 týkající se nové výstavby veletržních hal⁵⁹ ovšem jednoznačně vyplývá, že město Kolín nad Rýnem bylo přesvědčeno o tom, že Kölnmesse GmbH zaručilo v souladu s právními předpisy předkupní právo za dopředu stanovenou cenu rovněž ve výši 70 milionů eur.

111. Ze zprávy oblastní vlády Kolína nad Rýnem ze dne 27. ledna 2006 týkající se nové výstavby veletržních hal, která obsahuje mj.

56 — Viz body 10 a násl. tohoto stanoviska.

57 — Srov. k tomu Trepte, P., *Public procurement in the EU. A Practitioner's Guide*, 2. vydání, Oxford 2007, s. 246 a 247, podle něhož je pro subsumpci smlouvy, jejímž účelem je přenechání užívacích práv k nemovitosti, pod pojem „veřejné zakázky“ rozhodující okolnost, že stavba byla vybudována na základě podrobného zadání veřejného zadavatele a stavebník by dotčenou stavbu nevybudoval bez předchozích příslibů ze strany tohoto veřejného zadavatele. V tomto smyslu rovněž Eschenbruch, K., „Immobilienleasing und neues Vergaberecht“, *BB-Beilage Nr. 5*, 2000, s. 8, 11, podle něhož je v případě „leasingu vztahujícího se k nemovitosti“ třeba vycházet z toho, že se jedná o zakázku na stavební práce, pokud veřejný zadavatel zasahuje rozhodujícím způsobem do architektury (designu) dané budovy anebo když jiným způsobem zásadně zasahuje do navrhování projektu a neomezuje se na zadání určitých požadavků specifických pro konkrétního uživatele.

58 — K žalobě Komise byl jako příloha I připojen rozhovor radního Kolína nad Rýnem pro finanční záležitosti s *Kölner Stadt-Anzeiger* zveřejněný dne 5. a 6. září 2005, jehož obsah se stal předmětem podrobné diskuse a pojednání. V tomto rozhovoru radní Kolína nad Rýnem pro finanční záležitosti potvrdil, že Stadtparkasse, která zprostředkovala GKM-GbR, si stala za svou výpověď, že Kölnmesse GmbH zaručila právo zpětné koupě vztahující se k pozemku, na němž se nachází veletržní areál, za cenu 70 milionů eur, a že Kölnmesse GmbH je na základě tohoto příslibu oprávněna tento nárok uplatnit. V tomto ohledu zdůraznil, že „za třicet let nemůže být veletrh ani v hospodářské, ani v právní rovině odříznut od zdroje“.

59 — Zpráva oblastní vlády Kolína nad Rýnem „Messe Köln: Neubau der Messehallen. Ergebnis der vergabe- und kommunarechtlichen Bewertung“ ze dne 27. ledna 2006, kde je mj. popsán průběh smluvního vyjednávání.

chronologický přehled smluvních vyjednávání s GKM-GbR, zejména vyplývá, že na konci roku 2003 byl vyjedнан „návrh smlouvy o nájmu“ s třicetiletou dobou trvání a „nájemným“ ve výši 20,7 milionů eur ročně, a tedy 1,725 milionů eur měsíčně, přičemž „v současné hodnotě nabídky byla započítána cena převzetí v roce 2036 ve výši 70 milionů eur“. Přestože se tato možnost koupě nikdy nestala závaznou součástí smlouvy, je nesporné, že „nájemné“ ve výši 1,725 milionů eur uvedené v tomto návrhu bylo nakonec sjednáno v hlavní smlouvě ze dne 6. srpna 2004. Úprava týkající se úplaty stanovená v hlavní smlouvě pro město Kolín nad Rýnem se tedy jednoznačně zakládá na kalkulaci vycházející z návrhu smlouvy, podle níž by GKM-GbR na konci doby trvání smlouvy postoupila veletržní areál ve prospěch Kölnmesse GmbH za přebírací cenu ve výši zhruba 70 milionů eur⁶⁰. S touto analýzou není v rozporu ani osvobození od placení nájemného po dobu 13 měsíců, které bylo zjevně sjednáno až dodatečně, zvláště když to Spolková republika Německo netvrdila ani v rámci diskuse a výkladu k tomuto osvobození od placení nájemného, ani v rámci své podrobné analýzy týkající se možností zpětného prodeje či předkupního práva. Podle vyličení Spolkovou republikou, ať už v rámci dupliky, nebo na jednání, je poskytnutí takového osvobození od placení nájemného postupem zcela obvyklým v tržním prostředí, který může formálně zvýšit výnosnost nájemního objektu v zájmu pronajímatele.

112. O otázce, zda bylo Kölnmesse GmbH nakonec přiznáno soudně vymahatelné před-

kupní právo za předem sjednanou cenu (pozemku) ve výši 70 milionů eur, nemusí být ve výsledku rozhodnuto. Důležité je, že město Kolín nad Rýnem a GKM-GbR uzavřely hlavní smlouvu očividně v domnění, že veletržní areál, který GKM-GbR krátce předtím koupila v nezastavěném stavu za přibližně 67 milionů eur od města Kolína nad Rýnem resp. Kölnmesse GmbH, by mohl být po uplynutí doby trvání smlouvy včetně veletržních hal získán Kölnmesse GmbH za 70 milionů eur, takže konstrukce smluvního práva, která se má v projednávaném případě posoudit, nakonec z této domněnky vychází.

113. Z těchto zjištění podle mě vyplývá, že úplatu, kterou má město Kolín nad Rýnem každý měsíc hradit, je v prvé řadě třeba pokládat za platbu ve splátkách za stavební práce poskytnuté GKM-GbR. Z hlediska úpravy odměny, kterou si strany zvolily, se tedy zdá, že v případě hlavní smlouvy ze dne 6. srpna 2004 jde hlavně o zakázku na stavební práce s rozvinutou úpravou úplaty, přičemž souběžné přenechání užívacích práv je v podstatě podmíněno dobou platnosti uvedené rozvinuté úpravy úplaty, a vyplývá tudíž nutně z vlastního předmětu hlavní smlouvy, kterým je zakázka na stavební práce.

114. Tuto analýzu potvrzuje smluvní úprava týkající se rozdělení případných stavebních vícenákladů či úspor, které jsou nezbytné z důvodu přizpůsobení stavby povolovacím a prováděcím plánům na základě požadavků

60 — Během jednání Spolková republika Německo v reakci na dotaz, proč se na kalkulaci nájemného neprojevil jí avizovaný zánik možnosti zpětné koupě, připustila, že pro to nemůže poskytnout žádné objektivní vysvětlení.

stanovených úřady, statikem pověřeným kontrolou nebo dodavateli energií a zpracovateli odpadů. Podle hlavní smlouvy⁶¹ se město Kolín nad Rýnem a GKM-GbR musí dohodnout na kompenzaci těchto vícenákladů a úspor GKM-GbR, což s sebou v konečném výsledku nese rozdělení hospodářských rizik, které odpovídá rozdělení rizik mezi zadavatelem zakázky a jejím zhotovitelem v rámci zadání zakázky na stavební práce.

115. V rámci objektivního přezkumu celého záměru a zejména smluvně právních konstrukcí, které jsou v projednáváním případě výsledkem vyjednávání o smlouvě, se vzhledem ke všem uvedeným skutečnostem nutně nabízí závěr, že hlavní cíl smlouvy uzavřené mezi GKM-GbR a městem Kolín nad Rýnem nespočíval ani tak v přenechání dočasných užívacích práv ke stavbám, které mají být vybudovány, nýbrž mnohem více ve vybudování těchto staveb. Uzavření hlavní smlouvy ze dne 6. srpna 2004 tedy v první řadě směřovalo k obstarání stavebních prací městem Kolín nad Rýnem, přičemž přenechání užívacích práv k vybudovaným stavbám na časový úsek v délce mnoha let v podstatě sloužilo jako podpůrná konstrukce za účelem financování těchto stavebních prací. V tomto ohledu je třeba pokládat „nájemné“ ve výši 1,725 milionů eur splatné každý měsíc v první řadě za protiplnění za stavební práce poskytnuté GKM-GbR, přičemž třicetiletá doba splatnosti této platby a přenechání užívacích práv, které je s ní spjato, lze vysvětlit převážně na základě finančně technických důvodů.

116. S ohledem na výše uvedené úvahy také dospívám k závěru, že prvky veřejné zakázky na stavební práce obsažené v hlavní smlouvě ze dne 6. srpna 2004 tvoří hlavní předmět této smlouvy, takže tato smlouva spadá do věcné působnosti směrnice 93/37.

5. Závěr

117. S ohledem na výše uvedené úvahy je třeba vycházet z toho, že hlavní smlouvu ze dne 6. srpna 2004, která je předmětem sporu, je třeba kvalifikovat jako veřejnou zakázku na stavební práce ve smyslu čl. 1 písm. a) směrnice 93/37, kterou tedy mělo město Kolín nad Rýnem jako veřejný zadavatel zadat v souladu s čl. 7 odst. 4 této směrnice v rámci otevřeného nebo omezeného zadávacího řízení v souladu s ustanoveními týkajícími se vyhlášení takových zakázek obsaženými v článku 11.

VIII – K nákladům řízení

118. Podle čl. 69 odst. 2 jednacího řádu se účastník řízení, který neměl úspěch ve věci, uloží náhrada nákladů řízení, pokud to účastník řízení, který měl ve věci úspěch, požadoval. Vzhledem k tomu, že Komise požadovala náhradu nákladů řízení od Spolkové republiky Německo, která neměla ve věci úspěch, je důvodné posledně uvedené uložit náhradu nákladů řízení.

61 — § 2 bod 3 písm. d) hlavní smlouvy ze dne 6. srpna 2004.

IX – Závěry

119. S ohledem na výše uvedené úvahy navrhuji, aby Soudní dvůr:

1. určil, že Spolková republika Německo tím, že město Kolín nad Rýnem uzavřelo s Grundstücksgesellschaft Köln Messe 15 bis 18 GbR smlouvu ze dne 6. srpna 2004 přímo, aniž by provedlo zadávací řízení s celoevropským vyhlášením podle článku 7 ve spojení s článkem 11 směrnice Rady 93/37/EHS ze dne 14. června 1993 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, nesplnila povinnosti, které pro ni z uvedených ustanovení vyplývají;
2. uložil Spolkové republice Německo náhradu nákladů řízení.