

ROZSUDEK SOUDNÍHO DVORA (druhého senátu)

10. listopadu 2011 \*

Ve věci C-348/10,

jejímž předmětem je žádost o rozhodnutí o předběžné otázce na základě článku 267 SFEU, podaná rozhodnutím Augstākās tiesas Senāts (Lotyšsko) ze dne 2. července 2010, došlým Soudnímu dvoru dne 9. července 2010, v řízení

**Norma-A SIA,**

**Dekom SIA**

proti

**Latgales plānošanas reģions,** právní nástupkyni Ludzas novada dome,

SOUDNÍ DVŮR (druhý senát),

ve složení J.N. Cunha Rodrigues (zpravodaj), předseda senátu, U. Lohmus, A. Rosas, A. Ó Caoimh a A. Arabadžev, soudci,

\* Jednací jazyk: lotyština.

generální advokát: P. Cruz Villalón,  
vedoucí soudní kanceláře: C. Strömholm, rada,

s přihlédnutím k písemné části řízení a po jednání konaném dne 18. května 2011,

s ohledem na vyjádření předložená:

- za Norma-A SIA L. Krastiņa a I. Azandou, advokáte,
  
- za Latgales plānošanas reģions, právní nástupkyni Ludzas novada dome, J. Pļuta,
  
- za lotyšskou vládu M. Borkoveca a K. Krasovskou, jako zmocněnkyněmi,
  
- za rakouskou vládu M. Fruhmannem, jako zmocněncem,
  
- za Evropskou komisi C. Zadrou a A. Saukou, jako zmocněnci,

po vyslechnutí stanoviska generálního advokáta na jednání konaném dne 7. července 2011,

vydává tento

### **Rozsudek**

- 1 Žádost o rozhodnutí o předběžné otázce se týká výkladu čl. 1 odst. 3 písm. b) směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/17/ES ze dne 31. března 2004 o koordinaci postupů při zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb (Úř. věst. L 134, s. 1; Zvl. vyd. 06/07, s. 19) a čl. 2d odst. 1 písm. b) směrnice Rady 92/13/EHS ze dne 25. února 1992 o koordinaci právních a správních předpisů týkajících se uplatňování pravidel Společenství pro postupy při zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a telekomunikací (Úř. věst. L 76, s. 14; Zvl. vyd. 06/01, s. 315), ve znění směrnice Evropského parlamentu a Rady 2007/66/ES ze dne 11. prosince 2007 (Úř. věst. L 335, s. 1, dále jen „směrnice 92/13“).
  
- 2 Tato žádost byla podána v rámci sporu mezi společnostmi Norma-A SIA a Dekom SIA, na jedné straně a Latgales plānošanas reģions, právni nāstūpkynī Ludzas novada dome [Rada okresu Ludza (Lotyšsko)], na straně druhé, ve věci udělení Ludzas autotransporta uzņēmums SIA „koncese“ na služby hromadné autobusové dopravy poskytované ve městě Ludza a okresu Ludza.

## Právní rámec

### *Unijní právní úprava*

3 Článek 1 odst. 2 písm. a) a d) a odst. 3 písm. b) směrnice 2004/17 stanoví:

„2. a) ‚Zakázky na dodávky, stavební práce a služby‘ jsou úplatné smlouvy uzavřené písemnou formou mezi jedním nebo více zadavateli uvedenými v čl. 2 odst. 2 a jedním nebo více zhotoviteli, dodavateli nebo poskytovateli služeb.

[...]

d) ‚Zakázky na služby‘ jsou zakázky jiné než zakázky na stavební práce nebo na dodávky, jejichž předmětem je poskytování služeb uvedených v příloze XVII.

[...]

3. [...]

- b) ‚Koncese na služby‘ je smlouva stejného druhu jako zakázka na služby s tou výjimkou, že protiplnění za poskytnutí služeb spočívá buď výhradně v právu využívat služby, nebo v tomto právu společně s platbou.“

4 Článek 2 uvedené směrnice stanoví:

„1. Pro účely této směrnice se rozumí:

- [a] ‚veřejným[i] zadavatel[i]‘: [stát, samosprávné územní celky, veřejnoprávní organizace, sdružení tvořená jedním nebo několika těmito celky nebo jednou nebo několika těmito veřejnoprávními organizacemi.]

[...]

2. Tato směrnice se vztahuje na zadavatele, kteří:

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

[...]“

## 5 Článek 5 směrnice 2004/17 stanoví:

„1. Tato směrnice se vztahuje na činnosti spojené s poskytováním a provozem sítí poskytujících službu veřejnosti v oblasti železniční dopravy, automatizovaných systémů, tramvajové, trolejbusové, autobusové nebo lanové dopravy.

[...]

2. Tato směrnice se nevztahuje na subjekty poskytující autobusovou dopravu pro veřejnost, které byly vyloučeny z oblasti působnosti směrnice 93/38/EHS podle jejího čl. 2 odst. 4.“

## 6 Článek 1 odst. 2 písm. a) a odst. 4 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES ze dne 31. března 2004 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby (Úř. věst. L 134, s. 114; Zvl. vyd. 06/07, s. 19) stanoví:

„2. a) ‚Veřejné zakázky‘ jsou úplatné smlouvy uzavřené písemnou formou mezi jedním nebo více hospodářskými subjekty a jedním nebo více veřejnými zadavateli, jejichž předmětem je provedení stavebních prací, dodání výrobků nebo poskytnutí služeb ve smyslu této směrnice.

[...]

4. ‚Koncese na služby‘ je smlouva stejného druhu jako veřejná zakázka na služby s tou výjimkou, že protiplnění za poskytnutí služeb spočívá buď výhradně v právu využívat služby, nebo v tomto právu společně s platbou.“

7 Článek 1 odst. 1 směrnice 92/13 stanoví:

„Tato směrnice se vztahuje na zakázky uvedené ve směrnici [...] 2004/17[...], nejsou-li v souladu s čl. 5 odst. 2, články 18 až 26, články 29 a 30 nebo článkem 62 uvedené směrnice z její působnosti vyloučeny.

[...]“

8 Článek 2d odst. 1 směrnice 92/13 stanoví:

„1. Členské státy zajistí, aby orgán příslušný k přezkumu, který je nezávislý na zadavateli, považoval smlouvu za neúčinnou nebo aby její neúčinnost byla výsledkem rozhodnutí tohoto orgánu v kterémkoli z těchto případů:

[...]

b) v případě porušení čl. 1 odst. 5, čl. 2 odst. 3 nebo čl. 2a odst. 2 této směrnice, pokud toto porušení zbavilo uchazeče podávajícího návrh na přezkum možnosti využít prostředky nápravy před uzavřením smlouvy, došlo-li k takovému porušení spolu s porušením směrnice 2004/17[...], pokud uvedené porušení ovlivnilo možnosti uchazeče podávajícího návrh na přezkum získat zakázku;

[...]“

- 9 Článek 2f odst. 1 písm. b) směrnice 92/13 stanoví:

„1. Členské státy mohou stanovit, že návrh na přezkum podle čl. 2d odst. 1 je nutno podat

[...]

b) a v každém případě před uplynutím nejméně šesti měsíců ode dne následujícího po dni uzavření smlouvy.“

- 10 Článek 3 odst. 1 směrnice 2007/66, kterým byla ustanovení uvedená v bodech 7 až 9 tohoto rozsudku vložena do směrnice 92/13, stanoví:

„Členské státy uvedou v účinnost právní a správní předpisy nezbytné pro dosažení souladu s touto směrnicí do 20. prosince 2009. [...]“

#### *Vnitrostátní právní úprava*

- 11 Podle čl. 1 odst. 7 zákona o partnerství mezi veřejným a soukromým sektorem (*Publiskās un privātās partnerības likums, Latvijas Vēstnesis, 2009, č. 107, s. 4093*), který nabyl účinnosti dne 1. října 2009, je smlouva o koncesi na služby smlouvou, podle níž



poskytuje soukromý partner na žádost veřejného partnera služby uvedené v příloze 2 zákona o veřejných zakázkách (*Publisko iepirkumu likums*) a jako protiplnění za poskytnutí služeb nebo jako podstatnou část tohoto protiplnění získá právo brát užítky z těchto služeb, avšak současně nese i riziko spojené s poskytováním těchto služeb nebo podstatnou část tohoto rizika.

- 12 Podle tohoto čl. 1 odst. 8 se právem brát užítky z provozování díla nebo poskytování služby rozumí právo vybírat poplatek od uživatelů díla nebo služeb nebo právo na protiplnění ze strany veřejného partnera, jehož výše závisí na poptávce po službách ze strany uživatelů, nebo dokonce právo vybírat jak poplatek od uživatelů služeb, tak i obdržet protiplnění ze strany veřejného partnera.
- 13 Podle uvedeného čl. 1 odst. 9 existují rizika spojená s provozem díla nebo poskytováním služeb (hospodářská rizika) tehdy, když příjmy soukromého partnera závisí na poptávce po využívání díla nebo na poptávce po službách ze strany uživatelů (riziko spojené s poptávkou) nebo na tom, zda je služba poskytována uživatelům v souladu s požadavky stanovenými ve smlouvě o koncesi (riziko spojené s dostupností), nebo také tehdy, když příjmy závisí jak na riziku spojeném s poptávkou, tak na riziku spojeném s dostupností.
- 14 Článek 6 odst. 3 zákona o službách hromadné dopravy (*sabiedriskā transporta pakalpojumu likums*, *Latvijas Vēstnesis*, 2007, č. 106, s. 3682) mimo jiné stanoví, že služby hromadné dopravy jsou organizovány v závislosti na poptávce po takových službách, přičemž se zohledňuje nutná hustota a pravidelnost spojení v rámci dopravních sítí, rozsah a kvalita služeb, hospodářská udržitelnost dopravních spojení a určí se způsob organizace přepravy cestujících.

15 Článek 10 odst. 1 tohoto zákona stanoví, že ztráty a náklady spojené s poskytováním těchto služeb jsou hrazeny podle podmínek stanovených v člancích 11 a 12 uvedeného zákona.

16 Článek 11 odst. 1 téhož zákona stanoví:

„[...] dopravci jsou nahrazovány ztráty spojené s poskytováním služeb hromadné dopravy:

1) v celé výši z prostředků vyhrazených k tomuto účelu ve státním rozpočtu, pokud jde o meziměstské linky regionální dopravní sítě;

1<sup>1</sup>) z prostředků vyhrazených k tomuto účelu ve státním rozpočtu, pokud jde o linky regionální dopravní sítě místního významu;

1<sup>2</sup>) z prostředků z rozpočtů samosprávných územních celků, pokud jde o tu část zakázek na služby regionální dopravní sítě místního významu, která překračuje výši prostředků k zajištění těchto služeb vyhrazených ve státním rozpočtu;

[...]“

17 Článek 12 zákona o službách hromadné dopravy stanoví:

„1) Stanoví-li stát ve vztahu k dopravci požadavky na minimální kvalitu, které by tento dopravce, pokud by jednal za účelem dosažení zisku, nedodržel a jejichž splnění vyžaduje dodatečné náklady, může dopravce požádat stát o náhradu veškerých těchto dodatečných nákladů.

2) Dopravcům poskytujícím služby hromadné dopravy v rámci veřejné zakázky jsou nahrazovány náklady uvedené v odstavci 1 tehdy, pokud byly požadavky na minimální kvalitu zavedeny až poté, co bylo zahájeno poskytování služeb hromadné dopravy.

3) Rada ministrů stanoví pravidla upravující vymezení, výpočet a náhradu nákladů uvedených v odstavci 1, přiznávání samosprávným územním celkům dotace ze státního rozpočtu určené k náhradě těchto nákladů, jakož i kontrolu toho, zda tyto prostředky jsou poskytovány a využívány v souladu s právními předpisy.“

18 Nařízení Rady ministrů č. 672 o režimu nahrazování ztrát a nákladů vzniklých v souvislosti s poskytováním služeb hromadné dopravy a o režimu stanovení sazeb (sabiedriskā transporta pakalpojumu sniegšanā radušos zaudējumu un izdevumu kompensēšanas un sabiedriskā transporta pakalpojuma tarifa noteikšanas kārtība, *Latvijas Vēstnesis*, 2007, č. 175, s. 3751) ze dne 2. října 2007, platné do 20. listopadu 2009 a nařízení Rady ministrů č. 1226 ze dne 26. října 2009 (*Latvijas Vēstnesis*, 2009,

č. 183, s. 4169, dále jen „nařízení č. 2009/1226“), které jej nahradilo ode dne 21. listopadu 2009, jsou založena na zákoně o službách hromadné dopravy.

19 Článek 2 nařízení č. 2009/1226 stanoví:

„[...] „dopravci jsou nahrazováni související s plněním veřejné zakázky v oblasti dopravy následující ztráty:

2.1 část nevyhnutelných nákladů souvisejících s plněním veřejné zakázky v oblasti hromadné dopravy, která překračuje příjmy;

2.2 náklady vzniklé uplatněním sazeb, které stanoví zadavatel;

2.3 ztráta na příjmech způsobená tím, že zadavatel uplatní snížené sazby pro některé kategorie cestujících.“

20 Článek 3 tohoto nařízení stanoví, že dopravce je oprávněn požádat o náhradu nákladů vzniklých v souvislosti se splněním požadavků na minimální kvalitu, které byly zavedeny buď zadavatelem, nebo právními předpisy poté, co bylo zahájeno poskytování služby hromadné dopravy, pokud splnění těchto požadavků vedlo k dodatečným nákladům.

- 21 Článek 38 nařízení č. 2009/1226 stanoví, že zadavatel určí rozsah ztrát, které musí být dopravci nahrazeny, přičemž se opře o zprávu ve smyslu bodu 32.2 tohoto nařízení a informace ve smyslu bodů 32.3 a 32.4 uvedeného nařízení, přičemž zohlední také skutečnost, zda stanovil ceny (jízdenek) či nikoliv.
- 22 Podle článku 39 tohoto nařízení zadavatel určí skutečné ztráty na základě celkových příjmů dosažených v rámci plnění veřejné zakázky na služby hromadné dopravy, přičemž vyloučí doložené náklady vzniklé v souvislosti s poskytováním služby hromadné dopravy. Pojmem příjmy ve smyslu tohoto nařízení se rozumí příjmy z prodeje jízdenek a předplatného, jakož i obdobné příjmy dosažené při plnění veřejné zakázky na služby hromadné dopravy.
- 23 Článek 40 nařízení č. 2009/1226 stanoví, že zadavatel určí výši úhrady ztrát tak, že k těmto ztrátám, jak jsou definovány v článku 39 tohoto nařízení, připočítá výši zisku. Výše tohoto zisku se určí takovým způsobem, že se příjmy vynásobí procentním podílem zisku, který se vypočítá tak, že se průměrná sazba na evropském mezibankovním trhu (Euribor) za období 12 měsíců rozhodného roku zvýší o 2,5 %.
- 24 Předkládající soud uvádí, že podle článku 49 uvedeného nařízení nesmí výše náhrady ztrát překročit vypočtenou výši skutečných ztrát, pokud dopravce uplatnil sazby, které určil zadavatel (poplatek za dopravu).
- 25 Podle článku 50 téhož nařízení platí, že pokud bylo právo poskytovat služby veřejné dopravy přiznáno v souladu se zákonem o veřejných zakázkách, pak je výše náhrady určena podle rozdílu mezi cenou služby hromadné dopravy, která byla stanovena ve smlouvě, a skutečně dosaženými příjmy.

26 Článek 57 nařízení č. 2009/1226 stanoví:

„[...] v případě ukončení zakázky na služby hromadné dopravy:

- 1) dopravce vrátí zadavateli přeplatek, pokud výše úhrady ztrát obdržené během období poskytování dopravních služeb překročí skutečně dlužnou částku náhrady a zadavatel tyto prostředky použije k náhradě ztrát jiných dopravců;
  
- 2) zadavatel uhradí ztráty, pokud výše náhrady ztrát obdržené během období poskytování dopravních služeb je nižší než skutečně dlužná částka náhrady.“

### **Spor v původním řízení a předběžné otázky**

27 Dne 17. června 2009 Ludzas rajona padome (rada okresu Ludza) zveřejnila výzvu k podání nabídek na poskytování služeb hromadné autobusové dopravy ve městě a okresu Ludza. Navrhovatelky v původním řízení předložily svoji nabídku dne 6. srpna 2009.

28 Dne 31. srpna 2009 byla předmětná zakázka přidělena Ludzas autotransporta uzņēmums SIA, a v důsledku toho se dne 2. září 2009 Ludzas novada dome rozhodla uzavřít s touto společností smlouvu o koncesi na služby hromadné dopravy.

- 29 Dne 16. září 2009 navrhovatelky v původním řízení podaly k Administratīvā rajona tiesa (okresní správní soud) žalobu na zrušení výše uvedeného rozhodnutí Ludzas novada dome ze dne 2. září 2009 a předložily návrh na odklad výkonu tohoto rozhodnutí. Tomuto návrhu bylo vyhověno rozhodnutím uvedeného soudu ze dne 16. října 2009, jež bylo dne 14. prosince 2009 potvrzeno Administratīvā apgabaltiesa (správní odvolací soud).
- 30 Předkládající soud poznamenává, že platné vnitrostátní právní předpisy přiznávají navrhovatelkám v původním řízení právo napadnout rozhodnutí Ludzas novada dome ze dne 2. září 2009 před Úřadem pro dohled nad veřejnými zakázkami a že toto napadení brání zadavateli, aby uzavřel smlouvu předtím, než rozhodne uvedený úřad.
- 31 Dne 9. října 2009 uzavřely Ludzas rajona padome a SIA Ludzas autotransporta uzņēmums smlouvu o „koncesi“ týkající se poskytování předmětných dopravních služeb.
- 32 Navrhovatelky v původním řízení podaly tedy k Administratīvā rajona tiesa žalobu na prohlášení neplatnosti této smlouvy. Dne 3. prosince 2009 byla tato žaloba zamítnuta z důvodu, že uvedená smlouva spadá do působnosti soukromého práva, a proto správní soudy nejsou věcně příslušné k rozhodnutí o uvedené žalobě.
- 33 Dne 11. května 2010 Administratīvā apgabaltiesa zrušil rozsudek vydaný v řízení v prvním stupni, přičemž žalobu na prohlášení neplatnosti odmítl jako nepřípustnou s odůvodněním, že vzhledem k tomu, že byla smlouva uzavřena před uplynutím lhůty k provedení směrnice 2007/66, neměly navrhovatelky subjektivní právo podat soudům takovou žalobu.

34 Dne 21. května 2010 podaly uvedené navrhovatelky předkládajícímu soudu kasační opravný prostředek proti rozhodnutí Administratīvā apgabaltiesa. Mimo jiné tvrdí, že směrnice 2007/66 jim přiznává subjektivní právo domáhat se toho, aby sporná smlouva byla prohlášena za neplatnou, které vyplývá z cíle této směrnice, jenž spočívá v přiznání třetím osobám práva domáhat se toho, aby smlouvy uzavřené se státními orgány nebo samosprávnými územními celky byly považovány za neúčinné.

35 Za těchto podmínek se Augstākās tiesas Senāts rozhodl přerušit řízení a položit Soudnímu dvoru následující předběžné otázky:

„1) Je třeba čl. 1 odst. 3 písm. b) směrnice 2004/17[...] vykládat v tom smyslu, že má být považována za koncesi na veřejné služby smlouva, jejímž prostřednictvím se smluvnímu partnerovi uděluje právo poskytovat služby hromadné autobusové dopravy, pokud část protiplnění spočívá v právu využívat předmětné služby, zadavatel nahrazuje poskytovateli služeb ztráty vzniklé v důsledku poskytování služeb a navíc riziko spojené s provozováním služby je omezeno veřejnoprávními předpisy a smluvními ustanoveními, jimiž se upravuje poskytování těchto služeb?

2) Je v případě záporné odpovědi na první otázku ustanovení čl. 2d odst. 1 písm. b) směrnice 92/13[...] přímo použitelné v Lotyšsku od 21. prosince 2009?

3) Musí být v případě kladné odpovědi na druhou otázku ustanovení čl. 2d odst. 1 písm. b) směrnice 1992/13[...] vykládáno v tom smyslu, že je použitelné na veřejné zakázky, které byly přiděleny před uplynutím lhůty pro provedení směrnice 2007/66[...] do vnitrostátního práva?“



## K předběžným otázkám

### *K první otázce*

- 36 Úvodem je třeba poznamenat, že podle čl. 2 odst. 2 písm. a) směrnice 2004/17 se tato směrnice vztahuje na „zadavatele“, kteří jsou „veřejnými zadavateli“ ve smyslu čl. 2 odst. 1 písm. a) této směrnice, k nimž patří „samosprávní územní celky“ a kteří vykonávají některou z činností uvedených v člancích 3 až 7 uvedené směrnice.
- 37 Podle názoru předkládajícího soudu spadá věc v původním řízení do působnosti směrnice 2004/17, jelikož dotyčný zadavatel vykonává činnost v oblasti autobusové dopravy ve smyslu čl. 5 odst. 1 této směrnice.
- 38 Naproti tomu lotyšská vláda má za to, že vzhledem k tomu, že samotný uvedený zadavatel neposkytuje služby hromadné dopravy obyvatelstvu, je ve věci v původním řízení použitelná směrnice 2004/18.
- 39 V tomto ohledu stačí uvést, že směrnice 2004/18 obsahuje ve svém čl. 1 odst. 2 písm. a) a odst. 4 definice „veřejné zakázky“ a „koncese na služby“, které jsou v podstatě obdobné definicím uvedeným v čl. 1 odst. 2 písm. a) a odst. 3 písm. b) směrnice 2004/17. Tato podobnost si žádá, aby výklad pojmů „zakázka na služby“ a „koncese na služby“ použitých v rámci působnosti každé z obou výše uvedených směrnic byl veden týmiž úvahami (rozsudek ze dne 10. září 2009, Eurawasser, C-206/08, Sb. rozh. s. I-8377, body 42 a 43). Výklad čl. 1 odst. 2 písm. a) a odst. 3 písm. b) směrnice 2004/17 je

přímo použitelný na odpovídající ustanovení směrnice 2004/18, což lotyšská vláda ostatně uznává.

- 40 Otázka, zda operace musí být kvalifikována jako koncese na služby, nebo jako veřejná zakázka na služby, musí být posouzeno výlučně podle unijního práva (viz zejména rozsudek ze dne 10. března 2011, Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, C-274/09, Sb. rozh. s. I-1335, bod 23 a citovaná judikatura).
- 41 Z pojmu veřejná zakázka na služby definovaného v čl. 1 odst. 2 písm. a) a d) směrnice 2004/17 a pojmu koncese na služby definovaného v čl. 1 odst. 3 této směrnice vyplývá, že rozdíl mezi zakázkou na služby a koncesí na služby spočívá v protiplnění za poskytnutí služeb. Zakázka na služby zahrnuje protiplnění, které platí přímo veřejný zadavatel poskytovateli služeb, zatímco v případě koncese na služby spočívá protiplnění za poskytnutí služby buď jen v právu využívat služby, nebo v tomto právu společně s platbou (viz v tomto smyslu zejména výše rozsudek Eurawasser, bod 51).
- 42 Pokud jde o smlouvu týkající se služeb, okolnost, že smluvní partner není odměňován zadavatelem přímo, ale má právo vybírat odměnu od třetích osob, splňuje požadavek protiplnění stanovený v čl. 1 odst. 3 písm. b) směrnice 2004/17 (viz zejména výše uvedený rozsudek Eurawasser, bod 57).
- 43 Tak je tomu tehdy, je-li stejně jako ve věci v původním řízení poskytovateli služeb hromadné autobusové dopravy přiznáno právo provozovat služby, za které je odměňován uživateli uvedených služeb na základě stanovené ceny.

- 44 Ačkoliv je způsob odměny jedním z určujících prvků pro kvalifikaci koncese na služby, z judikatury dále vyplývá, že koncese na služby implikuje, že provozovatel služby přebírá riziko spojené s provozováním předmětných služeb. Neexistence převodu rizika spojeného s provozováním služeb na provozovatele služby znamená, že předmětná operace je zakázkou na služby, a nikoli koncesí na služby (viz zejména výše uvedený rozsudek *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*, bod 26).
- 45 Je tudíž třeba ověřit, zda poskytoval služby přebírá riziko spojené s provozováním služby. Ačkoliv je pravda, že toto riziko může být již od počátku velmi omezené, vyžaduje kvalifikace koncese na služby nicméně to, aby veřejný zadavatel zcela, nebo přinejmenším ve významném rozsahu převedl na koncesionáře riziko, kterému je vystaven (viz v tomto smyslu zejména výše uvedený rozsudek *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*, bod 29).
- 46 Je totiž obvyklé, že některá odvětví, zejména pak odvětví, která se zabývají činnostmi ve veřejném zájmu, jako je odvětví, které je dotčeno v původním řízení, jsou předmětem právní úpravy, která může mít za účinek omezení vzniklých hospodářských rizik. Veřejnoprávní podmínky, kterým podléhá hospodářské a finanční provozování služby, umožňují kontrolu provozu této služby a omezují okolnosti, které by mohly ohrozit transparentnost a narušit hospodářskou soutěž. Kromě toho veřejným zadavatelům, kteří jednají v dobré víře, musí být nadále dovoleno, aby zajistily poskytování služeb prostřednictvím koncese, pokud mají za to, že se jedná o lepší způsob zajištění určité veřejné služby, a to i když je riziko spojené s provozováním služby velmi omezené (výše uvedený rozsudek *Eurawasser*, body 72 až 74).
- 47 Vzhledem k tomu, že v takových situacích nemá veřejný zadavatel žádný vliv na veřejnoprávní podmínky, kterými se řídí organizace služby, nemůže zavést, a proto ani převést rizikové faktory, které jsou těmito podmínkami vyloučeny. Kromě toho by

nebylo rozumné žádat orgán veřejné moci, který poskytl koncesi, aby vytvořil přísnější podmínky hospodářské soutěže a hospodářského rizika, než jsou podmínky, které v dotčeném odvětví existují na základě právní úpravy na ně použitelné (viz výše uvedený rozsudek Eurawasser, body 75 a 76).

- 48 Riziko spojené s provozováním služby musí být chápáno jako riziko vystavení výkyvům trhu (viz v tomto smyslu výše uvedený rozsudek Eurawasser, bod 67), které se může projevit zejména rizikem konkurence ze strany dalších provozovatelů, rizikem nevyrovnanosti mezi nabídkou služeb a poptávkou po nich, rizikem insolvence dlužníků za poskytované služby, rizikem absence celkového pokrytí provozních nákladů příjmy nebo dále rizikem odpovědnosti za škodu související s nezajištěním služby (viz v tomto smyslu výše uvedený rozsudek Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, bod 37).
- 49 Naproti tomu taková rizika, jako jsou rizika související se špatným řízením nebo nesprávným úsudkem hospodářského subjektu, nejsou určující pro kvalifikaci smlouvy jako veřejné zakázky nebo koncese na služby, jelikož tato rizika jsou vlastní každé smlouvě, ať již odpovídá veřejné zakázce na služby, nebo koncesi na služby (výše uvedený rozsudek Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, bod 38).
- 50 Jak bylo uvedeno v bodě 45 tohoto rozsudku, ačkoliv hospodářské riziko spojené s provozováním služby může být již od počátku velmi omezené z důvodu veřejnoprávních podmínek organizace služby, vyžaduje kvalifikace koncese na služby nicméně to, aby veřejný zadavatel zcela nebo přinejmenším ve významném rozsahu převedl na koncesionáře provozní riziko, kterému je vystaven.

- 51 Podle údajů poskytnutých předkládajícím soudem přitom právní úprava použitelná v původním řízení stanoví, že zadavatel nahradí poskytovateli služeb ztráty spojené s provozem a navíc z důvodu veřejnoprávních předpisů a ustanovení smlouvy, které upravují poskytování těchto služeb, poskytovatel nepřebírá „významnou část provozního rizika“.
- 52 V tomto ohledu předkládající soud mimo jiné uvádí, že podle ustanovení smlouvy zadavatel v rozsahu prostředků vyhrazených k tomuto účelu ve státním rozpočtu nahradí ztráty spojené s poskytováním dopravních služeb, k nimž došlo v důsledku tohoto poskytování, jakož i s ním spojené náklady, poté, co odečte příjmy z provozu dopravních služeb.
- 53 Kromě toho podle článků 2 a 3 vnitrostátního nařízení č. 2009/1226 jsou dopravci nahrazováni ztráty související s plněním veřejné zakázky, které se týkají části nevyhnutelných nákladů souvisejících s plněním veřejné zakázky v oblasti veřejné dopravy, která překračuje příjmy, nákladů vzniklých uplatněním sazeb, které stanoví zadavatel, ztráty na příjmech způsobené tím, že zadavatel uplatnil snížené sazby pro některé kategorie cestujících a náklady vzniklé v souvislosti se splněním požadavků na minimální kvalitu, které byly zavedeny poté, co bylo zahájeno poskytování služby, pokud splnění těchto požadavků vedlo k dodatečným nákladům ve vztahu k nákladům vynaloženým za dříve platných podmínek týkajících se kvality.
- 54 Je třeba dodat, že článek 40 uvedeného nařízení č. 2009/1226 stanoví, že úspěšnému uchazeči je uhrazena určitá částka jako zisk, která je stanovena tak, že se příjmy vynásobí procentním podílem zisku vypočítaným tak, že se průměrná sazba na evropském mezibankovním trhu (Euribor) za období 12 měsíců rozhodného roku zvýší o 2,5 %.

- 55 S ohledem na uvedená smluvní ustanovení a ustanovení vnitrostátního práva nelze dojít k závěru, že riziko vystavení výkyvům trhu nese ve významném rozsahu úspěšný uchazeč. Taková operace musí být tudíž kvalifikována jako „zakázka na služby“ ve smyslu čl. 1 odst. 2 písm. d) směrnice 2004/17, a nikoliv jako „koncese na služby“ ve smyslu čl. 1 odst. 3 písm. b) této směrnice.
- 56 Je pravda, že na jednání před Soudním dvorem mezi účastníky řízení vznikl spor ohledně rozsahu rizika, které konkrétně nese úspěšný uchazeč. Podle tvrzení lotyšské vlády a žalované v původním řízení, které je v rozporu s tvrzením navrhovatelek v původním řízení a Evropské komise, tak různé faktory, jako například snížení státních zdrojů určených k uhrazení případných ztrát, nehrazení určitých druhů nákladů a ztrát spojených zejména se změnou trasy nebo nejistota, pokud jde o poptávku uživatelů, zvyšují riziko takovým způsobem, že ve skutečnosti úspěšný uchazeč nese riziko ve významném rozsahu, a to tím spíše, že doba platnosti smlouvy je osm let. Proto se podle nich jedná o koncesi na služby.
- 57 Soudnímu dvoru nepřísluší konkrétně kvalifikovat operace dotčené v původním řízení, jelikož taková kvalifikace je pouze v pravomoci vnitrostátního soudu. Úloha Soudního dvora se omezuje na poskytnutí výkladu unijního práva užitečného pro rozhodnutí vnitrostátního soudu, které učiní ve sporu, jenž mu byl předložen (viz zejména rozsudek ze dne 13. října 2005, *Parking Brixen*, C-458/03, Sb. rozh. s. I-8585, bod 32).
- 58 Pouze vnitrostátní soud může vyložit ustanovení svého vnitrostátního práva a posoudit rozsah rizika, které konkrétně nese smluvní strana podle tohoto práva a příslušných smluvních ustanovení. Přezkum sporné operace ve světle takových právních předpisů a smluvních ustanovení jako jsou ty, které jsou uvedeny v předkládacím

rozhodnutí, vede nicméně *prima facie* k závěru, že uvedená operace má vlastnosti zakázky na služby.

- 59 Vzhledem k výše uvedenému je třeba na první otázku odpovědět tak, že směrnice 2004/17 musí být vykládána v tom smyslu, že smlouva, v níž smluvní partner na základě veřejnoprávních předpisů a smluvních ustanovení, které upravují poskytování těchto služeb, nepřebírá ve významném rozsahu riziko, kterému je vystaven veřejný zadavatel, je „zakázkou na služby“ ve smyslu čl. 1 odst. 2 písm. d) této směrnice. Je věcí vnitrostátního soudu, aby posoudil, zda operace dotčená v původním řízení musí být kvalifikována jako koncese na služby, nebo jako veřejná zakázka na služby, a to při zohlednění veškerých vlastností uvedené operace.

#### *Ke druhé a třetí otázce*

- 60 Těmito otázkami, které je třeba přezkoumat společně, se předkládající soud snaží zjistit, zda by v případě, že by smlouva dotčená v původním řízení musela být kvalifikována jako „veřejná zakázka na služby“ ve smyslu směrnice 2004/17, byl na tuto zakázku použitelný čl. 2d odst. 1 písm. b) směrnice 92/13, který se na zakázky uvedené ve směrnici 2004/17 použije na základě článku 1 této směrnice, přestože byla uzavřena před uplynutím lhůty k provedení směrnice 2007/66, kterou byl uvedený čl. 2d odst. 1 písm. b) vložen do směrnice 92/13, a v případě kladné odpovědi, zda je posledně uvedené ustanovení přímo použitelné.
- 61 Pro případ, že jak tvrdí lotyšská vláda, by byla směrnice 2004/18 použitelná, což přísluší ověřit vnitrostátnímu soudu, je třeba uvést, že článek 1 směrnice 2007/66 vložil do směrnice Rady ze dne 21. prosince 1989 o koordinaci právních a správních před-

pisů týkajících se přezkumného řízení při zadávání veřejných zakázek na dodávky a stavební práce (Úř. věst. L 395, s. 33), ve znění směrnice Rady 92/50/EHS ze dne 18. června 1992 (Úř. věst. L 209, s. 1), ustanovení totožná s ustanoveními článků 2d a 2f směrnice 92/13, takže výklad těchto ustanovení lze přímo vztáhnout na odpovídající ustanovení takto změněné směrnice 89/665.

62 Podle čl. 2d odst. 1 písm. b) směrnice 92/13 členské státy zajistí, aby orgán příslušný k přezkumu, který je nezávislý na zadavateli, považoval smlouvu za neúčinnou nebo aby její neúčinnost byla výsledkem rozhodnutí tohoto orgánu mimo jiné tehdy, byla-li uzavřena, zatímco orgán prvního stupně, který je nezávislý na veřejném zadavateli, podle čl. 2 odst. 3 této směrnice přezkoumával rozhodnutí o zadání zakázky, nebo byla-li uzavřena, aniž byla dodržena odkladná lhůta stanovená v čl. 2a odst. 2 uvedené směrnice.

63 Ač není třeba přezkoumat otázku, zda se jednotlivec po uplynutí lhůty k provedení směrnice 2007/66 může před vnitrostátními soudy dovolávat čl. 2d odst. 1 písm. b) směrnice 92/13 proti takovému veřejnému zadavateli, jako je žalovaná v původním řízení, stačí uvést, že uvedené ustanovení v každém případě není použitelné na smlouvy, které byly, jako je tomu ve věci v původním řízení, uzavřeny před 20. prosincem 2009, tedy před uplynutím lhůty k provedení směrnice 2007/66, jelikož k provedení této směrnice do vnitrostátního práva nedošlo před uplynutím této lhůty.

64 Je nesporné, že rozhodnutí o zadání sporné zakázky bylo přijato dne 2. září 2009 a že sporná smlouva byla uzavřena dne 9. října 2009.



- 65 Okolnost, že podle čl. 2f odst. 1 písm. b) směrnice 92/13 členské státy mohou stanovit, že návrh na přezkum podle čl. 2d odst. 1 této směrnice je nutno podat v každém případě „před uplynutím nejméně šesti měsíců ode dne následujícího po dni uzavření smlouvy“, neumožňuje dojít k závěru, že smlouvy, které byly jako ve věci v projednávaném případě uzavřeny v průběhu šesti měsíců předcházejících uplynutí lhůty k provedení směrnice 2007/66, mohou spadat do působnosti tohoto čl. 2d odst. 1 písm. b).
- 66 Vzhledem k tomu, že směrnice 2007/66 neobsahuje žádný údaj o zpětné účinnosti dotčeného ustanovení, mít za to, že uvedené ustanovení je použitelné na smlouvy, které byly uzavřeny před uplynutím lhůty k provedení uvedené směrnice, by bylo v rozporu se zásadou právní jistoty.
- 67 S ohledem na výše uvedené je třeba na druhou a třetí otázku odpovědět tak, že čl. 2d odst. 1 písm. b) směrnice 92/13 není použitelný na veřejné zakázky zadané před uplynutím lhůty k provedení směrnice 2007/66.

### **K nákladům řízení**

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

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

- 1) **Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/17/ES ze dne 31. března 2004 o koordinaci postupů při zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb, musí být vykládána v tom smyslu, že smlouva, v níž smluvní partner na základě veřejnoprávních předpisů a smluvních ustanovení, které upravují poskytování těchto služeb, nepřebírá ve významném rozsahu riziko, kterému je vystaven veřejný zadavatel, je „zakázkou na služby“ ve smyslu čl. 1 odst. 2 písm. d) této směrnice. Je věcí vnitrostátního soudu, aby posoudil, zda operace dotčená v původním řízení musí být kvalifikována jako koncese na služby, nebo jako veřejná zakázka na služby, a to při zohlednění veškerých vlastností uvedené operace.**
  
- 2) **Článek 2d odst. 1 písm. b) směrnice Rady 92/13/EHS ze dne 25. února 1992 o koordinaci právních a správních předpisů týkajících se uplatňování pravidel Společenství pro postupy při zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a telekomunikací, ve znění směrnice Evropského parlamentu a Rady 2007/66/ES ze dne 11. prosince 2007, není použitelný na veřejné zakázky zadané před uplynutím lhůty k provedení směrnice 2007/66.**

Podpisy.