

## STANOVISKO GENERÁLNÍHO ADVOKÁTA

M. POIARESE MADURA

přednesené dne 24. listopadu 2004<sup>1</sup>

1. Touto žalobou pro nesplnění povinnosti se Komise domáhá, aby bylo určeno, že Francouzská republika tím, že v článku 4 zákona č. 85-704 ze dne 12. července 1985 o veřejném investování ve stavebnictví a jeho vztazích k soukromému řízení stavebních projektů, ve znění zákona č. 91-662 ze dne 13. července 1991 a zákona č. 96-987 ze dne 14. listopadu 1996<sup>2</sup>, vyhradila úkol zástupce investora taxativně vymezeným právnickým osobám francouzského práva, nesplnila povinnosti, které pro ni vyplývají ze směrnice Rady 92/50/EHS ze dne 18. června 1992 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na služby<sup>3</sup>, a konkrétněji z jejich článků 8 a 9, jakož i z článku 49 ES.

2. Tato žaloba umožní upřesnit věcnou působnost směrnice 92/50 a zejména pojem zakázky. Krom toho zároveň odkazuje na dodržování výše uvedené směrnice a zásady volného pohybu služeb zakotvené v článku 49 ES, protože je nutné definovat vztah mezi těmito dvěma předpisy.

**I – Skutkový a právní kontext**

3. Na úvod je třeba upřesnit, že v současné době probíhá novelizace článku 4 zákona č. 85-704, který je předmětem této žaloby. Usnesení č. 2004-566 ze dne 17. června 2004 novelizuje tento článek tak, že zmocňuje, aby zmocnění bylo od této doby svěřeno jak osobám veřejného práva, tak osobám soukromého práva<sup>4</sup>. Usnesení zavádí neslučitelnost funkce zplnomocněného zástupce s „veškerými úkoly v rámci řízení stavebních projektů, provádění stavebních prací či technického dozoru, pokud se jedná o stavbu či stavby, k nimž se zmocnění vztahuje“, aby tak zabránilo situacím střetu zájmů<sup>5</sup>. Neslučitelnost je rozšířena na podniky propojené se zplnomocněným zástupcem. Návrh zákona určený k ratifikaci uvedeného usnesení byl Národním shromážděním předložen dne 15. září 2004. V souladu s ustálenou judikaturou je však třeba posuzovat nesplnění povinnosti k datu uplynutí lhůty dvou měsíců od doručení odůvodněného stanoviska, které nese datum 27. června 2002. Proto budu v tomto stanovisku odkazovat na francouzský zákon ve znění, které bylo v účinnosti k tomuto okamžiku.

1 – Původní jazyk: portugalština.

2 – JORF ze dne 13. července 1985, s. 7914, ze dne 19. července 1991, s. 9524, respektive ze dne 15. listopadu 1996, s. 16656, dále jen „zákon č. 85-704“.

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

4 – JORF č. 141 ze dne 19. června 2004.

5 – Taková neslučitelnost byla stanovena toliko ve vztahu ke zplnomocněným zástupcům uvedeným v čl. 4 druhé odrážce zákona v předchozím znění.

4. Předtím, než objasním postoje Francouzské republiky a Komise k těmto dvěma bodům, ve stručnosti nastíním relevantní vnitrostátní ustanovení a ustanovení práva Společenství.

5. Směrnice 92/50 koordinuje zadávání veřejných zakázek na služby. Jejím cílem je „odstranit překážky volnému pohybu služeb a zboží, a chránit tedy zájmy hospodářských subjektů usazených v některém členském státě, kteří chtějí nabídnout zboží nebo služby zadavatelům usazeným v jiném členském státě“<sup>6</sup>. Pro dosažení tohoto cíle je snahou směrnice „zajistit, aby se podniky z jiných členských států mohly ucházet o zakázky či soubory zakázek, které pro ně mohou představovat jistý význam z objektivních důvodů souvisejících s jejich hodnotou“<sup>7</sup>. Směrnice 92/50 upravuje odlišné režimy pro dvě kategorie služeb, zařazené do příloh IA a IB. V souladu s článkem 9 směrnice se pravidla použitelná na služby uvedené v příloze IB řídí toliko požadavkem na vymezení technických specifikací a na zaslání oznámení o výsledku zadávacího řízení. Naopak na služby uvedené v příloze IA směrnice se v souladu s jejím článkem 8 vztahují komplexnější povinnosti: musejí být například předmětem předchozího vyhlášení přesně stanoveným způsobem a ve stanovených lhůtách.

6. Zásada volného pohybu služeb zakotvená v článku 49 ES se použije na veškeré služby, nevztahují-li se na ně výjimky uvedené v článcích 45 ES a 46 ES. Vzhledem k tomu, že se směrnice 92/50 týká pouze poskytování služeb, které je založeno na veřejné zakázce<sup>8</sup>, poskytování služeb na jiném základě se řídí pouze zásadou volného pohybu služeb. Zakázky, které nepřekračují finanční prahové hodnoty vymezené v článku 13 směrnice 92/50, se rovněž řídí článkem 49 ES.

7. Zákon, který je předmětem této žaloby, uspořádá a upravuje veřejné investování ve stavebnictví. Tento zákon se má vztahovat na provádění všech stavebních prací na budovách nebo infrastruktuře, jakož i na práce na průmyslovém zařízení určeném k jejich provozu, jejichž investory jsou stát, veřejnoprávní subjekty nebo některé určené soukromoprávní subjekty<sup>9</sup>. V tomto rámci může investor uzavřít mandátní smlouvu v souladu s ustanoveními uvedeného zákona.

8 — Osmý bod odůvodnění směrnice 92/50.

9 — Článek 1 zákona č. 85-704: „Investory jsou 1) stát a jeho veřejnoprávní instituce; 2) regionální nebo místní orgány, jejich veřejnoprávní instituce, veřejnoprávní instituce nového městského plánování založené na základě článku L. 321-1 zákoníku o územním plánování, jejich seskupení, jakož i smíšené syndikáty, uvedené v článku L. 166-1 zákoníku o obcích; 3) soukromoprávní subjekty uvedené v článku L. 64 zákoníku o sociálním zabezpečení, jakož i jejich svazky a sdružení; 4) soukromoprávní subjekty pro bydlení s regulovaným nájmem, uvedené v článku L. 411-2 zákoníku o stavbách a bydlení, jakož i společnosti se smíšeným hospodařením pro bydlení se státem dotovaným nájmem, provozované těmito organizacemi a společnostmi“.

6 — Rozsudek ze dne 10. listopadu 1998, BFI Holding (C-360/96, Recueil, s. I-6821, bod 41).

7 — Rozsudek ze dne 5. října 2000, Komise v. Francie (C-16/98, Recueil, s. I-8315, bod 44). Tento rozsudek se týkal směrnice Rady 93/38/EHS ze dne 14. června 1993 o koordinaci postupů při zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a telekomunikací (Úř. věst. L 199, s. 84; Zvl. vyd. 06/02, s. 194).

8. Charakteristické rysy takové smlouvy jsou upřesněny v článku 5 zákona č. 85-704: „vztahy mezi investorem a [zplnomocněným zástupcem] jsou definovány smlouvou, ve které je pod hrozbou neplatnosti uvedena: stavba, která je předmětem smlouvy, pravomoci svěřené zplnomocněnému zástupci, podmínky, za kterých investor určí splnění úkolu zplnomocněného zástupce, způsoby odměňování tohoto zástupce, sankce, které se na něj použijí v případě porušení jeho povinností, a podmínky, za kterých může být smlouva zrušena [...]“

— příprava výběru dodavatele, podpis smlouvy o dílo po schválení výběru dodavatele investorem a řízení plnění smlouvy o dílo;

— platba odměny za řízení stavby a stavebních prací;

— převzetí stavby,

9. Uvedený zákon ve svém článku 3 vyjmenovává pravomoci, které může investor svěřit zplnomocněnému zástupci:

„— vymezení administrativních a technických podmínek, podle kterých bude stavba naplánována a vyhotovena;

— příprava výběru osoby řídící stavební projekt, podpis smlouvy o řízení stavebního projektu po schválení volby osoby řídící stavební projekt investorem a řízení plnění smlouvy o řízení stavebního projektu;

— schválení předběžných návrhů a dohod o projektu;

— a splnění všech úkonů vztahujících se k výše uvedeným pravomocem.“

10. V souladu s článkem 2 uvedeného zákona některé úkoly nemohou být investorem svěřeny dalším osobám. Jedná se o celkovou koncepci stavby a vedení jejího provádění.

11. Jak vyplývá z výše uvedených ustanovení zákona, který je předmětem žaloby, pravomoci, které mohou být investorem svěřeny zplnomocněnému zástupci, jsou značně široké. Zvláštností mandátní smlouvy však je, že investor smí zplnomocněného zástupce zvolit pouze z taxativně stanovených kate-

- gorií uvedených v článku 4 dotčeného zákona:
- místní společnosti se smíšeným hospodařením upravené zákonem č. 83-597 ze dne 7. července 1983, o místních společnostech se smíšeným hospodařením;
  - právnické osoby uvedené v bodech 1 a 2 článku 1 tohoto zákona [to znamená stát a jeho veřejnoprávní instituce, regionální nebo místní orgány, jejich veřejnoprávní instituce, veřejnoprávní instituce nového městského plánování, jejich seskupení a smíšené syndikáty], s výjimkou veřejných zdravotních a sociálních institucí, které mohou být zplnomocněnými zástupci pouze pro jiné veřejné zdravotní nebo sociální instituce;
  - veřejné instituce založené na základě článku L. 321-1 zákoníku o územním plánování, jakož i územní pozemková sdružení povolená nebo založená z úřední povinnosti na základě článků L. 322-1 a následujících zákoníku o územním plánování;
  - právnické osoby, jejichž alespoň polovina kapitálu je přímo nebo prostřednictvím jiné osoby držena právníckými osobami uvedenými v bodech 1 a 2 článku 1 a jejichž účelem je podporovat investora, za podmínky, že nevykonávají činnosti osoby řídící stavební projekt nebo dodavatele na účet třetích osob;
  - společnosti založené na základě článku 9 zákona č. 51-592 ze dne 24. května 1951, o zvláštních účtech státní pokladny za rok 1951, ve znění článku 28 zákona č. 62-933 ze dne 8. srpna 1962, který doplňuje zákon o zemědělském plánování;
  - soukromoprávní subjekty pro bydlení s regulovaným nájemným, uvedené v článku L. 411-2 zákoníku o stavbách a bydlení, ale pouze ve prospěch jiných subjektů pro bydlení s regulovaným nájemným, jakož i pro stavby spojené s dotovaným bydlením;
  - všechny osoby soukromého nebo veřejného práva, kterým je svěřeno vytvoření zóny schváleného vývoje nebo parcelace ve smyslu hlavy první části III zákoníku o územním plánování, pokud se jedná o stavby zahrnuté do těchto činností;
  - společnosti uzavírající smlouvu stanovenou článkem L. 222-1 zákoníku o stavbách a bydlení pro provedení operací územní restrukturalizace vel-

kých celků a zanedbaných obytných čtvrtí uvedených v bodě I článku 1466 A obecného daňového zákoníku.“

poskytnuté francouzskými orgány Komisi nepřesvědčily, přijala Komise dne 27. června 2002 odůvodněné stanovisko. Přestože Francouzská republika ohlásila, že sporná ustanovení výhledově odstraní, Komise se rozhodla předložit věc Soudnímu dvoru.

12. Mandátní smlouvy uzavřené na základě zákona č. 85-704 nepodléhají francouzskému zákoníku o veřejných zakázkách<sup>10</sup>. Investrovi není pro výběr zplnomocněného zástupce stanovena žádná povinnost učinit předchozí výzvu k účasti v soutěži. Zplnomocněný zástupce naproti tomu podléhá francouzskému zákoníku o veřejných zakázkách, pokud se jedná o smlouvy uzavírané jménem investora<sup>11</sup>. Zde vyvstává otázka, zda mají mandátní smlouvy uzavřené na základě zákona č. 85-704 podléhat zásadám účasti v soutěži a předchozího vyhlášení, které vyplývají ze směrnice 92/50 a z ustanovení Smlouvy týkajících se volného pohybu služeb.

13. Komise zaslala Francouzské republice dopis ze dne 31. května 2000 s žádostí o poskytnutí informací, protože však se zaslánými odpověďmi nebyla spokojena, zaslala Francouzské republice výzvu dopisem ze dne 25. července 2001. Jelikož odpovědi

14. Upřesňují, že žalobní důvody Komise se dotýkají dvou stránek věci. Buď mandátní smlouva tak, jak je upravena francouzským zákonem, spadá do rozsahu působnosti směrnice 92/50 a její režim není slučitelný s články 8 a 9 této směrnice. Anebo v případě, že směrnice 92/50 použitelná není, článek 4 dotčeného zákona není v souladu s ustanoveními Smlouvy týkajícími se volného pohybu služeb, protože vyhrazuje mandátní smlouvy pouze určitým právnickým osobám.

15. Dodržení směrnice 92/50 bude posuzováno v rozsahu, v jakém je použitelná. V dalším sledu bude třeba určit, zda je zákon č. 85-704 v souladu s článkem 49 ES pro případ, že směrnice použitelná není.

10 — To vyplývalo z čl. 3 odst. 7 zákoníku o veřejných zakázkách, přijatého nařízením č. 2001-210 ze dne 7. března 2001 o zákoníku o veřejných zakázkách (JORF ze dne 8. března 2001, s. 3700). Viz na toto téma Richer, L., *Le contrat de mandat au risque du droit administratif*, CJEG 1999, s. 127. Je třeba poznamenat, že toto ustanovení bylo zrušeno rozsudkem Conseil d'État (Francie) ze dne 8. března 2003. Zákoník o veřejných zakázkách přijatý nařízením č. 2004-15 ze dne 7. ledna 2004 (JORF ze dne 8. ledna 2004, s. 703) toto zrušení zohledňuje: smlouvy o zmocnění mu od té doby podléhají.

11 — Článek 4 poslední pododstavec zákona č. 85-704.

## II – Neslučitelnost zákona č. 85-704 se směrnicí 92/50

16. Pro účely stanovení, zda je článek 4 zákona č. 85-704 neslučitelný s ustanoveními

směrnice 92/50, jak to tvrdí Komise ve své žalobě, je třeba nejprve posoudit, zda situace, na které se vztahuje tento zákon, spadají do rozsahu působnosti směrnice.

*A – Podřazení mandátní smlouvy tak, jak je vymezena zákonem č. 85-704, pod rozsah působnosti směrnice 92/50*

17. Účastníci řízení se v podstatě neshodují v otázce, zda mandátní smlouvy tak, jak jsou vymezené zákonem č. 85-704, spadají do věcné působnosti směrnice 92/50. Rozsah působnosti uvedené směrnice je vymezen v jejím článku 1. Pro účely zjištění existence případného nesplnění povinnosti je tedy třeba nejprve posoudit, zda mandátní smlouva tak, jak ji definuje zákon č. 85-704, splňuje kritéria čl. 1 písm. a) směrnice 92/50.

18. Podle definice obsažené v tomto ustanovení „[se] veřejnými zakázkami na služby [...] rozumí zakázky sjednané písemně úplatnou smlouvou mezi poskytovatelem služeb a zadavatelem“. Tato kritéria se v projednávané věci zdají být splněna.

19. Zaprvé, ve smyslu čl. 1 písm. b) směrnice jsou zadavateli „stát, regionální nebo místní

orgány, veřejnoprávní subjekty, sdružení tvořená jedním nebo více takovými orgány či veřejnoprávními subjekty“. Veřejnoprávní subjekty jsou v témže článku definovány funkčně jakožto „jakýkoli subjekt zřízený za zvláštním účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, který nemá průmyslovou nebo obchodní povahu“ a ovládaný státem, který buď vlastní většinový podíl na základním kapitálu, anebo může jmenovat řídicí orgány dotyčného subjektu. V souladu s článkem 1 zákona č. 85-704 jsou osobami, které mohou vykonávat funkce investora, stát a jeho veřejnoprávní instituce, regionální nebo místní orgány, jejich veřejnoprávní instituce, veřejnoprávní instituce nového městského plánování, jejich seskupení, jakož i smíšené syndikáty. Mandátní smlouvy na základě zákona č. 85-704 mohou také uzavírat soukromoprávní subjekty uvedené v článku L. 64 zákoníku o sociálním zabezpečení, jakož i jejich svazky a sdružení a dále soukromoprávní subjekty pro bydlení s regulovaným nájemným a společnosti se smíšeným hospodařením pro bydlení se státem dotovaným nájemným, provozované těmito organizacemi a společnostmi. Všechny tyto subjekty jsou nepochybně zadavateli ve smyslu směrnice 92/50.

20. Zadruhé, z článku 5 zákona č. 85-704 vyplývá, že každá mandátní smlouva musí být uzavřena písemně. Druhá podmínka uvedená v čl. 1 písm. a) směrnice 92/50 je tedy splněna.

21. Zatřetí, článek 5 uvedeného zákona předpokládá pod hrozbou neplatnosti mandátní smlouvy odměnu zplnomocněného zástupce. Smlouva o zmocnění zástupce investora je tedy smlouvou úplatnou.

22. Začtvrté, pravomoci svěřené zplnomocněnému zástupci tak, jak je popisuje článek 4 uvedeného zákona, se zdají odpovídat poskytování služeb.

23. Na základě těchto kritérií pak z prvotní analýzy vyplývá, že mandátní smlouva ve smyslu francouzského práva je veřejnou zakázkou na služby ve smyslu čl. 1 písm. a) směrnice 92/50.

24. Francouzská republika však proti této kvalifikaci uplatňuje dva argumenty. Nejprve uvádí, že mandátní smlouvu definovanou zákonem č. 85-704 nelze s ohledem na její mnohé zvláštnosti považovat za veřejnou zakázku na služby. Krom toho se domnívá, že úvaha Soudního dvora obsažená v rozsudku Ordine degli Architetti a další<sup>12</sup>, který je použitelný na základě analogie, by vedla k vynětí mandátní smlouvy ve smyslu zákona č. 85-704 z rozsahu působnosti směrnice 92/50.

1) Dochází v rámci smlouvy o zmocnění zástupce investora k přechodu veřejné moci?

25. Dle názoru žalovaného státu se smlouva o zmocnění zástupce investora liší od smlouvy o poskytování služeb v mnoha ohledech. Podstatou mandátní smlouvy je pravomoc, která se svěřuje zplnomocněnému zástupci k zastupování investora. Toto zastupování je neoddělitelně spjato s ostatními pravomocemi svěřenými zplnomocněnému zástupci. Zplnomocněný zástupce je tak pověřen úkolem v obecném zájmu, a má dokonce pravomoc spolurozhodovat s investorem. Vztahy mezi investorem a zplnomocněným zástupcem se liší od vztahů vyplývajících ze smlouvy obchodní povahy. Tyto zvláštnosti ve svém souhrnu brání tomu, aby byla mandátní smlouva postavena na roveň smlouvě o poskytování služeb.

26. Komise nesouhlasí s žádným z uvedených tvrzení. Dle jejího názoru skutečnost, že poskytování služeb je prováděno v rámci plnění mandátní smlouvy, nestačí k jeho vynětí z rozsahu působnosti směrnice 92/50. Například mandátní smlouvy uzavírané mezi advokátem a jeho klientem spadají do rozsahu působnosti směrnice na základě bodu 21 přílohy IB uvedených směrnice. Tato analýza je mimoto v souladu s analýzou provedenou Conseil d'État (Francie) v rozsudku ze dne 5. března 2003<sup>13</sup>, kde dospěla k názoru, že

12 — Rozsudek ze dne 12. července 2001 (C-399/98, Recueil, s. I-5409).

13 — Rozsudek Conseil d'État ze dne 5. března 2003, věc č. 233372, Union nationale des services publics et industriels et commerciaux, a další.

všeobecné a systematické vynětí mandátních smluv z francouzského zákoníku o veřejných zakázkách není slučitelné se směrnicí 92/50. Konečně, ani na základě úvah o obecném zájmu nelze vyloučit kvalifikaci, podle níž se bude jednat o zakázku na poskytování služeb ve smyslu směrnice, neboť takové znaky jsou častou součástí smluv podléhajících směrnici<sup>14</sup>. Žádná ze zvláštností, na něž poukazuje Francouzská republika, tedy zjevně není s to vyloučit použitelnost směrnice 92/50.

27. První otázka, kterou je třeba vyřešit, se týká povahy smlouvy uzavřené mezi investorem a jeho zplnomocněným zástupcem. Pro účely kvalifikace v rámci práva Společenství je sice v zásadě lhostejné, jak vnitrostátní právo kvalifikuje smlouvu uzavíranou mezi zadavatelem a poskytovatelem služeb, je však nutno podotknout, že se směrnice vztahuje pouze na „zakázky“ na služby, z čehož jsou vyňaty zejména koncese na veřejné služby.

28. Francouzská republika netvrdí, že by dotčený smluvní vztah bylo možné postavit na roveň koncesí<sup>15</sup>, uvádí však, že při něm nicméně dochází k přechodu výkonu veřejné

moci, a to z investora na zplnomocněného zástupce. Snaží se tak vytvořit paralelu mezi judikaturou vydanou v oblasti koncesí a řešením, jaké by Soudní dvůr mohl přijmout v souvislosti se smlouvou o zmocnění zástupce investora. Z analýzy judikatury totiž vyplývá, že právě existence takového přechodu veřejné moci na koncesionáře odůvodňuje vynětí z rozsahu působnosti směrnice 92/50. Po vyjasnění judikatury Společenství týkající se koncesí nyní posoudím, zda je případně použitelná na mandátní smlouvu, která je dotčená v projednávaném případě.

29. Zatímco koncese na stavební práce výslovně podléhají směrnici Rady 93/37/EHS ze dne 14. června 1993 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce<sup>16</sup>, otázku koncesí na služby směrnice 92/50 nijak neupravuje. Již dříve bylo prokázáno, že jsou vyloučeny z jejího rozsahu působnosti<sup>17</sup>. Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES ze dne

14 — Viz v tomto ohledu rozsudek ze dne 5. prosince 1989, Komise v. Itálie (C-3/88, Recueil, s. 4035).

15 — Podotýkám, že koncesím podle práva Společenství lze postavit na roveň různé typy smluv podle francouzského práva, na jejichž základě se světuje poskytování veřejných služeb. Pojem koncese je v právu Společenství širší než ve francouzském právu.

16 — Článek 3 směrnice 93/37 (Úř. věst. L 199, s. 54; Zvl. vyd. 06/02, s. 163); směrnice naposledy změněná směrnicí Komise 2001/78/ES ze dne 13. září 2001, kterou se mění příloha IV směrnice Rady 93/36/EHS, přílohy IV, V a VI směrnice Rady 93/37/EHS, přílohy III a IV směrnice Rady 92/50/EHS ve znění směrnice 97/52/ES, a přílohy XII až XV, XVII a XVIII směrnice Rady 93/38/EHS ve znění směrnice 98/4/ES (směrnice o použití jednotných formulářů při zveřejňování vyhlášení veřejné zakázky) (Úř. věst. L 285, s. 1; Zvl. vyd. 06/04, s. 94).

17 — Rozsudek ze dne 7. prosince 2000, Telaustria a Telefonadress (C-324/98, Recueil, s. I-10745, bod 48), a usnesení ze dne 30. května 2002, Buchhändler-Vereinigung (C-358/00, Recueil, s. I-4685, body 27 a 28).



31. března 2004 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby<sup>18</sup>, která nahrazuje zejména směrnicí 92/50, toto vynětí koncesí na služby ze svého rozsahu působnosti zachovává.

30. Kritérium týkající se koncese sice není upraveno ustanoveními legislativní povahy, lze je však určit porovnáním s definicí zakotvenou ve směrnici 93/37<sup>19</sup>. Komise se ve svém výkladovém sdělení o koncesích v právu Společenství<sup>20</sup> rovněž snaží o stanovení definice tohoto pojmu a za rozhodující kritérium považuje existenci provozního rizika. Lze poznamenat, že směrnice 2004/18 v tomto ohledu odstraňuje veškerou nejistotu, neboť ve svém čl. 1 odst. 4 definuje koncese na služby jako „smlouv[ú] 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“.

18 — Úř. věst. L 134, s. 114; Zvl. vyd. 06/07, s. 132. V článku 17 této směrnice 2004/18/ES se totiž stanoví, že „tato směrnice [se nevztahuje] na koncese na služby“.

19 — Podle čl. 1 písm. d) směrnice 93/37 se koncesí na stavební práce rozumí „zakázka stejného typu jako zakázka uvedená v písmeni a) [to znamená veřejná zakázka na stavební práce], kromě skutečnosti, že protiplnění za prováděné stavební práce spočívá buď pouze v právu využít stavbu, nebo v tomto právu společně s platbou“.

20 — Úř. věst. 2000 C 121, s. 2.

31. V rozsudku BFI Holding Soudní dvůr rozhodl, že smlouva kvalifikovaná ve vnitrostátním právu jako koncese týkající se sběru odpadů může spadat do rozsahu působnosti směrnice 92/50<sup>21</sup>. Soudní dvůr se totiž neopíral o kvalifikaci podle vnitrostátního práva, nýbrž pouze odkázal na podmínky stanovené v článku 1 směrnice 92/50.

32. Ve svém stanovisku k věci Telaustria a Telefonadress generální advokát Fennelly navrhl vzít za základ v první řadě „povinnost samotného koncesionáře nést hlavní hospodářské riziko“<sup>22</sup>. Skutečnost, že se koncesní smlouva uzavírá ve prospěch třetích uživatelů, je podpůrným kritériem a požadavek na veřejný zájem koncesované služby dle jeho názoru nelze brát v úvahu. V této věci se Soudní dvůr nevyjadřoval k přesnému vymezení pojmu, stanovil však, že o koncesi se jedná, jakmile „protiplnění poskytnuté prvním podnikem druhému spočívá v tom, že posledně uvedený podnik nabude odměnou právo využívat své vlastní plnění“.<sup>23</sup>

21 — Vyšše uvedený rozsudek BFI Holding. Generální advokát La Pergola posoudil danou situaci odlišně: „Závěrem se domnívám, že v projednávané věci ARA není třetím subjektem ve vztahu k oběma obcím, to znamená že se od nich ve své podstatě neliší. Jedná se zde o formu pověření v rámci téže organizace a nepříkračující správní působnost obcí, které tím, že ARA svěřily předmětné činnosti, nebyly v žádném ohledu vedeny záměrem privatizovat funkce, které dříve v tomto odvětví zastávaly. Domnívám se, že v konečném výsledku vztah mezi obcemi a ARA nelze považovat za zakázku ve smyslu směrnice“ (bod 38 stanoviska).

22 — Stanovisko generálního advokáta Fennellyho přednesené dne 18. května 2000 ve věci Telaustria a Telefonadress (rozsudek ze dne 7. prosince 2000, C-324/98, Recueil s. I-10745, bod 30).

23 — Vyšše uvedený rozsudek Telaustria a Telefonadress, bod 58.

33. Když Soudní dvůr posuzoval koncesi na Loto v Itálii<sup>24</sup>, dospěl k názoru, že při neexistenci přechodu pravomoci na koncesionáře má být na takovou koncesi pohlíženo jako na smlouvu podléhající směrnici Rady 77/62/EHS ze dne 21. prosince 1976 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na dodávky<sup>25</sup>.

34. Kritérium týkající se odměny koncesionáře nelze přenést na úvahy ohledně mandátní smlouvy. V rámci zmocnění zástupce investora totiž nemůže existovat právo užívání. Posoudím naopak, zda v rámci mandátní smlouvy dochází k přechodu veřejné moci z investora na zplnomocněného zástupce. To by pak naznačovalo, že taková smlouva skutečně není zakázkou ve smyslu směrnice 92/50. V případě neexistence takového přechodu by musel být argument Francouzské republiky naopak odmítnut.

35. Složitost tohoto případu spočívá ve zvláštní povaze mandátní smlouvy, na jejímž základě zplnomocněný zástupce zastupuje zmocnitele. Smlouva o zmocnění zástupce investora tak, jak je definována zákonem č. 85-704, však není jen smlouvou, jíž se zplnomocněný zástupce zavazuje zastupovat

investora, a proto nemůže argument žalovaného státu založený na této zvláštnosti obstát. Jak vyplývá z výčtu jednotlivých pravomocí, které mohou být svěřeny zplnomocněnému zástupci v souladu s článkem 3 uvedeného zákona, tento zástupce rovněž poskytuje investorovi pomoc<sup>26</sup>.

36. Francouzská republika tvrdí, že oba úkoly, které zplnomocněný zástupce vykonává, jsou neoddělitelné. Skutečnost, že článek 3 zákona č. 85-704 uvádí pouze demonstrativní výčet úkolů, které mohou být zplnomocněnému zástupci svěřeny, však hovoří proti výkladu podanému žalovaným státem. Podle tohoto ustanovení dotčeného zákona se může investor stejně tak obrátit na poskytovatele služeb pro výkon některých služeb a svěřit zplnomocněnému zástupci pouze zastupování. Na druhou stranu má možnost svěřit veškeré úkoly vyjmenované v článku 3 uvedeného zákona jedné a téže osobě. Jeho rozhodovací prostor omezuje pouze článek 2 téhož zákona, který mu zakazuje, aby se zbavil své „hlavní odpovědnosti za stavbu“. Volba ponechaná investrovi, pokud se jedná o úkoly, které hodlá či nehodlá svěřit zplnomocněnému zástupci, dokládá, že je zcela možné oddělit jednotlivé úkoly, které mu mohou připadnout: na jednu stranu úkoly, které odpovídají poskytování služeb, a na druhou stranu ty, které zahrnují zastupování investora.

24 — Rozsudek ze dne 26. dubna 1994, Komise v. Itálie (C-272/91, Recueil, s. I-1409, bod 24).

25 — Úř. věst. 1977, L 13, s. 1, ve znění směrnice Rady 88/295/EHS ze dne 22. března 1988, kterou se mění směrnice 77/62/EHS o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na dodávky a zrušují některá ustanovení směrnice 80/767/EHS (Úř. věst. L 127, s. 1).

26 — Například definice administrativních a technických podmínek, podle kterých je stavba naplánována a zhotovena, nebo řízení plnění smlouvy o řízení stavebního projektu nebo smlouvy o dílo.

37. Jelikož je možné rozlišit dva typy pravomocí svěřovaných zplnomocněnému zástupci, nic nebrání tomu, aby tyto dvě skupiny úkolů případně podléhaly různým režimům. Poskytování služeb na základě smlouvy o zmocnění zástupce investora odpovídá pojmu veřejné zakázky na služby ve smyslu čl. 1 písm. a) směrnice 92/50. Smlouva o zmocnění zástupce investora uzavřená na základě zákona č. 85-704 se proto bude řídit pravidly této směrnice alespoň v rozsahu, v jakém obsahuje poskytování služeb.

38. Nyní posoudím druhou skupinu úkolů svěřovaných zplnomocněnému zástupci, abych pak mohl určit, zda se mohou vymykat působností směrnice v tom smyslu, že spočívají v přechodu veřejné moci. Zplnomocněný zástupce zastupuje investora ve dvou případech: jednak při podpisu smlouvy o řízení stavebního projektu a při podpisu smlouvy o dílo, a jednak při platbě odměny vybraným poskytovatelům služeb a dodavatelům.

39. Ačkoli je zplnomocněný zástupce oprávněn podepisovat smlouvy o řízení stavebního projektu a o dílo jménem investora, může tak činit teprve po obdržení jeho souhlasu<sup>27</sup>. Za tohoto předpokladu nemůže docházet ke skutečnému přechodu veřejné moci, neboť zplnomocněný zástupce není oprávněn tato rozhodnutí přijímat samostatně.

40. Co se týče platby odměny poskytovatelům služeb a dodavatelům, financování této platby je zajišťováno investorem, takže zplnomocněný zástupce již v této oblasti nemá volnost. Omezuje se na vynakládání peněžních prostředků, které mu poskytuje investor.

41. Přestože tedy může zplnomocněný zástupce činit některé právní úkony jménem investora, nemá při výkonu svých činností dostatečnou autonomii, aby mohl být považován za osobu, která využívá přechodu veřejné moci<sup>28</sup>. Argument uplatněný Francouzskou republikou ohledně zvláštnosti zmocnění zástupce investora proto musí být odmítnut a tato smlouva musí celá podléhat směrnici 92/50.

## 2) Případný dopad judikatury Ordine degli Architetti a další

42. Podle Francouzské republiky se úvahy obsažené ve výše uvedeném rozsudku

27 — Podotýkám, že zplnomocněný zástupce se naproti tomu nemůže ohradit proti rozhodnutí investora.

28 — O neexistenci autonomie autorizovaného auditora ve vztahu k Úřadu pro dohled na pojišťovnictví, rozsudek ze dne 13. července 1993, Thijssen (C-42/92, Recueil, s. I-1047, body 20 až 22). Viz rovněž výše uvedené rozsudky ze dne 5. prosince 1989 a ze dne 26. dubna 1994, Komise v. Itálie.

Ordine degli Architetti a další použijí na základě analogie a vedou k vynětí všech mandátních smluv z rozsahu působnosti směrnic týkajících se veřejných zakázek. V této věci položil Soudnímu dvoru italský soud otázku, zda je s právem Společenství slučitelný vnitrostátní právní předpis, který stanoví, že žadatel o stavební povolení může být částečně či úplně zproštěn platby příspěvku na vydání tohoto povolení náhradou za přímé provedení stavby zařízení (jako jsou například silnice v obytných čtvrtích, parkoviště nebo rozvody plynu).

vnitrostátní právní předpisy umožnily obecní správě zavázat stavebníka, držitele stavebního povolení, prostřednictvím dohod s ním uzavřených k výkonu dohodnutých stavebních prací podle postupů upravených směrnicí, aby tak byly splněny povinnosti, které v této souvislosti pro obecní správu z uvedené směrnice vyplývají. V takovém případě je totiž nutné na stavebníka pohlížet, na základě dohod uzavřených s obcí, které jej zprošťují příspěvku na náklady na zařízení náhradou za provedení veřejné stavby zařízení, jako na držitele výslovného zmocnění vydaného obcí na provedení této stavby. Ostatně takovou možnost uplatnění pravidel pro vyhlašování zakotvených ve směrnici ze strany jiných osob než zadavatele výslovně stanoví čl. 3 odst. 4 této směrnice v případě koncese na veřejné stavby.“

43. Soudní dvůr shledal, že provedení takových stavebních prací spadá do rozsahu směrnice 93/37, a následně dospěl k závěru, že takové vnitrostátní ustanovení, jaké bylo předmětem dané věci, není slučitelné s uvedenou směrnicí, jakmile hodnota dotčené stavby překročí prahovou hodnotu stanovenou touto směrnicí<sup>29</sup>. Jinými slovy má Soudní dvůr za to, že smlouva uzavřená mezi obcí a vlastníkem pozemku, který je žadatelem o stavební povolení, spadá do rozsahu působnosti uvedené směrnice. Než Soudní dvůr k tomuto závěru dospěl, vyslovil v bodě 100 rozsudku následující výhradu: „To znamená, že k tomu, aby byla směrnice dodržena v případě provedení stavby zařízení, není nezbytné, aby obecní správa sama použila postupy zadávání veřejných zakázek stanovené touto směrnicí. Užitečný účinek uvedené směrnice je přesto dodržen, protože

44. Komise a Francouzská republika tuto pasáž vykládají odlišně.

45. Francouzská republika z tohoto bodu vyvozuje obecnou teorii zmocnění<sup>30</sup>. Podle jí navrhovaného výkladu tohoto bodu k tomu, aby ustanovení obsažená ve směrnici 93/37 nebo ve směrnici 92/50 byla dodržena, stačí,

29 — Výše uvedený rozsudek Ordine degli Architetti a další, bod 103.

30 — Francouzská republika na jednání dodala, že směrnice 2004/18 ve svém článku 11 tuto teorii zmocnění přebírá a uplatňuje ji na ústřední nákupní subjekty.

aby zplnomocněný zástupce byl sám těmito směrnici vázán. Zákon č. 85-704 je tedy v souladu s právem Společenství, neboť pro smlouvy uzavírané zplnomocněným zástupcem stanoví tytéž povinnosti, jako by byly uzavírány investorem<sup>31</sup>.

směrnice je zachován<sup>32</sup>, jak to také objasnila Komise. Jinak řečeno, pokud se jedná o dodržení cílů směrnice 93/37, nezáleží na tom, zda je investorem, na kterého se vztahuje povinnost učinit výzvu k účasti na soutěži, obec nebo vlastník žádající o stavební povolení.

46. Komise se snaží zjistit odlišnosti mezi věcí v původním řízení a věcí, v níž byl vydán rozsudek Ordine degli Architetti a další. Nejprve poznamenává, že každá z těchto věcí se týká jiné směrnice. Dále zdůrazňuje, že v takovém případě, jako tomu bylo v rozsudku Ordine degli Architetti a další, nemá obec možnost volby zplnomocněného zástupce, jímž je nutně plátcem příspěvku, jemuž bylo vydáno stavební povolení. Konečně smlouva uzavíraná mezi obcí a vlastníkem pozemku, který je žadatelem o stavební povolení, pouze stanoví odpočet nákladu jako protiplnění za výstavbu zařízení, s vyloučením jakýchkoli jiných služeb poskytovaných ve prospěch obce.

47. S ohledem na tyto skutečnosti se domnívám, že rozsudek Ordine degli Architetti a další nelze vykládat tak, jak to navrhuje Francouzská republika. Vzhledem k tomu, že smlouvy o zakázkách na stavební práce uzavírané s vlastníkem podléhají ustanovením směrnice 93/37, užitečný účinek této

48. Pokud by se na základě analogie připustilo, že smlouva o poskytování služeb uzavřená mezi investorem a zplnomocněným zástupcem může být vyňata z rozsahu působnosti směrnice 92/50, došlo by k ohrožení užitečného účinku této směrnice. Na rozdíl od případu, jímž se Soudní dvůr zabýval ve věci Ordine degli Architetti a další, je totiž třeba odlišit na jedné straně úkoly zastupování, jako je podpis smluv uzavíraných jménem investora, a na druhé straně služby poskytované investorovi zplnomocněným zástupcem za úplat. Případné použití rozsudku Ordine degli Architetti se může týkat pouze prvně uvedených úkolů. Pakliže by došlo k přechodu veřejné moci z investora na zplnomocněného zástupce, bylo by možné se domnívat, že uplatnění směrnice 92/50 pouze na zplnomocněného zástupce bude stačit jako záruka užitečného účinku tohoto předpisu. Naproti tomu, co se týče služeb poskytovaných ve prospěch investora, pouhá skutečnost, že jsou poskytovány v rámci mandátní smlouvy, nemůže zabránit tomu, že uvedené směrnici podléhají.

32 — Samozřejmě bychom dospěli k odlišnému závěru, pokud by se na vlastníka pozemku žádajícího o stavební povolení nevztahovaly povinnosti stanovené směrnicí, co se týče smluv, které uzavírá s dodavateli, neboť v takovém případě by použití směrnice bylo zcela vyloučeno, třebaže jsou stavby budov ve smyslu směrnice „veřejnými stavbami“.

31 — Článek 4 poslední pododstavec zákona č. 85-704.

49. Pokud se jedná o činnosti zplnomocněného zástupce v rámci zastupování, při neexistenci přechodu veřejné moci nelze než tyto činnosti postavit na roveň poskytování služeb. Jelikož dále nic nebrání tomu, aby investor svěřil poskytovateli služeb, a to v rámci smlouvy o provedení zakázky, a nikoli na základě zmocnění, stejné poskytování pomoci, jaké by mohl provádět zplnomocněný zástupce, není žádných pochyb o tom, že směrnice 92/50 je použitelná na smlouvu o zmocnění zástupce investora. Přitom je nesporné, že kvalifikace smlouvy ve vnitrostátním právu nemůže vést k obcházení použitelnosti práva Společenství. Z toho vyplývá, že směrnice 92/50 je použitelná na služby poskytované zplnomocněným zástupcem investorovi, aniž by kvalifikace tohoto smluvního vztahu ve vnitrostátním právu mohla mít jakýkoli dopad.

50. Každopádně platí, jak bude dále konkrétněji uvedeno ve třetí části, že i kdyby mandátní smlouva tak, jak je definována ve francouzském zákoně, nespádala do rozsahu působnosti směrnice, stále by podléhala ustanovením týkajícím se volného pohybu služeb.

*B – Neslučitelnost článku 4 zákona č. 85-704 se směrnicí 92/50*

51. Vzhledem k tomu, že mandátní smlouva ve smyslu zákona č. 85-704 spadá do rozsahu

působnosti směrnice 92/50, nyní posoudím, zda je tento francouzský předpis slučitelný s uvedenou směrnicí. Článek 4 zákona č. 85-704, který je předmětem této žaloby, vyhrazuje úkol zplnomocněného zástupce taxativnímu výčtu veřejnoprávních osob francouzského práva.

52. Toto je jednoznačně v rozporu s cílem směrnice 92/50, který spočívá v poskytnutí rovného přístupu k veřejným zakázkám všem poskytovatelům služeb<sup>33</sup>. Soudní dvůr již totiž v souvislosti se směrnicí Rady 71/305/EHS ze dne 26. července 1971 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce<sup>34</sup> rozhodl, že „směrnice sice výslovně nehovoří o zásadě rovného zacházení s uchazeči, nicméně povinnost dodržovat tuto zásadu je samotnou podstatou této směrnice“<sup>35</sup>. Totéž platí pro směrnici 92/50. Článek 4 zákona č. 85-704 je tak jednoznačně v rozporu se zásadou rovného zacházení s uchazeči, neboť vyhrazuje pouze některým skupinám právnických osob možnost uzavřít smlouvy o zmocnění zástupce investora.

33 — Viz zejména dvacátý bod odůvodnění směrnice.

34 — Úř. věst. L 185, s. 5.

35 — Rozsudek Soudního dvora ze dne 22. června 1993, Komise v. Dánsko (C-243/89, Recueil, s. I-3353, bod 33). Viz také bod 18 stanoviska generálního advokáta Tesaura k této věci: „V tomto ohledu je sotva potřebné zdůraznit, že se v rámci zadávání zakázky jedná o postup s výzvou k účasti v soutěži, a právě proto bude třeba zaručit rovnost všech účastníků tohoto postupu: jinak by se nejednalo o zadávání zakázky, ale spíše o soukromé [...] vyjednávání. Koneckonců rovné zacházení je základem veškeré úpravy postupů pro zadávání zakázek, neboť představuje jejich samotnou podstatu.“

53. Krom toho zákon č. 85-704 neupravuje pro účely zadání mandátní smlouvy žádnou předchozí výzvu k účasti v soutěži, takže výběr investora ze skupin veřejnoprávních osob stanovených v článku 4 uvedeného zákona je zcela volný, i když částka dotyčných služeb překračuje prahovou hodnotu stanovenou v článku 13 směrnice 92/50.

54. Jak již bylo připomenuto výše, povinnost učinit výzvu k účasti v soutěži a povinnost předchozího vyhlášení se liší podle toho, zda služby poskytované zadavateli jsou uvedeny v seznamu IA nebo IB směrnice 92/50. Otázka, zda určitá služba náleží do skupiny IA nebo IB, má tedy dopad na režim, který se na ni vztahuje. V případě zakázek na služby vyjmenované v příloze IB jsou stanoveny povinnosti užšího rozsahu než v případě služeb uvedených v příloze IA. Pro případ smíšené smlouvy stanoví článek 10 směrnice 92/50: „Zakázky, jejichž předmětem jsou služby uvedené jak v příloze IA, tak IB, jsou zadávány v souladu s ustanoveními hlav III až VI, pokud hodnota služeb uvedených v příloze IA je vyšší než hodnota služeb uvedených v příloze IB. Pokud se nejedná o tento případ, zadávají se v souladu s články 14 a 16.“

55. V daném případě, aniž by bylo nutné určovat, jaký postup se má použít na smlouvu o zmocnění zástupce investora, stačí poznamenat, že napadený zákon nestá-

noví žádný postup pro učinění výzvy k účasti v soutěži na zplnomocněného zástupce. Nehledě na to, zda služby, které mu jsou svěřeny, spadají do přílohy IA nebo do přílohy IB, je třeba konstatovat, že zákon č. 85-704 není slučitelný s články 8 a 9 směrnice 92/50.

56. Třebaže má klasifikace plnění poskytovaných zplnomocněným zástupcem malý vliv z hlediska neslučitelnosti vnitrostátního zákona se směrnicí 92/50, je třeba podat jisté vysvětlení, neboť účastníci řízení hájí protikladné postoje<sup>36</sup>. Žalovaný stát důvěrně tvrdí, že službami poskytovanými zplnomocněným zástupcem jsou převážně právní služby, které jsou vyjmenovány v bodě 21 přílohy IB směrnice 92/50, a druhotně pak administrativní úkoly, jako například příprava postupů soutěže a zadávání zakázek, jakož i účetní aspekty, spadající do kategorie 27 (jiné služby) téže přílohy. Komise je toho názoru, že zplnomocněný zástupce poskytuje hlavně služby architektů a služby inženýrské, zařazené do bodu 12 přílohy IA. Čisté zastupování zplnomocněným zástupcem by mohlo podle Komise spadat do bodu 27 přílohy IB směrnice 92/50, nadepsaného „jiné služby“.

36 – Tato otázka mimoto není bez významu, pokud se jedná o soulad zákona č. 85-704, ve znění usnesení č. 2004-566 ze dne 17. června 2004, se směrnicí 92/50.

57. Podle znění článku 3 zákona č. 85-704, uvedeného výše v bodě 9 tohoto stanoviska, který popisuje úkoly, které lze svěřit zplnomocněnému zástupci, lze sotva tvrdit, jak to činí Komise, že úkoly svěřené zplnomocněnému zástupci spočívají pouze ve službách spjatých s projektováním architektonických plánů či v inženýrských službách uvedených v kategorii 12 přílohy IA, i když „vymezení administrativních a technických podmínek, podle kterých bude stavba naplánována a vyhotovena<sup>37</sup>“, jakož i „převzetí stavby<sup>38</sup>“ zjevně do této kategorie spadají. V tomto ohledu nelze než provést posouzení případ od případu. Podle článku 10 směrnice 92/50 bude moci investor určit, který režim se použije na dotčenou smlouvu o zmocnění zástupce investora, neboť zjevně není možné je podříditi jednotnému režimu z důvodu různorodosti předmětu takových smluv<sup>39</sup>.

58. Vzhledem k těmto úvahám je třeba konstatovat neslučitelnost článku 4 dotčeného zákona s články 8 a 9 směrnice 92/50<sup>40</sup>. Pro případy, kdy se směrnice nepoužije, zbývá určit, zda je článek 4 zákona č. 85-704 v souladu se zásadou volného pohybu služeb.

### III – Neslučitelnost článku 4 zákona č. 85-704 s článkem 49 ES

59. Mohla by se nabízet otázka významu společného použití článků Smlouvy týkajících se volného pohybu služeb a svobody usazování spolu se směrnicemi upravujícími veřejné zakázky, což je v projednávané věci směrnice 92/50. Na všechny veřejné zakázky, které nespádají do působnosti směrnic, se však přirozeně mohou použít ustanovení Smlouvy týkající se volného pohybu<sup>41</sup>. Navíc smlouvy, které nespádají do působnosti směrnice 92/50, jako jsou koncesní smlouvy, nadále podléhají obecným pravidlům Smlouvy<sup>42</sup>. Tedy pro případ, že by smlouva o zmocnění zástupce investora nedosahovala finančních prahových hodnot stanovených směrnicí 92/50<sup>43</sup> nebo by se na ně mohla vztahovat výjimka z uvedené směrnice, je třeba určit, zda je článek 4 dotčeného zákona v souladu s článkem 49 ES.

60. Podle Francouzské republiky není článek 49 ES na projednávaný případ použitelný, neboť zplnomocněný zástupce neposkytuje

37 — Článek 3 první odrážka zákona č. 85-704.

38 — Článek 3 šestá odrážka zákona č. 85-704.

39 — Rozsudek ze dne 14. listopadu 2002, Felix Swoboda (C-411/00, Recueil, s. I-10567).

40 — V této souvislosti podotýkám, že na základě čl. 2 odst. 2 francouzského zákoníku o veřejných zakázkách přijatého nařízením č. 2004-15 ze dne 7. ledna 2004 (JORF s. 703) „zakázky uzavřené na základě zmocnění uděleného některou z osob veřejného práva uvedených v bodě 1 tohoto článku“ podléhají ustanovením uvedeného zákoníku.

41 — Rozsudek ze dne 9. července 1987, CEI a další (27/86 až 29/86, Recueil, s. 3347, bod 15), a usnesení ze dne 3. prosince 2001, Vestergaard (C-59/00, Recueil, s. I-9505, body 19 až 21).

42 — Rozsudky ze dne 9. září 1999, R.I.SAN. (C-108/98, Recueil, s. I-5219, bod 20), a ze dne 7. prosince 2000, Telaustria a Telefonadress, uvedený výše, bod 60. Viz rovněž Cassia, P., *Contrats publics et principe communautaire d'égalité de traitement*, RTDEur. 2002, s. 413.

43 — Článek 7 směrnice 92/50.



služby. Na rozdíl od poskytovatele služeb se zplnomocněný zástupce účastní úkolu v obecném zájmu, zastupuje osobu veřejného práva a využívá přechodu pravomocí doprovázejícího rozhodovací pravomoc.

Tento rozsudek mimoto nikde nevyklučuje možnost kvalifikovat mandátní smlouvu jako poskytování služeb. Vzhledem k tomu, že zplnomocněný zástupce jedná také jako poskytovatel služeb, podléhá jako takový článku 49 ES.

61. Jak již bylo uvedeno výše, nic zjevně nebrání kvalifikaci úkolů prováděných zplnomocněným zástupcem jako poskytování služeb.

62. Žalovaný stát krom toho opakuje svou argumentaci založenou na výše uvedeném rozsudku Ordine degli Architetti a domnívá se, že jeho právní předpisy jsou v souladu s článkem 49 ES, neboť zplnomocněný zástupce podléhá pravidlům veřejných zakázek, pokud se jedná o smlouvy, které uzavírá jménem investora.

63. Způsob, jakým Francouzská republika tento rozsudek vykládá, není přesvědčivý. Jak již bylo objasněno výše, zplnomocněný zástupce neuzavírá toliko smlouvy na účet investora, nýbrž pro něj za odměnu provádí i mnohé služby. Kritiky Komise se soustřeďují výlučně na tento smluvní vztah, kde je zplnomocněný zástupce ve skutečnosti poskytovatelem služeb. Rozsudek Ordine degli Architetti a další však zmocnění chápe v přísném slova smyslu, to znamená jako případ, kdy zplnomocněný zástupce pouze jedná na účet osoby, kterou zastupuje.

64. Vyhrazení práva uzavřít smlouvy o zmocnění zástupce investora jen některým právníkům osobám veřejného práva na základě článku 4 zákona č. 85-704 představuje překážku volnému pohybu služeb. Přestože sporné ustanovení výslovně neodkazuje na státní příslušnost oprávněných poskytovatelů služeb, ve skutečnosti je takřka nemožné, aby podnik z jiného členského státu získal právní postavení francouzské právnické osoby veřejného práva<sup>44</sup>.

65. Dokonce i kdyby zahraniční podnik měl možnost stát se součástí některé z kategorií právnických osob uvedených v článku 4 dotčeného zákona, pak by požadování změny právního postavení zahraničního podniku, aby mohl poskytovat dotčené služby, bylo v rozporu se zásadou volného pohybu služeb. Jak již zdůraznil generální advokát Lenz v bodě 22 svého stanoviska k věci C-360/89

44 — Výše uvedené rozsudky ze dne 5. prosince 1989, Komise v. Itálie (C-3/88, Recueil s. 4035), a ze dne 26. dubna 1994, Komise v. Itálie. Soudní dvůr se ubírá stejnými úvahami v oblasti volného pohybu zboží: rozsudek ze dne 20. března 1990, Du Pont de Nemours Italiana (C-21/88, Recueil, s. I-889). Viz rovněž na toto téma studii od Nogueuou, R., „La délégation de maîtrise d'ouvrage publique face au droit communautaire: un conflit latent“, v *Problèmes actuels de droit communautaire*, LGD, 1998.

Komise v. Itálie<sup>45</sup>, „[s]voboda podnikání, jejíž dodržování má být zajištěno právě článkem 59, znamená, že se lze takovému kroku vyhnout“.

66. V konečném vyznění představuje článek 4 zákona č. 85-704 překážku volnému pohybu služeb, jelikož vede k tomu, že smlouvy týkající se služeb vyjmenovaných v článku 3 uvedeného zákona jsou vyhrazeny poskytovatelům služeb francouzské státní příslušnosti.

67. Nesoulad zákona č. 85-704 s článkem 49 ES byl tedy prokázán, protože je nyní zapotřebí si položit otázku ohledně případného použití čl. 45 prvního pododstavce ES, který stanoví, že „ustanovení této kapitoly se v členských státech nevztahují na činnosti, které jsou v příslušném členském státě spjaty, i když jen příležitostně, s výkonem veřejné moci“. Komise se zamýšlí nad použitím této výjimky, avšak vzápětí tuto možnost zavrhuje. Komise nejprve připomenula, že tato výjimka musí být vykládána striktně tak, že se týká „činností, které samy o sobě zahrnují přímou účast na výkonu veřejné moci“<sup>46</sup>, a následně konstatovala, že úkoly svěřené zplnomocněnému zástupci jsou převážně technické povahy, což této definici nevyhovuje.

68. Pokud se jedná o činnosti, u nichž zplnomocněný zástupce zastupuje investora, jako je podepisování smluv o řízení stavebního projektu a o dílo a odměňování dodavatelů a poskytovatelů služeb, Komise rovněž dospěla k závěru o nepoužitelnosti článku 45 ES. Podepisování smluv podléhá souhlasu investora, takže se podle Komise nelze domnívat, že by zplnomocněný zástupce byl skutečně pověřen výkonem veřejné moci. Ani platba odměn dodavatelům a poskytovatelům služeb nepředstavuje výkon veřejné moci ze strany zplnomocněného zástupce, neboť financování zajišťuje investor.

69. Jak již bylo prokázáno výše, zplnomocněný zástupce se neúčastní výkonu veřejné moci, ať již se jedná o jemu svěřené úkoly spočívající v poskytování pomoci, či v zastupování. Výjimka stanovená v článku 45 ES se proto na něj nevztahuje<sup>47</sup>.

70. Nepoužije se ani výjimka stanovená v článku 46 ES, neboť žalovaný stát neuplatnil žádný důvod veřejného pořádku, veřejné bezpečnosti nebo ochrany zdraví.

45 — Rozsudek ze dne 3. června 1992 (C-360/89, Recueil, s. I-3401).

46 — Výše uvedený rozsudek ze dne 5. prosince 1989, Komise v. Itálie.

47 — Viz v tomto ohledu judikaturu citovanou v poznámce pod čarou 27.

**IV – Závěry**

71. S ohledem na výše uvedené navrhuji, aby Soudní dvůr určil, že Francouzská republika tím, že v článku 4 zákona č. 85-704 ze dne 12. července 1985 o veřejném investování ve stavebnictví a jeho vztazích k soukromému investování ve stavebnictví, ve znění zákona č. 91-662 ze dne 13. července 1991 a zákona č. 96-987 ze dne 14. listopadu 1996, vyhradila úkol zástupce investora taxativně vymezeným právnickým osobám francouzského práva, nesplnila své povinnosti, které pro ni vyplývají ze směrnice Rady 92/50/EHS ze dne 18. června 1992 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na služby, a konkrétně z jejích článků 8 a 9, jakož i z článku 49 ES.