NÁVRHY GENERÁLNEHO ADVOKÁTA
PAOLO MENGOZZI
prednesené 17. novembra 2009[1]

1. Táto vec, ktorá je východiskom viacerých prejudiciálnych otázok položených Oberlandesgericht Düsseldorf, umožňuje Súdnemu dvoru, aby sa ešte raz vrátil k problému rozlišovania medzi verejnými zákazkami na práce a činnosťami vykonávanými podľa právnej úpravy o územnom plánovaní orgánmi verejnej moci.

2. Presnejšie, podstata veci, o ktorej má rozhodnúť vnútroštátny súd, spočíva v predaji pozemku verejným orgánom súkromnému podniku. V prípadoch, ako je tento, sa dá uvažovať, že by mohlo ísť o štátnu pomoc.[2] Zdá sa však, že v tomto prípade takéto obavy neexistujú. Osobitosť veci spočíva naopak v tom, že verejný orgán sa rozhodol previesť pozemok na záujemcu, ktorý podľa názoru miestnych orgánov oprávnených rozhodovať vo veciach územného plánovania mesta predložil v súvislosti s výstavbou a s využitím tohto pozemku najzaujímavejšie a najvhodnejšie projekty. Vnútroštátny súd si kladie otázku, či sa v tomto kontexte majú uplatniť ustanovenia upravujúce verejné zákazky a konkrétnejšie ustanovenia o verejnej koncesii na práce.

I — Právny rámec

3. Ustanovenia, ku ktorým sa má Súdny dvor vyjadriť, sú obsiahnuté v smernici 2004/18/ES[3].

1 — Jazyk prednesu: taliančina.

2 — Štátna pomoc môže spočívať, ako je zrejmé, v prevode verejného majetku za nižšiu cenu, ako je trhová cena. Pozri v tejto súvislosti najmä Oznámenie Komisie o prvkoch štátnej pomoci pri predaji pozemkov a budov verejnoprávnymi orgánmi (Ú. v. ES C 209, 1997, s. 3).

3 — Smernica Európskeho parlamentu a Rady 2004/18/ES z 31. marca 2004 o koordinácii postupov zadávania verejných zákaziek na práce, verejných zákaziek na dodávku tovaru a verejných zákaziek na služby (Ú. v. ES L 134, s. 114; Mim. vyd. 06/007, s. 132, ďalej len „smernica 2004/18“ alebo „smernica“).

4. Článok 1 smernice stanovuje:

„1. Na účely tejto smernice sa použijú pojmy vymedzené v odsekoch 2 až 15.

2. a) „Verejné zákazky‘ sú zmluvy s peňažným plnením, uzavreté písomne medzi jedným alebo viacerými hospodárskymi subjektmi a jedným alebo viacerými verejnými obstarávateľmi, ktorých predmetom je vykonanie prác, dodávka výrobkov alebo poskytnutie služieb v zmysle tejto smernice.

b) ‚Verejné zákazky na práce‘ sú verejné zákazky, ktorých predmetom je buď vykonanie prác, alebo vypracovanie projektovej dokumentácie a vykonanie prác súvisiacich s jednou z činností v zmysle prílohy I, alebo dielo, alebo realizácia diela akýmkoľvek spôsobom zodpovedajúcim požiadavkám špecifikovaným verejným obstarávateľom. ‚Dielo‘ znamená výsledok stavebných prác alebo stavebnoinžinierskych prác ako celku, ktorý sám osebe postačuje na to, aby plnil ekonomickú alebo technickú funkciu.

…

3. ‚Verejná koncesia na práce‘ je zákazka rovnakého druhu ako verejná zákazka na práce s tým rozdielom, že protiplnením za práce, ktoré sa majú vykonať, je buď len právo na využívanie diela, alebo toto právo spojené s peňažným plnením.“

II — Skutkový stav, spor vo veci samej a prejudiciálne otázky

5. Bundesanstalt für Immobilienaufgaben (spolkový úrad pre správu nehnuteľností; ďalej len „Bundesanstalt“) v októbri 2006 oznámil prostredníctvom tlače a na internete svoj zámer odpredať pozemok s rozlohou približne 24 hektárov v meste Wildeshausen. Na pozemku sa okrem iného nachádzala kasáreň, ktorá bola zatvorená v prvých mesiacoch roka 2007.

6. Bundesanstalt v uverejnenom ozname uviedol, že rozhodnutia o využití pozemku budú musieť byť odsúhlasené mestom Wildeshausen.

7. Podľa znaleckého posudku vypracovaného na objednávku Bundesanstaltu mal pozemok v máji 2007 hodnotu 2,33 milióna eur.

8. Spoločnosť Helmut Müller GmbH (ďalej len „Helmut Müller“) urobila už v novembri 2006 ponuku na kúpu za cenu 4 milióny eur, ale podmienila to tým, že plán výstavby dotknutej zóny bude vychádzať z jej projektu využitia pozemkov. Táto ponuka nemala úspech.

9. V januári 2007 Bundesanstalt požiadal možných záujemcov o predloženie ponúk na kúpu pozemku v stave bez plánov. V tomto kontexte urobila spoločnosť Helmut Müller ponuku vo výške 1 milióna eur. Naproti tomu spoločnosť Gut Spascher Sand Immobilien GmbH (ďalej len „GSSI“) ponúkla sumu vo výške 2,5 milióna eur.

10. Následne si mesto Wildeshausen dalo predstaviť projekty záujemcov na využitie územia. Mesto s nimi za prítomnosti Bundesanstaltu tieto projekty prediskutovalo. Mestská rada vo Wildeshausene sa 24. mája 2007 vyslovila za projekty GSSI a vyhlásila, že je pripravená začať konanie na vypracovanie územného plánu na základe tohto projektu. Mestská rada vo svojom rozhodnutí zdôraznila, že rozhodnutie v prospech tohto projektu v nijakom prípade nepovažuje vo vzťahu k jej právomociam v oblasti územného plánovania mesta, ktoré si vyhradzuje vykonávať podľa vlastného uváženia, za záväzné.

11. Dňa 6. júna 2007 predal Bundesanstalt pozemok GSSI. Kúpna zmluva neobsahuje žiadny údaj o budúcom využití prevádzaného pozemku.

12. Spoločnosť Helmut Müller napadla predaj pozemku pred vnútroštátnym súdom a tvrdila najmä, že tento predaj sa mal uskutočniť podľa pravidiel o verejnom obstarávaní.

13. Vnútroštátny súd rozhodujúci o spore položil tieto prejudiciálne otázky:

„1. Vyžaduje verejná zákazka na práce podľa článku 1 ods. 2 písm. b) smernice konštitutívne, aby dielo bolo vo vecnom alebo fyzickom zmysle vykonané pre verejného

obstarávateľa a aby mu prinášalo priamy hospodársky úžitok?

2. Pokiaľ podľa vymedzenia pojmu verejná zákazka na práce v článku 1 ods. 2 písm. b) smernice 2004/18/ES nebude možné neprihliadať na prvok nadobudnutia pre verejného obstarávateľa, ide podľa druhého variantu ustanovenia o také nadobudnutie, pri ktorom má dielo pre verejného obstarávateľa plniť určitý verejný účel (napríklad má slúžiť na urbanistický rozvoj komunálnej časti) a verejný obstarávateľ má na základe zákazky oprávnenie zabezpečiť, aby bol verejný účel dosiahnutý a dielo v budúcnosti slúžilo na tento účel?

3. Vyžaduje pojem verejná zákazka na práce podľa prvého a druhého variantu článku 1 ods. 2 písm. b) smernice 2004/18/ES, aby bol podnikateľ priamo alebo nepriamo povinný vykonať dielo? Musí v danom prípade ísť o vymožiteľnú povinnosť?

4. Vyžaduje pojem verejná zákazka na práce podľa tretieho variantu článku 1 ods. 2 písm. b) smernice 2004/18/ES, aby bol podnikateľ zaviazaný vykonať dielo alebo aby dielo bolo predmetom zákazky?

5. Spadajú zákazky, ktorými má byť prostredníctvom požiadaviek špecifikovaných verejným obstarávateľom zabezpečené, aby stavebné dielo, ktoré má byť vytvorené, slúžilo na určitý verejný účel, a ktorými je verejnému obstarávateľovi (na základe zmluvnej dohody) zároveň udelené oprávnenie (v nepriamom vlastnom záujme) zabezpečiť využívanie stavebného diela na verejný účel, pod pojem verejná zákazka na práce podľa tretieho variantu článku 1 ods. 2 písm. b) smernice 2004/18/ES?

6. Je splnený pojem ‚požiadavky špecifikované verejným obstarávateľom' podľa článku 1 ods. 2 písm. b) smernice 2004/18/ES, ak dielo má byť vykonané podľa projektovej dokumentácie skontrolovanej a schválenej verejným obstarávateľom?

7. Má byť podľa článku 1 ods. 3 smernice 2004/18/ES zamietnutá verejná koncesia

na práce, ak vlastníkom pozemku, na ktorom má byť zriadené stavebné dielo, je alebo sa stane koncesionár, alebo ak je koncesia na práce zadaná na dobu neurčitú?

8. Má sa smernica 2004/18/ES — s právnym dôsledkom pre verejného obstarávateľa, ktorým je povinnosť vypísať verejné obstarávanie — uplatniť aj vtedy, ak predaj pozemku treťou osobou a zadanie verejnej zákazky na práce prebehli s časovým odstupom a pri uzatvorení kúpnej zmluvy na pozemok nebola ešte verejná zákazka na práce zadaná, ale v okamihu uzatvorenia kúpnej zmluvy na pozemok na strane verejného obstarávateľa už existoval zámer zadať takúto zákazku?

9. Majú sa rozdielne, ale súvisiace úkony o prevode pozemku a verejná zákazka na práce posudzovať z hľadiska práva verejného obstarávania ako celok, ak zadanie verejnej zákazky v čase uzatvorenia kúpnej zmluvy na pozemok bolo zamýšľané a účastníci vedome vytvorili z hľadiska vecného a v danom prípade aj časového úzku súvislosť medzi týmito zmluvami (pozri rozsudok z 10. novembra 2005, Komisia/Rakúsko, C-29/04, Zb. s. I-09705)?“

III — Úvodné poznámky

A — *Judikatúra vnútroštátneho súdu*

14. Pochopenie prejudiciálnych otázok položených vnútroštátnym súdom si vyžaduje vysvetlenie. Predovšetkým treba poznamenať, ako zdôrazňuje sám vnútroštátny súd vo svojom uznesení, že súčasná judikatúra vnútroštátneho súdu (Oberlandesgericht Düsseldorf) má určité zvláštnosti, ktoré sú v rozpore s väčšou časťou judikatúry a náuky týkajúcich sa práva verejného obstarávania.

15. V prvom rade stanovisko vnútroštátneho súdu vychádza z predpokladu, že okolnosť, že ide v podstate o konanie urbanistického charakteru, v zásade nevylučuje možnosť uplatnenia ustanovení Spoločenstva o verejnom obstarávaní. Vnútroštátny súd v tejto súvislosti odkazuje na judikatúru Súdneho dvora vo veciach Ordine degli architetti a i.[4] a Komisia/Francúzsko[5].

16. V druhom rade vnútroštátny súd z rozsudku Auroux a i.[6] vyvodzuje zásadu, že uplatnenie pravidiel Spoločenstva týkajúcich

4 — Rozsudok z 12. júla 2001, C-399/98, Zb. s. I-5409.
5 — Rozsudok z 20. októbra 2005, C-264/03, Zb. s. I-8831.
6 — Rozsudok z 18. januára 2007, C-220/05, Zb. s. I-385.

sa verejného obstarávania vôbec nezávisí od toho, či chce verejný obstarávateľ vlastniť, prípadne aspoň len držať a užívať stavebné diela, ktoré majú byť zhotovené. Inými slovami, právnu úpravu Spoločenstva v oblasti verejného obstarávania možno uplatniť bez ohľadu na prvok fyzického vykonania diela pre verejného obstarávateľa. Predovšetkým verejný obstarávateľ môže sledovať aj účel nehmotnej povahy, ktorý spočíva, ako napríklad v prejednávanej veci, v dosiahnutí konkrétneho cieľa, ktorým je urbanistický rozvoj mesta.[7]

17. Situáciu, ktorá je predmetom sporu vo veci samej, vykladá vnútroštátny súd na základe uvedenej judikatúry takto. Spoločnosti GSSI bola zadaná verejná zákazka vo forme verejnej koncesie na práce[8], na ktorú mali byť uplatnené príslušné ustanovenia práva Spoločenstva[9]. Okolnosť, že GSSI sa stáva vlastníkom dotknutých nehnuteľností, nie je v rozpore s týmto výkladom, pretože smernica pri definovaní pojmu „koncesia" neuvádza, že by koncesia na práce nemohla byť zadaná na dobu neurčitú, ani to, že by koncesionár nemohol byť vlastníkom nehnuteľností, ktoré sú predmetom koncesie.

18. Okolnosť, že sa mesto Wildeshausen, ktoré sa síce vyslovilo v prospech urbanistického riešenia navrhnutého spoločnosťou GSSI, formálne nezaviazalo schváliť toto riešenie, nie je podľa vnútroštátneho súdu skutočnosťou, ktorá by mohla spochybniť jeho výklad situácie. Vnútroštátny súd odkazuje najmä na rozsudok Súdneho dvora vo veci Komisia/Rakúsko (nazvaný „Mödling")[10] na podporu tvrdenia, že na účely právneho posúdenia skutkových okolností môže byť potrebné zohľadniť aj udalosť, ktorá chronologicky nasleduje po zadaní zákazky, ak je pre toto zadanie skutočne rozhodujúca. V opačnom prípade by to mohlo ľahko

7 — Okrem toho po vydaní uznesenia vnútroštátneho súdu bola nemecká legislatíva zmenená zákonom z 20. apríla 2009 o modernizácii práva o verejnom obstarávaní (Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts, BGBl. I, s. 790), ktorý zmenil a doplnil článok 99 zákona proti obmedzeniam hospodárskej súťaže (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, alebo „GWB") a medziiným spresnil, že v prípade situácie spadajúcej pod tretí variant definície verejnej zákazky na práce sa vyžaduje, aby verejný obstarávateľ získal priamy hospodársky prospech. Pozri tiež poznámku pod čiarou 35.

8 — Nie je však dosť jasné, ktorý z orgánov túto koncesiu zadal. Komisia, ktorá bola voči stanovisku vnútroštátneho súdu v tomto bode skôr otvorená, musela na pojednávaní sama priznať, že v prejednávanej veci tak Bundesanstalt, ako aj mesto Wildeshausen vykazujú určité typické znaky, ktoré sú s touto úlohou spojené, no nedá sa zistiť, ktorému z nich možno pripísať prednostné postavenie.

9 — Z návrhu na začatie prejudiciálneho konania nepochybne vyplýva, že prahové hodnoty stanovené na uplatnenie smernice sú v prejednávanej veci v širokej miere prekročené. Keďže hodnota pozemku v skutočnosti sama osebe neprekračuje prahové hodnoty, odôvodnenie vnútroštátneho súdu nepochybne vykazuje hypotetické prvky. Na druhej strane s prihliadnutím na ustálenú judikatúru, podľa ktorej je posúdenie relevantnosti otázok na účely rozhodnutia o spore v zásade úlohou vnútroštátneho súdu, sa domnievam, že v tomto prípade Súdny dvor musí poskytnúť odpoveď na otázky, ktoré mu položil Oberlandesgericht Düsseldorf. Pozri v tejto súvislosti napríklad rozsudky z 15. decembra 1995, Bosman, C-415/93, Zb. s. I-4921, bod 61; zo 7. septembra 1999, Beck a Bergdorf, C-355/97, Zb. s. I-4977, bod 22; zo 7. júna 2007, van der Weerd a i., C-222/05 až C-225/05, Zb. s. I-4233, bod 22, a zo 17. júla 2008, Corporación Dermoestética, C-500/06, Zb. s. I-5785, bod 23.

10 — Rozsudok z 10. novembra 2005, C-29/04, Zb. s. I-9705.

ohroziť potrebný účinok ustanovení práva Spoločenstva.

19. Ako som však naznačil vyššie, vnútroštátny súd sám uznáva, že jeho výklad práva Spoločenstva v rozsahu, v akom ho možno uplatniť na prejednávanú vec, vôbec nemusí byť prijatý jednomyseľne. Svojimi prejudiciálnymi otázkami sa Oberlandesgericht Düsseldorf teda v podstate pýta Súdneho dvora, či tento výklad je, alebo nie je správny.

B — *Rozdiely medzi jazykovými verziami znenia článku 1 smernice*

20. Článok 1 vo väčšine jazykových verzií znenia smernice[11] uvádza tri rôzne typy „verejných zákaziek na práce“. Ide najmä o tieto:

— vykonanie prác[12], prípadne spojené s vypracovaním projektovej dokumentácie, ktoré súvisia s jednou z činností v zmysle prílohy I smernice (prvý variant),

— vykonanie diela[13], prípadne spojené s vypracovaním projektovej dokumentácie (druhý variant),

— realizácia diela[14] akýmkoľvek spôsobom zodpovedajúcim požiadavkám špecifikovaným verejným obstarávateľom (tretí variant).

21. Smernica následne dopĺňa, že „dielo“[15] znamená „výsledok stavebných prác alebo stavebnoinžinierskych prác ako celku, ktorý sám osebe postačuje na to, aby plnil ekonomickú alebo technickú funkciu“.

22. Hneď na začiatku treba uviesť, že v jazykových verziách znenia smernice existujú určité významné odlišnosti.

23. Predovšetkým ide o odlišnosti, ktoré vyplývajú z občasných nezrovnalostí pri používaní terminológie v rámci troch vyššie

11 — Nie však vo všetkých: napríklad v portugalskej verzii neexistuje druhý uvádzaný variant.

12 — Nemecká: „von Bauvorhaben“; anglická: „of works“; francúzska: „de travaux“; talianska: „lavori“; španielska: „de obras“; holandská: „van werken“; portugalská: „de trabalhos“; grécka: „εργασιών“.

13 — Nemecká: „eines Bauwerks“; anglická: „a work“; francúzska: „d'un ouvrage“; talianska: „di un'opera“; španielska: „de una obra“; holandská: „van een werk“; grécka: „ενός έργου“.

14 — Nemecká: „einer Bauleistung“; anglická: „of a work“; francúzska: „d'un ouvrage“; talianska: „di un'opera“; španielska: „de una obra“; holandská: „van een werk“; portugalská:„de uma obra“; grécka: „ενός έργου“.

15 — Nemecká: „Bauwerk“; anglická: „work“; francúzska: „ouvrage“; talianska: „opera“; španielska: „obra“; holandská: „werk“; portugalská: „obra“; grécka: „έργο“.

uvedených variantov: toto je viditeľné, najmä ak sa pozrieme na výrazy použité v niektorých jazykových verziách, ako je to uvedené v poznámkach pod čiarou k dotknutým variantom.

24. Nemecká verzia okrem iného vykazuje ďalšie dve významné odlišnosti. Po prvé tretí variant spresňuje, že predmetná činnosť musí byť realizovaná „treťou osobou“ (durch Dritte): toto spresnenie neobsahuje nijaká iná jazyková verzia.[16] Po druhé činnosť v treťom variante nie je uvedená ako „dielo“ (Bauwerk), ale ako „stavebné práce“ (Bauleistung): v dôsledku toho sa nasledujúca definícia „diela“ môže v rámci nemeckého znenia uplatniť zrejme iba na druhý, a nie na tretí variant.[17]

16 — Uvádzam však, ako na pojednávaní poznamenala najmä rakúska vláda, že toto spresnenie použité v nemeckej verzii nerobí tento variant vo vzťahu k ostatným jazykovým verziám odlišným variantom, ale asi skôr „konkrétnejším“. So zreteľom na štruktúru dotknutého ustanovenia je totiž aj s prihliadnutím na iné jazykové verzie zrejme ťažké určiť, či určitá situácia spadá pod tretí variant, ak dielo nerealizuje „tretia osoba“. V každom prípade treba pripomenúť, že podľa ustálenej judikatúry odlišná formulácia ustanovenia Spoločenstva použitá v jednej z jazykových verzií nemôže byť chápaná ako jediný základ na výklad tohto ustanovenia alebo sa v tejto súvislosti považovať za ustanovenie, ktoré má prednosť pred inými jazykovými verziami. Pozri v tejto súvislosti rozsudky z 27. marca 1990, Cricket St. Thomas, C-372/88, Zb. s. I-1345, bod 18, a z 19. apríla 2007, Velvet & Steel Immobilien, C-455/05, Zb. s. I-3225, bod 19.

17 — Tieto osobitosti nemeckej verzie majú pôvod už v smernici Rady 89/440/EHS z 18. júla 1989, ktorou sa mení a dopĺňa smernica Rady 71/305/EHS o koordinácii postupov verejného obstarávania prác (Ú. v. ES L 210, s. 1). Smernica 89/440 po prvýkrát zaviedla do právneho poriadku Spoločenstva súčasnú definíciu verejnej zákazky na práce „v troch variantoch“.

25. Z dôvodu existencie problémov v súvislosti so znením ustanovení, ktoré boli práve načrtnuté, sa dôrazne neodporúča, aby sa „správny“ výklad týchto ustanovení hľadal pomocou analýzy ich doslovného znenia, ktorá je prípadne ešte navyše obmedzená na jednu jazykovú verziu. K významu, ktorý treba dať týmto ustanoveniam, možno v skutočnosti dospieť jedine systematickým a teleologickým výkladom za pomoci správnej miery porozumenia pre výklad.

IV — Právna analýza

A — *Úvod: pojem verejná zákazka na práce*

26. Na účely poskytnutia čo možno najúplnejšej odpovede na otázky položené vnútroštátnym súdom treba na úvod určiť základné znaky verejnej zákazky na práce.

27. Ide o pojem, a je dobré spresniť to na začiatku, ktorý sa týka výlučne práva Spoločenstva, takže vnútroštátne právo členského

štátu nie je v tomto prípade na účely kvalifikovania skutkových okolností relevantné.[18]

28. Pokiaľ ide o predmet zákazky, smernica 2004/18, ako bolo uvedené vyššie, uvádza tri základné varianty. Ak to však zhrnieme, možno povedať, že podľa článku 1 citovanej smernice pod pojem verejné zákazky na práce spadá na jednej strane vykonanie špecifických prác zahrnutých medzi činnosti vymenované v prílohe I smernice a na druhej strane vytvorenie diel. Inými slovami, pojem zahŕňa jednak stavebné činnosti, bez ohľadu na to, či výsledkom prác je presne definovaná a/alebo dokončená stavba, a jednak vytvorenie, prípadne aj prostredníctvom tretích osôb, konkrétnych „dokončených" stavieb. Tieto nehnuteľnosti, ktoré majú podľa smernice charakter „dokončenej stavby" a ktoré plnia „ekonomickú alebo technickú funkciu", sú spravidla definované ako „diela".

29. To, či jednotlivé konkrétne situácie, ktoré treba posúdiť, spadajú, alebo nespadajú do rámca pôsobnosti smernice 2004/18, sa v každom jednotlivom prípade musí preskúmať osobitne. Zdá sa mi však, že vo všeobecnosti problém týkajúci sa splnenia objektívnych predpokladov na uplatnenie smernice umožňuje vo väčšine prípadov vyriešiť skôr flexibilný prístup založený na delení na dva varianty, práce/dielo, ktorý je uvedený v predchádzajúcom bode, ako prístup založený na delení na tri varianty, ktorý existuje vo väčšine jazykových verzií znenia článku 1.

30. Bez ohľadu na použitý prístup však nemožno zabúdať na to, že charakteristickým znakom všetkých verejných zákaziek na práce je existencia prvku zhotovenia. Inými slovami, vykonávané činnosti musia viesť k vytvoreniu nehnuteľností. Nadobudnutie už existujúcich nehnuteľností je z rámca pôsobnosti smernice výslovne vyňaté.[19]

31. Článok 1 smernice výslovne uvádza ďalšie základné znaky zákazky na práce. Uvádza sa totiž, že zákazka na práce je zmluva s peňažným plnením uzavretá písomne. Na základe tohto druhého uvedeného znaku sa teda vyžaduje, aby plneniu úspešného uchádzača zodpovedalo protiplnenie verejného obstarávateľa, ktoré nemusí nevyhnutne spočívať v peňažnom plnení, ale v každom

18 — Pozri rozsudok Auroux a i., už citovaný v poznámke pod čiarou 6, bod 40.

19 — Pozri článok 16 smernice.

prípade musí byť vyčísliteľná jeho hospodárska hodnota.[20]

32. Samotná smernica však, ako je známe, stanovuje k „typickému" modelu zákazky, kde verejný obstarávateľ zhotoviteľovi za dielo platí (v širšom zmysle, ako bolo uvedené), alternatívu. Pri tejto alternatívnej forme zákazky, ktorou je verejná koncesia na práce, „protiplnenie za práce, ktoré sa majú vykonať, spočíva buď len v práve na využívanie stavebného diela, alebo v tomto práve spojenom s peňažným plnením". V prejednávanej veci sa podľa vnútroštátneho súdu majú uplatniť ustanovenia o verejnej koncesii na práce, pretože verejný orgán umožňuje podniku, ktorý chce vykonávať určité stavebné práce, iba to, aby v súlade s ustanoveniami o vlastníckom práve plne profitoval z výsledkov svojej stavebnej činnosti. Tento problém budem podrobne rozoberať nižšie, najmä v rámci analýzy siedmej prejudiciálnej otázky.

33. Ďalšia poznámka, ktorú je potrebné uviesť, sa týka cieľa, ktorý sledujú orgány verejnej moci prostredníctvom diela a/alebo prác, ktoré chcú realizovať. Ako už mal Súdny dvor možnosť spresniť vo svojej judikatúre, sledovaný cieľ je na uplatniteľnosť ustanovení smernice irelevantný.[21] Relevantné je teda výlučne splnenie objektívnych podmienok uvedených v texte smernice.

34. Tento neutrálny postoj právnej úpravy Spoločenstva vo vzťahu k cieľom, ktoré orgány verejnej moci sledujú v jednotlivých konkrétnych prípadoch, sa vysvetľuje tým, že hlavným cieľom právnej úpravy Spoločenstva o verejnom obstarávaní, ktorý vyplýva z odôvodnení smernice, je odstránenie obmedzení základných slobôd a podpora účinnej hospodárskej súťaže.[22] Tento cieľ sa teda týka záujmov potenciálnych záujemcov o vykonanie prác: pre tieto osoby je cieľ, ktorý má v úmysle sledovať orgán verejnej správy, zjavne irelevantný.

35. Hoci sa tieto široké a ambiciózne ciele smernice musia pri jej výklade brať do úvahy, nemožno sa domnievať, že s odvolaním sa na účel tohto znenia smernice možno

20 — Napríklad verejný orgán môže namiesto plnenia v peniazoch oslobodiť osobu od platenia určitých poplatkov (pozri rozsudok Ordine degli Architetti a i., už citovaný v poznámke pod čiarou 4, body 76 až 86).

21 — Rozsudok z 15. januára 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria a i., C-44/96, Zb. s. I-73, bod 32. Pozri tiež rozsudky z 18. novembra 2004, Komisia/Nemecko, C-126/03, Zb. s. I-11197, bod 18, a z 11. januára 2005, Stadt Halle a RPL Lochau, C-26/03, Zb. s. I-1, bod 26.

22 — Pozri najmä odôvodnenie č. 2 smernice 2004/18, ako aj predchádzajúce druhé a desiate odôvodnenie zrušenej smernice Rady 93/37/EHS zo 14. júna 1993 o koordinácii postupov verejného obstarávania prác (Ú. v. ES L 199, s. 54). Pozri tiež v tejto súvislosti rozsudky Ordine degli Architetti a i., už citovaný v poznámke pod čiarou 4, bod 52, a z 12. decembra 2002, Universale-Bau a i., C-470/99, Zb. s. I-11617, bod 51 a citovanú judikatúru.

neobmedzene rozširovať jej pôsobnosť. Treba poukázať najmä na to, že už v texte smernice sa uvádzajú niektoré konkrétne oblasti, ktoré sú z jej pôsobnosti vyňaté: pozri najmä články 10 až 16. Preto je výslovne „funkčný" výklad smernice, ktorý zohľadňuje len jej základné ciele, neprípustný.

36. Z hľadiska „funkčného" výkladu presadzovaného, ako sa zdá, najmä Komisiou, vzniká kľúčový problém, ktorý sa týka určenia kritéria, na základe ktorého sa má smernica uplatňovať. Pritom Komisia sama uvádza, že jej hlavná obava spočíva v tom, že určité osoby by mohli získať výhodné postavenie bez toho, aby boli najskôr postavené na roveň ostatných osôb, ktoré mali o získanie tohto postavenia potenciálny záujem. V prípadoch ako v prejednávanej veci výhodné postavenie spočíva vo zvýšení hodnoty pozemku z dôvodu, že verejný orgán umožní na tomto pozemku vykonávať určité stavebné činnosti. Preto by každé „zvýšenie hodnoty" nehnuteľnosti, ktoré je spojené s činnosťou orgánov verejnej moci, malo podľa výkladu Komisie spadať pod ustanovenia smernice. Je však jasné, že prijatie tohto stanoviska je spojené s rizikom, že bude treba pripustiť možnosť, ktorá je úplne absurdná, že všetky činnosti upravené právnymi predpismi o územnom plánovaní podliehajú pravidlám smernice: podľa definície sa totiž opatreniami upravujúcimi možnosti realizácie stavebných diel niekedy aj podstatným spôsobom mení hodnota pozemkov, na ktoré sa tieto opatrenia vzťahujú.

37. Tento extrémny názor nepodporil v skutočnosti nikto. Treba však zdôrazniť, že je logickým dôsledkom výlučne funkčného výkladu smernice.

38. Je pravda, ako je známe, že judikatúra Súdneho dvora sa v určitých oblastiach priklonila k výslovne „funkčnému" výkladu ustanovení práva Spoločenstva. Pokiaľ ide o právo verejného obstarávania, išlo najmä o pojmy „verejný obstarávateľ" a „verejnoprávna inštitúcia"[23]. V tejto súvislosti však treba uviesť predovšetkým to, že v uvedených prípadoch bol funkčný výklad použitý na vysvetlenie významu konkrétneho pojmu, a nie na všeobecné vymedzenie oblasti pôsobnosti celého rámca pravidiel v oblasti verejného obstarávania. Okrem toho hlavným cieľom použitia funkčného výkladu v citovaných prípadoch bolo zabrániť tomu, aby vznikli obrovské medzery, ktoré by poskytovali široký priestor na zneužitia: poukazujem tým napríklad na prípad spoločnosti, ktorá prebrala úlohu typickú pre verejnoprávnu inštitúciu až po jej založení a bez toho, aby upravila svoje

23 — Pozri napríklad rozsudky Universale-Bau a i., už citovaný v poznámke pod čiarou 22, bod 53; z 13. decembra 2007, Bayerischer Rundfunk a i., C-337/06, Zb. s. I-11173, bod 37, a z 10. apríla 2008, Ing. Aigner, C-393/06, Zb. s. I-2339, bod 37.

stanovy[24], alebo na prípad verejného financovania (v danej veci išlo o verejnoprávneho prevádzkovateľa vysielania), v ktorom bola namiesto priameho financovania z verejných zdrojov uložená poplatková povinnosť všetkým majiteľom prijímačov.[25]

39. Naopak, zdá sa mi jasné, že oblasť pôsobnosti smernice musí byť určená na prvom mieste so zreteľom na objektívne podmienky uvedené v samotnej smernici. Samozrejme, to neznamená, že sa treba úplne vyhnúť „funkčnému" výkladu. Ciele sledované smernicou sú v skutočnosti na účely výkladu, ako je zrejmé, jedným z hlavných východísk[26]: tieto ciele však nemôžu byť jediným referenčným kritériom a nemôžu obchádzať vôľu zákonodarcu definovať rozsah pôsobnosti právneho predpisu.

40. Teraz pristúpim k preskúmaniu prejudiciálnych otázok. S prihliadnutím na logickú súvislosť otázok sa budem najskôr zaoberať prvou, druhou, piatou a šiestou otázkou.

24 — Rozsudok Universale-Bau a i., už citovaný v poznámke pod čiarou 22.

25 — Rozsudok Bayerischer Rundfunk a i., už citovaný v poznámke pod čiarou 23. Čo sa týka podobnej situácie, pozri tiež rozsudok z 11. júna 2009, Hans & Christophorus Oymanns, C-300/07, Zb. s. I-4779, bod 57.

26 — Pozri napríklad rozsudky zo 17. novembra 1983, Merck, 292/82, Zb. s. 3781, bod 12; zo 14. októbra 1999, Adidas, C-223/98, Zb. s. I-7081, bod 23, a zo 7. júna 2005, VEMW a i., C-17/03, Zb. s. I-4983, bod 41.

B — *Prvá a druhá otázka*

41. Prvými dvomi prejudiciálnymi otázkami, ktoré môžu byť preskúmané spoločne, vnútroštátny súd žiada Súdny dvor o vysvetlenie, či pojem verejná zákazka na práce podľa smernice 2004/18 vyžaduje, aby bol predmet verejnej zákazky vykonaný pre verejného obstarávateľa vo fyzickom zmysle a aby mu prinášal priamy hospodársky úžitok. V prípade kladnej odpovede, teda ak nebude možné, podľa slov použitých vnútroštátnym súdom, „neprihliadať na prvok nadobudnutia", sa pýta, či tento prvok môže vo všeobecnosti spočívať v samotnom sledovaní verejného účelu, ktorým je napríklad určité urbanistické riešenie mestského územia, alebo nie.

1. Stanoviská účastníkov konania

42. Účastníci konania, ktorí v tomto konaní predložili svoje pripomienky, prezentovali pomerne široké spektrum stanovísk.

43. Na jednej strane nemecká vláda, ktorú v tomto bode podporil Bundesanstalt a vo

veľkej miere rakúska vláda, tvrdo presadzuje názor, že pojem verejná zákazka na práce vyžaduje existenciu prvku nadobudnutia. Táto vláda v skutočnosti tvrdí, že nemusí ísť nevyhnutne o fyzické nadobudnutie, ale postačuje, že verejný obstarávateľ má z predmetu zákazky hospodársky úžitok. Podľa názoru nemeckej vlády však nestačí, ako v prejednávanej veci, len samotné sledovanie verejného cieľa vo všeobecnosti. Pokiaľ ide o rozsudok Súdneho dvora vo veci Auroux a i., ktorý predstavuje jedno z kľúčových stanovísk, ku ktorému sa prikláňa vnútroštátny súd, nemecká vláda uvádza, že vo veci, ktorá viedla k tomuto rozhodnutiu, bolo nesporné, že verejný obstarávateľ mal priamy hospodársky úžitok, takže Súdny dvor nepovažoval za potrebné zamerať sa na tento bod. To sa však v nijakom prípade nesmie vykladať tak, že podmienka hospodárskeho úžitku sa nevyžaduje: táto podmienka, ktorá síce nie je v smernici výslovne uvedená, implicitne vyplýva z jej celkovej štruktúry. Pokiaľ ide o tvrdenia opierajúce sa o potrebu zabezpečiť potrebný účinok smernice a zabrániť riziku zneužití, tieto tvrdenia podľa nemeckej vlády nemôžu odôvodňovať svojvoľné uplatňovanie smernice nad rámec prirodzenej oblasti jej pôsobnosti. Na zabránenie prípadným zneužitiam v oblastiach nepatriacich do verejného obstarávania sa musia použiť iné právne nástroje, nie smernica 2004/18.

44. Stanovisko Komisie je naopak diametrálne odlišné od stanoviska nemeckej vlády. Komisia sa predovšetkým domnieva, že pre odpoveď vnútroštátnemu súdu je rozhodujúce jedine to, že pojem verejná zákazka na práce podľa znenia smernice nevyžaduje nadobudnutie diela verejným obstarávateľom od inej osoby. Požiadavka existencie prvku nadobudnutia by teda predstavovala zavedenie podmienky, ktorá sa podľa znenia smernice nevyžaduje.

45. Napokon holandská vláda zaujala kompromisné stanovisko. Táto vláda uvádza predovšetkým, že hoci pojem verejná zákazka nevyžaduje nadobudnutie stavebného diela verejným obstarávateľom, a to aj so zreteľom na judikatúru Súdneho dvora, vyžaduje existenciu priameho ekonomického záujmu verejného obstarávateľa. Tento priamy ekonomický záujem môže v závislosti od konkrétneho prípadu spočívať buď v tom, že verejný obstarávateľ má z predmetu zákazky hospodársky úžitok, alebo v tom, čo holandská vláda označuje ako „nebezpečenstvo strát“, ktoré znáša tento orgán. Holandská vláda zastáva názor, že vo veci predloženej na preskúmanie vnútroštátnemu súdu tento ekonomický záujem neexistuje, alebo tak aspoň nevyplýva z informácií poskytnutých vnútroštátnym súdom.

2. Posúdenie

46. Podľa môjho názoru správny výklad smernice 2004/18 je niekde medzi dvomi „krajnými“ stanoviskami nemeckej vlády a Komisie. Inak, nesúhlasím v plnom rozsahu ani so stanoviskom holandskej vlády, ktoré sa mi zdá na účely vymedzenia pojmu zákazka na verejné práce príliš zamerané na ekonomický prvok.

47. Domnievam sa, že na to, aby bolo možné odpovedať na otázku položenú Súdnemu dvoru, je dôležité začať správnym pochopením výkladu podaným už v citovanom rozsudku Auroux a i.[27] Ako je známe, z okolností predchádzajúcich konaniu, ktoré viedlo k vyhláseniu tohto rozsudku, vyplýva, že obecný správny orgán poveril druhého verejného obstarávateľa realizáciou stavebných činností bez vyhlásenia verejného obstarávania. V tomto kontexte druhý verejný obstarávateľ mal z prostriedkov poskytnutých sčasti obcou realizovať rôzne stavby, ktorých časť mala byť prevedená na tretie osoby a časť mala byť odovzdaná obecnému správnemu orgánu. Súdny dvor považoval toto zadanie za verejnú zákazku na práce a uviedol, že skutočnosť, či je stanovené, že prvý verejný obstarávateľ, to znamená obecný správny orgán, je alebo sa stane vlastníkom celého tohto diela alebo jeho časti, je irelevantná.[28]

48. Je pravda, ako upozorňuje nemecká vláda, že z okolností sporu v tejto veci nevyplývali pochybnosti o tom, že určité stavebné diela, ktoré mali byť vytvorené, mali aspoň sčasti prinášať obecnému správnemu orgánu priamy úžitok. Takisto je však pravda, že dosť široká formulácia, ktorú sa rozhodol použiť Súdny dvor, podľa mňa vylučuje, že priame nadobudnutie v prospech verejného orgánu treba považovať za podmienku verejnej zákazky na práce.

49. Na druhej strane je však potrebné zdôrazniť ďalšiu osobitosť veci skúmanej v práve citovanom rozsudku: obecný správny orgán zaplatil pri tejto príležitosti značnú sumu peňazí a na účely zabezpečenia požadovaných prác sa priamo spojil s iným verejným obstarávateľom.

50. Aj keď sa z dôvodu, aby sa zabránilo možným zneužitiam, musí pojem verejná zákazka na práce vykladať široko, nemožno ho, ako už bolo uvedené vyššie, neobmedzene rozširovať.[29] Takýto „funkčný“ výklad nemôže úplne ignorovať hranice rozsahu pôsobnosti smernice. Hoci je síce iste pravda, že hlavným cieľom smerníc v oblasti verejného obstarávania je podporiť hospodársku súťaž medzi podnikmi a otvoriť nové trhy, je tiež pravda, že v oblastiach, ktoré nepatria do pôsobnosti

27 — Rozsudok už citovaný v poznámke pod čiarou 6.

28 — Tamže, bod 47.

29 — Pozri bod 35 a nasl. vyššie.

smernice, sa tento cieľ bude musieť sledovať pomocou iných vhodných právnych nástrojov bez toho, aby sa prekročil rámec pôsobnosti ustanovení o verejnom obstarávaní.

51. Treba teda s určitou presnosťou určiť hranice tohto rozsahu pôsobnosti a tie musia predstavovať medze, ktoré sa pri uplatňovaní ustanovení smernice nesmú prekročiť.

52. Zdá sa mi však, že z pohľadu znenia smernice ako celku, s prihliadnutím aj na výklad, ktorý k nemu poskytol Súdny dvor, možno z neho vyvodiť základnú zásadu, že na to, aby bolo možné uplatniť na určitú činnosť právo o verejných zákazkách na práce, musí existovať pevná priama súvislosť medzi verejným orgánom a prácami alebo dielami, ktoré majú byť realizované. Táto priama súvislosť vyplýva zvyčajne z toho, že práce alebo diela sa realizujú na podnet verejného orgánu.

53. Čisto nehmotný a nepriamy úžitok preto na rozdiel od názoru vnútroštátneho súdu nestačí. Rovnako nepostačuje ani samotná skutočnosť, že posudzovaná činnosť vo všeobecnosti zodpovedá verejnému záujmu. Je totiž potrebné uviesť, že v prípadoch, keď sa na vykonanie určitej činnosti vyžaduje povolenie verejného orgánu (ako je to zvyčajne pri všetkých stavebných činnostiach), aby bolo možné vydať povolenie, musí byť uvedená činnosť zjavne v súlade s verejným záujmom, ktorý je referenčným kritériom povoľovacej činnosti vykonávanej verejnými orgánmi. Všeobecná existencia verejného záujmu, ktorý odôvodňuje povoliť vykonávanie činnosti, nemôže byť vzhľadom na existenciu rizika nekontrolovaného rozširovania pôsobnosti smernice rozhodujúcim kritériom na jej konkrétne uplatnenie. Treba mať predovšetkým na zreteli, že stavebné povolenie, ktoré je typickým prejavom právomoci správnych orgánov v oblasti, ktorá sa „vecne“ týka územného plánovania, sa spravidla obmedzuje iba na odstránenie prekážky realizácie iniciatívy súkromnej osoby, a nie verejného orgánu.

54. Domnievam sa, že požiadavka, aby medzi verejným orgánom a dielami alebo prácami, ktoré majú byť realizované, existovala priama súvislosť, umožňuje zosúladiť oproti sebe stojace potreby, a to na jednej strane potrebu zabrániť zneužitiam a na druhej strane potrebu zabrániť nekontrolovanému

rozširovaniu pôsobnosti smernice. Toto vyjadrenie je úplne v súlade s tvrdením Súdneho dvora vo viackrát citovanom rozsudku Auroux a i., že nadobudnutie vlastníctva k dielam zo strany správneho orgánu nie je nevyhnutnou podmienkou na uplatnenie právnej úpravy o verejnom obstarávaní. Tento rozsudok však nemožno použiť ako odôvodnenie prístupu, ktorý úplne ignoruje pevný vzťah medzi orgánmi verejnej moci a dielami, ktoré majú byť zhotovené: zdá sa mi, že toto potrebné spojenie možno vhodne vyjadriť práve pomocou kritéria priamej súvislosti.

55. Táto priama súvislosť je evidentná najmä v prípadoch, v ktorých verejný orgán priamo nadobudne vlastníctvo k nehnuteľnosti, ktorá má byť vytvorená. Ide evidentne o najtypickejší prípad a tento referenčný model sa vzťahuje na väčšinu prípadov, ktoré majú spadať pod smernicu. K tejto typickej situácii treba priradiť aj prípady, keď sa verejný orgán nestane vlastníkom nehnuteľností, ktoré majú byť vytvorené, no v každom prípade má z nich priamy ekonomický prospech. Môže ísť napríklad o prípady, keď orgány verejnej moci nadobudnú k vytvoreným nehnuteľnostiam právo, ktoré síce nie je vlastníckym právom, ale rozhodne im umožňuje, aspoň v určitej miere, tieto nehnuteľnosti užívať.

56. Druhý model priamej súvislosti medzi verejným orgánom a stavebnými dielami alebo prácami, ktoré majú byť realizované, sa podľa mňa môže týkať prípadov, v ktorých verejný orgán použije na realizáciu prác a/alebo diel verejné zdroje. Vo väčšine prípadov ide zjavne o situácie, ktoré spadajú aj pod prvý model uvedený v predchádzajúcom bode, pretože v prípade, ktorý je najklasickejším príkladom použitia verejných zdrojov na realizáciu prác alebo diel, to znamená v prípade verejného obstarávania, verejné orgány platia za to, aby nadobudli vlastnícke právo k nehnuteľnostiam, ktoré budú zhotovené. Okrem toho, ako bolo uvedené, k použitiu verejných zdrojov môže dôjsť aj pri zákazkách zadaných vo forme koncesie, hoci tie nemôžu pokrývať celú hodnotu stavebných diel alebo prác, ktoré majú byť realizované.

57. Tento druhý model však zahŕňa aj prípady, v ktorých verejný orgán poskytne peňažné plnenie alebo iné verejné zdroje a nestane sa vlastníkom nehnuteľností, ktoré majú byť zhotovené. Ako spresnil Súdny dvor v rozsudku Auroux a i., nadobudnutie vlastníctva nie je totiž nevyhnutne potrebným prvkom. Navyše okolnosť, že výber osôb, ktorým budú poskytnuté verejné zdroje, ktoré chcú verejné orgány použiť, sa uskutoční na základe záruk poskytnutých smernicou, sa zdá byť úplne v súlade s požiadavkami

spravodlivého zaobchádzania a dodržiavania základných zásad smernice.

58. Je zrejmé, že pod tento model spadajú aj prípady použitia verejných zdrojov, ktoré nemajú povahu peňažného plnenia: tým sa myslí napríklad prípad, keď sa úspešnému uchádzačovi alebo koncesionárovi za realizáciu diel alebo prác poskytnú bezplatne alebo v cene nižšej, ako je trhová cena, verejné pozemky.

59. Tretí model priamej súvislosti medzi verejným orgánom a prácami alebo stavebnými dielami, ktoré majú byť realizované, má vedľajšiu povahu a týka sa prípadov, keď sú tieto diela a/alebo práce, bez ohľadu na to, či sú splnené podmienky prvého alebo druhého prípadu, v každom prípade výsledkom iniciatívy daného verejného orgánu. Táto situácia vzniká najmä vtedy, keď orgány verejnej moci začnú z vlastného podnetu konanie, ktoré vedie k realizácii diel alebo prác. Jednou z takýchto situácií je situácia posudzovaná Súdnym dvorom v už citovanom rozsudku Auroux a i.[30]

60. Tretí a posledný model si však vyžaduje dôležité spresnenie. Činnosť, ktorú v tomto kontexte vykonáva verejný orgán, musí byť činnosťou, ktorá prekračuje rámec bežného výkonu právomocí, ktorý sa v oblasti územného plánovania tomuto orgánu všeobecne priznáva. Len takto je totiž možné vymedziť jasnú hranicu medzi činnosťou spadajúcou do rámca pôsobnosti smernice a „bežnou" činnosťou upravenou právnymi predpismi o územnom plánovaní, ktorá spadá do tejto právnej úpravy. Samotné posúdenie týkajúce sa druhu činnosti vykonávanej verejným orgánom v konkrétnom prípade bude musieť vykonať vnútroštátny súd, ktorý tieto prípady posúdi individuálne.

61. V tomto kontexte nemožno vylúčiť, že predmetom zmluvy spadajúcej do pôsobnosti smernice môže byť aj realizácia určitého urbanistického riešenia územia. To však za predpokladu, že medzi verejným orgánom a prácami alebo dielami, ktoré majú byť realizované, existuje priama súvislosť v zmysle uvedenom v predchádzajúcich bodoch. Samotné sledovanie verejného záujmu vykonávaním bežných právomocí v oblasti územného plánovania nestačí na to, aby sa mohli použiť ustanovenia Spoločenstva o verejnom obstarávaní.

62. V prejednávanej veci je posúdenie existencie tejto priamej súvislosti, samozrejme, úlohou vnútroštátneho súdu. Nazdávam sa však, že podmienka priamej súvislosti sa na základe informácií, ktoré vnútroštátny súd poskytol Súdnemu dvoru, môže len ťažko

30 — Rozsudok už citovaný v poznámke pod čiarou 6, bod 42.

považovať za splnenú. Na jednej strane je totiž nesporné, že verejný orgán sa v prejednávanej veci nestane vlastníkom žiadnej nehnuteľnosti a nezíska nijaký bezprostredný ekonomický prospech. Navyše zdá sa, že nejde ani o iné možné prípady, v ktorých môže existovať priama súvislosť, pretože mesto Wildeshausen nevyvinulo, pokiaľ ide o vytvorenie stavebných diel, žiadnu osobitnú iniciatívu a jeho činnosť spočívala len v posúdení rozličných projektov, ktoré mu boli predložené, a v súvislosti s touto výstavbou nemuselo ani znášať nijaké náklady. Zdá sa, že tieto prvky spojenia takisto neexistujú, pokiaľ ide o Bundesanstalt.

C — *Piata a šiesta otázka*

1. Tvrdenia účastníkov konania

63. Piata a šiesta prejudiciálna otázka sa týkajú len tretieho „variantu" pojmu verejných zákaziek na práce[31] a s poukázaním na tento variant predstavujú v určitej miere opätovné predostretie problémov predložených v rámci prvých dvoch otázok, najmä druhej otázky.

64. Konkrétnejšie piatou otázkou chce vnútroštátny súd vedieť, či „požiadavky špecifikované verejným obstarávateľom" podľa citovaného variantu môžu pozostávať čisto len v tom, že verejný orgán má oprávnenie zabezpečiť, aby stavebné diela, ktoré majú byť vytvorené, slúžili na určitý verejný účel.

65. Šiestou otázkou vnútroštátny súd naopak žiada Súdny dvor, aby spresnil, či citované „požiadavky špecifikované verejným obstarávateľom" môžu fakticky pozostávať v právomoci priznanej verejnému orgánu preskúmavať a schvaľovať stavebné projekty.

66. Všetci účastníci konania, ktorí predložili svoje pripomienky, samozrejme, s výnimkou spoločnosti Helmut Müller, v zásade súhlasia s tým, že v situácii ako vo veci samej nie sú splnené podmienky, ktoré vyžaduje pojem verejné zákazky na práce v zmysle tretieho variantu.

67. Konkrétnejšie Komisia, holandská a francúzska vláda trvajú na tom, že je nevyhnutné rozlišovať medzi „aktívnou" úlohou verejného orgánu, keď tento posledný uvedený

31 — Pozri bod 20 vyššie.

orgán dáva podnet na zhotovenie diel alebo keď má v každom prípade rozhodujúci vplyv, a čisto „pasívnou“ úlohou, keď sa činnosť orgánov verejnej moci obmedzuje na schvaľovanie a kontrolu projektov pochádzajúcich od súkromných osôb. V tomto druhom prípade nejde o verejné obstarávanie, ale predovšetkým o výkon bežných funkcií verejnými orgánmi, ktorými sú plánovanie, schvaľovanie, kontrola atď.

68. Nemecká vláda opiera svoje stanovisko o úvahu, že aj tretí variant pojmu verejné zákazky na práce vyžaduje splnenie podmienok, ktoré táto vláda považuje za nevyhnutný predpoklad existencie niektorého z prvých variantov, a k nim patrí najmä podmienka priameho hospodárskeho úžitku na strane verejného orgánu.

2. Posúdenie

69. Zdá sa mi, že rozhodnutie vnútroštátneho súdu oddeliť v rámci otázok, ktoré tento súd položil Súdnemu dvoru, problematiku súvisiacu s prvými dvomi variantmi pojmu verejné zákazky na práce, ktorá je predmetom najmä druhej otázky, od problematiky súvisiacej s tretím variantom, ktorá je ťažiskom piatej a šiestej otázky, sa opiera o zámer vyvodiť z doslovného znenia tretieho variantu podstatné rozšírenie rozsahu pôsobnosti smernice.

70. Je však nesporné, čo napokon vo svojich pripomienkach zdôraznila aj Komisia, že tretí variant pojmu verejné zákazky na práce bol v skutočnosti koncipovaný preto, aby sa zabránilo obchádzaniu právneho predpisu tým, že sa umožní pokryť rôzne typy situácií, ktoré nebolo možné taxatívnym spôsobom určiť vopred.

71. Ako som však uviedol vyššie, doslovné znenie ustanovenia nemožno použiť na to, aby sa jeho pôsobnosť rozšírila úplne nekontrolovaným spôsobom. Najmä ak by mohli „požiadavky špecifikované verejným obstarávateľom“ zahŕňať všetky funkcie súvisiace so schvaľovaním a s územným plánovaním vykonávané verejnými orgánmi, išlo by sa nad rámec rozsahu pôsobnosti smernice.

72. Úvahy, ktoré som predložil vyššie v súvislosti s prvými dvomi prejudiciálnymi otázkami, sa v skutočnosti musia použiť aj v súvislosti s tretím variantom. Pokiaľ ide o tretí variant, neexistuje nijaký dôvod

domnievať sa, že na účely uplatniteľnosti smernice 2004/18 sa nemusí vyžadovať priama súvislosť medzi verejným orgánom a dielami, ktoré majú byť vytvorené.

D — *Predbežný návrh*

73. Na záver mojej analýzy týkajúcej sa prvej, druhej, piatej a šiestej otázky navrhujem Súdnemu dvoru odpovedať na tieto otázky tak, že pojem verejná zákazka na práce alebo verejná koncesia na práce v zmysle smernice 2004/18 vyžaduje existenciu priamej súvislosti medzi verejným obstarávateľom a prácami alebo dielami, ktoré majú byť realizované. Táto priama súvislosť môže spočívať najmä v tom, že dielo má nadobudnúť verejný obstarávateľ alebo v tom, že mu prináša priamy hospodársky úžitok, alebo ešte aj v tom, že verejný obstarávateľ dal na jeho realizáciu podnet, prípadne že znáša aspoň časť nákladov, ktoré sú s ňou spojené.

E — *Tretia a štvrtá otázka*

74. Treťou a štvrtou otázkou sa Oberlandesgericht Düsseldorf v podstate pýta, či pojem verejná zákazka na práce vyžaduje, aby bol úspešný účastník povinný realizovať dielo alebo práce. Dôvod týchto zdanlivo podobných otázok sa vysvetľuje tým, že vo veci, ktorá je predmetom konania pred vnútroštátnym súdom, nadobúdateľovi pozemkov v súvislosti s ich nadobudnutím nepochybne nevznikla nijaká povinnosť zhotoviť dielo.

75. Skoro všetci účastníci konania, ktorí predložili svoje pripomienky bez podstatných rozdielov v stanoviskách, vo všeobecnosti súhlasia s tým, že na otázky treba odpovedať kladne. Len spoločnosť Helmut Müller, ktorá je žalobkyňou vo veci samej, zo zrejmých dôvodov navrhuje Súdnemu dvoru prijať prístup vnútroštátneho súdu, podľa ktorého sa táto povinnosť nevyžaduje.

76. Zdá sa mi však jasné, že na otázky treba odpovedať kladne a že povinnosť realizovať práce a/alebo diela predstavuje nevyhnutný konštitutívny prvok verejnej zákazky na práce alebo verejnej koncesie na práce.

77. To vyplýva po prvé a predovšetkým z ustanovení samotnej smernice 2004/18,

ktorá, ako bolo uvedené, vymedzuje verejnú zákazku na práce ako odplatnú zmluvu. Tento pojem je teda založený na koncepcii vzájomného plnenia medzi verejným obstarávateľom poskytujúcim peňažné plnenie (alebo subsidiárne právo na užívanie) a úspešným uchádzačom, ktorý má realizovať práce alebo diela. Preto má verejné obstarávanie zjavne synalagmatickú povahu. Pripustenie toho, že úspešný uchádzač sa po zadaní zákazky môže jednostranne a bez dôsledkov jednoducho rozhodnúť, že nepristúpi k stanovenej realizácii, by bolo jasne v rozpore s touto povahou. V opačnom prípade by sa vo vzťahu k požiadavkám a potrebám verejného obstarávateľa priznala úspešnému uchádzačovi možnosť rozhodovať sa podľa vlastného uváženia.

78. Iná a koncepčne oddelená otázka, ktorú takisto položil vnútroštátny súd, sa týka toho, či pojem verejná zákazka na práce vyžaduje, aby bola prípadná povinnosť, ktorú má úspešný uchádzač voči verejnému orgánu, právne vymožiteľná, alebo nie. Vnútroštátny súd sa teda pýta, či musí byť stanovená možnosť, aby v prípade, že nedôjde k realizácii, mohol verejný obstarávateľ podať proti úspešnému uchádzačovi žalobu, ktorou by sa domáhal splnenia tejto povinnosti.

79. Pokiaľ sa vnútroštátny súd takto formulovanou otázkou chce opýtať Súdneho dvora, či vnútroštátny právny poriadok musí v oblasti zákaziek na práce v zmysle smernice 2004/18 nevyhnutne upravovať mechanizmy, ktoré by úspešnému uchádzačovi mohli ukladať povinnosť realizovať zmluvne stanovené diela alebo práce, domnievam sa, že odpoveď by mala byť záporná, lebo smernica v tomto smere neuvádza žiadny údaj.

80. To však neznamená, že prípadné neplnenie zo strany úspešného uchádzača má byť irelevantné. Nemožno totiž zabúdať, ako som zdôraznil vyššie, že verejná zákazka na práce je bezpochyby zmluvou, to znamená právnym aktom, ktorý je v rôznych vnútroštátnych právnych poriadkoch charakterizovaný vždy a v každom prípade svojou záväznou povahou. Nemecká vláda vo svojich pripomienkach správne uvádza, že pojem verejná zákazka na práce vyžaduje, aby bol úspešný uchádzač zmluvne zaviazaný poskytnúť stanovené plnenie. Dôsledky prípadného neplnenia povinnosti spadajú naopak pod vnútroštátnu právnu úpravu: nič nebráni tomu, aby v prípade neplnenia zo strany úspešného uchádzača vnútroštátne právo členského štátu stanovilo napríklad zrušenie zmluvy, zadanie verejnej zákazky inému úspešnému uchádzačovi a právo verejného orgánu jednoducho požadovať od prvého úspešného uchádzača náhradu škody.

81. Preto navrhujem Súdnemu dvoru, aby na tretiu a štvrtú otázku odpovedal tak, že

pojem verejná zákazka na práce a pojem verejná koncesia na práce v zmysle smernice 2004/18 predpokladajú, že úspešný uchádzač je voči verejnému orgánu zmluvne zaviazaný na dohodnuté plnenie. Určenie právnych dôsledkov prípadného neplnenia povinnosti zo strany úspešného uchádzača je úlohou vnútroštátneho práva.

1. Stanoviská účastníkov konania

83. Najjasnejšie stanovisko k problému zaujala nemecká vláda, ktorá vo všeobecnosti vylučuje zlučiteľnosť inštitútu koncesie s existenciou vlastníckeho práva. Vyplýva to z definície koncesie, ktorá predpokladá, že zadávateľ má práva, ktoré sa prevádzajú na koncesionára.

F — *Siedma otázka*

84. Holandská a rakúska vláda, ktoré aj napriek tomu, že nevylúčili úplne možnosť zlučiteľnosti koncesie s vlastníckym právom, sa domnievajú, že na to, aby mohla byť v prejednávanej veci uznaná koncesia, verejný orgán zohrával príliš obmedzenú úlohu. Na účely uznania koncesie sa podľa vyššie uvedených vlád totiž vyžaduje, aby verejné orgány prinajmenšom poskytli koncesionárovi presné pokyny týkajúce sa prác a/alebo diel, ktoré majú byť realizované.

82. Siedmou otázkou sa vnútroštátny súd pýta, či možno uznať verejnú koncesiu na práce v zmysle smernice 2004/18, ak má „koncesionár“ vlastnícke právo, ktoré mu už priznáva právo užívať nehnuteľnosť, ktorá je predmetom koncesie.[32] Všeobecnejšie ide o otázku, či sa podľa práva Spoločenstva pripúšťa zadať koncesiu na dobu neurčitú.

85. Naopak, Komisia ako jediná prijala otvorenejšie stanovisko. Komisia, ktorá sa opiera najmä o skutočnosť, že charakteristickým prvkom koncesie na práce je to, že koncesionár znáša hospodárske riziko spojené s realizáciou prác alebo diel, sa domnieva, že v prejednávanej veci možno toto hospodárske riziko vidieť v neistote „koncesionára“, či verejný orgán prijme jeho stavebné projekty,

32 — Aby som bol presný, treba uviesť, že vnútroštátny súd v rámci formulácie otázky poukazuje na vlastníctvo pozemku, na ktorom majú byť vykonané práce alebo má byť zriadené stavebné dielo. Vnútroštátny súd v odôvodnení uznesenia však sám uvádza, že právo užívania stavby podľa nemeckého práva priamo vyplýva z vlastníckeho práva k pozemku, na ktorom je stavebné dielo zriadené. Skutočným problémom, na ktorom spočíva táto otázka, je teda práve problém vzťahu medzi koncesiou a vlastníckym právom.

na ktorých uskutočnenie bolo potrebné najskôr kúpiť pozemok.

88. Podľa samotnej etymológie slova koncesia znamená možnosť užívať majetok, na ktorý by inak osoba, ktorej sa táto možnosť priznáva, nemohla mať právny nárok.

2. Posúdenie

89. Smernica 2004/18 pri definovaní verejnej koncesie na práce hovorí iba o „práve na využívanie diela“ priznanom ako odplata osobe, ktorá ho realizuje.

86. Siedma otázka je z určitého pohľadu, aspoň z principiálneho hľadiska, najproblematickejšia. Otázka zlučiteľnosti verejnej koncesie na práce s vlastníckym právom má totiž závažné dôsledky tak z hľadiska teoretického, ako aj praktického.

90. Aj keď však toto „právo na využívanie“ možno vykladať extenzívne, zdá sa mi, že s prihliadnutím na zmysel a všeobecnú štruktúru tejto právnej úpravy treba vylúčiť možnosť verejnej koncesie na práce, pri ktorej sa koncesionárovi priznáva vlastnícke právo k zhotoveným dielam.

87. Rozhodnutie verejného orgánu zadať zákazku vo forme verejnej koncesie na práce môže mať rôzne dôvody. V niektorých prípadoch môže ísť o snahu využiť konkrétne skúsenosti existujúce v súkromnom sektore alebo aj o snahu o efektívnejšiu realizáciu stavebných diel. Niet však pochýb, že rozhodnutie o zadaní zákazky vo forme koncesie vo väčšine prípadov súvisí s otázkou finančného charakteru. Použitím tohto inštitútu možno totiž realizovať stavebné diela vo verejnom záujme bez zaťaženia verejných rozpočtov.[33]

91. V prvom rade totiž, ako uviedla predovšetkým nemecká vláda, zo smernice, ktorá hovorí o práve na využívanie priznanom

33 — K tomu *ratio legis* pozri Oznámenie Komisie o výklade týkajúce sa koncesií podľa práva Spoločenstva (Ú. v. ES C 121, 2000, s. 2, body 1 a 2) a novšie Oznámenie Komisie Európskemu parlamentu, Rade, Európskemu hospodárskemu a sociálnemu výboru a Výboru regiónov o verejno-súkromných partnerstvách a právnych predpisoch Spoločenstva o verejnom obstarávaní a koncesiách z 15. novembra 2005 [KOM(2005)0569 v konečnom znení, bod 1].

koncesionárovi, zrejme logicky vyplýva, že koncesionár nemôže mať k nehnuteľnosti širšie právo, ktorým je vlastnícke právo.

92. Navyše táto situácia, okrem toho, že je ťažké uviesť ju do súladu s doslovným znením ustanovenia, má za následok, že orgány verejnej moci strácajú to, čo sa mi zdá, že je jedným z podstatných znakov verejnej koncesie na práce: možnosť danú verejnému orgánu, aby sa jedného dňa stal vlastníkom zhotovených diel, aj keď prípadne iba na to, aby udelil právo na ich ďalšie využívanie.

93. Inými slovami, problém sa netýka ani tak objektívnych znakov vlastníckeho práva, ktoré súvisia s možnosťou disponovať s majetkom, ako skôr toho, či toto právo môže byť časovo neobmedzené. Právo na užívanie nehnuteľnosti nemožno teda koncesionárovi za žiadnych okolností priznať na neobmedzenú dobu, bez ohľadu na právny dôvod, na základe ktorého ho možno vykonávať.

94. Okrem toho nemožno ani zabúdať, že kľúčovým rozlišovacím prvkom v rámci typického modelu koncesie podľa práva Spoločenstva, ktorý slúži najmä na rozlíšenie koncesie od verejnej zákazky, je existencia hospodárskeho rizika znášaného koncesionárom, ktoré pri verejných zákazkách neexistuje.[34] Na uznanie existencie tohto druhu rizika v prejednávanej veci ho Komisia musí priradiť k riziku spojenému s tým, že orgány verejnej moci môžu pri výkone svojich funkcií v oblasti územného plánovania po odpredaji pozemku dotknutej osobe odmietnuť vydať stavebné povolenia na plánované stavebné diela. Táto „možnosť, že sa tak stane“, predstavuje skôr bežnú neistotu, v ktorej sa ocitá každá súkromná osoba, ktorá žiada verejný orgán o vydanie rozhodnutia založeného na jeho diskrečnej právomoci, ako riziko spojené s hospodárskym využívaním stavebných diel.

95. Napokon hospodárske riziko charakterizujúce verejnú koncesiu na práce upravenú smernicou, ako vidieť, je priamym dôsledkom aj časovo obmedzenej povahy tejto koncesie. Naopak, časovo neobmedzené právo k nehnuteľnostiam, ktoré majú byť vytvorené, umožňuje v zásade vo všetkých prípadoch vylúčiť existenciu hospodárskeho rizika, lebo ťažkosti, ktoré sa môžu pri využívaní

34 — Pozri rozsudky z 13. októbra 2005, Parking Brixen, C-458/03, Zb. s. I-8585, bod 40, a z 13. novembra 2008, Komisia/Taliansko, C-437/07, Zb. s. I-153, body 29 až 31. Toto riziko nemusí byť nevyhnutne veľmi veľké, pretože existujú činnosti, pri ktorých je toto riziko skutočne obmedzené: musí však predstavovať celé riziko alebo v každom prípade významnú časť rizika, ktoré by vzniklo verejnému orgánu, keby túto činnosť vykonával priamo (rozsudok z 10. septembra 2009, Eurawasser, C-206/08, Zb. s. I-8377, body 69 až 77).

nehnuteľností vyskytnúť, môžu byť v priebehu času vždy napravené.

96. Napokon existuje ďalšia skutočnosť, ktorá vo všeobecnosti svedčí v prospech časového obmedzenia koncesií v rámci práva Spoločenstva. V rámci týchto návrhov bolo už viackrát uvedené, že základným cieľom právnej úpravy Spoločenstva v oblasti verejného obstarávania je vo všeobecnosti čo najviac podporiť hospodársku súťaž a odstrániť všetky prekážky základných slobôd. Z tohto pohľadu by uznanie možnosti zadania koncesií na neobmedzenú dobu znamenalo vylúčiť možnosť, a to na úkor hospodárskej súťaže a efektívnosti, aby využívanie diel bolo v budúcnosti prípadne zabezpečené inými osobami, účinnejšími spôsobmi a podľa účinnejších kritérií.

97. Vyššie uvedené úvahy majú dva dôsledky. Na jednej strane koncesie nemôžu byť vo všeobecnosti zadané na dobu neurčitú.[35] Na druhej strane koncesiu nemožno zadať osobe, ktorá je už vlastníkom nehnuteľnosti, ktorá je predmetom koncesie, s výnimkou prípadov, keď podľa vnútroštátneho práva verejný orgán nadobudne po určitom čase k nehnuteľnosti vlastnícke alebo obdobné právo.

98. Na záver navrhujem Súdnemu dvoru odpovedať na siedmu prejudiciálnu otázku tak, že zadaním verejnej koncesie na práce podľa smernice 2004/18 sa koncesionárovi v nijakom prípade nemôže priznať časovo neobmedzené právo k nehnuteľnosti, ktorá je predmetom koncesie.

G — *Ôsma a deviata otázka*

99. Ôsmu a deviatu prejudiciálnu otázku možno s prihliadnutím na ich predmet tiež preskúmať spoločne. Ôsmou otázkou chce vnútroštátny súd vedieť, či sa ustanovenia smernice 2004/18 majú uplatňovať už od okamihu, keď verejný orgán, hoci sa ešte formálne nerozhodol zadať verejnú zákazku, predá pozemok so zámerom zadať zákazku súvisiacu s týmto pozemkom neskôr. Deviata

35 — Zdá sa mi, že nový nemecký zákon, už citovaný v poznámke pod čiarou 7, ktorý okrem iného zaviedol definíciu verejnej koncesie na práce, ktorá výslovne uvádza, že právo priznané koncesionárovi má časovo obmedzenú povahu, je teda správny a že je v súlade s právom Spoločenstva.

otázka sa zasa týka toho, či sa predaj pozemku a neskoršia verejná zákazka majú z právneho hľadiska posudzovať ako celok.

100. Obidve otázky, ako je uvedené, sa týkajú možnosti postihovať prípadné zneužitia práva, ktorých cieľom je vyhnúť sa uplatneniu ustanovení Spoločenstva o verejnom obstarávaní, a to uplatnením týchto pravidiel spôsobom, ktorý neberie do úvahy typický chronologický sled predpokladaný aj smernicou.

101. Treba uviesť, že s prihliadnutím na odpovede, ktoré navrhujem dať na predchádzajúce prejudiciálne otázky a najmä na siedmu otázku, je asi zbytočné, aby sa vnútroštátnemu súdu odpovedalo aj na ôsmu a deviatu otázku, pretože sa musí vylúčiť, že by verejná zákazka alebo verejná koncesia na práce v zmysle práva Spoločenstva mohli byť zlučiteľné s vlastníckym právom údajného úspešného uchádzača/koncesionára k predmetnej nehnuteľnosti. Kvôli úplnosti a pre prípad, že by sa Súdny dvor nestotožnil s mojím prístupom týkajúcim sa predchádzajúcich otázok, uvediem k tomu niekoľko stručných úvah.

102. Z účastníkov konania, ktorí predložili svoje pripomienky v rámci tohto konania, je o prístupe, ktorý uprednostňuje vnútroštátny súd, ochotná uvažovať jedine Komisia. Komisia, ktorá poukazuje na to, že posúdenie každého konkrétneho prípadu prináleží vnútroštátnemu súdu, totiž pripúšťa, že v situácii ako v prejednávanej veci je v zásade možné smernicu 2004/18 uplatniť už od okamihu, keď sa verejný orgán rozhodne predať pozemok. Všetci ostatní účastníci konania sa naopak domnievajú, hoci sa vyjadrujú rôznymi spôsobmi, že zámer verejného orgánu je ako taký irelevantný.

103. Je nesporné, ako uvádza samotný vnútroštátny súd, že pri odpovedi na ôsmu a deviatu otázku nemožno neprihliadať na to, čo potvrdil Súdny dvor v rozsudku Mödling[36]. Súdny dvor v tomto rozsudku rozhodoval o situácii, v ktorej rakúske mesto priamo zadalo zákazku na prevádzkovanie služby zberu odpadu spoločnosti, v ktorej toto mesto vlastnilo všetky podiely, ale potom o niekoľko dní postúpilo 49 % podielov tejto spoločnosti súkromnému podniku. Súdny dvor následne potvrdil, že ak ide o jasnú „umelú konštrukciu“[37], ktorej výsledkom je v podstate obídenie potrebného účinku smerníc v oblasti verejného obstarávania, právne posúdenie

36 — Už citovaný v poznámke pod čiarou 10.
37 — Tamže, bod 40.

skutkových okolností možno vykonať „so zreteľom na tieto fázy ako celok, ako aj so zreteľom na ich účel, a nielen čisto podľa ich chronologického sledu“[38].

104. Zdá sa mi nesporné, že odôvodnenie Súdneho dvora v rozsudku Mödling je postavené na dvoch pilieroch. Prvý je výslovne uvedený a je ním potreba zachovať potrebný účinok smernice.[39] Druhým, ktorý je implicitný, ale predstavuje v podstate druhú stranu tej istej mince, je zámer postihovať zneužitia práva.

105. Toto rozhodnutie Súdneho dvora v rozsudku Mödling sa určite dá zovšeobecniť, a teda umožňuje potvrdiť, že dva úkony, ktoré sú z chronologického hľadiska formálne samostatné, možno na to, aby sa zabránilo zneužitiam práva a aby bol zaručený potrebný účinok právnej úpravy Spoločenstva v oblasti verejného obstarávania, považovať za súčasne uskutočnené alebo takisto za jediný právny úkon.

106. Posúdenie, prirodzene, prináleží vnútroštátnemu súdu, ktorý má ako jediný k dispozícii informácie o skutkovom a právnom stave, ktoré sú na tento účel nevyhnutné. Zo zrejmých dôvodov súvisiacich s potrebou zabezpečiť právnu istotu sa však vyžaduje splnenie určitých prísnych podmienok. Medzi prevodom pozemku a zadaním zákazky musí predovšetkým uplynúť nie príliš dlhý čas a musia existovať presvedčivé skutočnosti umožňujúce preukázať, že zámer verejného orgánu zadať zákazku existoval už v čase prevodu pozemku. Všetky uvedené skutočnosti, s výnimkou prípadov zjavného zneužitia, keď je úmysel obísť právne predpisy úplne jasný už od začiatku, môžu byť riadne zohľadnené len vykonaním dodatočného posúdenia.

107. Navrhujem teda, aby sa na ôsmu a deviatu prejudiciálnu otázku, pokiaľ to bude potrebné, odpovedalo tak, že právne posúdenie skutkového stavu v prípade, že existujú jasné dôkazy o úmysle obísť ustanovenia Spoločenstva o verejných zákazkách a verejných koncesiách, môže byť vykonané tak, že dva úkony, ktorými sú prevod pozemku a zadanie zákazky alebo koncesie spojenej s týmto pozemkom, ktoré sú aj z chronologického hľadiska formálne samostatné, sa budú považovať za jediný právny úkon. Je úlohou vnútroštátnemu súdu, aby na základe všetkých okolností prípadu overil existenciu tohto úmyslu obísť predmetné ustanovenia.

38 — Tamže, bod 41.
39 — Tamže, bod 42.

V — Návrh

108. V dôsledku uvedeného navrhujem na prejudiciálne otázky Oberlandesgericht Düsseldorf odpovedať takto:

„Verejná zákazka na práce alebo verejná koncesia na práce v zmysle smernice Európskeho parlamentu a Rady 2004/18/ES z 31. marca 2004 o koordinácii postupov zadávania verejných zákaziek na práce, verejných zákaziek na dodávku tovaru a verejných zákaziek na služby vyžaduje existenciu priamej súvislosti medzi verejným obstarávateľom a prácami alebo dielami, ktoré majú byť realizované. Táto priama súvislosť môže spočívať najmä v tom, že dielo má nadobudnúť verejný obstarávateľ alebo v tom, že mu prináša priamy hospodársky úžitok, alebo ešte aj v tom, že verejný obstarávateľ dal podnet na jeho realizáciu, prípadne že znáša aspoň časť nákladov, ktoré sú s ňou spojené.

Pojem verejná zákazka na práce a pojem verejná koncesia na práce v zmysle smernice 2004/18 predpokladajú, že úspešný uchádzač je voči verejnému orgánu zmluvne zaviazaný na dohodnuté plnenie. Určenie právnych dôsledkov prípadného neplnenia povinnosti zo strany úspešného uchádzača je úlohou vnútroštátneho práva.

Zadaním verejnej koncesie na práce v zmysle smernice 2004/18 sa koncesionárovi v nijakom prípade nemôže priznať časovo neobmedzené právo k nehnuteľnosti, ktorá je predmetom koncesie.

Právne posúdenie skutkového stavu v prípade, že existujú jasné dôkazy o úmysle obísť ustanovenia Spoločenstva o verejných zákazkách a verejných koncesiách, môže byť vykonané tak, že dva úkony, ktorými sú prevod pozemku a zadanie zákazky alebo koncesie spojenej s týmto pozemkom, ktoré sú aj z chronologického hľadiska formálne samostatné, sa budú považovať za jediný právny úkon. Je úlohou vnútroštátnemu súdu, aby na základe všetkých okolností prípadu overil existenciu tohto úmyslu obísť predmetné ustanovenia."