NÁVRHY GENERÁLNEHO ADVOKÁTA
YVES BOT
prednesené 27. októbra 2009[1]

1. Týmto návrhom na začatie prejudiciálneho konania sa Landgericht Frankfurt am Main (Nemecko) v podstate pýta na rozsah pôsobnosti povinnosti transparentnosti a na dôsledky, ktoré je potrebné vyvodiť z jej porušenia v rámci postupu zadávania koncesie na služby.

2. Tento návrh bol predložený v rámci súdneho konania medzi podnikom Wall AG[2] a Stadt Frankfurt am Main (mesto Frankfurt nad Mohanom) a podnikom Frankfurter Entsorgungs- und Service GmbH[3], ktorého predmetom je plnenie koncesie na prevádzku, udržiavanie a údržbu verejných toaliet na území tohto mesta.

3. Prejednávaná vec umožní Súdnemu dvoru špecifikovať podmienky, za ktorých môže verejný obstarávateľ súhlasiť so zmenou koncesnej zmluvy počas jej plnenia bez toho, aby porušil povinnosť transparentnosti.

4. Tiež poskytne Súdnemu dvoru príležitosť špecifikovať podmienky, za ktorých sa dodržiavanie tejto povinnosti vzťahuje na subjekt so zmiešaným kapitálom založený v rámci verejno-súkromného partnerstva.

5. Otázky položené Landgericht Frankfurt am Main napokon umožnia Súdnemu dvoru špecifikovať podmienky súdnej kontroly rozhodnutí, ktoré boli prijaté v súvislosti s koncesiami na služby. Súdny dvor bude najmä musieť skúmať, či v prípade, ak príslušný vnútroštátny súd rozhodne, že došlo k porušeniu povinnosti transparentnosti v rámci postupu zadávania koncesie na služby, právo Spoločenstva vyžaduje od členských štátov, aby priznali svojim vnútroštátnym súdom právomoc uložiť zmluvným stranám povinnosť konať alebo zdržať sa konania.

1 — Jazyk prednesu: francúzština.
2 — Ďalej len „žalobkyňa“.
3 — Ďalej len „FES“.

I — Právny rámec Spoločenstva

A — *Primárne právo*

6. Zmluva o ES neobmedzuje slobodu členských štátov uzavrieť zmluvy o koncesiách na služby, pokiaľ sú podmienky ich zadania zlučiteľné s ustanoveniami, ktoré vytvárajú a zabezpečujú správne fungovanie jednotného trhu.

7. Teda rovnako ako akýkoľvek iný akt štátu, ktorým sa stanovujú podmienky upravujúce poskytovanie ekonomických činností, zadanie koncesie musí rešpektovať zásady stanovené Zmluvou v oblasti práva usadiť sa (článok 43 ES) a slobodného poskytovania služieb (článok 49 ES) a musí podliehať normám zakazujúcim akúkoľvek diskrimináciu na základe štátnej príslušnosti (článok 12 prvý odsek ES).

8. Zadanie koncesie musí navyše rešpektovať zásady, ktoré sformuloval Súdny dvor na základe týchto ustanovení, najmä zásady rovnosti zaobchádzania a transparentnosti, ktorých rozsah pôsobnosti vysvetlím ďalej. Hoci sa táto judikatúra vzťahuje najmä na spory týkajúce sa verejných zmlúv, rozsah pôsobnosti zásad vyplývajúcich z nej presahuje rámec týchto zmlúv. Vychádzam z predpokladu, že tieto zásady sú rovnako aplikovateľné na iné prípady, najmä na koncesie.

B — *Sekundárne právo*

9. Za súčasného právneho stavu koncesné zmluvy na služby nie sú predmetom právnej úpravy sekundárneho práva Spoločenstva.[4] Ustanovenia prijaté v rámci smerníc v oblasti zadávania verejných zákaziek však umožňujú posúdenie určitých podmienok zadávania tohto druhu zmlúv.

1. Právna úprava týkajúca sa koordinácie postupov zadávania verejných zákaziek na služby

10. Pojem „obstarávatelia“ bol po prvý raz vymedzený v článku 1 písm. b) smer-

4 — V súčasnosti sekundárne právo Spoločenstva obsahuje iba právnu úpravu koncesií na práce zadávaných v obvyklých odvetviach.

nice 92/50/EHS[5]. Podľa jej ôsmeho odôvodnenia sa táto smernica vzťahuje na „verejné zákazky na služby“ [6], a teda z jej pôsobnosti sú vylúčené koncesie na služby. Cieľom smernice 92/50 je odstrániť prekážky voľného pohybu služieb a tovaru, pričom táto smernica chráni záujmy hospodárskych subjektov, ktoré majú záujem ponúknuť tovar alebo služby verejným obstarávateľom so sídlom v inom členskom štáte. [7]

11. Článok 1 písm. b) tejto smernice vymedzuje pojem „obstarávatelia“ takto:

„*obstarávatelia*‘ sú štátne, regionálne alebo miestne orgány, verejnoprávne inštitúcie, združenia tvorené jedným alebo viacerými takýmito orgánmi alebo verejnoprávnymi inštitúciami.

Verejnoprávne inštitúcie sú akékoľvek inštitúcie:

— ktoré boli založené na osobitné účely, plniace potreby všeobecného záujmu a nemajú priemyselný alebo komerčný charakter [ktoré boli založené na osobitné účely plnenia potrieb všeobecného záujmu, ktoré nemajú priemyselný alebo obchodný charakter – *neoficiálny preklad*],

— majú právnu subjektivitu, a

— sú financované najmä [z väčšej časti – *neoficiálny preklad*] štátnymi, regionálnymi alebo miestnymi orgánmi alebo inými verejnoprávnymi inštitúciami, alebo sú podriadené riadiacemu dozoru týchto orgánov, alebo ktoré majú v správnom, riadiacom alebo dozornom orgáne viac ako polovicu členov menovaných štátnymi, regionálnymi alebo miestnymi orgánmi alebo verejnoprávnymi inštitúciami.

5 — Smernica Rady z 18. júna 1992 o koordinácii postupov verejného obstarávania služieb (Ú. v. ES L 209, s. 1; Mim. vyd. 06/001, s. 322), zmenená a doplnená smernicou Komisie 2001/78/ES z 13. septembra 2001 (Ú. v. ES L 285, s. 1; Mim. vyd. 06/004, s. 94, ďalej len „smernica 92/50“).

6 — Podľa článku 1 písm. a) tejto smernice sú to „odplatné zmluvy uzavreté písomne medzi poskytovateľom služieb a obstarávateľom“. V zmysle uvedenej smernice verejná zákazka na služby zahŕňa protiplnenie, ktoré vypláca obstarávateľ priamo poskytovateľovi služieb.

7 — Rozsudok z 1. februára 2001, Komisia/Francúzsko, C-237/99, Zb. s. I-939, body 41 a 42 a citovaná judikatúra.

…“

12. Pojem „verejná koncesia na služby“ bol neskôr vymedzený v článku 1 ods. 4 smernice 2004/18/ES[8], ktorá konsoliduje ustanovenia upravujúce zadávanie verejných zákaziek na služby, na dodávku tovaru a na práce[9].

13. Podľa tohto ustanovenia je verejná koncesia na služby „zákazka rovnakého druhu ako verejná zákazka na služby s tým rozdielom, že protiplnením za poskytovanie služieb je buď len právo na využívanie služby, alebo toto právo spojené s peňažným plnením“.

14. Okrem toho táto smernica v článku 1 ods. 9 doslovne preberá definíciu pojmu „inštitúcia, ktorá sa spravuje verejným právom“, uvedenú v článku 1 písm. b) druhom pododseku smernice 92/50.

2. Smernica 89/665/EHS

15. Smernica 89/665/EHS[10] umožnila podstatné zvýšenie záruk transparentnosti a nediskriminácie v rámci sprístupnenia verejných zákaziek konkurencii, keďže uložila členským štátom povinnosť zaviesť účinné a rýchle postupy preskúmavania v prípade porušenia ustanovení smerníc týkajúcich sa verejných zákaziek.[11] Podľa článku 1 tejto smernice tieto postupy musia byť dostupné za podmienok, ktoré môžu členské štáty stanoviť, aspoň každej osobe, ktorá má alebo mala záujem o uzavretie zmluvy na základe verejného obstarávania dodávky tovaru alebo prác a ktorá bola alebo môže byť poškodená údajným porušením.

8 — Smernica Európskeho parlamentu a Rady z 31. marca 2004 o koordinácii postupov zadávania verejných zákaziek na práce, verejných zákaziek na dodávku tovaru a verejných zákaziek na služby (Ú. v. EÚ L 134, s. 114; Mim. vyd. 06/007, s. 132).

9 — Pokiaľ ide o verejné zákazky na služby, smernica 92/50; pokiaľ ide o verejné zákazky na dodávku tovaru, smernica Rady 77/62/EHS z 21. decembra 1976 (Ú. v. ES L 13, 1977, s. 1), a pokiaľ ide o verejné zákazky na práce, smernica Rady 71/305/EHS z 26. júla 1971 [*neoficiálny preklad*] (Ú. v. ES L 185, s. 5), ďalej spoločne označované ako „smernice týkajúce sa verejných zákaziek“.

10 — Smernica Rady z 21. decembra 1989 o koordinácii zákonov, iných právnych predpisov a správnych opatrení týkajúcich sa uplatňovania postupov preskúmavania v rámci verejného obstarávania tovarov a prác (Ú. v. ES L 395, s. 33; Mim. vyd. 06/001, s. 246), zmenená a doplnená smernicou 92/50, ďalej len „smernica 89/665“. Táto smernica bola naposledy zmenená a doplnená smernicou Európskeho parlamentu a Rady 2007/66/ES z 11. decembra 2007 (Ú. v. EÚ L 335, s. 31).

11 — Zatiaľ čo článok 1 smernice 89/665 upravoval iba postupy zadávania verejných zákaziek na práce a na dodávku tovaru, smernica 2007/66 rozšírila jeho pôsobnosť na verejné zákazky na služby.

16. Vzhľadom na krátkosť postupov zadávania verejných zákaziek uvedené postupy musia podľa článku 2 smernice 89/665 umožniť nielen rýchle posúdenie namietaných porušení a prijatie predbežných opatrení, ale aj zrušenie nezákonných rozhodnutí a odškodnenie poškodených osôb. Toto ustanovenie znie takto:

„1. Členské štáty zabezpečia, aby prijaté opatrenia týkajúce sa postupov preskúmavania uvedených v článku 1 zahŕňali právomoc:

a) prijať pri najbližšej príležitosti a formou predbežných konaní, dočasných opatrení [prijať v čo najkratšom čase v skrátenom konaní predbežné opatrenia – *neoficiálny preklad*] s cieľom nápravy údajného porušenia, alebo prevencie voči ďalšiemu poškodeniu príslušných záujmov, vrátane opatrení na zastavenie alebo na zabezpečenie zastavenia pokračovania verejného obstarávania, alebo vykonávania akéhokoľvek rozhodnutia prijatého obstarávateľom;

b) zrušiť alebo zabezpečiť zrušenie rozhodnutí prijatých protiprávne…,

c) odškodniť osoby poškodené porušením.

…

6. Účinky výkonu právomocí uvedených v odseku 1 na zmluvu uzavretú na základe verejného obstarávania stanovia vnútroštátne právne predpisy.

…“

17. Ako som už uviedol, smernica 89/665 bola zmenená a doplnená smernicou 2007/66. Cieľom tejto smernice je zvýšiť účinnosť vnútroštátnych postupov preskúmavania, pričom táto smernica stanovuje prípady, v ktorých musí byť zmluva uzavretá v rozpore s pravidlami postupu zadávania verejných zákaziek pozbavená účinnosti.

3. Smernica 80/723/EHS

18. Článok 2 smernice 80/723/EHS [12] znie takto:

„1. Na účely tejto smernice:

…

b) ‚verejné podniky' označujú všetky podniky, na ktoré môžu mať štátne orgány, a to priamo alebo nepriamo, dominantný vplyv prostredníctvom ich vlastnenia, finančnej účasti alebo predpisov, ktorými sa riadia;

…

12 — Smernica Komisie z 25. júna 1980 o transparentnosti finančných vzťahov členských štátov a verejných podnikov a o finančnej transparentnosti v niektorých podnikoch (Ú. v. ES L 195, s. 35; Mim. vyd. 08/001, s. 20), zmenená a doplnená smernicou Komisie 2000/52/ES z 26. júla 2000 (Ú. v. ES L 193, s. 75; Mim. vyd. 08/002, s. 11, ďalej len „smernica 80/723").

2. Dominantný vplyv časti štátnych orgánov [zo strany štátnych orgánov – *neoficiálny preklad*] sa predpokladá vtedy, keď tieto orgány priamo alebo nepriamo vo vzťahu k podniku:

a) vlastnia väčšiu časť upísaného kapitálu podniku, alebo

b) kontrolujú väčšinu hlasov pridelených k akciám, ktoré podniky vydali, alebo

c) môžu dosadiť [vymenovať – *neoficiálny preklad*] viac ako polovicu členov do správnych, riadiacich a dozorných orgánov [orgánov podniku – *neoficiálny preklad*]."

II — Skutkové okolnosti a konanie vo veci samej

19. Ďalej zhrniem skutkové okolnosti, ktoré považujem za relevantné na účely mojej argumentácie.

20. Zmluva, ktorá je predmetom prejednávanej veci, je koncesnou zmluvou na služby v zmysle článku 1 ods. 4 smernice 2004/18. Táto zmluva bola uzatvorená medzi mestom Frankfurt nad Mohanom, ktoré sa ako miestny orgán považuje za „obstarávateľa" v zmysle článku 1 písm. b) smernice 92/50, a podnikom FES. Predmetom tejto zmluvy je prevádzka, udržiavanie a údržba jedenástich verejných toaliet, ktoré sa nachádzajú na území mesta Frankfurt nad Mohanom, a zahŕňa rekonštrukciu dvoch verejných toaliet, ktoré sa nachádzajú na železničných staniciach Rödelheim a Galluswarte, čo predstavuje služby v zmysle článku 8 a prílohy I A tejto smernice.

21. Predmetná zmluva bola uzatvorená na dobu šestnásť rokov. Podnik FES, ktorý je hlavným podnikateľom, nedostáva od mesta Frankfurt nad Mohanom odmenu, ale získava poplatky uhrádzané používateľmi a disponuje výhradným právom využívať zariadenia toaliet na reklamné účely. Z tohto spôsobu odmeňovania vyplýva, že podnik FES preberá na seba riziko prevádzkovania predmetných služieb.

22. Táto koncesia bola zadaná podniku FES na základe ekonomicky najvýhodnejšej ponuky. Ponuky predložené podnikmi, medzi ktorými bol aj podnik FES a podnik žalobkyne, boli vyhodnotené z hľadiska viacerých kritérií zadávania uvedených vo výzve na predkladanie ponúk. Ako vyplýva z návrhu na začatie prejudiciálneho konania, každé z týchto kritérií bolo zvážené a uvedené v zostupnom poradí dôležitosti, ktoré im pridelilo mesto Frankfurt nad Mohanom. [13]

23. Vo svojej ponuke podnik FES označil žalobkyňu za subdodávateľa, pokiaľ ide o reklamné služby a dodávku toaletných modulov potrebných na realizáciu koncesovaných služieb. Poukázal najmä na jej celosvetovú povesť a technickú odbornosť v týchto odvetviach. Mesto Frankfurt nad Mohanom vybralo ponuku podniku FES.

24. Po uzatvorení koncesnej zmluvy 20. a 22. júla 2004 podnik FES vyzval žalobkyňu, ako aj vedľajšieho účastníka konania Deutsche Städte Medien GmbH [14] 5. januára 2005 na

13 — V tomto poradí: obmedzené požiadavky v oblasti reklamy (30 %), relevantnosť podnikateľského projektu (verejné toalety) (15 %), hodnovernosť reklamného projektu (10 %), relevantnosť projektu v oblasti bezpečnosti (10 %), komfort používania verejných toaliet (10 %), užitočnosť verejných toaliet (10 %), začlenenie verejných toaliet do mestského prostredia (5 %), estetická stránka verejných toaliet (5 %) a vplyv verejných toaliet na životné prostredie (5 %).

14 — Týmto podnikom je Ströer City-Marketing GmbH, jej hlavný konkurent pri získaní koncesie (ďalej len „DSM").

predloženie ponúk na dodanie reklamných služieb a 28. júla 2005 na dodávku toaletných modulov. Ponuky žalobkyne boli odmietnuté.

25. Na základe § 30 IV koncesnej zmluvy podnik FES požiadal mesto Frankfurt nad Mohanom o udelenie súhlasu so zmenou subdodávateľa. Mesto Frankfurt nad Mohanom nevyjadrilo žiadne námietky a navyše uviedlo, že napriek tejto zmene budú dodržané podmienky stanovené v súťažných podkladoch.

26. V konaní na vnútroštátnom súde žalobkyňa vytýka mestu Frankfurt nad Mohanom, že nedodržalo povinnosť transparentnosti, keďže odsúhlasilo uvedenú zmenu, a tak podstatne zmenilo koncesnú zmluvu uzatvorenú s podnikom FES.

III — Návrh na začatie prejudiciálneho konania

27. Landgericht Frankfurt am Main rozhodol prerušiť konanie a položiť Súdnemu dvoru tieto prejudiciálne otázky:

„1. Má sa zásada rovnosti zaobchádzania a zásada práva Spoločenstva spočívajúca v zákaze diskriminácie na základe štátnej príslušnosti, ktoré sú zakotvené v článkoch 12 [ES], 43 [ES] a 49 [ES], vykladať v tom zmysle, že povinnosti transparentnosti, ktoré z nich vyplývajú pre verejné orgány, spočívajúce v sprístupnení postupu zadávania koncesií na služby konkurentom s adekvátnym stupňom zverejnenia a v umožnení kontroly nestrannosti postupu verejného obstarávania [15] vyžadujú, aby vnútroštátne právo priznalo neúspešnému uchádzačovi nárok na uloženie povinnosti zdržať sa konania s cieľom zabrániť hroziacemu porušeniu týchto povinností a/alebo zabrániť pokračovaniu takéhoto porušenia?

2. V prípade zápornej odpovede na prvú prejudiciálnu otázku sú [uvedené] povinnosti transparentnosti súčasťou obyčajového práva Európskych spoločenstiev v tom zmysle, že sa už trvalo a stálo, rovnako a všeobecne uplatňujú a príslušné subjekty práva ich uznávajú za záväzné normy?

3. Vyžadujú povinnosti transparentnosti uvedené v prvej prejudiciálnej otázke tiež

15 — Vnútroštátny súd sa odvoláva na rozsudky zo 7. decembra 2000, Telaustria a Telefonadress, C-324/98, Zb. s. I-10745, body 60 až 62; z 21. júla 2005, Coname, C-231/03, Zb. s. I-7287, body 17 až 22; z 13. októbra 2005, Parking Brixen, C-458/03, Zb. s. I-8585, body 46 až 50; zo 6. apríla 2006, ANAV, C-410/04, Zb. s. I-3303, bod 21, a z 13. septembra 2007, Komisia/Taliansko, C-260/04, Zb. s. I-7083, bod 24.

v prípade, ak sa uvažuje o zmene koncesnej zmluvy na služby – vrátane prípadu, ak je cieľom tejto zmeny nahradiť konkrétneho subdodávateľa, na ktorého sa pri súťaži kládol dôraz – znovu začať súťaž príslušných rokovaní so zabezpečením adekvátneho stupňa zverejnenia, prípadne na základe akých kritérií sa má takýto postup uskutočniť?

4. Majú sa zásady a povinnosti transparentnosti uvedené v prvej prejudiciálnej otázke vykladať v tom zmysle, že v prípade ich porušenia pri koncesiách na služby sa zmluva uzatvorená v dôsledku tohto porušenia, ktorej cieľom je založiť alebo zmeniť časovo neobmedzené záväzky, má vypovedať?

5. Majú sa zásady a povinnosti transparentnosti uvedené v prvej prejudiciálnej otázke a článok 86 ods. 1 ES, prípadne v spojení s článkom 2 ods. 1 písm. b) a článkom 2 ods. 2 smernice 80/723… a článkom 1 ods. 9 smernice 2004/18…, vykladať v tom zmysle, že podnik ako verejný podnik alebo verejný obstarávateľ je viazaný týmito povinnosťami transparentnosti, ak:

— bol zriadený územným celkom na účely likvidácie odpadu a čistenia mestských komunikácií, ale je činný aj na voľnom trhu,

— patrí tomuto územnému celku v podiele 51 %, ale na prijatie rozhodnutia o riadení podniku sa vyžaduje trojštvrtinová väčšina,

— tento územný celok vymenúva len štvrtinu členov dozornej rady tohto podniku, vrátane predsedu dozornej rady, a

— viac ako polovica jeho obratu pochádza zo synalagmatických zmlúv týkajúcich sa likvidácie odpadu a čistenia mestských komunikácií na území tohto územného celku, pričom tento územný celok ich financuje prostredníctvom miestnych daní a poplatkov vyberaných od jeho obyvateľov?“

28. Písomné a ústne pripomienky predložili účastníci konania vo veci samej, ale aj Komisia Európskych spoločenstiev, dozorný orgán Európskeho združenia voľného obchodu (EZVO) a tiež šesť členských štátov. [16]

IV — Predmet prejudiciálnych otázok

29. Svoj rozbor prejednávaného návrhu na začatie prejudiciálneho konania začnem skúmaním tretej a piatej prejudiciálnej otázky, ktoré sa týkajú rozsahu pôsobnosti povinnosti transparentnosti.

30. Svojou treťou otázkou sa vnútroštátny súd pýta Súdneho dvora, či takáto povinnosť vyžaduje, aby verejný obstarávateľ začal nové súťažné konanie v prípade, ak chce hlavný podnikateľ, ktorému bola koncesia zadaná, na jej vykonanie využiť služby iného subdodávateľa ako toho, ktorého uviedol pri predložení svojej ponuky. Svojou piatou otázkou sa navyše vnútroštátny súd pýta, či hlavného podnikateľa, ako je FES, ktorý má právnu formu spoločnosti so zmiešaným kapitálom, možno tiež označiť za „obstarávateľa" v zmysle smernice 92/50, ktorý by musel dodržiavať povinnosť transparentnosti.

31. Po preskúmaní týchto prvých dvoch otázok budem vo svojej analýze pokračovať preskúmaním prvej, druhej a štvrtej prejudiciálnej otázky, ktoré sa v podstate týkajú podmienok súdnej kontroly rozhodnutí prijatých v súvislosti s koncesiami na služby.

32. Tieto tri posledné otázky sú relevantné iba v prípade, ak by vnútroštátny súd dospel k záveru, že mesto Frankfurt nad Mohanom a/alebo podnik FES narušili transparentnosť konania tým, že počas plnenia predmetnej koncesnej zmluvy uskutočnili zmenu subdodávateľa.

V — Analýza

33. Skôr, než začnem so skúmaním prejudiciálnych otázok, považujem za potrebné pripomenúť hlavné body judikatúry týkajúcej sa povinnosti transparentnosti. Hoci sa táto judikatúra čiastočne týka verejných zákaziek, jej základom sú zásady zakotvené v Zmluve,

16 — Dánske kráľovstvo, Spolková republika Nemecko, Holandské kráľovstvo, Rakúska republika, Fínska republika a Spojené kráľovstvo Veľkej Británie a Severného Írska.

a preto je podľa môjho názoru relevantná pre aplikáciu práva Spoločenstva na koncesie na služby.

A — *Hlavné body judikatúry týkajúcej sa povinnosti transparentnosti*

34. Z ustálenej judikatúry vyplýva, že povinnosť transparentnosti je konkrétnym a osobitným vyjadrením zásady rovnosti zaobchádzania.

35. Súdny dvor už dávnejšie dospel k záveru, že táto zásada patrí k základným zásadám práva Spoločenstva, [17] ktoré sú členské štáty povinné dodržiavať, keď konajú v oblasti pôsobnosti práva Spoločenstva. Táto zásada vyžaduje, aby porovnateľné situácie neboli posudzované rozdielne s výnimkou prípadu, keby takéto rozdielne zaobchádzanie bolo možné objektívne odôvodniť. [18] Táto zásada patrí k základným právam, ktorých dodržiavanie Súdny dvor zabezpečuje. [19]

36. Vzhľadom na to, že ide o všeobecnú zásadu práva Spoločenstva, členské štáty sú povinné dodržiavať zásadu rovnosti zaobchádzania, keď vykonávajú právne predpisy Spoločenstva. Členské štáty sú teda povinné v najvyššej možnej miere uplatňovať tieto predpisy za podmienok, ktoré neodporujú požiadavkám vyplývajúcim z ochrany základných práv v právnom poriadku Spoločenstva. [20]

37. Súdny dvor mal príležitosť špecifikovať rozsah pôsobnosti zásady rovnosti zaobchádzania v rámci verejných zákaziek v rozsudkoch Komisia/Dánsko a Komisia/Belgicko [21], pričom táto judikatúra bola následne aplikovaná na koncesie na služby. [22]

38. Cieľom zásady rovnosti zaobchádzania s uchádzačmi je podporovať rozvoj zdravej a účinnej hospodárskej súťaže medzi podnikmi, ktoré sa zúčastňujú na verejnom obstarávaní. Dodržiavanie tejto zásady musí

17 — Rozsudok z 19. októbra 1977, Ruckdeschel a i., 117/76 a 16/77, Zb. s. 1753, bod 7.

18 — Pozri najmä rozsudky z 25. novembra 1986, Klensch a i., 201/85 a 202/85, Zb. s. 3477, bod 9, a z 12. decembra 2002, Rodríguez Caballero, C-442/00, Zb. s. I-11915, bod 32 a citovaná judikatúra.

19 — Rozsudok Rodríguez Caballero, už citovaný, bod 32.

20 — Tamže, bod 30 a citovaná judikatúra.

21 — Pozri rozsudky z 22. júna 1993, Komisia/Dánsko, C-243/89, Zb. s. I-3353, body 37 až 39, a z 25. apríla 1996, Komisia/Belgicko, C-87/94, Zb. s. I-2043, najmä body 51 až 56. Pozri tiež rozsudok z 29. apríla 2004, Komisia/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, Zb. s. I-3801, bod 108 a citovaná judikatúra.

22 — Pozri rozsudok Parking Brixen, už citovaný, bod 48.

zabezpečiť objektívne porovnanie ponúk a vzťahuje sa na všetky fázy postupu verejného obstarávania. Všetci uchádzači musia mať bez ohľadu na ich štátnu príslušnosť rovnaké možnosti pri formulovaní znenia svojich ponúk. [23] Inak povedané, pravidlá hry musia byť známe všetkým potenciálnym uchádzačom a musia sa uplatňovať na všetkých rovnako.

39. Podľa Súdneho dvora dodržiavanie zásady rovnosti zaobchádzania s uchádzačmi predpokladá zákaz diskriminácie na základe štátnej príslušnosti a povinnosť transparentnosti, ktorá musí umožniť zadávajúcemu verejnému orgánu uistiť sa o dodržiavaní tejto zásady. [24]

40. Súdny dvor špecifikoval rozsah pôsobnosti povinnosti transparentnosti v už citovaných rozsudkoch Telaustria a Telefonadress a Parking Brixen. Podľa Súdneho dvora je v zásade cieľom tejto povinnosti zabezpečiť absenciu rizika uprednostňovania a svojvôle zo strany obstarávateľa. Táto povinnosť spočíva v zabezpečení adekvátneho stupňa zverejnenia verejného obstarávania pre každého potenciálneho uchádzača, ktoré umožní jeho sprístupnenie uchádzačom a kontrolu jeho nestrannosti. Tiež vyžaduje, aby všetky podmienky a pravidlá verejného obstarávania boli vyjadrené jasne, presne a jednoznačne v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania alebo v súťažných podkladoch. Takýto postup musí umožniť všetkým primerane informovaným a bežne obozretným uchádzačom, aby pochopili presný rozsah týchto podmienok a pravidiel a aby ich vykladali rovnako. Musí tiež umožniť verejnému obstarávateľovi preveriť, či ponuky uchádzačov skutočne zodpovedajú kritériám, ktoré sa vzťahujú na predmetnú zákazku [25].

41. Z rozboru judikatúry Súdneho dvora vyplýva, že povinnosť transparentnosti a zásada rovnosti zaobchádzania navzájom úzko súvisia. Cieľom povinnosti transparentnosti je zabezpečiť úplný účinok zásady rovnosti zaobchádzania zaručením podmienok zdravej hospodárskej súťaže. Keďže zásada rovnosti zaobchádzania je sama osebe všeobecnou zásadou práva Spoločenstva, dodržiavanie povinnosti transparentnosti, ktorá je jej konkrétnym a osobitným vyjadrením, sa rovnako vzťahuje na členské štáty.

23 — Pozri rozsudok Komisia/Belgicko, už citovaný, body 54 až 56. V tejto veci Súdny dvor teda uznal, že uvedená zásada odporuje tomu, aby obstarávateľ vzal do úvahy zmenu pôvodných ponúk jedného uchádzača, ktorý by tak bol zvýhodnený pred svojimi konkurentmi.

24 — Pozri rozsudky Komisia/CAS Succhi di Frutta, už citovaný, bod 109 a citovaná judikatúra, a Parking Brixen, už citovaný, bod 49 a citovaná judikatúra.

25 — Rozsudky Telaustria a Telefonadress, už citovaný, body 61 a 62, a Parking Brixen, už citovaný, bod 111.

B — *O rozsahu pôsobnosti povinnosti transparentnosti*

1. O vecnej pôsobnosti povinnosti transparentnosti

42. Svojou treťou otázkou sa vnútroštátny súd pýta Súdneho dvora, či povinnosť transparentnosti vyžaduje, aby verejný obstarávateľ začal nový postup zadávania koncesie v prípade, ak hlavný podnikateľ, ktorému bola koncesia zadaná, na jej vykonanie už nechce využiť služby subdodávateľa, ktorého uviedol pri predložení ponuky.

43. Na zodpovedanie tejto otázky je podľa môjho názoru dôležité zaoberať sa spôsobom, akým sa má povinnosť transparentnosti aplikovať s prihliadnutím na osobitné črty koncesie na služby. Koncesia na služby sa totiž podstatne odlišuje od verejných zákaziek na služby, pokiaľ ide o jej cieľ a spôsob plnenia.

44. Bez ohľadu na mieru jej zložitosti a sofistikovanosti sa verejná zákazka na služby vo všeobecnosti vymedzuje ako nákup služby verejnoprávnou osobou a týka sa konkrétneho plnenia poskytnutého určitým podnikom. Na druhej strane koncesia na služby je formou prenesenej správy verejnej služby, ktorou verejnoprávna osoba zverí subjektu, ktorý nie je súčasťou verejnej správy, správu činnosti všeobecného záujmu a zodpovednosť za jej správu vo vzťahu k používateľom, a to na dlhšie obdobie. Verejný obstarávateľ bez ohľadu na to, či je verejnoprávnym celkom alebo verejnoprávnou inštitúciou, sa vzdáva správy služby a prenáša zodpovednosť za jej organizovanie na koncesionára.[26] Koncesionár poskytuje službu na vlastné náklady a preberá na seba súvisiace riziká jej poskytovania, pričom jeho odmenu predstavujú poplatky hradené používateľmi služby.

45. Pri aplikácii práva Spoločenstva na túto zmluvnú formu správy služby všeobecného záujmu treba prihliadať na viaceré zásadné požiadavky.

46. Vo fáze uzatvárania zmluvy je potrebné zosúladiť povinnosť transparentnosti s významnou slobodou, ktorou disponuje verejný obstarávateľ pri hodnotení ponúk a pri určovaní ekonomicky najvýhodnejšej ponuky. Ekonomicky najvýhodnejšia ponuka je ponuka, ktorá prináša v širšom zmysle slova najlepšiu ekonomickú odozvu

26 — Rozsudok z 26. apríla 1994, Komisia/Taliansko, C-272/91, Zb. s. I-1409.

na potreby vyjadrené verejnoprávnym celkom s prihliadnutím na stanovené kritériá a na ich vyváženie. Verejný obstarávateľ musí mať možnosť vybrať si poskytovateľa služieb, ktorý podľa jeho názoru vzhľadom na referencie tohto poskytovateľa, kvalitu jeho ponuky, znalosť odvetvia a dôveru, ktorú vzbudzuje, ponúka maximum záruk riadneho plnenia služby. Osobitosť koncesie na služby teda odôvodňuje výber poskytovateľa na základe mnohých kritérií, pričom rozhodujúce je kritérium osobného dojmu. Táto sloboda výberu však neznamená, že zadanie koncesie má byť svojvoľné a diskriminačné. S cieľom predísť korupcii a zabezpečiť vyššiu mieru transparentnosti hospodárskeho života a verejných postupov judikatúra stanovila obmedzenia tejto slobody na základe zásad, ktoré sa vzťahujú na postupy zadávania verejných zákaziek. Sloboda rokovať a rozhodovať je teda zachovaná, ale musí sa vykonávať v súlade s predchádzajúcou povinnosťou zverejnenia a vyhlásenia súťaže, ktorá umožní transparentný výber záujemcu a zabezpečí rovnosť zaobchádzania s uchádzačmi. [27]

47. Vo fáze plnenia zmluvy treba následne zosúladiť povinnosť transparentnosti so záujmom verejnej služby, ktorý za určitých okolností vyžaduje prispôsobenie a zmenu zmluvy.

48. Ako som už uviedol, koncesionár preberá zodpovednosť za organizovanie služby, ako aj súvisiace riziká jej poskytovania. Vzhľadom na zložitosť a dlhodobý charakter koncesie na služby musí mať koncesionár dostatočný priestor na prispôsobenie sa trhovým podmienkam a zmenám, ktoré môžu nastať v hospodárskom, technickom alebo právnom kontexte koncesie. Nepredvídateľné obmedzenia a problémy pri plnení, ktoré sú nevyhnutne spojené s dlhodobými investíciami, teda vyžadujú od zmluvných strán osobitnú flexibilitu a zmysel pre spoluprácu. Existujú teda mnohé dôvody na opätovné rokovania o zmluvách. Niektoré z nich však môžu byť zneužité, ak vedú k narušeniu rovnováhy práv a povinností zmluvných strán, v dôsledku čoho je transparentnosť postupu a predchádzajúce otvorenie súťaže uchádzačom iba zdanlivé. Preto je potrebné posúdiť, či navrhovaná zmena predstavuje iba doplnenie zmluvy, ktoré je odôvodnené oprávnenými dôvodmi, alebo či v konečnom dôsledku vedie k uzavretiu novej zmluvy, ktorá musí byť podľa základných zásad práva Spoločenstva predmetom adekvátneho stupňa zverejnenia a nového postupu zadávania koncesie.

27 — Ako uviedol Európsky parlament, dodržiavanie týchto pravidiel „môže predstavovať účinný nástroj na zabránenie nevhodným obmedzeniam hospodárskej súťaže, pričom zároveň umožňuje orgánom verejnej moci, aby sami stanovili a kontrolovali podmienky týkajúce sa kvality, dostupnosti, sociálneho štandardu a ochrany životného prostredia“ (uznesenie Európskeho parlamentu k Zelenej knihe o službách všeobecného záujmu [P5_TA (2004)0018, bod 32]).

49. V rozsudku Komisia/Francúzsko [28] Súdny dvor rozhodol, že zmeny zmluvy o verejnej zákazke vykonané počas doby jej platnosti predstavujú nové zadanie zákazky, ak „majú znaky podstatne odlišné od už uskutočnených [rokovaní], a teda preukazujú vôľu strán nanovo sa dohodnúť na podstatných náležitostiach zmluvy“. [29]

50. Súdny dvor špecifikoval dosah tohto odôvodnenia v rozsudku pressetext Nachrichtenagentur [30] uvedením štyroch prípadov, v ktorých takéto zmeny možno považovať za podstatné.

51. V prvom prípade zmena zavádza do zmluvy podmienky, ktoré, ak by figurovali v pôvodnom postupe verejného obstarávania, umožnili by pripustiť iných uchádzačov ako tých, ktorí boli pôvodne pripustení, alebo by umožnili vybrať inú ponuku ako tú, ktorá bola pôvodne vybratá.

52. V druhom prípade zmena vo významnej miere rozširuje zmluvu aj na služby, ktoré v nej pôvodne neboli zahrnuté.

53. V treťom prípade zmena mení ekonomickú rovnováhu zmluvy v prospech úspešného uchádzača spôsobom, s ktorým nepočítali ustanovenia pôvodnej zmluvy.

54. Vo štvrtom prípade dochádza k nahradeniu zmluvného partnera, ktorému verejný obstarávateľ pôvodne zadal zákazku, novým zmluvným partnerom. Táto zmena je zmenou jednej z podstatných náležitostí zmluvy o verejnej zákazke okrem prípadu, ak podľa Súdneho dvora toto „nahradenie bolo upravené v ustanoveniach pôvodnej zmluvy, napríklad vo forme subdodávok“.

55. Ako som už uviedol, koncesná zmluva na služby uzavretá medzi mestom Frankfurt nad Mohanom a podnikom FES v § 30 IV umožňuje zmenu subdodávateľa, pokiaľ verejný obstarávateľ s touto zmenou súhlasí. V tomto prípade bol tento postup dodržaný.

56. V prejednávanej veci teda treba skúmať, či napriek existencii tohto ustanovenia a napriek dodržaniu stanoveného postupu zmena subdodávateľa predstavuje v zmysle

28 — Rozsudok z 5. októbra 2000, C-337/98, Zb. s. I-8377.

29 — Body 44 a 46.

30 — Rozsudok z 19. júna 2008, C-454/06, Zb. s. I-4401, body 35 až 37 a 40.

judikatúry Súdneho dvora zmenu jednej z podstatných náležitostí predmetnej koncesie na služby.

57. Toto posúdenie je zložité vzhľadom na to, že samotné mesto Frankfurt nad Mohanom túto zmenu odsúhlasilo, pričom uviedlo, že podmienky uvedené v súťažných podkladoch boli dodržané. Vzhľadom na osobitné okolnosti, za ktorých došlo k tejto zmene, však podľa môjho názoru vnútroštátny súd musí preveriť, či úkon, ktorým tento územný celok odsúhlasil túto zmenu, nevedie k obchádzaniu zásady rovnosti zaobchádzania s uchádzačmi a povinnosti transparentnosti vyplývajúcej z tejto zásady.

58. Na účely tohto posúdenia považujem za dôležité pripomenúť, za akých podmienok môže koncesionár využiť subdodávky.

59. Vzhľadom na zložitosť a dĺžku trvania koncesných zmlúv sa môže koncesionár rozhodnúť zadať celé plnenie zmluvy uzatvorenej s objednávateľom alebo jeho časť subdodávateľovi. Výber subdodávateľa je nepochybne založený na voľnej úvahe podnikateľa a je jeho výhradným právom. Táto sloboda výberu je pendantom pravidla, podľa ktorého zostáva zachovaná zodpovednosť koncesionára za splnenie koncesie v celom rozsahu, pričom subdodávateľ je s ním iba v zmluvnom vzťahu, ktorý je upravený súkromným právom, keďže je založený na zmluve uzatvorenej medzi dvoma súkromnoprávnymi subjektmi.

60. Ak však zadanie plnenia zmluvy subdodávateľovi má byť v súlade so zákonom, musí ho verejný obstarávateľ prijať buď pri uzatvorení zmluvy, alebo počas jej plnenia. Vtedy verejný obstarávateľ overí technickú a ekonomickú spôsobilosť subdodávateľa. [31]

61. Ak je subdodávateľ uvedený pri predložení ponuky, prijatím zo strany subdodávateľa je oznámenie koncesie. Vo všeobecnosti môže verejný obstarávateľ odmietnuť prijať podnik ako subdodávateľa, ak je tento podnik napríklad v zlej finančnej alebo spoločenskej situácii alebo ak nemá dostatočnú spôsobilosť na riadne poskytovanie služieb, ktorými je poverený.

31 — Pozri rozsudok z 18. marca 2004, Siemens a ARGE Telekom, C-314/01, Zb. s. I-2549, body 45 a 46, ktorý sa týka postupu zadávania verejnej zákazky.

62. Zadanie plnenia zmluvy subdodávateľovi nie je obmedzené na takéto zadanie oznámené pri predložení ponuky. Počas plnenia zmluvy môže hlavný podnikateľ využiť iných subdodávateľov alebo zmeniť subdodávateľov z oprávnených dôvodov, ktoré sa týkajú napríklad skutočnej kvality ich služieb alebo ich finančnej situácie. Takto môže prispôsobiť svoje služby alebo sa v súlade s ustanoveniami zmluvy o subdodávke zbaviť podniku, ktorý túto zmluvu neplní uspokojivo.

63. Ak je zmena subdodávateľa upravená v ustanoveniach zmluvy a ak samotný verejný obstarávateľ s touto zmenou súhlasí, je v zásade ťažké tvrdiť, že táto zmena sama osebe mení podstatnú náležitosť koncesie a vyžaduje nový postup zadávania koncesie.

64. Udelením súhlasu verejný obstarávateľ uznáva, že totožnosť subdodávateľa nie je podstatná so zreteľom na predmet koncesie a že plnenie zverené hlavnému podnikateľovi sa zrealizuje v súlade so súťažnými podkladmi bez ohľadu na túto zmenu. Takáto situácia môže nastať, ak na predmetnom trhu existuje viacero podnikov, ktoré ponúkajú služby rovnakého druhu a kvality.

65. Okrem toho, ak verejný obstarávateľ počíta s tým, že určité podmienky zadania zmluvy možno prispôsobiť po výbere koncesionára, a ak túto možnosť prispôsobenia výslovne uvedie v súťažných podkladoch spolu s podmienkami jej aplikácie, všetky podniky, ktoré majú záujem o účasť na koncesii, o tejto možnosti vedia od začiatku, a teda v čase zostavovania svojich ponúk majú rovnaké postavenie.

66. Táto zmena koncesnej zmluvy sa však môže javiť ako problematická v situácii, akou je situácia posudzovaná v konaní vo veci samej.

67. K zmene subdodávateľa totiž dochádza bez oprávneného dôvodu po uzatvorení zmluvy a pred uskutočnením prvého plnenia, hoci sa koncesionár pri predložení svojej ponuky odvolával na dobrú povesť a technickú odbornosť subdodávateľa.

68. Takýto postup, ak ho verejný obstarávateľ akceptuje, podľa môjho názoru porušuje

povinnosť transparentnosti a zásadu rovnosti zaobchádzania s uchádzačmi. Verejný obstarávateľ takto oslobodzuje zmenenú ponuku podniku FES od riadneho a transparentného posúdenia iných záujemcov, čo môže tomuto podniku priniesť neodôvodnenú výhodu pri získaní zmluvy.

69. V prvom rade nie je vylúčené, že mesto Frankfurt nad Mohanom by uprednostnilo inú ponuku ako ponuku, ktorá bola pôvodne predložená podnikom FES, ak by sa tento podnik neodvolal v rámci subdodávky reklamných služieb na mnohé kvality žalobkyne, ktorá je „spoľahlivým a skúseným partnerom", „skúseným odborníkom v oblasti reklamy, ktorý pôsobí v celom svete", ktorého „produkty [sú] moderné a estetické". [32]

70. Z návrhu na začatie prejudiciálneho konania jasne vyplýva, že práve označenie žalobkyne za subdodávateľa umožnilo podniku FES získať predmetnú koncesnú zmluvu. Podnik FES bol totiž vybraný na základe jeho požiadaviek v oblasti reklamy, keďže v rámci tohto kritéria hodnotenia získal 27,3 bodu, zatiaľ čo jeho hlavný konkurent, ktorý je vedľajším účastníkom v prejednávanej veci, získal 20,1 bodu. Pokiaľ ide o ostatné kritériá, mesto Frankfurt nad Mohanom udelilo vedľajšiemu účastníkovi rovnaký, ak nie vyšší počet bodov. Z podkladov, ktoré mám k dispozícii, teda vyplýva, že účasť žalobkyne na celkovej ponuke podniku FES bola rozhodujúca pre zadanie koncesie.

71. Po druhé správanie podniku FES, ktorý po získaní koncesnej zmluvy viedol rokovania o subdodávke reklamných služieb a toaletných modulov, [33] a napokon bez oprávneného dôvodu vylúčil žalobkyňu, [34] nasvedčuje tomu, že jeho pôvodná ponuka, ktorú mesto Frankfurt nad Mohanom prijalo, bola predstieranou ponukou, jediným cieľom ktorej bolo vylúčiť vážnych konkurentov s cieľom získať koncesiu a ktorá už od začiatku vyjadrovala vôľu následne plniť koncesiu za iných ekonomických a technických podmienok, ako sú podmienky, ktoré boli uvedené v ponuke a ktoré boli predmetom súťaže.

72. Preto vzhľadom na všetky uvedené skutočnosti vyplývajúce z návrhu na začatie prejudiciálneho konania zastávam názor, že

32 — Návrh na začatie prejudiciálneho konania, s. 5 a 6.

33 — Zatiaľ čo koncesná zmluva bola uzatvorená s mestom Frankfurt nad Mohanom 20. a 22. júla 2004, podnik FES vyzval žalobkyňu a vedľajšieho účastníka konania na predloženie ponúk na reklamné služby a na dodanie toaletných modulov 5. januára a 28. júla 2005. V tejto fáze bola žalobkyňa vylúčená ako subdodávateľ.

34 — V danom prípade podľa môjho názoru nie je v spise žiadna skutočnosť, ktorá by odôvodňovala záver, že podnik FES mal oprávnený dôvod, pre ktorý nevyužil služby subdodávateľa, ktorého označil pri predložení svojej ponuky. Ako uvádza vnútroštátny súd, táto zmena nie je pochopiteľná vzhľadom na to, že žalobkyňa ponúkla podniku FES oveľa vyššiu ročnú odmenu ako vedľajší účastník konania.

tejto zmene subdodávateľa, ktorá sa uskutočnila ešte pred uskutočnením prvého plnenia a nebola odôvodnená akýmikoľvek ťažkosťami technickej alebo finančnej povahy, mal obligatórne predchádzať nový postup zadávania koncesie. Mesto Frankfurt nad Mohanom teda odsúhlasením takejto zmeny subdodávateľa bez splnenia požiadaviek zverejnenia a vyhlásenia súťaže, ktoré vyplývajú z práva Spoločenstva, podľa môjho názoru porušilo povinnosť transparentnosti.

75. Preto navrhujem Súdnemu dvoru, aby vnútroštátnemu súdu odpovedal, že ak je v rámci postupu zadávania koncesie na služby totožnosť subdodávateľa podstatnou podmienkou, na základe ktorej verejný obstarávateľ zadal koncesiu, povinnosť transparentnosti vyžaduje od členských štátov, aby zorganizovali nový postup zadávania koncesie v prípade, ak chce koncesionár bez oprávnených dôvodov uskutočniť zmenu subdodávateľa ešte pred uskutočnením prvého plnenia. Je úlohou príslušného vnútroštátneho súdu posúdiť, či meno, dobrá povesť a technická odbornosť subdodávateľa, ktorého podnik FES uviedol pri predložení svojej ponuky, boli podstatnou podmienkou, na základe ktorej mesto Frankfurt nad Mohanom zadalo koncesiu tomuto podniku.

73. Hoci sa na koncesiách podieľajú verejné zdroje v menšej miere ako na verejných zákazkách, postup zadávania koncesie na služby musí napriek tomu zaručiť verejnoprávnym celkom, ako aj používateľom najvyššiu kvalitu služieb, a to na základe riadneho a transparentného posúdenia rôznych záujemcov v súlade so zásadou rovnosti zaobchádzania s uchádzačmi.

2. O osobnej pôsobnosti povinnosti transparentnosti

74. Ak by vnútroštátny súd vzhľadom na všetky skutočnosti uvedené v spise potvrdil túto analýzu skutkových okolností, mal by podľa môjho názoru vyvodiť z takéhoto porušenia všetky príslušné dôsledky.

76. Svojou piatou otázkou sa vnútroštátny súd pýta, či sa podnik, ako je podnik FES, vzhľadom na jeho znaky uvedené v návrhu na začatie prejudiciálneho konania má považovať za „obstarávateľa“ v zmysle článku 1 písm. b) smernice 92/50 alebo za „verejný podnik“ v zmysle článku 2 smernice 80/723, ktorý by musel pri zadávaní koncesie na služby dodržiavať povinnosť transparentnosti.

77. Vnútroštátny súd odkazuje na uvedené smernice vzhľadom na to, že žiadny právny akt sekundárneho práva presne nevymedzuje subjekty viazané povinnosťou transparentnosti, pokiaľ ide o koncesie na služby.

78. Zastávam názor, že absencia takejto právnej úpravy nie je problematická, pretože zásady sformulované v tejto súvislosti v rámci verejných zákaziek možno podľa môjho názoru aplikovať na koncesie na služby.

79. Považujem za dôležité jednotne vymedziť pojem „obstarávateľ", keďže tento pojem má zahŕňať všetky verejnoprávne subjekty, ktoré môžu zveriť vykonávanie ekonomických činností tretej osobe, a to bez ohľadu na druh uzatvorenej zmluvy, či už v oblasti verejných zákaziek alebo v oblasti koncesií na verejné služby. V tejto súvislosti poukazujem na to, že pôsobnosť smernice 92/50 nie je vymedzená podľa druhu predmetnej operácie, ale podľa druhu subjektu, ktorý ju ponúka, keďže všetky zákazky zadávané obstarávateľom sa musia zadávať v súlade so zásadami stanovenými touto smernicou.

80. Na druhej strane odkaz na pojem „verejný podnik" uvedený v článku 2 smernice 80/723, ktorá sa týka transparentnosti finančných vzťahov členských štátov a verejných podnikov, je podľa môjho názoru oveľa menej relevantný. So zreteľom na úvahy, ktoré uvediem v rámci analýzy týkajúcej sa pojmu „verejnoprávna inštitúcia", však vnútroštátny súd bude môcť posúdiť, ak to bude považovať za potrebné, či podnik, ako je podnik FES, možno označiť za „verejný podnik". [35]

a) O pojme „verejnoprávna inštitúcia" v zmysle smernice 92/50

81. Skôr než pripomeniem rôzne podmienky stanovené smernicou 92/50, ktoré musí subjekt splniť, aby sa považoval za „obstarávateľa", na úvod spomeniem, že podnik FES je podnikom so zmiešaným vlastníctvom vytvoreným v rámci verejno-súkromného partnerstva. [36] Mesto Frankfurt nad Mohanom vlastní 51 % akcií tohto podniku.

35 — Podmienky uvedené v článku 2 smernice 80/723, ktoré musí subjekt splniť, aby bol považovaný za „verejný podnik", sa zhodujú s podmienkami uvedenými v článku 1 smernice 92/50, ktoré musí subjekt splniť, aby bol považovaný za „obstarávateľa".

36 — Pozri v tejto súvislosti internetovú stránku podniku: www.fes-frankfurt.de/profil (rubriky „Profil" a „Chronik").

82. Prejednávaná vec teda poskytuje Súdnemu dvoru príležitosť, aby špecifikoval, či takýto subjekt môže byť „verejnoprávnou inštitúciou“ v zmysle smernice 92/50, ktorý by musel dodržiavať základné zásady Zmluvy.

83. Skôr než začnem s týmto rozborom, považujem za potrebné bližšie ozrejmiť, čo znamená pojem „verejno-súkromné partnerstvo“.

84. Toto partnerstvo je mechanizmom, ktorý spája spravidla väčšinový verejný kapitál s menšinovým súkromným kapitálom v právnej forme, ktorá v zásade podlieha všeobecným normám obchodného práva. Verejní a súkromní partneri takto vytvoria subjekt so zmiešaným kapitálom, ktorý môže mať právnu formu spoločnosti so zmiešaným vlastníctvom, ktorá môže plniť verejné zákazky alebo v rámci koncesie zabezpečovať miestnu verejnú službu. Ako uviedla Komisia v nedávnom oznámení, [37] pre túto najčastejšie dlhodobú spoluprácu je charakteristická rola súkromného partnera, ktorý sa zúčastňuje rôznych etáp daného projektu (koncepcia, realizácia a prevádzka), znáša riziká, ktoré zvyčajne na seba berie verejný sektor, a často prispieva na financovanie projektu. [38]

85. To však nič nemení na konštatovaní, že tento subjekt so zmiešaným kapitálom nepredstavuje v zmysle judikatúry Súdneho dvora štruktúru „internej“ správy služby verejnoprávneho celku. Ak teda verejný obstarávateľ zadá verejnú zákazku alebo koncesiu subjektu tohto druhu, musí dodržať všetky pravidlá, ktoré sa vzťahujú na verejné zákazky a na koncesie, bez ohľadu na to, či vyplývajú zo Zmluvy alebo zo sekundárneho práva. [39]

86. Rozoberiem teda rôzne podmienky stanovené v článku 1 písm. b) smernice 92/50, ktoré musí subjekt splniť, aby bol považovaný za „verejnoprávnu inštitúciu“.

87. Podľa článku 1 písm. b) druhého pododseku smernice 92/50 verejnoprávnou inštitúciou je inštitúcia, ktorá musí mať právnu subjektivitu, musí byť založená na osobitné účely plnenia potrieb všeobecného záujmu, ktoré nemajú priemyselný alebo obchodný charakter a ktorej činnosti, financovanie alebo riadiace orgány sú úzko

37 — Oznámenie Komisie týkajúce sa výkladu uplatňovania práva Spoločenstva v oblasti verejného obstarávania a koncesií inštitucionalizovaným verejno-súkromným partnerstvám (IVSP) z 5. februára 2008 [K(2007) 6661].

38 — Strana 2.

39 — Od rozsudku z 11. januára 2005, Stadt Halle a RPL Lochau (C-26/03, Zb. s. I-1) týkajúceho sa zadávania verejnej zákazky na služby spoločnosti so zmiešaným vlastníctvom Súdny dvor konštatoval, že podiel, hoci aj menšinový, súkromného podniku na obchodnom imaní spoločnosti, v ktorej má podiel aj verejný obstarávateľ v danej veci, vylučuje, aby verejný obstarávateľ mohol mať nad touto spoločnosťou podobnú kontrolu ako nad svojimi vlastnými útvarmi (bod 49). Pozri tiež rozsudok ANAV, už citovaný, body 30 až 32 a citovanú judikatúru.

prepojené so štátom, územným celkom alebo inou verejnoprávnou inštitúciou.

88. Ako vyplýva z ustálenej judikatúry Súdneho dvora, tieto tri podmienky sú kumulatívne, a preto v prípade, ak nie je splnená čo i len jedna z nich, inštitúciu nemožno označiť za „verejnoprávnu inštitúciu“, a teda ani za „obstarávateľa“ v zmysle smernice 92/50. [40]

89. Okrem toho vzhľadom na cieľ, ktorý sledujú smernice v oblasti verejného obstarávania, Súdny dvor zastáva názor, že pojem „verejnoprávna inštitúcia“ treba vykladať funkčne. [41]

b) O rozbore základných prvkov verejnoprávnej inštitúcie

90. V posudzovanom prípade právna subjektivita podniku FES nie je sporná. Pochybnosti sa týkajú dvoch ostatných požiadaviek stanovených smernicou 92/50.

i) O úlohe podniku FES spočívajúcej v osobitnom plnení potrieb všeobecného záujmu, ktoré nemajú priemyselný alebo obchodný charakter

91. V prvom rade je nesporné, že podnik FES bol skutočne založený na osobitné plnenie potrieb všeobecného záujmu, [42] keďže od svojho založenia je poverený správou a likvidáciou odpadu, ako aj čistením miestnych komunikácií na území mesta Frankfurt nad Mohanom. [43] Tieto činnosti sú nepochybne vo všeobecnom záujme. Ako už Súdny dvor judikoval v rozsudku BFI Holding [44], tieto potreby patria k potrebám, ktoré nemôžu v celom rozsahu plniť súkromné podniky, keďže sa považujú za nevyhnutné z dôvodov ochrany verejného zdravia a ochrany životného prostredia, a preto má štát záujem udržať si vo vzťahu k nim rozhodujúci vplyv. [45]

92. Treba teda overiť, či majú tieto potreby všeobecného záujmu iný ako priemyselný

40 — Pozri rozsudok z 11. júna 2009, Hans & Christophorus Oymanns, C-300/07, Zb. s. I-4779, bod 48 a citovaná judikatúra.

41 — Rozsudok z 10. apríla 2008, Ing. Aigner, C-393/06, Zb. s. I-2339, bod 37 a citovaná judikatúra.

42 — Podľa ustálenej judikatúry musí ísť o potreby, ktoré štát alebo územný celok z dôvodov súvisiacich so všeobecným záujmom vo všeobecnosti chce plniť sám, alebo vo vzťahu ku ktorým si chce zachovať rozhodujúci vplyv (rozsudok Ing. Aigner, už citovaný, bod 40 a citovaná judikatúra). Súdny dvor uznal, že takými prípadmi je výroba úradných tlačovín, ako sú cestovné pasy, vodičské preukazy alebo občianske preukazy (rozsudok z 15. januára 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria a i., C-44/96, Zb. s. I-73), údržba štátnych lesov (rozsudok zo 17. decembra 1998, Komisia/Írsko, C-353/96, Zb. s. I-8565), riadenie univerzity (rozsudok z 3. októbra 2000, University of Cambridge, C-380/98, Zb. s. I-8035), ako aj správa verejnej telekomunikačnej siete (rozsudok Telaustria a Telefonadress, už citovaný).

43 — V rozsudku z 12. decembra 2002, Universale-Bau a i. (C-470/99, Zb. s. I-11617), Súdny dvor uznal, že inštitúcia nemusí byť poverená touto úlohou už od jej založenia.

44 — Rozsudok z 10. novembra 1998, C-360/96, Zb. s. I-6821.

45 — Body 51 až 53.

alebo obchodný charakter. Táto otázka je však zložitejšia.

93. Existuje veľké množstvo judikatúry týkajúcej sa spôsobu, akým treba posudzovať existenciu týchto potrieb. [46] Podľa Súdneho dvora je potrebné brať do úvahy všetky právne a skutkové okolnosti, ktoré môžu byť relevantné, ako sú okolnosti, ktoré prechádzali vytvoreniu príslušnej inštitúcie, alebo podmienky, v ktorých táto inštitúcia vykonáva svoju činnosť. V tejto súvislosti Súdny dvor špecifikoval, že je potrebné skúmať, či táto inštitúcia vykonáva svoju činnosť v bežných trhových podmienkach. [47] Na tento účel Súdny dvor skúma konkurenčnú situáciu na trhu výrobkov a služieb, pre ktoré bola táto inštitúcia vytvorená. Hoci existencia hospodárskej súťaže môže byť indíciou na podporu tvrdenia, že potreba všeobecného záujmu má priemyselný alebo obchodný charakter, táto indícia nie je dostatočná. [48] Je ešte potrebné skúmať, či je cieľom inštitúcie dosiahnuť zisk, či znáša straty spojené s výkonom svojej činnosti a či na výkon predmetnej činnosti využíva verejné zdroje. [49]

46 — Mám na mysli najmä rozsudky z 10. mája 2001, Agorà a Excelsior, C-223/99 a C-260/99, Zb. s. I-3605; z 27. februára 2003, Adolf Truley, C-373/00, Zb. s. I-1931; z 22. mája 2003, Korhonen a i., C-18/01, Zb. s. I-5321, a BFI Holding, už citovaný; Mannesmann Anlagenbau Austria a i., už citovaný, a Ing. Aigner, už citovaný.

47 — Rozsudok Ing. Aigner, už citovaný, bod 41 a citovaná judikatúra.

48 — V už citovanom rozsudku Adolf Truley Súdny dvor konštatoval, že samotná existencia rozvinutej hospodárskej súťaže neznamená, že nejde o potrebu všeobecného záujmu, ktorá nemá priemyselný alebo obchodný charakter (bod 61).

49 — Rozsudok Korhonen a i., už citovaný, body 55 až 59.

94. Nemám k dispozícii dostatok údajov zo spisu, aby som mohol správne posúdiť všetky tieto okolnosti. Je úlohou vnútroštátneho súdu, ktorý je bližšie oboznámený so spisom, aby ich posúdil. Uvediem však niekoľko dôležitých aspektov.

95. Pokiaľ ide o okolnosti, ktoré predchádzali vytvoreniu tejto inštitúcie, je podľa môjho názoru potrebné prihliadať na osobitosti trhu zberu a likvidácie odpadu, ktoré patria medzi činnosti, na vykonávanie ktorých bol podnik FES vytvorený.

96. Trh zberu a likvidácie odpadu zaznamenal podstatný nárast najmä v súvislosti so sprísnením právnej úpravy správy, zhodnocovania odpadu a predchádzania environmentálnym škodám. Priamym dôsledkom tohto sprísnenia bolo zvýšenie cien zberu a likvidácie odpadu, pričom sa táto činnosť stala zložitejšou a technicky náročnejšou. Vzhľadom na tieto obmedzenia sa značná väčšina miestnych celkov rozhodla poveriť touto činnosťou špecializované podniky, ktoré mohli v plnej miere využiť rozvoj tohto trhu.

97. Preto zastávam názor, že cieľom vytvorenia tohto subjektu nebolo dosahovanie zisku. Hoci táto činnosť v skutočnosti prináša značný zisk, dosahovanie tohto zisku v každom prípade nebolo hlavným cieľom vytvorenia podniku FES. Toto konštatovanie platí o to viac pre činnosti čistenia mestských komunikácií, ktoré sú na rozdiel od zberu a likvidácie odpadu menej ziskové.

98. Pokiaľ ide o podmienky, v ktorých podnik FES vykonáva svoju činnosť, a najmä stav hospodárskej súťaže v odvetviach zberu a likvidácie odpadu a čistenia mestských komunikácií, vnútroštátny súd by mal skúmať, či podnik FES pôsobí na konkurenčnom trhu, na ktorom pôsobia skutoční konkurenti, alebo či sa naopak nachádza v podstate v monopolnom postavení napríklad z dôvodu, že je „historickým subjektom“, [50] alebo z dôvodu existencie bariér vstupu na trh. Absencia skutočnej hospodárskej súťaže nie je nevyhnutnou podmienkou na označenie podniku FES za verejnoprávnu inštitúciu, ale môže predstavovať indíciu na podporu záveru, že podnik FES sa podieľa na uspokojovaní potreby všeobecného záujmu, ktorá nemá priemyselný alebo obchodný charakter.

99. Okrem toho skutočnosť, že podnik FES vykonáva okrem svojej úlohy všeobecného záujmu aj iné ziskové činnosti, nie je relevantná pre rozhodnutie vo veci samej. Podľa judikatúry Súdneho dvora totiž posúdenie, či ide o verejnoprávnu inštitúciu, nezávisí od pomerného významu uspokojovania potrieb všeobecného záujmu, ktorá nemá priemyselný alebo obchodný charakter, v činnosti danej inštitúcie. Ak podnik pokračuje v plnení týchto potrieb, podľa judikatúry Súdneho dvora nie je relevantné, či podnik vykonáva iné ziskové činnosti a aký je podiel týchto činností na celkovom obrate podniku. [51]

100. Hoci sa podnik FES z právneho hľadiska navyše podstatne neodlišuje od akciovej spoločnosti vo vlastníctve súkromných subjektov, keďže znáša hospodárske riziká spojené so svojou činnosťou a tiež možno na jeho majetok vyhlásiť konkurz, z návrhu na začatie prejudiciálneho konania vyplýva, že mesto Frankfurt nad Mohanom by takúto situáciu nedopustilo. Okrem toho poukazujem na to, že tento územný celok poberá od svojich daňovníkov miestnu daň na financovanie platieb poskytovaných podniku FES za likvidáciu odpadu a čistenie mestských komunikácií.

50 — Na doplnenie uvádzam, že podľa internetovej stránky podniku FES tento podnik nadväzuje na činnosť Miestneho úradu správy odpadu a čistenia mestských komunikácií.

51 — Rozsudky Mannesmann Anlagenbau Austria a i., už citovaný, body 25, 26 a 31; BFI Holding, už citovaný, body 55 a 56, a Ing. Aigner, už citovaný, bod 47 a citovaná judikatúra.

101. Vzhľadom na tieto skutočnosti si teda skôr myslím, že podnik FES bol založený na osobitné plnenie potrieb všeobecného záujmu, ktoré nemajú priemyselný alebo obchodný charakter.

102. Na určenie presnej povahy potrieb, ktoré plní tento podnik, však musí vnútroštátny súd, ktorý disponuje relevantnými údajmi, posúdiť podmienky, v ktorých podnik FES vykonáva svoju činnosť, a najmä stav hospodárskej súťaže v odvetviach, pre ktoré bol tento podnik vytvorený.

ii) O podmienke týkajúcej sa úzkej závislosti inštitúcie od štátu, územného celku alebo iných verejnoprávnych inštitúcií

103. Pripomínam, že podľa článku 1 písm. b) druhého pododseku tretej zarážky smernice 92/50 sa táto podmienka týka týchto troch alternatívnych kritérií:

— jej činnosť je financovaná prevažne štátom, územnými celkami alebo inými verejnoprávnymi inštitúciami,

— jej riadenie podlieha kontrole uvedených subjektov alebo

— viac ako polovicu členov jej správneho, riadiaceho alebo dozorného orgánu vymenúva štát, územné celky alebo iné verejnoprávne inštitúcie.

104. Je nesporné, že mesto Frankfurt nad Mohanom vlastní 51 % imania podniku FES, teda jeho väčšinu. Hoci vlastníctvo takéhoto podielu môže nasvedčovať tomu, že tento verejnoprávny celok má na podnik dominantný vplyv, nie je zrejmé, že sa tento vplyv prejavuje v pravidlách fungovania a riadenia tohto podniku.

105. Najprv sa budem zaoberať pravidlami riadenia tohto podniku z hľadiska skutočnosti, že mesto Frankfurt nad Mohanom má na valnom zhromaždení právo veta, ktoré podľa pravidiel jeho výkonu môže znamenať faktickú kontrolu riadenia podniku zo strany tohto verejnoprávneho celku.

— O kritériu týkajúcom sa kontroly riadenia predmetnej inštitúcie

106. Podľa ustálenej judikatúry sa toto kritérium týka prípadu, v ktorom je inštitúcia závislá od orgánov verejnej moci v rovnakej miere ako v prípade, ak by bolo splnené jedno z dvoch zvyšných alternatívnych kritérií. Táto závislosť musí umožňovať orgánom verejnej moci ovplyvňovať rozhodnutia tejto inštitúcie v oblasti verejných zákaziek [52] alebo analogicky v oblasti koncesií.

107. Už citovaný rozsudok Adolf Truley uvádza príklady prípadov, v ktorých Súdny dvor považuje toto kritérium za splnené. V uvedenej veci bol kontrolný úrad verejnoprávneho celku oprávnený preverovať nielen výročnú účtovnú závierku danej inštitúcie, ale aj jej priebežné riadenie, z hľadiska správnosti účtovných záznamov, riadneho vedenia účtovníctva, hospodárnosti, výnosnosti a racionálnosti. Tento úrad bol okrem toho oprávnený uskutočňovať kontroly v prevádzkových priestoroch a zariadeniach tejto inštitúcie a mohol predložiť výsledky týchto kontrol príslušným orgánom, ako aj akcionárom spoločnosti a verejnoprávnemu celku. Podľa Súdneho dvora takéto právomoci umožňovali verejnoprávnemu celku vykonávať aktívnu kontrolu riadenia uvedenej inštitúcie.

52 — Pozri rozsudok Adolf Truley, už citovaný, bod 69 a citovaná judikatúra.

108. V rámci prejednávanej veci musí vnútroštátny súd vziať do úvahy všetky skutkové a právne okolnosti, ktoré by mohli umožniť mestu Frankfurt nad Mohanom vykonávať rozhodujúci vplyv na činnosť podniku FES. V tomto prípade by sa mal podľa môjho názoru zaoberať pravidlami, podľa ktorých tento verejnoprávny celok vykonáva na valnom zhromaždení podniku svoje právo veta vyplývajúce z jeho väčšinového podielu na imaní spoločnosti. V tejto súvislosti musí vnútroštátny súd skúmať význam tohto práva s prihliadnutím na rozhodnutia, na ktoré sa môže vzťahovať, a na prípadné podmienky obmedzujúce jeho použitie.

109. Hoci tento verejnoprávny celok nemôže nanútiť rozhodnutia, [53] môže vykonávať výlučnú kontrolu podniku FES, ak má právo nesúhlasiť s strategickými rozhodnutiami podniku týkajúcimi sa obchodnej politiky podniku, vymenovania členov správnej rady, rozpočtu alebo podnikateľského plánu podniku. Ak vnútroštátny súd preukáže, že mesto Frankfurt nad Mohanom môže uplatnením svojho práva veta zamietnuť rozhodnutia, ktoré majú zásadný význam pre obchodnú stratégiu podniku FES, a tak zablokovať rozhodovací proces tohto podniku, tak mesto Frankfurt nad Mohanom má rozhodujúci vplyv na riadenie podniku FES, a teda má nad ním faktickú kontrolu.

53 — Pripomínam, že valné zhromaždenie podniku FES rozhoduje trojštvrtinovou väčšinou. Ak mesto Frankfurt nad Mohanom vlastní 51 % imania tohto podniku, tento podiel mu neumožňuje, aby na valnom zhromaždení rozhodovalo samostatne.

110. Za týchto podmienok musí na určenie presného rozsahu, v akom riadenie podniku FES podlieha kontrole mesta Frankfurt nad Mohanom, vnútroštátny súd posúdiť, či môže tento verejnoprávny celok rozhodujúcim spôsobom ovplyvňovať riadenie podniku prostredníctvom práva veta, ktoré mu patrí ako väčšinovému akcionárovi.

111. V prípade, ak vnútroštátny súd usúdi, že toto právo veta neumožňuje mestu Frankfurt nad Mohanom kontrolovať riadenie tohto podniku, bude musieť posúdiť dve zostávajúce kritériá.

— O kritériu týkajúcom sa väčšinového financovania zo strany územného celku

112. Súdny dvor špecifikoval rozsah tejto podmienky v už citovanom rozsudku University of Cambridge. Podľa Súdneho dvora môžu byť ako „verejné financovanie" kvalifikované iba tie platby, ktoré financujú alebo prostredníctvom finančnej pomoci bez konkrétnej protihodnoty podporujú činnosti predmetného subjektu. Prostriedky poskytnuté verejným obstarávateľom ako protihodnota zmluvného plnenia však do tejto kategórie nepatria. [54]

113. Súdny dvor tiež uviedol, že pojem „z väčšej časti" sa má vykladať v tom zmysle, že znamená „viac ako polovicu" a že posúdenie tohto percentuálneho podielu verejného financovania sa musí týkať všetkých príjmov predmetnej inštitúcie, vrátane príjmov z obchodnej činnosti, a musí sa vypočítať na ročnom základe.

114. V tomto prípade z návrhu na začatie prejudiciálneho konania vyplýva, že viac ako polovica ročného obratu podniku FES pochádza so synalagmatických zmlúv o zbere a spracovaní odpadu a čistení mestských komunikácií uzatvorených s mestom Frankfurt nad Mohanom. Prostriedky poskytované týmto verejnoprávnym celkom sú teda protihodnotou za zmluvné plnenie poskytované podnikom FES a tento verejnoprávny celok má samozrejme ekonomický záujem na poskytovaní týchto služieb. Hoci takýto zmluvný vzťah môže skutočne viesť k závislosti podniku FES od tohto verejnoprávneho celku, táto závislosť je podľa Súdneho dvora

54 — Body 21 a 24. V tejto veci verejné financovanie predstavovalo štipendiá určené študentom a dotácie poskytované na podporu výskumných prác univerzity a nie platby poskytované štátom ako protihodnota za služby poskytované univerzitou.

odlišná od závislosti vyplývajúcej iba z poskytovania podpory a podobá sa závislosti, ktorá existuje v rámci bežných obchodných vzťahov. [55]

115. Vzhľadom na uvedené skutočnosti zastávam názor, že platby poskytované mestom Frankfurt nad Mohanom podniku FES nepredstavujú verejné financovanie v zmysle citovanej judikatúry.

— O kritériu týkajúcom sa zloženia správneho, riadiaceho alebo dozorného orgánu

116. V návrhu na začatie prejudiciálneho konania nie je uvedené zloženie a spôsob vymenúvania členov správnej rady a členov vedenia podniku FES. Vnútroštátny súd uvádza len to, že mesto Frankfurt nad Mohanom vymenúva štvrtinu členov dozornej rady, ako aj jej predsedu, ktorý má v prípade rovnosti hlasov rozhodujúci hlas. [56] To teda nepostačuje na splnenie tohto kritéria.

117. Vzhľadom na všetky tieto skutočnosti zastávam názor, že subjekt so zmiešaným kapitálom, akým je podnik FES, vytvorený v rámci partnerstva s mestom Frankfurt nad Mohanom je „verejnoprávnou inštitúciou“ v zmysle článku 1 písm. b) druhého pododseku smernice 92/50, ak sa preukáže, že tento subjekt jednak uspokojuje potreby všeobecného záujmu, ktoré nemajú priemyselný alebo obchodný charakter, a jednak že jeho riadenie a vedenie sú úzko závislé od orgánu verejnej moci.

118. Uvedený subjekt plní potreby všeobecného záujmu v zmysle článku 1 písm. b) druhého pododseku prvej zarážky smernice 92/50, ak vykonáva zber a spracovanie odpadu a čistenie mestských komunikácií

55 — Rozsudok University of Cambridge, už citovaný, bod 25.

56 — Úlohou tejto rady, ako to vyplýva z jej názvu, je kontrolovať a dohliadať na riadenie spoločnosti. Dozorná rada môže veľmi často zabezpečiť kontrolu vhodnosti, ako aj správnosti, najmä preverovaním, ktoré považuje za vhodné, alebo predložením svojich pripomienok k výročnej účtovnej závierke spoločnosti valnému zhromaždeniu. Môže mať tiež osobitné právomoci, ktoré jej umožňujú napríklad vymenovať členov vedenia alebo jeho predsedu, alebo schvaľovať prevod akcií. Predseda dozornej rady má vo všeobecnosti dva druhy funkcií, ktoré sa spravidla týkajú zvolávania rady a dohľadu nad jej rokovaním. Úloha a funkcie dozornej rady sú vymedzené zákonom a upravené v stanovách spoločnosti, ktoré nemám k dispozícii (pozri COZIAN, M., VIANDIER, A., DEBOISSY, F.: *Droit des sociétés*, 17e édition. Paris: Litec 2004, s. 286 a 287).

na území tohto územného celku. Na určenie, či tieto potreby nemajú priemyselný alebo obchodný charakter, musí príslušný vnútroštátny súd posúdiť podmienky, v ktorých podnik FES vykonáva svoju činnosť, a najmä stav hospodárskej súťaže v týchto odvetviach.

119. Takýto subjekt je v úzkej závislosti od verejnoprávneho celku v zmysle článku 1 písm. b) druhého pododseku tretej zarážky smernice 92/50, ak má verejnoprávny celok kontrolu nad jeho riadením a jeho riadiacimi, správnymi alebo dozornými orgánmi. Na určenie presného rozsahu, v akom riadenie podniku FES podlieha kontrole mesta Frankfurt nad Mohanom, musí príslušný vnútroštátny súd posúdiť, či tento verejnoprávny celok môže prostredníctvom svojho práva veta na valnom zhromaždení alebo prostredníctvom zloženia uvedených orgánov podniku zabezpečiť aktívnu kontrolu nad riadením tohto subjektu a rovnako ovplyvňovať jeho rozhodnutia v oblasti zadávania koncesií na služby.

C — O právomoci vnútroštátneho súdu uložiť povinnosť konať alebo zdržať sa konania v prípade porušenia povinnosti transparentnosti

120. Svojou prvou a štvrtou otázkou sa Landgericht Frankfurt am Main pýta Súdneho dvora na podmienky súdnej kontroly rozhodnutí, ktoré boli prijaté v súvislosti s koncesiami na služby. Vnútroštátny súd sa najmä pýta, či za okolností, ako sú okolnosti posudzované v konaní vo veci samej, právo Spoločenstva vyžaduje od členských štátov, aby uznali právomoc ich vnútroštátnych súdov uložiť zmluvným stranám, ktoré uzavreli koncesnú zmluvu v rozpore s povinnosťou transparentnosti, povinnosť konať alebo zdržať sa konania.

121. V prejednávanej veci žalobkyňa nenapáda rozhodnutie, ktorým mesto Frankfurt nad Mohanom zadalo koncesiu na služby podniku FES. Napáda však rozhodnutie, ktorým tento verejnoprávny celok na základe § 30 IV koncesnej zmluvy odsúhlasil zmenu subdodávateľa počas plnenia tejto zmluvy. Podľa žalobkyne mesto Frankfurt nad Mohanom týmto postupom porušilo povinnosť transparentnosti, keďže uskutočnilo podstatnú zmenu uvedenej zmluvy bez dodržania požiadaviek zverejnenia a vyhlásenia súťaže, ktoré vyplývajú z práva Spoločenstva.

122. Predmetom tohto sporu teda nie je uzatvorenie koncesnej zmluvy, ale jej plnenie. Žalobkyňa sa svojou žalobou domáha, aby vnútroštátny súd zabránil opätovnému porušeniu povinnosti transparentnosti tým, že uvedenému verejnoprávnemu celku uloží povinnosť neodsúhlasiť zmenu subdodávateľa, pokiaľ ide o dodávku a údržbu verejných

toaliet, ktoré sa majú namontovať na železničných staniciach Kornmarkt, Galluswarte a Rödelheim. Tiež sa domáha, aby vnútroštátny súd uložil podniku FES povinnosť neuzavrieť novú zmluvu o subdodávke týkajúcu sa uvedeného plnenia. S cieľom zabezpečiť zákonnosť podmienok plnenia koncesie na služby sa žalobkyňa tiež domáha, aby vnútroštátny súd uložil uvedenému orgánu a prípadne podniku FES povinnosť vypovedať zmluvy uzatvorené v rozpore s povinnosťou transparentnosti.

123. Na zodpovedanie otázok položených vnútroštátnym súdom je potrebné pripomenúť podmienky, za ktorých je vnútroštátny súd povinný zabezpečiť ochranu práv, ktoré jednotlivcom priznáva právo Spoločenstva.

1. Úvodné poznámky

124. Právo Spoločenstva za súčasného právneho stavu neupravuje spôsob, akým majú členské štáty zabezpečiť výkon súdnych rozhodnutí a sankcionovať porušenia povinnosti transparentnosti, ku ktorým došlo v rámci plnenia koncesie na služby. Na posúdenie, do akej miery sú členské štáty povinné priznať svojim vnútroštátnym súdom právomoc uložiť povinnosť konať alebo zdržať sa konania, je potrebné poukázať na zásady, ktorými sa riadi právny poriadok Spoločenstva, a najmä na zásadu prednosti práva Spoločenstva a zásadu procesnej autonómie členských štátov.

125. Zásada prednosti práva Spoločenstva ukladá členským štátom povinnosť sankcionovať účinným spôsobom porušenia povinnosti transparentnosti, ku ktorým došlo v rámci postupu zadávania koncesie na služby.

126. Pripomínam, že povinnosť transparentnosti je konkrétnym a osobitným vyjadrením všeobecnej právnej zásady, ktorú sú členské štáty povinné dodržiavať, keď konajú v oblasti pôsobnosti práva Spoločenstva. Táto povinnosť zakladá práva jednotlivcov, ktoré musia podliehať efektívnej súdnej ochrane zo strany vnútroštátneho súdu. Vnútroštátny súd teda musí byť schopný zabezpečiť úplnú vykonateľnosť súdneho rozhodnutia a musí mať právomoc uložiť účinné, primerané a odradzujúce sankcie s cieľom zabezpečiť úplnú účinnosť práva Spoločenstva.

127. To je moja východisková úvaha.

128. Vzhľadom na absenciu právnej úpravy v práve Spoločenstva však zastávam názor, že ponechanie právnej úpravy právomocí, ktoré musí mať vnútroštátny súd, aby mohol zabezpečiť výkon svojich rozhodnutí a sankcionovať porušenia povinnosti transparentnosti pri uzatvorení koncesnej zmluvy, na členské štáty je v súlade so zásadou procesnej autonómie členských štátov. Takýto odkaz na vnútroštátne procesné predpisy členských štátov, ktoré by samozrejme mali dodržiavať zásady ekvivalencie a efektivity, podľa môjho názoru viac zodpovedá ustálenej judikatúre Súdneho dvora, ktorá rešpektuje procesnú autonómiu členských štátov.

129. Z tejto judikatúry vyplýva, že v prípade neexistencie právnej úpravy Spoločenstva prináleží vnútroštátnemu právnemu poriadku každého členského štátu, aby určil príslušné súdy a upravil procesné podmienky žalôb určených na zabezpečenie ochrany práv, ktoré jednotlivcom vyplývajú z práva Spoločenstva, za predpokladu, že tieto podmienky jednak nie sú menej priaznivé ako podmienky týkajúce sa obdobných žalôb vnútroštátnej povahy (zásada ekvivalencie) a jednak nevedú k praktickej nemožnosti alebo nadmernému sťaženiu výkonu práv priznaných právnym poriadkom Spoločenstva (zásada efektivity). [57]

57 — Rozsudok z 15. apríla 2008, Impact, C-268/06, Zb. s. I-2483, body 44 a 46 až 48 a citovaná judikatúra.

130. Na otázky položené vnútroštátnym súdom je potrebné odpovedať so zreteľom na uvedené úvahy.

2. Posúdenie

131. Svojou prvou, druhou a štvrtou otázkou sa vnútroštátny súd v podstate pýta Súdneho dvora, či sa má povinnosť transparentnosti vykladať v tom zmysle, že členské štáty sú povinné priznať vnútroštátnemu súdu právomoc uložiť účastníkom súdneho konania povinnosť konať alebo zdržať sa konania s cieľom zabezpečiť dodržiavanie tejto povinnosti. Vnútroštátny súd sa tiež pýta Súdneho dvora, či je vnútroštátny súd povinný uložiť účastníkom konania povinnosť vypovedať zmluvu uzatvorenú v rozpore s touto povinnosťou. [58]

58 — Táto štvrtá prejudiciálna otázka je sformulovaná tak, že nie je jasné, či je zmluva, na ktorú odkazuje vnútroštátny súd, koncesná zmluva na služby uzatvorená medzi mestom Frankfurt nad Mohanom a podnikom FES alebo zmluva o subdodávke uzatvorená neskôr medzi koncesionárom a podnikom DSM. Z návrhu na začatie prejudiciálneho konania vyplýva, že žalobkyňa nenapáda rozhodnutie, ktorým mesto Frankfurt nad Mohanom zadalo koncesiu na služby podniku FES. Nedomáha sa teda vypovedania koncesnej zmluvy uzatvorenej s uvedeným podnikom. Žalobkyňa však napáda rozhodnutie, ktorým mesto Frankfurt nad Mohanom na základe § 30 IV koncesnej zmluvy odsúhlasilo zmenu subdodávateľa. Žalobkyňa sa svojou žalobou na vnútroštátnom súde v podstate domáha, aby bola zmluva o subdodávke, uzatvorená medzi podnikmi FES a DSM, pozbavená účinnosti. Pokiaľ ide o vnútroštátny súd, ten vo svojom návrhu na začatie prejudiciálneho konania uvádza, že mesto Frankfurt nad Mohanom bolo povinné vypovedať koncesnú zmluvu na služby, so zmenou ktorej súhlasilo. Vzhľadom na pochybnosti vychádzam z toho, že táto otázka sa týka oboch prípadov.

132. Právomoc uložiť povinnosť konať alebo zdržať sa konania predstavuje možnosť súdu uložiť účastníkovi konania povinnosť konať alebo nekonať určeným spôsobom prípadne pod sankciou pokuty. Súd, ktorý vo veci rozhoduje, teda môže prikázať jednotlivcovi alebo orgánu, aby prijal určité opatrenie, ak z rozsudku nevyhnutne vyplýva, aby jeden z účastníkov konania toto opatrenie prijal. Táto právomoc predstavuje účinný nástroj na zabezpečenie výkonu súdnych rozhodnutí a na riešenie ťažkostí spojených s ich výkonom alebo odmietnutia ich výkonu.

133. Zásada, podľa ktorej môže vnútroštátny súd uložiť povinnosť konať alebo zdržať sa konania, v súčasnosti nie je predmetom právnej úpravy Spoločenstva. Táto zásada sa navyše neuplatňuje v členských štátoch jednotne, najmä pokiaľ ide o uloženie povinnosti zdržať sa konania orgánu verejnej moci.

134. V Nemecku, ako aj v Spojenom kráľovstve sa táto právomoc súdu uložiť orgánu verejnej moci povinnosť konať alebo zdržať sa konania uznáva. Nemecké súdy majú všeobecnú právomoc uložiť orgánu verejnej moci povinnosť konať alebo zdržať sa konania. Britské súdy môžu tiež uložiť povinnosť konať alebo zdržať sa konania všetkým orgánom verejnej moci okrem vlády a jej najbližších spolupracovníkov. Táto otázka bola dlhšie predmetom diskusií vo francúzskom správnom súdnictve z dôvodu tradičnej koncepcie oddelenia mocí. Táto koncepcia má v súčasnosti od prijatia zákona z 8. februára 1995 [59] mnoho výnimiek.

135. Ako som už uviedol, za súčasného stavu práva Spoločenstva členské štáty musia určiť potrebu a prípadne aj podmienky, za ktorých treba priznať právomoc uložiť povinnosť konať alebo zdržať sa konania, v rámci svojho vnútroštátneho právneho poriadku v súlade so zásadami efektivity a ekvivalencie. Pritom musia členské štáty vychádzať zo zásad, ktoré tvoria základ ich vnútroštátneho súdneho systému. Musia skúmať, do akej miery je táto právomoc uložiť povinnosť konať alebo zdržať sa konania zlučiteľná s platným systémom prostriedkov nápravy, a musia prihliadať na právomoci, ktoré sú vnútroštátnym súdom zverené. V rámci tohto posúdenia členské štáty musia dbať o zabezpečenie úplnej vykonateľnosti súdnych rozhodnutí, ktoré boli vydané v súvislosti s existenciou práv uplatnených na základe práva Spoločenstva. Členské štáty sa musia v záujme dosiahnutia tohto cieľa snažiť zabezpečiť úplnú účinnosť práva Spoločenstva a zaručiť ochranu práv, ktoré právo Spoločenstva priznáva jednotlivcom.

59 — Zákon č. 95-125 o organizácii súdnictva a o civilnom, trestnom a správnom konaní (JORF z 9. februára 1995). Pozri články L-911-1 až L-911-3 zákona o správnom súdnictve.

136. Z tohto hľadiska možno uloženie povinnosti vypovedať zmluvu, hoci nie je upravené právom Spoločenstva, označiť za najvhodnejšiu sankciu na zabezpečenie účinnosti práva Spoločenstva a ochrany práv jednotlivcov. Platí to najmä v prípade, ak ide o obzvlášť závažné porušenie ustanovení práva Spoločenstva, ako sú ustanovenia, ktoré vyžadujú adekvátne zverejnenie a alebo predchádzajúce sprístupnenie súťaže uchádzačom. V tejto súvislosti sa možno inšpirovať ustanoveniami, ktoré v tejto oblasti prijal zákonodarca Spoločenstva v článku 2d, ktorý bol doplnený smernicou 2007/66. [60]

137. Vo svojom návrhu na začatie prejudiciálneho konania Landgericht Frankfurt am Main uvádza, že mesto Frankfurt nad Mohanom bolo povinné vypovedať koncesnú zmluvu na služby, so zmenou ktorej súhlasilo.

138. Na podporu svojho stanoviska vnútroštátny súd poukazuje na to, že zásady vyjadrené zákonodarcom Spoločenstva v článku 2 smernice 89/665, ktoré boli potvrdené Súdnym dvorom v rozsudku Komisia/Nemecko [61], sa analogicky vzťahujú na postupy zadávania koncesií na služby.

139. V tomto rozsudku Súdny dvor, ktorý rozhodoval na základe článku 228 ES, odsúdil Spolkovú republiku Nemecko za nevypovedanie zmluvy o likvidácii odpadu v meste Brunswick (Nemecko), ktorá bola uzatvorená v rozpore so smernicou 92/50. Spolková republika Nemecko argumentovala ustanoveniami článku 2 ods. 6 druhého pododseku smernice 89/665 na podporu tvrdenia, že náhrada škody, ktorú mohli získať poškodené podniky, bola dostatočnou sankciou za nesplnenie povinnosti zo strany verejného obstarávateľa. Súdny dvor sa s touto argumentáciou nestotožnil. Podľa Súdneho dvora toto ustanovenie upravuje vzťah medzi členským štátom a jeho štátnymi príslušníkmi, ale neupravuje vzťah medzi členským štátom a Spoločenstvom, a teda neumožňuje členskému štátu vyhnúť sa jeho zodpovednosti podľa práva Spoločenstva. Zachovaním účinkov predmetnej zmluvy teda porušenie zo strany Spolkovej republiky Nemecko pretrvávalo a hrozilo, že porušenie voľného poskytovania služieb bude trvať počas celej doby plnenia tejto zmluvy. Podľa Súdneho dvora

60 — Podľa tohto ustanovenia sa zmluva musí vyhlásiť za úplne alebo čiastočne neúčinnú, ak bola uzatvorená bez predchádzajúceho uverejnenia oznámenia o vyhlásení zadávacieho konania v *Úradnom vestníku Európskej únie* alebo ak poškodený koncesionár nemal možnosť využiť prostriedky nápravy pred zadaním zákazky alebo vo veľmi špecifickom prípade zákaziek založených na rámcovej dohode alebo na systéme dynamického obstarávania, ktoré sú upravené smernicou 2004/18. Článok 2e doplnený smernicou 2007/66 však umožňuje členským štátom, aby uložili alternatívne sankcie najmä so zreteľom na závažnosť porušenia, postup verejného obstarávateľa a prípadný rozsah zrušenia zmluvných záväzkov. Môže ísť o pokuty alebo o skrátenie dĺžky trvania zákazky.

61 — Rozsudok z 18. júla 2007, C-503/04, Zb. s. I-6153, body 29 až 36.

bola teda výpoveď zmluvy potrebná nielen na zaručenie úplnej vykonateľnosti rozsudku o porušení, ale tiež na zabezpečenie dodržiavania práva Spoločenstva.

140. Na rozdiel od vnútroštátneho súdu nezastávam názor, že zásady sformulované v rámci konaní týkajúcich sa verejných zákaziek možno úplne a bez ďalšieho aplikovať na konania týkajúce sa koncesií na služby, a to z dvoch dôvodov.

141. Po prvé pripomínam, že členské štáty nevyjadrili vôľu prijať právnu úpravu postupu zadávania koncesií na služby, a to napriek tomu, že v oblasti zadávania verejných zákaziek bolo prijatých viacero právnych aktov. Nemožno teda prehliadať absenciu právnej úpravy Spoločenstva v tejto oblasti a analogicky aplikovať presné a kogentné pravidlá stanovené v smernici 89/665.

142. Po druhé považujem za zložité posudzovať rovnako dôsledky, ktoré treba vyvodiť z porušenia povinnosti transparentnosti, bez ohľadu na to, či ide o verejnú zákazku alebo o koncesiu na služby. V prípade koncesie na služby totiž nemôže byť cieľom sankcií iba zabezpečenie zákonnosti alebo sankcionovanie protiprávneho postupu verejného obstarávateľa. Ďalším a azda hlavným cieľom týchto sankcií je zabezpečiť riadne fungovanie verejných služieb a chrániť všeobecný záujem, ktorý sleduje zmluva.

143. Hoci musí uloženie povinnosti zdržať sa konania v prvom rade zabezpečiť úplnú účinnosť práva Spoločenstva, uloženie tejto povinnosti by mal v konkrétnom prípade posúdiť vnútroštátny súd. Predmet uloženia tejto povinnosti by sa mal posudzovať s prihliadnutím na všetky relevantné aspekty veci, ako je postup verejného obstarávateľa, povaha protiprávneho konania a súhrn záujmov, ktoré môžu byť porušené, najmä všeobecný záujem.

144. V rámci prejednávanej veci zásada, podľa ktorej vnútroštátny súd môže uložiť povinnosť konať alebo zdržať sa konania, je v Nemecku uznaná. Z návrhu na začatie prejudiciálneho konania vyplýva, že vnútroštátny súd môže uplatniť túto právomoc na základe § 1004 ods. 1 nemeckého občianskeho

zákonníka (Bürgerliches Gesetzbuch, ďalej len „BGB“) [62] v dvoch prípadoch:

— ak osobe vznikne škoda v dôsledku porušenia záujmov chránených zákonom, ako je život, telesná integrita a osobnosť, zdravie, sloboda a majetok, alebo

— ak osobe vznikne škoda v dôsledku porušenia „zákona na ochranu tretích osôb“ v zmysle § 823 ods. 2 BGB.

145. V rámci predmetného konania bude úlohou vnútroštátneho súdu preveriť, či vnútroštátne procesné právo a konkrétne § 823 ods. 2 BGB umožňuje príslušnému súdu uložiť orgánu verejnej moci povinnosť konať alebo zdržať sa konania, ak tento orgán porušil povinnosť transparentnosti, a uložiť mu povinnosť vypovedať zmluvu uzatvorenú s podnikom FES a neudeliť súhlas so zmenou subdodávateľa. [63]

146. V tejto súvislosti bude musieť vnútroštátny súd v prvom rade posúdiť, či táto povinnosť predstavuje „zákon na ochranu tretích osôb“ v zmysle uvedeného ustanovenia. Ako uviedol vnútroštátny súd v odôvodnení druhej prejudiciálnej otázky, bude to tak v prípade, ak uvedená povinnosť predstavuje zásadu obyčajového práva.

147. V tejto súvislosti poukazujem na to, že povinnosť transparentnosti je vyjadrením všeobecnej zásady rovnosti zaobchádzania. Táto zásada patrí k základným zásadám práva Spoločenstva a vyplýva priamo z ustanovení Zmluvy. [64] Zakladá práva jednotlivcov a vzťahuje sa na všetky orgány členských štátov, keď vykonávajú právo Spoločenstva. Tieto orgány sú teda povinné v najvyššej možnej miere aplikovať toto právo za podmienok, ktoré neodporujú požiadavkám vyplývajúcim z ochrany základných práv v právnom poriadku Spoločenstva. V rámci prejednávanej veci bude teda vnútroštátny súd povinný vykladať vnútroštátne normy, ktoré priznávajú

62 — Toto ustanovenie znie takto:
„Ak porušovanie vlastníctva vyplýva z inej skutočnosti, ako je odňatie alebo zadržanie veci, vlastník sa môže domáhať, aby porušovateľ upustil od predmetného porušovania. Ak hrozí ďalšie porušenie vlastníctva, vlastník môže podať návrh na uloženie povinnosti zdržať sa konania.“
Z návrhu na začatie prejudiciálneho konania vyplýva, že uvedené ustanovenie bolo aplikované analogicky na iné porušenia (najmä na porušenia života, telesnej integrity, osobnosti, zdravia a slobody) a na niektoré protiprávne konania.

63 — Pozri najmä rozsudky Rodríguez Caballero, už citovaný, bod 30 a citovaná judikatúra; z 27. februára 2003, Santex, C-327/00, Zb. s. I-1877, body 62 a 63, a z 13. marca 2007, Unibet, C-432/05, Zb. s. I-2271, bod 44.

64 — Pozri rozsudok Parking Brixen, už citovaný, body 48 a 49.

súdu právomoc uložiť povinnosť konať alebo zdržať sa konania, tak, aby v najvyššej možnej miere zabezpečil úplnú účinnosť práva Spoločenstva a zaručil ochranu práv, ktoré právo Spoločenstva priznáva žalobkyni.

148. Ak vnútroštátny súd dospeje k záveru, že povinnosť transparentnosti predstavuje „zákon na ochranu tretích osôb“ v zmysle § 823 ods. 2 BGB, bude musieť posúdiť, či sú podmienky, za ktorých vnútroštátny súd môže uložiť povinnosť konať alebo zdržať sa konania v prípade porušenia povinnosti transparentnosti, rovnocenné podmienkam stanoveným v rámci sporu založeného na porušení vnútroštátneho práva. Bude tiež musieť posúdiť, či tieto podmienky nevedú k praktickej nemožnosti alebo nadmernému sťaženiu výkonu práv priznaných právnym poriadkom Spoločenstva.

149. Cieľom predmetného konania je zabezpečiť úplnú účinnosť práva Spoločenstva účinným sankcionovaním porušení povinnosti transparentnosti a zabránením hroziacemu porušeniu tejto povinnosti opätovným protiprávnym uplatnením ustanovenia o subdodávke uvedeného v § 30 IV koncesnej zmluvy.

150. Práve so zreteľom na tento cieľ bude musieť vnútroštátny súd posúdiť, či je potrebné uložiť mestu Frankfurt nad Mohanom a prípadne podniku FES povinnosť vypovedať zmluvy uzatvorené v rozpore s právom Spoločenstva. V tejto súvislosti, ako to vyplýva z návrhu na začatie prejudiciálneho konania, Landgericht Frankfurt am Main uvádza, že porušenie povinnosti transparentnosti môže predstavovať závažný dôvod na vypovedanie koncesnej zmluvy v zmysle § 314 BGB. [65]

151. So zreteľom na tento cieľ bude tiež treba posúdiť, či je potrebné uložiť orgánu verejnej moci, ako aj podniku FES, za okolností, ako sú okolnosti v konaní vo veci samej, povinnosť neuskutočniť zmenu subdodávateľa, pokiaľ ide o dodávku a údržbu verejných toaliet, ktoré sa majú namontovať na železničných staniciach Kornmarkt, Galluswarte a Rödelheim.

152. Preto navrhujem Súdnemu dvoru, aby odpovedal vnútroštátnemu súdu, že ak príslušný vnútroštátny súd rozhodne, že došlo k porušeniu povinnosti transparentnosti

65 — Podľa tohto ustanovenia „každá zmluvná strana môže zo závažného dôvodu vypovedať zmluvu na dobu neurčitú bez dodržania výpovednej lehoty. O závažný dôvod ide vtedy, keď vzhľadom na okolnosti prípadu po zvážení záujmov oboch zmluvných strán nemožno od zmluvnej strany, ktorá vypovedá zmluvu, spravodlivo požadovať, aby zotrvala v zmluvnom vzťahu až do dohodnutého času alebo až do uplynutia výpovednej lehoty“.

v rámci postupu zadávania koncesie na služby, právo Spoločenstva za súčasného právneho stavu nevyžaduje od členských štátov, aby tomuto súdu priznali právomoc uložiť účastníkom konania povinnosť konať alebo zdržať sa konania. Je úlohou vnútroštátneho právneho poriadku každého z členských štátov vymedziť v súlade so zásadami ekvivalencie a efektivity vyplývajúcimi z práva Spoločenstva procesné podmienky, ktoré umožnia príslušnému vnútroštátnemu súdu zabezpečiť úplnú účinnosť práva Spoločenstva a úplnú vykonateľnosť súdneho rozhodnutia, ktoré bolo vydané v súvislosti s existenciou práv uplatňovaných na základe práva Spoločenstva.

VI — Návrh

153. Vzhľadom na predchádzajúce úvahy navrhujem Súdnemu dvoru, aby na prejudiciálne otázky položené Landgericht Frankfurt am Main odpovedal takto:

„1. Ak je v rámci postupu zadávania koncesie na služby totožnosť subdodávateľa podstatnou podmienkou, na základe ktorej verejný obstarávateľ zadal koncesiu, povinnosť transparentnosti vyžaduje, aby členské štáty vyhlásili novú súťaž v prípade, ak chce koncesionár bez oprávnených dôvodov uskutočniť zmenu subdodávateľa pred uskutočnením prvého plnenia. Je úlohou príslušného vnútroštátneho súdu posúdiť, či meno, dobrá povesť a technická odbornosť subdodávateľa, ktorého Frankfurter Entsorgungs- und Service GmbH uviedol pri predložení svojej ponuky, boli podstatnou podmienkou, na základe ktorej mesto Frankfurt nad Mohanom zadalo koncesiu tomuto podniku.

2. Subjekt so zmiešaným kapitálom, akým je Frankfurter Entsorgungs- und Service GmbH, vytvorený v rámci partnerstva s mestom Frankfurt nad Mohanom, je ‚verejnoprávnou inštitúciou' v zmysle článku 1 písm. b) smernice Rady 92/50/EHS z 18. júna 1992 o koordinácii postupov verejného obstarávania služieb, zmenenej a doplnenej smernicou Komisie 2001/78/ES z 13. septembra 2001, ak sa preukáže, že tento subjekt jednak plní potreby všeobecného záujmu, ktoré nemajú priemyselný alebo obchodný charakter, a jednak že jeho riadenie a vedenie sú úzko závislé od tohto verejnoprávneho celku.

Uvedený subjekt plní potreby všeobecného záujmu v zmysle článku 1 písm. b) druhého pododseku prvej zarážky smernice 92/50 v znení zmien a doplnení, ak zabezpečuje zber a spracovanie odpadu a čistenie mestských komunikácií na území verejnoprávneho celku. Na určenie, či tieto služby nemajú priemyselný alebo obchodný charakter, bude musieť príslušný vnútroštátny súd posúdiť podmienky, za ktorých Frankfurter Entsorgungs- und Service GmbH vykonáva svoju činnosť, a najmä stav hospodárskej súťaže v týchto odvetviach.

Takýto subjekt je úzko závislý od verejnoprávneho celku v zmysle článku 1 písm. b) druhého pododseku tretej zarážky smernice 92/50 v znení zmien a doplnení, ak jeho riadenie a jeho riadiace, správne alebo dozorné orgány podliehajú kontrole tohto verejnoprávneho celku. Na určenie presného rozsahu, v akom riadenie Frankfurter Entsorgungs- und Service GmbH podlieha kontrole mesta Frankfurt nad Mohanom, bude musieť príslušný vnútroštátny súd posúdiť, či tento verejnoprávny celok môže prostredníctvom svojho práva veta na valnom zhromaždení alebo prostredníctvom zloženia uvedených orgánov podniku zabezpečiť aktívnu kontrolu nad riadením tohto subjektu a rovnako ovplyvňovať jeho rozhodnutia v oblasti zadávania koncesií na služby.

3. Ak v rámci postupu zadávania zákaziek na služby príslušný vnútroštátny súd rozhodne, že došlo k porušeniu povinnosti transparentnosti, právo Spoločenstva za súčasného právneho stavu nevyžaduje od členských štátov, aby tomuto súdu priznali právomoc uložiť účastníkom konania povinnosť konať alebo zdržať sa konania. Je úlohou vnútroštátneho právneho poriadku každého z členských štátov vymedziť v súlade so zásadami ekvivalencie a efektivity vyplývajúcimi z práva Spoločenstva procesné podmienky, ktoré umožnia príslušnému vnútroštátnemu súdu zabezpečiť úplnú účinnosť práva Spoločenstva a úplnú vykonateľnosť súdneho rozhodnutia, ktoré bolo vydané v súvislosti s existenciou práv uplatňovaných na základe práva Spoločenstva."