STANOVISKO GENERÁLNÍ ADVOKÁTKY CHRISTINE STIX-HACKL přednesené dne 12. ledna 2006 [1]

I – Úvod

1. Podstatou tohoto řízení o předběžné otázce je, za jakých podmínek se zadání veřejné zakázky považuje za zadání zakázky podniku, ve kterém má zadavatel účast, takže se na něj nevztahuje směrnice Rady 93/36/EHS ze dne 14. června 1993 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na dodávky [2] (dále jen „směrnice 93/36"). Jedná se tedy o další věc k výkladu a použití kritérií zavedených rozsudkem ve věci Teckal [3] a – alespoň částečně – blíže upřesněných ve věci Stadt Halle [4].

2. Jinak patří toto řízení do řady – částečně již rozhodnutých [5] – řízení, která se týkají zadávání veřejných zakázek v oblasti zásobování energií nebo likvidace odpadů italskými obcemi.

II – Právní rámec: právo Společenství

3. Směrnice 93/36 stanoví v článku 1 základní pravidla týkající se rozsahu její působnosti.

4. Článek 1 úvodní věta a písm. a) znějí:

„Pro účely této směrnice:

a) ‚veřejnými zakázkami na dodávky' se rozumí zakázky sjednané písemně

1 — Původní jazyk: němčina.

2 — Úř. věst. L 199, s. 1; Zvl. vyd., 06/02, s. 110.

3 — Rozsudek ze dne 18. listopadu 1999, Teckal (C-107/98, Recueil, s. I-8121).

4 — Rozsudek ze dne 11. ledna 2005, Stadt Halle a RPL Lochau (C-26/03, Sb. rozh. s. I-1).

5 — Viz např. usnesení ze dne 14. listopadu 2002, Comune di Udine (C-310/01, Úř. věst. 2003, C 55); rozsudek ze dne 9. září 1999, RISAN (C-108/98, Recueil, s. I-5219).

úplatnou smlouvou mezi dodavatelem (fyzickou nebo právnickou osobou) a zadavatelem uvedeným níže v písm. b), týkající se koupě zboží, koupě najaté věci, koupě nebo nájmu zboží na splátky s předkupním právem nebo bez něho. Dodávka tohoto zboží může dále obsahovat instalační a umísťovací práce;".

5. V bodech 49 a 50 rozsudku ve věci Teckal Soudní dvůr již stanovil zásady, podle kterých se pro některé postupy tato směrnice nepoužije:

„49 K zodpovězení otázky existence smlouvy musí soud prověřit, zda byla uzavřena dohoda mezi dvěma odlišnými subjekty.

50 K tomu podle čl. 1 písm. a) směrnice 93/36 v zásadě postačuje, aby zakázka byla sjednána smlouvou mezi regionálním nebo místním orgánem na straně jedné a subjektem právně odlišným od tohoto orgánu na straně druhé. Může tomu být jinak pouze v případě, že regionální nebo místní orgán nad dotčeným subjektem vykonává kontrolu obdobnou kontrole, kterou vykonává nad vlastními organizačními složkami, a že tento subjekt uskutečňuje většinu své činnosti s obcí nebo obcemi, které jej vlastní."

6. První z obou uvedených podmínek Soudní dvůr dále upřesnil v rozsudcích ve věci Stadt Halle [6] a ve věci Parking Brixen [7].

7. Směrnice Rady 93/38/EHS ze dne 14. června 1993 o koordinaci postupů při zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a telekomunikací [8] (dále jen „směrnice 93/38") obsahuje ustanovení pozměněné směrnicí Evropského parlamentu a Rady 2004/17/ES ze dne 31. března 2004 o koordinaci postupů při zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb [9], týkající se zadávání veřejných zakázek podnikům, které mají k zadavateli blízký vztah.

8. Článek 13 odst. 1 směrnice 93/38 stanoví:

„1. Tato směrnice se nevztahuje na zakázky na služby, které:

a) zadavatel zadává přidruženému podniku;

6 — Rozsudek ve věci C-26/03 (uvedený v poznámce pod čarou 4).

7 — Rozsudek ze dne 13. října 2005, Parking Brixen (C-458/03, Sb. rozh. s. I-8585).

8 — Úř. věst. L 199, s. 84; Zvl. vyd. 06/02, s. 194.

9 — Úř. věst. L 134, s. 1; Zvl. vyd. 06/07, s. 19.

b) jsou zadávány společným podnikem vytvořeným několika zadavateli za účelem provedení činnosti ve smyslu čl. 2 odst. 2 jednomu z těchto zadavatelů nebo podniku, který je přidružen k jednomu z těchto zadavatelů,

za předpokladu, že alespoň 80% průměrného obratu výše uvedeného podniku za služby dosaženého v rámci Společenství za předchozí tři roky pochází z poskytování takových služeb podnikům, ke kterým je přidružen.

Pokud více než jeden podnik přidružený k zadavateli poskytuje stejné nebo podobné služby, bere se v úvahu celkový obrat těchto podniků pocházející z poskytování služeb."

III – Skutkový stav a původní řízení

9. Obec Busto Arsizio (dále jen „obec") dne 22. září 2003 zveřejnila vyhlášení veřejné zakázky na dodávky energie, jakož i údržbu a uvedení do souladu s předpisy a technickou modernizaci zařízení pro vytápění budov obce (zakázka v hodnotě 8 450 000 eur navýšená o daň z přidané hodnoty (DPH) byla rozdělena na částku 5 700 000 eur za dodávku paliv – obsahujících 4/5 topné nafty a 1/5 metanu –, částku 1 000 000 eur za údržbu vytápěcích zařízení a částku 1 750 000 eur za uvedení do souladu s předpisy a technickou modernizaci uvedených zařízení).

10. Obec rozhodnutím č. 804 ze dne 21. listopadu 2003 přerušila zadávací řízení až do 10. prosince 2003, v očekávání případného rozhodnutí o přímém zadání zakázky. Žalobkyně Carbotermo SpA (dále jen „Carbotermo") předložila svou nabídku dne 22. listopadu 2003. Consorzio Alisei (dále jen „Alisei") připravilo technickou nabídku, avšak nepředložilo ji v původně stanovené lhůtě do 24. listopadu 2003, neboť mu bylo dne 21. listopadu 2003 doručeno sdělení obce o přerušení zadávacího řízení až do 10. prosince 2003 a později oznámení o odvolání zadávacího řízení.

11. Rozhodnutím č. 857 ze dne 10. prosince 2003 obec Busto Arsizio odvolala zadávací řízení, přičemž si vyhradila možnost zadat zakázku později přímo AGESP SpA (dále jen „AGESP").

12. AGESP je 100% vlastněna společností AGESP Holding SpA [10], která sama je akciovou společností, jejíž základní kapitál vlastní z 99,98% obec [11]. Zbývající podíly vlastní sousední obce ve stejné provincii.

13. Dne 18. prosince 2003 byla dotčená zakázka zadána přímo AGESP.

14. Carbotermo a Alisei napadly tato rozhodnutí žalobou před Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia. Ten obě věci spojil a usnesením ze dne 27. května 2004, doručeným Kanceláři Soudního dvora dne 9. srpna 2004, položil Soudnímu dvoru tyto předběžné otázky:

„1) Je přímé zadání zakázky na dodávky paliv pro vytápěcí zařízení budov, jež vlastní obec nebo které spadají do její pravomoci, zakázky týkající se rovněž řízení a údržby uvedených zařízení (ve které však převažuje hodnota dodávek) akciové společnosti, jejíž kapitál je za současných okolností celkově vlastněn akciovou společností, jejímž většinovým akcionářem je zadávající obec (ve výši 99,98%), tedy společnosti (AGESP), která není přímo vlastněna veřejnoprávním orgánem, avšak jinou společností (AGESP Holding), jejíž kapitál v současné době vlastní ve výši 99,98% veřejnoprávní orgán, slučitelné se směrnicí 93/36 [...]?

2) Je třeba pro posouzení podmínky, podle které podnik, kterému byla zakázka na dodávky zadána přímo, musí uskutečňovat většinu své činnosti s obcí, která jej vlastní, použít článek 13 směrnice 93/38 [...] a může být uvedená podmínka považována za splněnou, pokud dotčený podnik uskutečňuje většinu svého obratu s veřejným orgánem, který jej vlastní, nebo popřípadě pokud uskutečňuje většinu svého obratu na území uvedené obce?“

10 — Podle článku 7 stanov AGESP „žádný společník, s výjimkou mateřské společnosti AGESP Holding SpA, nemůže vlastnit více než 10% celkového kapitálu společnosti“.

11 — Podle článku 6 stanov AGESP Holding SpA je většina akcií vyhrazena obci.
Podle článku 7 stanov AGESP Holding SpA „žádný akcionář, soukromá osoba, nemůže vlastnit více než 10% celkového kapitálu společnosti“.

IV – K předběžným otázkám

15. Obě předběžné otázky se v zásadě týkají dvou kumulativních podmínek, při jejichž splnění se na některé veřejné zakázky zadané podniku, ve kterém má zadavatel účast, nevztahuje směrnice 93/36 (tzv. výjimka Teckal nebo kritéria Teckal): kontrola obdobná kontrole vykonávané nad vlastními organizačními složkami, a výkon podstatného rozsahu činnosti pro vlastníka svých podílů. Jsou-li tyto dvě podmínky splněny, nepoužijí se ani ustanovení směrnice, jako např. dodržování určitých procesních předpisů.

16. Pro vyjasnění je nutno zdůraznit, že v projednávané věci je rozhodující tehdejší právní stav, tedy nikoli nový stav tzv. legislativního balíčku.

V – Úvodní poznámky

17. Projednávaná věc, stejně jako dřívější věci, ukázala, že kritéria Teckal spočívají v řadě neurčitých pojmů, které vzbuzují množství právních otázek a přinášejí potíže při vymezení. Ve světle těchto zkušeností se naskýtá otázka, jak by mohl Soudní dvůr tuto situaci co nejpřesněji vyjasnit z právního hlediska, a poskytnout tak dotčeným subjektům právní jistotu: jedna možnost by spočívala v tom, že by Soudní dvůr zpřesnil svou judikaturu nejen v jednotlivých případech, ale též obecněji než dosud. Jiné řešení by spočívalo v odstranění nejistot vytvořených rozsudkem Teckal rozsáhlou revizí relevantní judikatury. V listopadu 1999 otevřel Soudní dvůr rozsudkem ve věci Teckal dveře výjimkám ze směrnice. Otázka, jak daleko tyto výjimky jdou, však zůstává nejasná.

18. Právě projednávaná věc ukazuje, že tato okolnost má dopad také na vnitrostátní nejvyšší soudy, jako je italský Consiglio di Stato. Tak obecné zásady Consiglio di Stato pro zadávání zakázek podniku, ve kterém má zadavatel účast, se opírají – podle usnesení o předběžné otázce – o rozhodnutí Soudního dvora [12]. Zda je naopak tato judikatura v souladu s judikaturou Soudního dvora, zde není důležité. Původní řízení, stejně jako jiná řízení probíhající též v jiných členských státech, v každém případě ukazuje, že judikatura Soudního dvora zjevně neobsahuje jasné pokyny pro dotčené hospodářské kruhy a soudy členských států.

12 — Rozhodnutí ve věci C-310/01 (uvedené v poznámce pod čarou 5).

19. Abych umožnila Soudnímu dvoru volbu mezi různými alternativami, navzdory svým výhradám upřesním dále výjimku Teckal v obecnější formě. Soudnímu dvoru zůstává vždy možnost zvolit druhou variantu.

VI – První kritérium: kontrola obdobná kontrole vykonávané nad vlastními organizačními složkami

20. Projednávaná věc vykazuje několik zvláštností, jimiž se celkově liší od jiných dosud nerozhodnutých nebo již rozhodnutých věcí týkajících se tzv. Public-Private-Partnerships (dále jen „PPP").

21. Na rozdíl od skutkové podstaty, kterou soud zkoumal ve věci Stadt Halle, v této věci zřejmě chybí účast soukromého podniku. Dále jde v projednávané věci o jinou právní formu společnosti než ve věci Stadt Halle, totiž o akciovou společnost. Na rozdíl od věcí Parking Brixen [13] nebo Teckal zde nedošlo k zadání zakázky dceřiné společnosti, nýbrž dceři dceřiné společnosti regionálního či místního orgánu.

13 — Rozsudek ve věci C-458/03 (uvedený v poznámce pod čarou 7).

A – *Právní posouzení nepřímých účastí*

22. Prvním charakteristickým znakem skutkové podstaty, kterou má Soudní dvůr v projednávané věci zkoumat, je – obdobně jako ve věci Stadt Halle – okolnost, že zakázka není zadána přímo subjektu, ve kterém má regionální nebo místní orgán přímou účast.

23. V této souvislosti se naskýtá otázka, zda kritéria Teckal jsou v zásadě použitelná také na situace nepřímé účasti, tj. zda se ustanovení směrnice nepoužijí také u postupů, kdy má veřejný zadavatel, jemuž je služba poskytována, v dotčeném subjektu účast pouze prostřednictvím další společnosti.

24. Komise i polská vláda ze zásadních důvodů tento výklad odmítají.

25. Judikatura Soudního dvora k tomu neposkytuje žádné jasné vysvětlení. To platí i po rozsudku ve věci Parking Brixen.

26. Skutečnost, že Soudní dvůr ve věci Stadt Halle vůbec zkoumal, zda jsou splněny podmínky pro použití obou kritérií Teckal, hovoří pro zásadní přípustnost použití těchto kritérií také na případy nepřímé účasti. Z toho by se dalo usoudit, že došlo v zásadě k implicitnímu uznání.

27. Znění rozsudku ve věci Stadt Halle však, jak se zdá, ukazuje jiným směrem. Formulace v bodě 49 zní: „[...] realizuje podstatnou část své činnosti ve spolupráci s veřejným orgánem nebo veřejnými orgány, jimž patří účast v tomto subjektu". Z toho by se dalo odvodit, že by mělo dojít k přímé výměně služeb mezi veřejným zadavatelem jako vlastníkem účastí a subjektem, v němž uvedené účasti vlastní.

28. Protože se však tato formulace vztahuje výslovně na druhé kritérium, týkající se většiny činností, bylo by samozřejmě možné učinit závěr, že rozsudek ve věci Teckal se nijak výslovně nevyjadřuje k možnosti, zda může být první kritérium splněno také nepřímými účastmi.

29. Okolnost, že věc Teckal se týkala smíšeného veřejnoprávního subjektu a že Soudní dvůr zavedením tzv. kritérií Teckal takovou situaci implicitně uznal, však naproti tomu hovoří ve prospěch názoru, že také nepřímé účasti mohou být v zásadě zahrnuty. Podmínkou však je, aby kritérium kontroly bylo splněno na všech úrovních účasti.

30. Pokud jde o toto kritérium, podle rozsudku ve věci Parking Brixen záleží na tom, zda existuje možnost „rozhodujícího vlivu jak na strategické cíle, tak na důležitá rozhodnutí". K tomu je nutno vzít v úvahu všechny použitelné právní předpisy a relevantní okolnosti [14]. Podle tohoto rozsudku se však zdá, že není nutné, aby byl tento vliv také skutečně uplatňován.

B – *Právní posouzení smíšených veřejnoprávních subjektů*

1. Zásady

31. Skutková podstata původního řízení vykazuje ještě jednu zvláštnost, která ji

14 — Rozsudek ve věci C-458/03 (uvedený v poznámce pod čarou 7), bod 65.

odlišuje od skutkové podstaty věci Stadt Halle. V projednávané věci totiž nejde o smíšený hospodářský subjekt, nýbrž o subjekt, přesněji řečeno, o jeho mateřskou společnost, ve které nemají podíl žádné soukromé podniky. To sice nevyplývá ze samotného předkládacího usnesení, plyne to však ze zbývající části spisu. Účast jiných společností navíc představuje podíl pouze 0,02%. Protože zbývající podíl vlastní ostatní obce, tedy veřejnoprávní subjekty, jde o smíšený veřejnoprávní podnik, tzv. „Public-Public-Partnership".

32. Zařadíme-li skutkovou podstatu projednávané věci do rámce judikatury Soudního dvora, vypadá situace takto: na jedné straně se ukazuje podstatný rozdíl oproti věci Stadt Halle, v níž šlo o smíšený hospodářský subjekt; na druhé straně je zřejmá paralela s věcí Teckal, v níž šlo o smíšený veřejnoprávní subjekt. Společnost AGAC, která měla v posledně jmenované věci plnit zakázku na dodávky, sice měla vlastní právní subjektivitu, nicméně byla založena z iniciativy několika obcí.

33. Kromě rozsudku ve věci Teckal hovoří pro použití výjimky Teckal na smíšené veřejnoprávní subjekty též okolnost, jak jsem již uvedla, že pro Soudní dvůr bylo v rozsudku ve věci Stadt Halle [15] rozhodující, že soukromé podniky sledují jiné zájmy než regionální nebo místní orgány.

34. V projednávané věci však jde pouze o účast obcí, nikoli o soukromé zájmy. Protože obce sledují cíle veřejného zájmu, dalo by se přinejmenším na první pohled vycházet z toho, že splňují kritérium kontroly i při nejpřísnějším výkladu. To platí vždy v případě, kdy je podmínka souladu zájmů [16] chápána tak, že je splněna již při pouhé absenci soukromých zájmů. Samozřejmě není vyloučeno – a chování obcí jako hospodářských subjektů to potvrzuje – že obce mohou zastupovat různé zájmy. V takovém případě již soulad zájmů neexistuje.

35. Také by nemělo být zamlčeno, že ve věci Teckal šlo o tzv. „azienda municipalizzata", a nikoli o akciovou společnost jako v projednávané věci. K významu právní formy společnosti se ještě vrátím.

15 — Rozsudek ve věci C-26/03 (uvedený v poznámce pod čarou 4), bod 50.

16 — Srov. přístup generální advokátky J. Kokott v jejím stanovisku ze dne 1. března 2005 ve věci C-458/03 (rozsudek uvedený v poznámce pod čarou 7), bod 74 a násl.

36. Odpověď na otázku, jak se má zacházet se smíšenými veřejnoprávními subjekty, by však měla být dána ve světle zásady výkladu výslovně potvrzené v rozsudku ve věci Stadt Halle, podle níž se má každá výjimka z povinnosti použít předpisy Společenství vykládat restriktivně [17].

37. Již v rozsudku ve věci Stadt Halle, ve kterém nešlo o účast více majitelů podílu, však Soudní dvůr potvrdil zásadní použitelnost výjimky Teckal na společnosti vlastněné více majitely podílu. To je možné odvodit ze skutečnosti, že Soudní dvůr [18] nejen doslova převzal výjimku Teckal, nýbrž také připomněl, že ve věci Teckal byl subjekt vlastněn „veřejnými orgány". Soudní dvůr zde tedy použil množné číslo nejen s ohledem na druhé kritérium výjimky Teckal.

38. Z toho tedy plyne, že i subjekty vlastněné více majiteli podílu mohou v zásadě spadat pod tuto výjimku.

39. Aby byla výjimka Teckal použitelná na projednávanou věc, bylo by však nutno jít ještě o krok dále, protože v této věci jde navíc o nepřímou účast. Podle mého názoru nelze použitelnost výjimky Teckal i na takové situace předem všeobecně a abstraktně vyloučit.

40. Naopak, i v tomto případě je třeba konkrétně prověřit, zda je splněno kritérium kontroly. Přitom je třeba dbát na měřítko stanovené Soudním dvorem ve věci Parking Brixen. Podle něj záleží na tom, zda kontrolovaný subjekt disponuje jen určitou mírou autonomie [19], a to vůči svým majitelům podílu [20].

41. Protože v projednávané věci existuje na základě stanov možnost účasti soukromých osob, je třeba z hlediska kritéria kontroly zjistit, zda případné otevření kapitálu společnosti soukromým osobám v budoucnu má právní význam.

42. Pokud jde o otevření kapitálu společnosti soukromým osobám, dalo by se rozlišovat podle toho, zda je účast soukromých osob pouze možná, nebo zda jde o právní povinnost. V první skupině případů by se

17 — Rozsudek ve věci C-26/03 (uvedený v poznámce pod čarou 4), bod 46.

18 — Rozsudek ve věci C-26/03 (uvedený v poznámce pod čarou 4), bod 49.

19 — Rozsudek ve věci C-458/03 (uvedený v poznámce pod čarou 7), bod 70.

20 — Rozsudek ve věci C-458/03 (uvedený v poznámce pod čarou 7), bod 68.

dalo dále rozlišovat, zda byla možnost později skutečně využita, nebo ne – případ, že k otevření již došlo, jako ve věci Stadt Halle, je v projednávané věci již předem vyloučen.

43. Komise v tomto ohledu zastávala názor, že i pouhá potenciální účast soukromých osob, která vyplývá například ze stanov kapitálové společnosti, hovoří pro argument, že kritérium kontroly není splněno.

44. Proti tomuto extrémnímu stanovisku zastávanému Komisí hovoří především zásadní úvahy. Například právní kvalifikace projektů PPP by tak závisela pouze na *možném* budoucím vývoji. Bylo by však irelevantní, zda k němu *skutečně* dojde. Takový přístup je v systému směrnic o zadávání veřejných zakázek novinkou. Navíc by podle práva dotčeného členského státu mohlo být dokonce zakázáno znemožnit ve stanovách převod podílů na soukromé osoby.

45. Samozřejmě zásada ochrany před podvody, na které jsou směrnice o zadávání veřejných zakázek založeny, naopak ukládá, aby byly zohledněny určité události, ke kterým došlo po zadání prací, tj. po přidělení zakázky. To se týká zejména případů, kdy k otevření kapitálu v okamžiku udělení zakázky ještě nedošlo, avšak už existoval konkrétní plán v tomto smyslu.

46. Je sporné, zda rozsudek ve věci Parking Brixen na tomto posouzení něco mění. Proti tomu hovoří fakt, že na rozdíl od projednávané věci tam bylo otevření společnosti pro cizí kapitál předepsáno a představovalo pouze jedno z pěti kritérií podstatných pro posouzení [21]. To však samozřejmě ještě nevylučuje, že samotná možnost otevření – třebaže pouze spolu s jinými zvláštnostmi charakterizujícími skutkovou podstatu sporu v původním řízení – může vést k tomu, že v projednávané věci není splněno kritérium minimální kontroly. Proto bude nutno ještě přezkoumat tyto jiné zvláštnosti a jejich význam z hlediska kontroly.

47. V této souvislosti je totiž třeba poukázat též na skutkovou podstatu sporu, na níž je založena žaloba pro nesplnění povinnosti proti Rakouské republice [22], a na nedávné právní posouzení Soudního dvora v této věci.

21 — Rozsudek ve věci C-458/03 (uvedený v poznámce pod čarou 7), bod 67.

22 — Rozsudek ze dne 10. listopadu 2005 ve věci C-29/04 (Komise v. Rakousko, Sb. rozh. s. I-9705).

48. Ve věci Komise v. Rakousko šlo o převedení likvidace odpadů obcí Mödling na společnost s ručením omezeným, tedy z obce na 100% vlastněnou dceřinou společnost. Asi dva týdny po převedení likvidace se obec rozhodla postoupit 49% podíl soukromému podniku. Toto postoupení se uskutečnilo asi o dva týdny později. Provádění převedené činnosti začalo několik týdnů poté.

49. Ve svém rozsudku ze dne 10. listopadu 2005 Soudní dvůr zdůraznil, že tato veřejná zakázka se má posuzovat s ohledem na všechny fáze a jejich cíle, nikoli izolovaně [23]. Tato okolnost hovoří ve prospěch argumentu, že je třeba zohlednit také vývoj, k němuž došlo po udělení zakázky, jak Soudní dvůr v uvedené věci výslovně zdůrazňuje [24]. V uvedeném řízení však na rozdíl od projednávané věci šlo o události, ke kterým *skutečně* došlo. V uvedené věci totiž obec skutečně využila možnost otevření společnosti soukromému kapitálu. V době, kdy se Soudní dvůr vyjádřil k celkovému průběhu, již k tomuto otevření došlo.

50. Na rozdíl od uvedené věci není možné ze spisů projednávaného případu vyčíst, zda, případně kdy, došlo k převodu podílů na soukromé osoby, nebo zda existovaly plány v tomto smyslu. Z tohoto pohledu neposkytuje ani rozsudek ve věci Parking Brixen, ani rozsudek ve věci Komise v. Rakousko dostatečný podklad pro závěr, že pouhá *možnost* otevření společnosti soukromým osobám je dostatečná.

51. Proto se dá předpokládat, že dosavadní judikatura v zásadě nevylučuje použití výjimky Teckal na zadávání zakázek smíšeným veřejnoprávním subjektům. Proto dále popíši podmínky, které musí takové postupy splňovat.

2. Jednotlivé podmínky

52. Podmínky, za nichž může být pro veřejné zakázky smíšeným veřejnoprávním subjektům použitelná výjimka Teckal, se týkají vztahu mezi dotčeným subjektem a veřejnoprávními orgány, které v ní mají přímou nebo nepřímou účast.

23 — Rozsudek ve věci C-29/04 (uvedený v poznámce pod čarou 22), bod 41.

24 — Rozsudek ve věci C-29/04 (uvedený v poznámce pod čarou 22), bod 38.

53. Především je nutno odmítnout argument vznesený v projednávané věci, že výjimka Teckal zahrnuje pouze tzv. „meziorgánové nebo organizační delegace" nebo organizační členění regionálního nebo místního orgánu. Judikatura Soudního dvora neobsahuje žádný odkaz na takové kategorie.

54. Obecně Soudní dvůr v tomto kontextu, a zejména též v rozsudku ve věci Parking Brixen, vychází z věcného, nikoli formálního výkladu. Proto, jak ještě podrobněji ukáži, záleží na uspořádání vztahů mezi dotčenými stranami. Konkrétně je třeba zkoumat všeobecné abstraktní předpisy, jako je vnitrostátní právo společností, i konkrétní úpravu dotčeného subjektu, jako např. stanovy [25].

55. V projednávané věci není subjektem, který má poskytovat služby, společnost s ručením omezeným podle německého práva jako ve věci Stadt Halle, nýbrž akciová společnost podle italského práva (SpA).

56. V projednávané věci jsou použitelná příslušná ustanovení italského Codice civile (dále jen „C.C.").

57. Projednávaný případ vykazuje rozdíl také oproti subjektu, který byl zkoumán ve věci Teckal. Zatímco předmětem uvedené věci byla právní forma tzv. „azienda municipalizzata", projednávaná věc se týká společnosti AGESP, která sice původně fungovala pod zmíněnou právní formou, ale rozhodnutím č. 148 ze dne 24. září 1997 byla přeměněna na akciovou společnost.

58. Akciové společnosti mají také podle italského práva v zásadě větší autonomii než společnosti s ručením omezením.

59. Podle mého mínění abstraktní zkoumání možností vlivu akcionářů na akciové společnosti a jejich dceřiné společnosti podle C.C. nestačí. Jak jsem již uvedla, je třeba naopak analyzovat konkrétní úpravu vztahu mezi společností a dceřinou společností její dceřiné společnosti a mezi mateřskou a dceřinou společností [26].

25 — Jak vyplývá z rozsudku ve věci C-458/03 (uvedený v poznámce pod čarou 7), body 66 a násl.

26 — Srov. mé stanovisko ve věci C-26/03 (rozsudek uvedený v poznámce pod čarou 4), bod 65.

60. Právní forma akciové společnosti, např. podle italského práva, tedy sama o sobě „nevadí". To ostatně vyplývá také z rozsudku ve věci Parking Brixen, v němž šlo rovněž o akciovou společnost podle italského práva. Již samotný fakt, že Soudní dvůr nepovažoval tuto okolnost za dostatečnou k tomu, aby učinil závěr, že společnost je autonomní, a tedy že kontrola je nedostatečná, hovoří ve prospěch argumentu, že právní forma italské akciové společnosti sama o sobě nevylučuje existenci dostatečné kontroly.

61. Nicméně přeměna vlastního podniku na akciovou společnost představuje přinejmenším jednu z více okolností, které je nutno při posuzování autonomie brát v úvahu [27].

62. Pokud jde o zkoumání konkrétní úpravy, záleží vždy na konkrétních kontrolních pravomocích jednotlivých akcionářů, a nikoli na způsobu, jakým jsou uplatňovány v praxi [28]. Tento názor potvrdil Soudní dvůr ve věci Parking Brixen, když zkoumal stanovy dotčené akciové společnosti [29].

63. Dále se kontrolní pravomoci akcionáře nebo akcionářů nesmějí vztahovat pouze na rozhodnutí o udělování veřejných zakázek obecně nebo na konkrétní rozhodnutí o udělení dané veřejné zakázky [30], nýbrž na celkové vedení společnosti.

64. Pokud jde o prostředky kontroly, zpravidla přicházejí v úvahu pravomoc vydávat pokyny, dozorčí pravomoci a pravomoc jmenování. Přitom je třeba vycházet ze zásady, že důležité jsou konkrétní možnosti ovlivňování, a tedy nikoli pouze právní předpisy [31].

65. Konečně je třeba ještě analyzovat argument přednesený v projednávané věci, že posouzení nákupní transakce a použití výjimky Teckal závisí na chování zúčastněných, tedy kontrolující a kontrolované společnosti při konkrétním zadání veřejné zakázky.

66. Z chování zúčastněných, a zejména smíšeného veřejnoprávního subjektu, při zadá-

27 — Rozsudek ve věci C-458/03 (uvedený v poznámce pod čarou 7), bod 67.

28 — Srov. mé stanovisko ve věci C-26/03 (rozsudek uveden v poznámce pod čarou 4), bod 76.

29 — Rozsudek ve věci C-458/03 (uveden v poznámce pod čarou 7), body 66 a násl.

30 — Srov. mé stanovisko ve věci C-26/03 (rozsudek uveden v poznámce pod čarou 4), bod 77.

31 — Rozsudek ve věci C-458/03 (uveden v poznámce pod čarou 7), bod 65.

vacím řízení, by se tak dalo usuzovat na jejich nezávislost na zadavateli.

67. V projednávané věci se v tomto ohledu poukazovalo hlavně na obsah smlouvy. Zejména smluvní pokuta za nedosažení určitých cílů se měla považovat za indicii nezávislosti AGESP.

68. Protože kritérium kontroly se vztahuje na vliv na celkové řízení společnosti, nemůže být chování zkoumané společnosti v konkrétním zadávacím řízení rozhodující. To by totiž mohlo vést k situaci, kdy by stejný subjekt v jednom zadávacím řízení spadal pod výjimku Teckal, a v jiném nikoli. Judikatura Soudního dvora však neobsahuje nic, co by takový postup umožňovalo. Naopak, Soudní dvůr spojuje kvalifikaci vztahu, a tedy splnění kritéria kontroly, s okolnostmi, které se týkají dotčených osob.

69. Konkrétní posouzení, zda obecné abstraktní právní předpisy vnitrostátního práva a konkrétní úprava obsažená ve stanovách dotčené společnosti, v projednávané věci zejména v článku 19, zajišťují dostatečnou kontrolu, závisí na hodnocení konkrétních okolností případu. Takové hodnocení a výklad vnitrostátního práva však v souladu s dělbou pravomocí podle článku 234 ES není úkolem Soudního dvora, nýbrž vnitrostátního soudu.

C – *Předběžné závěry*

70. Kritérium kontroly obdobné kontrole vykonávané nad vlastními organizačními složkami může být v zásadě splněno také u smíšených veřejnoprávních subjektů. Posouzení skutkových okolností původního řízení přísluší vnitrostátnímu soudu. Ten musí v projednávané věci vzít v úvahu tyto okolnosti:

— zájmy akcionářů;

— přeměnu „azienda municipalizzata" na akciovou společnost;

— skutečnost, že otevření společnosti cizímu kapitálu nebylo povinně stanoveno ani k němu nedošlo;

— možnost AGESP zakládat pobočky i v zahraničí;

— možnosti vlivu na jmenování správní rady a vedení společnosti;

— pravomoci správní rady AGESP a

— okolnost, že obec vlastní nepřímo podíl v AGESP prostřednictvím AGESP Holding.

71. Soudní dvůr by mohl samozřejmě v projednávané věci – jako to učinil již ve věcech Stadt Halle a Parking Brixen – sám provést definitivní posouzení případu, jakým je ten v původním řízení. Protože se výše uvedené okolnosti, k nimž přistupuje ještě nepřímá účast, do značné míry shodují s okolnostmi věci Parking Brixen [32], je možné – na základě dosavadní judikatury, která je namnoze považována za příliš přísnou – učinit závěr, že za okolností původního řízení není splněno první kritérium, tedy dostatečná kontrola obdobná kontrole vykonávané nad vlastními organizačními složkami.

72. Pokud by naopak Soudní dvůr využil této příležitosti k vyjasnění své dosavadní judikatury v tom smyslu, že alespoň některé smíšené veřejnoprávní společnosti mohou kritérium kontroly splňovat, a došel by k závěru, že tomu tak je i v původním řízení, nabízela by se Soudnímu dvoru příležitost – poprvé – blíže upřesnit druhé kritérium Teckal, tedy kritérium většiny činnosti.

VII – Druhé kritérium: výkon podstatného rozsahu činnosti pro vlastníka podílů

73. Na rozdíl od prvního kritéria Teckal neexistuje k druhému kritériu od vydání uvedeného rozsudku žádná judikatura Soudního dvora, která by je blíže vysvětlovala. Projednávaná věc poskytuje Soudnímu dvoru příležitost tak učinit.

74. Spor v původním řízení se týká situace, kdy na prvním stupni, tedy ve vztahu mezi

32 — Rozsudek ve věci C-458/03 (uveden v poznámce pod čarou 7), bod 67.

obcí a AGESP Holding, vlastní obec téměř 100% podíl, a na druhém stupni, tedy ve vztahu mezi AGESP Holding a AGESP, vlastní AGESP Holding 100% podíl.

75. Stejně jako ve věci Stadt Halle jde také v projednávané věci o nepřímou účast. Je tedy třeba zkoumat, zda také činnost „dcery dceřiné společnosti" vůči původní mateřské společnosti může v zásadě splnit druhé kritérium Teckal.

A – *Výchozí teze*

76. Protože Soudní dvůr v rozsudku ve věci Stadt Halle nemusel vzhledem k výkladu prvního kritéria vykládat kritérium druhé, je jen logické, budu-li opakovat svůj názor, který jsem v tomto ohledu zastávala ve stanovisku k věci Stadt Halle.

77. Druhé kritérium stanovené v rozsudku ve věci Teckal ohledně většiny činnosti se týká určitého minimálního podílu na celkové činnosti kontrolované společnosti. Jde tedy o určení rozsahu činností uskutečňovaných celkově a činností uskutečňovaných pro majitele podílu v širším slova smyslu.

78. V této souvislosti je však třeba upozornit, že z okolnosti, že pojem „majitel podílu" se nemá vykládat příliš restriktivně, ještě není možné usoudit, že zahrnuje také činnosti poskytované třetím osobám, které by majitel podílu jinak stejně musel vykonat. To se v praxi týká v první řadě služeb veřejného zájmu, a tedy obcí (komun), které mají vůči určitým osobám povinnost poskytovat určité služby.

79. Dále je třeba vyjasnit, že důležité jsou skutečně vykonávané činnosti, nikoli činnosti, které jsou možné podle zákona nebo stanov společnosti nebo dokonce které má kontrolovaná společnost povinnost vykonávat [33].

80. Ústřední otázka zní, od jakého podílu je dosaženo prahové hodnoty druhého kritéria Teckal. Na to existují různé názory. Jejich šíře sahá od více než 50%, přes „významný podíl", „podstatný", „téměř výlučný" až po „výlučný".

33 — Viz stanovisko generální advokátky J. Kokott ze dne 1. března 2005 ve věci C-458 (rozsudek uveden v poznámce pod čarou 7), bod 81, které následuje mé stanovisko.

81. Pokud jde o tuto prahovou hodnotu, existuje nejen pozitivní přístup založený na zkoumání rozsahu služeb poskytovaných pro vlastníky podílů, ale též negativní přístup. Podle něj by se mělo vycházet z toho, jak vysoký je podíl služeb poskytovaných jiným osobám než majitelům podílu. Tento přístup se objevuje ve stanovisku generálního advokáta Légera ve věci ARGE. Podle něj „je směrnice použitelná, jestliže tento subjekt uskutečňuje většinu činnosti *pro jiné* hospodářské subjekty nebo regionální nebo místní orgány, než které tvoří zadavatele veřejných zakázek“ [34]. Avšak vzhledem k tomu, že ve věci Teckal byl pro druhé kritérium zvolen pozitivní přístup, nebudu se zde negativním přístupem dále zabývat.

82. V uvedeném úryvku stanoviska generálního advokáta Légera je však formulován ještě jiný důležitý aspekt, který je nutno zohlednit při určování podílu.

83. Naskýtá se otázka, zda druhé kritérium Teckal dovoluje pouze kvantitativní pohled, nebo zda se mají brát v úvahu také kvalitativní okolnosti. Pro druhou možnost hovoří znění a smysl výjimky, která neuvádí, jak se mají činnosti hodnotit. Také závazné znění příslušné části rozsudku Teckal, tedy italská verze, nevylučuje dodatečně nebo alternativně kvalitativní přístup („la parte più importante della propria attività“).

84. Rozsudek ve věci Teckal jinak neobsahuje ani náznak metody výpočtu podílu. Není proto nijak samozřejmé, že by záleželo pouze na obratu.

85. Vnitrostátní soudce tedy má podle mého názoru posoudit „většinu činnosti“ na základě kvantitativních i kvalitativních okolností.

86. V této souvislosti je třeba připomenout, že stanoviska jsou závazná v jazyce, který generální advokát zvolí jako původní. Podle této zásady vyplývá ze stanoviska generálního advokáta Légera, že se na jedné straně odvolává na „quasi-exclusivité“ poskytovaných služeb, což se v německé verzi překládá jako „sämtliche Dienstleistungen“ [35]. Na druhé straně se opírá o znění druhého kritéria Teckal v jazyce řízení, v italštině,

34 — Stanovisko generálního advokáta P. Légera ze dne 15. června 2000 ve věci C-94/99 (rozsudek ze dne 7. prosince 2000, ARGE, Recueil, s. I-11037), bod 93 (kurziva provedena autorkou tohoto stanoviska).

35 — Stanovisko generálního advokáta P. Légera ve věci C-94/99 (uvedené v poznámce pod čarou 34), bod 74.

a používá výrazy „en grande partie", přeložené do němčiny jako „im Wesentlichen" [36], nebo „la plus grande partie de leur activité" (v německé verzi „den größten Teil ihrer Tätigkeit") [37].

87. Pro upřesnění, kritérium 80% z článku 13 směrnice 93/38 je zmiňováno v literatuře i v některých řízeních před Soudním dvorem. Jako odůvodnění se uvádí, že toto kritérium je „objektivní" a „vhodné".

88. K tomu je nutno poznamenat, že objektivní nebo vhodná by mohla být i jiná pevná procentní sazba. Jak někteří účastníci tohoto řízení o předběžné otázce zdůraznili, upozorňovala jsem již ve svém stanovisku ve věci Stadt Halle na to, že rigidita fixní procentní sazby může představovat i překážku vhodného řešení. Taková sazba navíc neumožňuje vzít v úvahu jiné než pouze kvantitativní okolnosti.

89. Proti možnosti převoditelnosti kritéria 80% z článku 13 směrnice 93/38 hovoří za prvé okolnost, že jde o ustanovení o výjimce ze směrnice, která platí pouze pro určité sektory. Hodnota, která se takto určuje, je z vůle zákonodárce Společenství omezena na uvedenou směrnici. I když může být základní myšlenka prakticky použitelná také mimo tyto sektory, zůstává rozhodující, že žádná taková úprava se ve směrnici použitelné v projednávaném případu nevyskytuje.

90. Zadruhé se při argumentaci ve prospěch převedení 80% prahu přehlíží, že článek 13 směrnice 93/38 platí pouze pro služby. Protože jde o ustanovení o výjimce, analogické použití na dodávky v uvedených sektorech se samo vylučuje. Teprve úprava provedená v rámci legislativního balíčku přinesla rozšíření také na dodávky [38].

91. Zatřetí, dokonce i při novelizaci směrnic v rámci tzv. legislativního balíčku ponechal zákonodárce Společenství tento 80% práh pouze pro různé sektory a nerozšířil jej na tzv. klasickou směrnici. V době novelizace

36 — Tamtéž, bod 81.
37 — Tamtéž, bod 83.
38 — Článek 23 směrnice 2004/17/ES (uvedená v poznámce pod čarou 9).

však bylo druhé kritérium Teckal již známo a bylo také předmětem diskusí v průběhu legislativního procesu.

92. Začtvrté, proti použití článku 13 směrnice 93/38 hovoří ještě jeden důvod. Odstavec 2 této směrnice totiž zavazuje zadavatele, aby sdělili Komisi na její žádost určité informace. Toto ustanovení představuje procesně-právní kompenzaci výjimky stanovené v článku 13. V případě výjimky Teckal šel však Soudní dvůr jinou cestou.

93. Zapáté, již okolnost, že Soudní dvůr definoval druhé kritérium Teckal bez odkazu na jemu jistě známou směrnici 93/38, hovoří sama o sobě proti převoditelnosti tohoto kritéria. Soudní dvůr se spokojil pouze s dvěma věcnými podmínkami odchylnými od článku 13, totiž s oběma kritérii Teckal. Tyto podmínky je však třeba vykládat restriktivně právě kvůli absenci procesně-právní úpravy srovnatelné s úpravou článku 13.

94. Celkově je tedy třeba trvat na stanovisku, že práh 80% mající původ ve směrnici 93/38 nepředstavuje kritérium, podle kterého by bylo možné posoudit většinu činnosti [39].

B – *Další vývoj této teze ve světle novější judikatury*

95. Kritérium většiny činnosti jako podmínka pro uplatnění výjimky musí být vykládáno restriktivně. To Soudní dvůr potvrdil, když v bodu 63 rozsudku ve věci Parking Brixen uvedl:

„Jelikož jde o výjimky z obecných pravidel práva Společenství, obě podmínky uvedené v předchozím bodě musí být předmětem restriktivního výkladu a důkazní břemeno

39 — K literatuře k tomuto tématu, která se mezitím stala převažujícím míněním, viz: Meinrad Dreher, „Public Private Partnerships und Kartellvergaberecht – Gemischtwirtschaftliche Gesellschaften, In-house-Vergabe, Betreibermodell und Beleihung Privater", NZBau 2002, s. 245 (253); Wolfram Krohn, „‚Aus' für In-house-Vergaben an gemischtwirtschaftliche Unternehmen", NZBau 2005, s. 92 (95); Opitz, Zeitschrift für Vergaberecht 2000, s. 97 (105); Ulf-Dieter Pape/Henning Holz, „Die Voraussetzungen vergabefreier In-house-Geschäfte", NJW 2005, s. 2264 (2265 a násl.); Wolfgang Jaeger, „Verträge kommunaler Körperschaften sowie ihrer eigenen und gemischtwirtschaftlicher Gesellschaften über Energiebezug und Kartellvergaberecht", in: Büdenbender/Kühne/Baur (Hrsg.), Das neue Energierecht in der Bewährung; Bestandsaufnahme und Perspektiven, Baur- -FS, 2002, s. 455 (464); Christoph Riese/Andreas van den Eikel, „Neues zum In-House-Geschäft – Das Ende für gemischt-wirtschaftliche Unternehmen?", Vergaberecht 2005, s. 590 (601); Kurt Weltzien, „Avoiding the Procurement Rules by Awarding Contracts to an In-House Entity: The Scope of Procurement Directives in the Classical Sector", Public Procurement Law Review 2005, s. 237 (249), který právem poukazuje na to, že směrnice 93/38 platí také pro soukromé podniky; Jan Ziekow/Thorsten Siegel, „Die Vergaberechtspflichtigkeit von Partnerschaften der öffentlichen Hand", Vergaberecht 2005, s. 145 (a zvl. s. 148), který zpochybňuje slučitelnost kritéria 80% s právem Společenství.

má ten subjekt, který hodlá uplatnit, že výjimečné okolnosti odůvodňující výjimku z uvedených pravidel skutečně existují."

96. Stejné pokyny je třeba respektovat také v projednávané věci.

97. Nadále zastávám názor – jako již ve svém stanovisku ve věci Stadt Halle, že „většina činnosti" se má zjišťovat nejen podle kvantitativních kritérií, ale také podle kvalitativních okolností [40] [41].

98. Pokud jde o *kvalitativní* okolnosti, bylo by třeba zjistit, jak a vůči komu vykonává dotčený kontrolovaný subjekt svou činnost. Přitom je rozdíl, zda pro činnost subjektu vůbec existuje nějaký trh a zda tento subjekt nabízí na tomto trhu část služeb poskytovaných jiným subjektům než kontrolujícímu [42].

99. Tato podmínka však nesmí být chápána tak, že služby poskytované dotčenou společností musí být poptávány také jinými než veřejnoprávními subjekty. Neboť i v případě, že pro nějaké zboží nebo službu existuje pouze veřejná *poptávka*, ještě to neznamená, že zde neexistuje trh. Může totiž existovat více *dodavatelů*. Proto hodnocení kvalitativních okolností nezávisí pouze na vztahu mezi společností poskytující služby a kontrolující společností, nýbrž zcela ve smyslu cílů hospodářské soutěže, jež právo veřejných zakázek sleduje, také na jejím hospodářském postavení na trhu. Tak bychom se přiblížili ke skupině případů, pro které je podle směrnic přípustný postup zadání veřejné zakázky vyjednáváním bez předchozího zveřejnění oznámení, totiž může-li být zakázka zadána pouze jedinému hospodářskému subjektu [43].

40 — Uvedeno generální advokátkou J. Kokott ve svém stanovisku ve věci C-458/03 (rozsudek uveden v poznámce pod čarou 7), bod 83, která tak následuje mé stanovisko.

41 — Viz v tomto smyslu: Marc Gabriel/Bernd Joachimsmeier, Vergaberecht 2005, s. 103 a násl.; Holger Schröder, „In-House-Vergaben zwischen Beteiligungsunternehmen der öffentlichen Hand?", NZBau 2005, s. 127 a násl.; Kurt Weltzien, „Avoiding the Procurement Rules by Awarding Contracts to an In-House Entity: The Scope of Procurement Directives in the Classical Sector", Public Procurement Law Review 2005, s. 237 (a zvl. s. 248).

42 — V tomto ohledu je třeba poukázat na zákonnou definici v čl. 1 odst. 8 prvním pododstavci směrnice 2004/18 (uvedena v poznámce pod čarou 38) a v čl. 1 odst. 7 prvním pododstavci směrnice 2004/17 (uvedena v poznámce pod čarou 9).
Ve směrnici použitelné v předmětném řízení chybí odpovídající definice s výslovným odkazem na trh.

43 — Viz čl. 31 odst. 1 písm. b) směrnice 2004/18 a čl. 40 odst. 3 písm. c) směrnice 2004/17.

100. Dále je třeba zásadně vyjasnit, zda je důležitá pouze skutečná činnost, nebo zda se bere v potaz též cíl subjektu, například předmět podnikání společnosti podle stanov, tedy veškeré činnosti, které by společnost vůbec mohla vykonávat. Přestože zohlednění cíle společnosti není právu veřejných zakázek cizí, takový přístup by posuzování většiny činnosti ještě ztížil, protože pro potenciální – a nejisté – činnosti v budoucnu není možné poskytnout žádné spolehlivé aktuální údaje.

101. Dále je nejisté, zda se mají brát v úvahu pouze některé činnosti subjektu, nebo všechny. Kritérium většiny činností by se dalo chápat i tak, že se mají brát v úvahu pouze ty činnosti, které se mají vykonávat také pro kontrolující subjekt, jako např. dodávky energie, zatímco jiné činnosti vykonávané kontrolovaným subjektem, jako např. likvidace odpadů, se v úvahu neberou a rozhodující je pouze podíl realizovaný v daném odvětví.

102. Podle mého názoru však již samotná okolnost, že jde o výjimku z režimu směrnice, hovoří proti takovému výkladu druhého kritéria Teckal. Takový výklad by totiž mohl vést k rozšíření počtu případů, na které se vztahuje výjimka, v nichž je sice kritérium většiny činností splněno pro určitý druh činností, avšak nikoli pro všechny činnosti, které daný subjekt vykonává.

103. Jak ukazuje formulace rozsudku ve věci Teckal a též skutková podstata projednávané věci, kritérium většiny činností navíc nemůže být splněno pouze tím, že činnost vykonávaná pro jednoho majitele podílu překračuje práh, od kterého je činnost považována za většinovou, nýbrž také tím, že se spočítají všechny služby poskytované všem majitelům podílu a tento výsledek se porovná s celkovou realizovanou činností.

104. V bodu 50 rozsudku ve věci Teckal použil Soudní dvůr u druhého kritéria také množné číslo a stanovil:

„[...] Může tomu být jinak pouze v případě, že regionální nebo místní orgán nad dotčeným subjektem vykonává kontrolu obdobnou kontrole, kterou vykonává nad vlastními organizačními složkami, a že tento subjekt

uskutečňuje většinu své činnosti s obcí nebo *obcemi*, které jej vlastní" [44].

105. Vezmeme-li tuto formulaci vážně, nezáleží pouze na službách poskytovaných kontrolujícímu subjektu, tedy obci Busto Arsizio. Měly by být brány v úvahu rovněž služby poskytované jiným majitelům podílu.

106. Pokud jde o *kvantitativní* okolnosti, nemůže jít pouze o obrat. Nepochybně je třeba vzít v úvahu také další hospodářské ukazatele podniku. Tak je v zásadě možné, jak je uvedeno ve druhé předběžné otázce, vzít v úvahu též podíl příjmů pocházejících z činností vykonávaných pro vlastníka podílu na celkových příjmech. Nicméně také pro podíl na celkových příjmech platí stejné pravidlo jako pro podíl na celkovém obratu, že totiž mírná převaha těchto příjmů nad jinými příjmy nestačí. V obou případech jde – nezapomeňme – pouze o kvantitativní aspekt.

44 — Kurziva provedena autorkou tohoto stanoviska.

107. Konečně Soudní dvůr ohledně kritéria většiny činností neupřesnil, v kterém okamžiku má být tato podmínka splněna nebo jaké období je rozhodné pro posouzení.

108. Systému směrnic o zadávání veřejných zakázek by odpovídal okamžik, v němž zadavatel jedná, tj. v projednávané věci, když zadává zakázku. To však vede k posouzení situace pouze v daném okamžiku, pokud není pro posouzení stanoveno – jako v článku 13 směrnice 93/38 – delší časové období.

109. Protože AGESP poskytuje služby nejen obci, ale u některých služeb přímo třetím osobám v obci, a to jak podnikům, tak domácnostem, naskýtá se dále otázka, zda a za jakých podmínek mají být také služby, které nejsou poskytovány přímo obci, považovány za služby obci, tj. kontrolujícímu subjektu ve smyslu druhého kritéria Teckal.

110. V tomto bodě se znovu jasně ukazuje neurčitost druhého kritéria Teckal a s tím spojená právní nejistota pro dotčené sub-

jekty. V zájmu právní jistoty by proto bylo třeba provést upřesnění.

111. V této souvislosti byla totiž položena otázka, zda záleží na tom, na jakém území se služby poskytují. Kdybychom následovali tento argument, započítávaly by se v původním řízení pouze služby realizované na území obce Busto Arsizio. Dostatečné územní vymezení představuje přinejmenším vhodné kritérium pro takové započtení. To souvisí se skutečností, že takové vymezení hraje podstatnou roli také při stanovení kompetencí regionálních nebo místních orgánů, a zejména obcí. Názor, podle něhož by se měly započítávat pouze služby poskytované osobám, které mají v obci bydliště, by byl v každém případě příliš restriktivní. Naopak by však bylo možné započítat také služby, které jsou sice poskytovány mimo obec, ale jsou ve prospěch osob z obce, například proto, že tuto službu – např. z finančních důvodů – nenabízí sama obec, nýbrž subjekt, ve kterém má účast více obcí nebo jeden či více regionů.

112. Dále je třeba zdůraznit, že okolnost, komu je služba fakturována, nebo kdo za službu platí, není pro účely započítání podílu relevantní. Právě pro služby veřejného zájmu, které se realizují ve formě koncesí, je typické, že alespoň část úhrady za služby pochází od jejích uživatelů. Zde je třeba mít na mysli zejména koncese na stavbu dálnic, za které se vybírá mýtné. Pro komunální praxi mají největší význam dopravní služby, dodávky energií, likvidace odpadů a výstavba, případně též provozování vzdělávacích nebo rekreačních zařízení nebo parkovišť. V takových případech je třeba nejprve zkoumat, zda nejde o koncese na provozování služeb, na které se již z tohoto důvodu režim směrnice nevztahuje.

113. Soudní dvůr by měl druhé kritérium Teckal vyjasnit v tom směru, že stanoví podmínky, za kterých se berou v úvahu také služby poskytované třetím osobám. V úvahu přichází nejspíš druh vztahu mezi těmito třetími osobami a kontrolujícím subjektem, v projednávané věci tedy obcí. Započítání služeb obci je nasnadě zejména tehdy, když má obec vůči třetím osobám povinnost poskytovat službu. Přitom nemusí jít nutně o povinnost zásobování vyplývající z veřejného práva, např. z příslušných regionálních právních předpisů. Myslitelné je také zahrnutí soukromoprávních závazků vyplývajících například ze smlouvy mezi soukromými osobami a obcí. Rovněž je třeba

vyjasnit, zda mají význam také smluvní vztahy, které hrají roli mezi třetími osobami a subjektem poskytujícím služby. Také v tomto případě by mělo být rozhodující, zda vedle skutečného poskytování služeb existuje ještě právní vztah mezi obcí a subjektem poskytujícím služby.

115. Celkově je tedy třeba konstatovat, že nezáleží jen na vlastnostech třetích osob, jimž jsou služby poskytovány, nýbrž také na obsahu transakce.

C – *Předběžné závěry*

114. V každém případě je třeba zamítnout názor, podle kterého je třeba započítat každou službu poskytovanou obyvatelstvu dotčeného regionálního nebo místního orgánu, v projednávané věci tedy obce Busto Arsizio. Tím by totiž byly zahrnuty také všechny ostatní dodávky soukromým osobám, aniž by u nich nutně existoval vztah k obci. V takovém případě by nezáleželo na druhu vykonávané podnikatelské činnosti. Kdyby například nějaká společnost nejen dodávala energii nebo likvidovala odpady, nýbrž také prodávala určité zboží, např. topná tělesa nebo nádoby na odpad, byly by započítány i obraty z této činnosti, ačkoli jde o zboží, které může každý spotřebitel získat také z jiných zdrojů. Výklad, který bere v úvahu pouze vlastnosti třetích osob, jimž jsou služby poskytovány, by vedl k tomu, že by byly zahrnuty všechny služby poskytované spotřebitelům, a to jen proto, že mají v obci bydliště.

116. Kritérium, podle kterého má kontrolovaný subjekt uskutečňovat většinu své činnosti s obcí nebo obcemi, které jej vlastní, může být splněno také v případě smíšených veřejnoprávních podniků a nepřímého podílu. V tomto ohledu je třeba započítat kontrolujícímu subjektu také určité služby poskytované třetím osobám.

117. V projednávané věci musí vnitrostátní soudce vzít v úvahu řadu okolností, mezi nimi též příjmy pocházející z činností pro majitele podílu, avšak nikoli 80% kritérium podle článku 13 směrnice 93/38.

VIII – Závěry

118. Z uvedených důvodů navrhuji, aby Soudní dvůr odpověděl na předložené otázky takto:

„Směrnici Rady 93/36/EHS ze dne 14. června 1993 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na dodávky je třeba vykládat tak, že nebrání přímému zadání zakázky v postupu, jakým je spor v původním řízení, pouze tehdy, jsou-li splněny následující podmínky:

Zaprvé regionální nebo místní orgán vykonává nad dotčeným subjektem kontrolu obdobnou kontrole, kterou vykonává nad vlastními organizačními složkami. Vnitrostátní soudce přitom musí ověřit tyto okolnosti:

— zájmy akcionářů;

— přeměnu ‚azienda municipalizzata' na akciovou společnost;

— skutečnost, že otevření společnosti cizímu kapitálu nebylo povinně stanoveno ani k němu nedošlo;

— možnost AGESP zakládat pobočky i v zahraničí;

— možnosti vlivu na jmenování správní rady a vedení společnosti;

— pravomoci správní rady AGESP a

— okolnost, že obec vlastní nepřímo podíl v AGESP prostřednictvím AGESP Holding.

Zadruhé musí tento subjekt současně uskutečňovat většinu své činnosti s obcí nebo obcemi, které jej vlastní. Vnitrostátní soudce musí přitom vzít v úvahu okolnosti uvedené v bodech 76 až 115, přičemž se zahrnují též příjmy pocházející z činností uskutečňovaných pro vlastníky, avšak nikoli 80% kritérium podle článku 13 směrnice 93/38/EHS."