NÁVRHY GENERÁLNEJ ADVOKÁTKY
CHRISTINE STIX-HACKL
prednesené 12. januára 2006 [1]

I — Úvod

1. Tento návrh na začatie prejudiciálneho konania sa týka otázky, za akých podmienok sa uzavretie verejnej zmluvy považuje za uzavretie kváziinternej zmluvy, takže sa na ňu nevzťahuje smernica Rady 93/36/EHS zo 14. júna 1993 o koordinácii postupov verejného obstarávania dodania tovaru [2]. Ide teda o novú vec týkajúcu sa výkladu a uplatnenia kritérií uvedených vo veci Teckal [3] a upresnených — aspoň čiastočne — vo veci Stadt Halle a RPL Lochau [4].

2. Okrem toho toto konanie patrí do série konaní, o ktorých Súdny dvor už čiastočne rozhodol [5] a ktoré sa týkajú uzatvárania verejných zmlúv v oblastiach dodávok energie a nakladania s odpadmi zo strany talianskych obcí.

II — Právny rámec: právo Spoločenstva

3. *Smernica 93/36* stanovuje vo svojom článku 1 základné pravidlá týkajúce sa jej rozsahu pôsobnosti.

4. Článok 1 *initio* a písm. a) znie takto:

„Na účely tejto smernice:

a) ‚verejné zmluvy na dodanie tovaru' sú písomne uzavreté odplatné zmluvy

1 — Jazyk prednesu: nemčina.

2 — Ú. v. ES L 199, s. 1; Mim. vyd. 06/002, s. 110.

3 — Rozsudok z 18. novembra 1999, C-107/98, Zb. s. I-8121.

4 — Rozsudok z 11. januára 2005, C-26/03, Zb. s. I-1.

5 — Pozri napríklad uznesenie zo 14. novembra 2002, Comune di Udine, C-310/01 (Ú. v. ES C 55, 2003, s. 20), a rozsudok z 9. septembra 1999, RI.SAN., C-108/98, Zb. s. I-5219.

medzi dodávateľom (fyzickou alebo právnickou osobou) a jedným z obstarávateľov definovaných v bode b), ktorých predmetom je kúpa, kúpa prenajatej veci (lízing), kúpa tovaru na splátky alebo prenájom tovaru s možnosťou alebo bez možnosti odkúpenia. Dodanie takých tovarov môže navyše zahŕňať umiestnenie a montáž."

5. V bodoch 49 a 50 rozsudku Teckal Súdny dvor stanovil zásady, podľa ktorých niektoré postupy nespadajú do pôsobnosti tejto smernice:

„49 Pokiaľ ide o existenciu zmluvy, vnútroštátny súd musí overiť, či medzi dvomi rôznymi osobami bola uzavretá dohoda.

50 V tejto súvislosti podľa článku 1 písm. a) smernice 93/36 v zásade stačí, ak bola zmluva uzavretá medzi územným samosprávnym celkom a subjektom, ktorý je z právneho hľadiska inou osobou ako tento územný samosprávny celok. Inak tomu môže byť len v prípade, keď má územný samosprávny celok nad danou osobou obdobnú kontrolu ako nad svojimi vlastnými útvarmi a zároveň táto osoba vykonáva podstatnú časť svojej činnosti s územným samosprávnymi celkom alebo celkami, ktoré ju vlastnia."

6. Súdny dvor upresnil prvú z dvoch už uvedených podmienok vo svojich rozsudkoch Stadt Halle a RPL Lochau [6], a Parking Brixen [7].

7. Smernica Rady 93/38/EHS zo 14. júna 1993 o koordinácii postupy verejného obstarávania subjektov pôsobiacich vo vodnom, energetickom, dopravnom a telekomunikačnom sektore [8], obsahuje ustanovenie o uzatváraní verejných zmlúv s podnikmi, ktoré majú blízky vzťah s verejným obstarávateľom, ktoré bolo zmenené a doplnené smernicou Európskeho parlamentu a Rady 2004/17/ES z 31. marca 2004 o koordinácii postupov obstarávania subjektov pôsobiacich v odvetviach vodného hospodárstva, energetiky, dopravy a poštových služieb [9].

8. Podľa článku 13 ods. 1 smernice 93/38:

„1. Táto smernica sa neuplatní na zmluvy, ktoré,

a) obstarávateľ uzatvára s prepojeným podnikom;

6 — Rozsudok Stadt Halle a RPL Lochau, už citovaný v poznámke pod čiarou 4.

7 — Rozsudok z 13. októbra 2005, C-458/03, Zb. s. I-8585.

8 — Ú. v. ES L 199, s. 84; Mim. vyd. 06/002, s. 194.

9 — Ú. v. EÚ L 134, s. 1; Mim. vyd. 06/007, s. 19.

b) uzatvára spoločným podnikom vytvoreným niekoľkými obstarávateľmi na účely vykonania osobitnej činnosti v zmysle článku 2 ods. 2 pre jedného z týchto obstarávateľov alebo pre podnik, ktorý je prepojený s jedným z týchto obstarávateľov;

za predpokladu, že aspoň 80 % priemerného obratu tohto podniku vzhľadom na služby poskytované v rámci spoločenstva za predchádzajúce tri roky, vyplýva zo zabezpečenia takých služieb pre podnik, s ktorým je prepojený.

Keď viac ako jeden podnik prepojený s obstarávateľom poskytuje tie isté alebo podobné služby, berie sa do úvahy celkový obrat vyplývajúci z poskytovania služieb týmito podnikmi [v rámci Spoločenstva — *neoficiálny preklad*]."

III — Skutkový stav veci a konanie vo veci samej

9. Comune di Busto Arsizio (ďalej len „obec") uverejnila 22. septembra 2003 oznámenie o vyhlásení verejného obstarávania na dodávky energie, ako aj na údržbu a technickú modernizáciu a uvedenie vykurovacích zariadení v obecných budovách do súladu s právnymi predpismi (zmluva v hodnote 8 450 000 eur + DPH zahŕňala dodanie palív — 4/5 vykurovacieho oleja a 1/5 metánu — v hodnote 5 700 000 eur, údržbu v hodnote 1 000 000 eur a technickú modernizáciu týchto zariadení a ich uvedenie do súladu s právnymi predpismi v hodnote 1 750 000 eur).

10. Rozhodnutím obecného zastupiteľstva č. 804 z 21. novembra 2003 obec prerušila verejné obstarávanie až do 10. decembra 2003 v očakávaní prípadného rozhodnutia o priamom uzavretí verejnej zmluvy. Žalobca Carbotermo SpA (ďalej len „Carbotermo") predložil svoju ponuku 22. novembra 2003. Consorzio Alisei (ďalej len „Alisei") síce pripravil technickú ponuku, avšak nepredložil ju v pôvodne stanovenej lehote, t. j. do 24. novembra 2003, pretože ho obec 21. novembra 2003 informovala o prerušení verejného obstarávania až do 10. decembra 2003 v očakávaní prípadného rozhodnutia o priamom uzatvorení verejnej zmluvy, a následne dostal oznámenie o odvolaní predmetného verejného obstarávania.

11. Rozhodnutím č. 857 z 10. decembra 2003 obec odvolala verejné obstarávanie a zároveň si vyhradila právo neskôr priamo uzavrieť zmluvu s AGESP SpA (ďalej len „AGESP").

12. AGESP je spoločnosť vo výlučnom vlastníctve AGESP Holding SpA [10], ktorá je sama akciovou spoločnosťou a ktorej 99,98 % základného imania je vo vlastníctve obce. [11] Zostávajúce akcie vlastnia susedné obce v tej istej provincii.

13. Dňa 18. decembra 2003 bola predmetná verejná zmluva uzavretá priamo s AGESP.

14. Carbotermo a Alisei napadli tieto rozhodnutia na Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia. Ten spojil obe konania a rozhodnutím z 27. mája 2004, ktoré bolo doručené do kancelárie Súdneho dvora 9. augusta 2004, položil Súdnemu dvoru tieto prejudiciálne otázky:

„1. Je priame uzavretie zmluvy na dodanie palív pre vykurovacie zariadenia budov, ktoré sú vo vlastníctve obce alebo spadajú do jej pôsobnosti, pričom táto zmluva sa týka tiež prevádzkovania a údržby týchto zariadení (ale hodnota dodania palív je vyššia), s akciovou spoločnosťou, ktorej základné imanie je v súčasnosti v 100 % vlastníctve inej akciovej spoločnosti, ktorej väčšinovým akcionárom je zase obec uzatvárajúca zmluvu (99,98 % podiel), t. j. so spoločnosťou (AGESP), ktorá nie je priamo vo vlastníctve samosprávneho celku, ale vo vlastníctve inej spoločnosti (AGESP Holding), na ktorej základnom imaní má 99,98 % podiel územný samosprávny celok, v súlade so smernicou Rady 93/36/EHS zo 14. júna 1993 o koordinácii postupov verejného obstarávania dodania tovaru?

2. Treba uplatniť článok 13 smernice Rady 93/38/EHS zo 14. júna 1993 o koordinácii postupy verejného obstarávania subjektov pôsobiacich vo vodnom, energetickom, dopravnom a telekomunikačnom sektore pri posúdení podmienky, podľa ktorej musí podnik, s ktorým bola priamo uzavretá zmluva na dodanie tovaru, vykonávať podstatnú časť svojej činnosti s územným samosprávnym celkom, ktorý ho vlastní, a možno túto podmienku považovať za splnenú, ak predmetný podnik realizuje podstatnú časť svojho obratu s územným samosprávnym celkom, ktorý ho vlastní, prípadne ak podstatnú časť svojho obratu realizuje na území tohto územného samosprávneho celku?"

10 — V súlade s článkom 7 stanov AGESP „žiaden spoločník, s výnimkou materskej spoločnosti AGESP Holding SpA, nemôže vlastniť viac ako 10 % celkového imania spoločnosti".

11 — V súlade s článkom 6 stanov AGESP Holding SpA je väčšina akcií vyhradená obci.
V súlade s článkom 7 stanov AGESP Holding SpA „žiaden spoločník — súkromná osoba nemôže vlastniť viac ako 10 % základného imania spoločnosti".

IV — Prejudiciálne otázky

15. Obidve prejudiciálne otázky sa v zásade týkajú dvoch kumulatívnych podmienok, pri ktorých splnení sa na niektoré uzavretia kváziinterných zmlúv nevzťahuje smernica 93/36 (tzv. výnimka Teckal alebo kritériá rozsudku Teckal): verejný obstarávateľ musí vykonávať obdobnú kontrolu, akú má nad svojimi vlastnými útvarmi, a predmetný podnik musí vykonávať podstatnú časť činnosti s územným samosprávnym celkom alebo územnými samosprávnymi celkami, ktoré ho vlastnia. Ak sú tieto dve podmienky splnené, nie je potrebné uplatniť ustanovenia smernice, ako je dodržiavanie určitých procesných postupov.

16. Na objasnenie je potrebné zdôrazniť, že v tejto veci je rozhodujúce právo uplatniteľné v rozhodnom čase a nie nové ustanovenia tzv. „legislatívneho balíčka".

V — Úvodné poznámky

17. Rovnako ako predchádzajúce veci aj táto vec ukázala, že kritéria rozsudku Teckal spočívajú v niekoľkých nejasných pojmoch, ktoré vzbudzujú veľké množstvo právnych otázok a prinášajú ťažkosti pri vymedzení. S ohľadom na tieto skúsenosti sa kladie otázka, ako môže Súdny dvor túto situáciu z právneho hľadiska čo najpresnejšie objasniť, a teda poskytnúť dotknutým subjektom lepšiu právnu istotu; jedna možnosť by spočívala v tom, že by Súdny dvor upresnil svoju judikatúru nielen v jednotlivých prípadoch, ale všeobecnejšie, ako to robil doteraz. Ďalším riešením by bolo odstránenie neistôt vytvorených rozsudkom Teckal rozsiahlou revíziou relevantnej judikatúry. V novembri 1999 Súdny dvor otvoril svojím rozsudkom Teckal dvere pre výnimky zo smernice. Otázka, ako ďaleko tieto výnimky idú, je však nejasná.

18. Práve táto vec ukazuje, že táto okolnosť mala rovnako dopad na najvyššie vnútroštátne súdy, ako je Consiglio di Stato. Usmernenia, ktoré stanovil Consiglio di Stato pre uzatváranie kváziinterných zmlúv sú — podľa návrhu na začatie prejudiciálneho konania — založené na rozsudku Súdneho dvora.[12] Naopak, nie je dôležité, či táto judikatúra je v súlade s judikatúrou Súdneho dvora. Konanie vo veci samej, ako aj iné konania, ktoré rovnako prebiehajú v iných členských štátoch v každom prípade ukazujú, že judikatúra Súdneho dvora zjavne neobsahuje jasné pokyny pre dotknuté hospodárske kruhy a súdy členských štátov.

12 — Uznesenie Comune di Udine, už citované v poznámke pod čiarou 5.

19. Aby som Súdnemu dvoru umožnila voľbu medzi rôznymi variantmi, napriek mojim pochybnostiam, ktoré som uviedla, upresním výnimku veci Teckal vo všeobecnosti. Súdnemu dvoru zostáva vždy možnosť zvoliť si iný variant.

VI — Prvé kritérium: kontrola obdobná kontrole vykonávanej nad svojimi vlastnými útvarmi

20. Táto vec vykazuje niekoľko osobitostí, a celkovo sa teda odlišuje od iných dosiaľ nerozhodnutých vecí alebo vecí, o ktorých už Súdny dvor rozhodol a ktoré sa týkajú tzv. „verejno-súkromných partnerstiev" (ďalej len „VSP").

21. Na rozdiel od skutkových okolností, ktoré Súdny dvor musel skúmať vo veci Stadt Halle a RPL Lochau, v tejto veci chýba účasť súkromných podnikov. Okrem toho ide v prejednávanej veci o inú právnu formu spoločnosti než vo veci Stadt Halle a RPL Lochau, a to o akciovú spoločnosť. Na rozdiel od veci Parking Brixen [13] alebo veci Teckal nedošlo tu k uzavretiu verejnej zmluvy s dcérskou spoločnosťou, ale s „dcérskou spoločnosťou dcérskej spoločnosti" predmetného územného samosprávneho celku.

13 — Rozsudok už citovaný v poznámke pod čiarou 7.

A — *Právne posúdenie nepriamych účastí*

22. Prvým charakteristickým znakom skutkových okolností, ktoré má Súdny dvor v prejednávanej veci preskúmať, je, ako vo veci Stadt Halle a RPL Lochau, okolnosť, že sa verejná zmluva priamo neuzatvára so subjektom, v ktorom má územný samosprávny celok majetkovú účasť.

23. V tejto súvislosti sa vynára otázka, či sú kritériá rozsudku Teckal v zásade uplatniteľné aj na prípady, keď podnik, s ktorým sa verejná zmluva uzatvára, nepriamo vlastní verejný obstarávateľ, to znamená, či sa smernice v oblasti verejného obstarávania nevzťahujú aj na situácie, keď má verejnoprávny orgán, ktorému sa služba poskytuje, v predmetnom subjekte majetkovú účasť len prostredníctvom ďalšej spoločnosti.

24. Komisia a poľská vláda takýto výklad zo zásadných dôvodov odmietajú.

25. Z judikatúry Súdneho dvora nemožno vyvodiť žiadne jasné vysvetlenie. Toto ziste-

nie platí aj po tom, čo Súdny dvor vyhlásil rozsudok vo veci Parking Brixen.

26. Skutočnosť, že Súdny dvor v každom prípade vo veci Stadt Halle a RPL Lochau skúmal, či sú splnené podmienky na uplatnenie obidvoch kritérií uvedených rozsudku Teckal, svedčí v prospech zákonnosti samotnej podstaty uplatniteľnosti kritérií tohto rozsudku Teckal aj v prípadoch nepriamej účasti. Z toho by sa mohlo vyvodiť zásadné implicitné uznanie.

27. Znenie rozsudku Stadt Halle a RPL Lochau naopak, zdá sa, ukazuje iný smer. Bod 49 znie takto: „tento subjekt vykonáva podstatnú časť svojej činnosti s verejným orgánom alebo verejnými orgánmi, ktoré ho vlastnia". Z toho by sa mohlo vyvodiť, že k výmene služieb musí priamo dôjsť medzi verejným obstarávateľom ako vlastníkom účastí a subjektom, v ktorom uvedené účasti vlastní.

28. Pretože sa však táto formulácia výslovne vzťahuje na druhé kritérium, to znamená na podstatnú časť činnosti, bolo by samozrejme možné vyvodiť, že rozsudok Teckal sa nijako výslovne nevyjadruje o možnosti, či je prvé kritérium možné splniť aj nepriamymi účasťami.

29. Okolnosť, že vec Teckal sa týkala zmiešanej verejnoprávnej spoločnosti a že Súdny dvor zavedením tzv. kritérií rozsudku Teckal túto situáciu výslovne uznal, naopak svedčí v prospech skutočnosti, že je v zásade možné zohľadniť aj nepriame účasti. Podmienkou však je, že kritérium kontroly bolo rozšírené na všetky úrovne účasti.

30. Pokiaľ ide o toto kritérium, podľa rozsudku Parking Brixen je potrebné, aby mal poverujúci verejnoprávny orgán možnosť „rozhodujúceho vplyvu, tak pokiaľ ide o strategické ciele, ako aj o významné rozhodnutia". V tejto súvislosti je potrebné zohľadniť všetky uplatniteľné právne predpisy a relevantné okolnosti vo veci. [14] Podľa tohto rozsudku sa však nezdá, že by bolo potrebné, aby sa tento vplyv skutočne vykonával.

B — *Právne posúdenie zmiešaných verejnoprávnych spoločností*

1. Zásady

31. Skutkové okolnosti v konaní vo veci samej vykazujú ešte jednu zvláštnosť, ktorá

14 — Rozsudok už citovaný v poznámke pod čiarou 7, bod 65.

ich odlišuje od skutkových okolností vo veci Stadt Halle a RPL Lochau. V tomto konaní totiž nejde o zmiešaný hospodársky subjekt, ale o subjekt, presnejšie o jeho materskú spoločnosť, v ktorej nemajú majetkovú účasť žiadne súkromné podniky. To síce nevyplýva zo samotného návrhu na začatie prejudiciálneho konania, ale zo zostávajúcej časti spisu. Okrem toho táto účasť iných spoločností sa týka len 0,02 % jej základného imania. Keďže tento podiel vlastnia ďalšie obce, teda verejnoprávne subjekty, ide o zmiešaný verejnoprávny podnik alebo tzv. „verejno-súkromné partnerstvo".

32. Ak zaradíme skutkové okolnosti tohto sporu do rámca judikatúry Súdneho dvora, pôjde o túto situáciu: na jednej strane sa ukazuje podstatný rozdiel oproti rozsudku Stadt Halle a RPL Lochau, v ktorom išlo o zmiešaný hospodársky subjekt; a na druhej strane je zrejmá paralela s rozsudkom Teckal, v ktorom išlo o zmiešanú verejnoprávnu spoločnosť. Subjekt AGAC, ktorý mal v uvedenej veci plniť zmluvu na dodanie tovaru, síce mal vlastnú právnu subjektivitu, avšak tá bola založená z iniciatívy niekoľkých obcí.

33. V prospech uplatnenia výnimky uvedenej v rozsudku Teckal na zmiešané verejnoprávne spoločnosti svedčí okrem rozsudku vo veci Teckal aj okolnosť, ako už bolo uvedené, že pre Súdny dvor v rozsudku Stadt Halle a RPL Lochau [15] bolo rozhodujúce, že súkromné podniky sledujú odlišné záujmy než územné samosprávne celky.

34. V tejto veci však ide len o účasť obcí a nie o súkromné záujmy. Pretože obce sledujú ciele všeobecného záujmu, mohlo by sa prinajmenšom na prvý pohľad zdať, že spĺňajú kritérium kontroly aj pri najreštriktívnejšom výklade. To sa v každom prípade uplatní, ak sa podmienka súladu záujmov [16] chápe tak, že je splnená už pri samotnej absencii súkromných kapitálových účastí. Nie je však vylúčené — a potvrdzuje to činnosť obcí ako hospodárskych subjektov —, že obce môžu zastupovať rôzne záujmy. V tomto prípade už súlad záujmov neexistuje.

35. Nakoniec by sa nemalo zamlčať, že vo veci Teckal išlo o tzv. „mestský podnik" a nie ako v tejto veci o akciovú spoločnosť. K významu právnej formy spoločnosti sa ešte vrátim.

15 — Rozsudok už citovaný v poznámke pod čiarou 4, bod 50.

16 — Pozri prístup v návrhoch, ktoré predniesla generálna advokátka Kokott 1. marca 2005 v už citovanej veci Parking Brixen, bod 74 a nasl.

36. Odpoveď na otázku, ako sa má zaobchádzať so zmiešanými verejnoprávnymi spoločnosťami, by však mala byť daná aj s ohľadom na zásadu výkladu, ktorá bola výslovne potvrdená v rozsudku Stadt Halle a RPL Lochau, podľa ktorého sa má každá výnimka z povinnosti uplatňovať právne predpisy Spoločenstva v dôsledku toho vykladať reštriktívne. [17]

37. Aj v rozsudku Stadt Halle a RPL Lochau, v ktorom nešlo o účasť viacerých majiteľov podielov, Súdny dvor potvrdil zásadnú uplatniteľnosť výnimky rozsudku Teckal na subjekty, ktoré vlastní viacero majiteľov podielov. To je možné vyvodiť len zo skutočnosti, že Súdny dvor [18] nielen doslovne prevzal výnimku uvedenú v rozsudku Teckal, ale tiež pripomenul, že vo veci Teckal predmetný subjekt vlastnili „verejnoprávne orgány". V dôsledku toho Súdny dvor použil množné číslo, nielen pokiaľ ide o druhé kritérium výnimky rozsudku Teckal.

38. Z toho teda vyplýva, že aj na subjekty, ktoré vlastní viacero subjektov, sa môže táto výnimka v zásade vzťahovať.

39. Aby sa výnimka rozsudku Teckal mohla v tejto veci uplatniť, bolo by však potrebné ísť ešte trochu ďalej, pretože v prejednávanej veci ide okrem iného o nepriamu majetkovú účasť. Podľa môjho názoru aj v takomto prípade nemožno všeobecným a abstraktným spôsobom uplatniteľnosť výnimky rozsudku Teckal vylúčiť.

40. Naopak, je v prejednávanej veci rovnako potrebné konkrétne preveriť, či je kritérium kontroly splnené. V tejto súvislosti je potrebné pripomenúť kritérium, ktoré Súdny dvor stanovil v rozsudku Parking Brixen. Podľa tohto kritéria je potrebné, aby kontrolovaný subjekt disponoval len určitou mierou autonómie [19], a to voči svojim akcionárom [20].

41. Keďže v prejednávanej veci existuje na základe stanov spoločnosti možnosť účasti súkromných osôb, je potrebné z hľadiska kritéria kontroly overiť, či je prípadné otvorenie kapitálu spoločnosti súkromným osobám v budúcnosti právne relevantné.

42. Pokiaľ ide o otvorenie kapitálu spoločnosti súkromným osobám, mohlo by sa rozlišovať podľa toho, či táto účasť je len možná alebo či ide o právnu povinnosť.

17 — Rozsudok Stadt Halle a RPL Lochau, už citovaný v poznámke pod čiarou 4, bod 46.

18 — Tamže, bod 49.

19 — Rozsudok Parking Brixen, už citovaný v poznámke pod čiarou 7, bod 70.

20 — Tamže, bod 68.

Pokiaľ ide o prvý prípad, mohlo by sa tiež rozlišovať podľa toho, či sa takáto možnosť skutočne využila, alebo nevyužila — prípad, že by k otvoreniu už došlo ako vo veci Stadt Halle a RPL Lochau, je teda v prejednávanej veci vylúčený.

43. V tejto súvislosti Komisia tvrdila, že dokonca aj potenciálne otvorenie, základného imania súkromným akcionárom, ktoré vyplýva zo stanov spoločnosti, svedčí v prospech tvrdenia, podľa ktorého nie je kritérium kontroly splnené.

44. Proti tomuto extrémnemu stanovisku, ktoré zastáva Komisia, svedčia predovšetkým zásadné úvahy. Právna kvalifikácia projektov VSP by v tomto prípade závisela len od *predvídateľného* budúceho vývoja. Bolo by však irelevantné, či k nemu *skutočne* dôjde. Takýto prístup je v systéme smerníc v oblasti verejného obstarávania neobvyklý. Okrem toho by sa podľa práva predmetného členského štátu dokonca mohlo v stanovách daného subjektu zakázať znemožnenie prevodu podielov na súkromné osoby.

45. Samozrejme zásada ochrany pred podvodmi, na ktorej sú smernice v oblasti uzatvárania verejných zmlúv založené, naopak ukladá, aby sa zohľadnili určité udalosti, ktoré nastali po tom, čo bol podnik poverený prácami, to znamená po uzatvorení verejnej zmluvy. To sa týka najmä prípadu, keď k otvoreniu kapitálu v čase uzavretia verejnej zmluvy ešte nedošlo, ale existoval už konkrétny plán v tomto zmysle.

46. Otázkou zostáva, či rozsudok vo veci Parking Brixen na tomto posúdení niečo mení. Proti tomu svedčí skutočnosť, že na rozdiel od prejednávanej veci bolo otvorenie spoločnosti cudziemu kapitálu v už citovanej veci predpísané a že predstavovalo len jedno z piatich kritérií podstatných pre posúdenie [21]. To však ešte nevylučuje, že samotná možnosť otvorenia — aj keby len s inými osobitnosťami charakterizujúcimi skutkové okolnosti konania vo veci samej — môže viesť k tomu, že v prejednávanej veci nie je splnené kritérium minimálnej kontroly. Preto bude potrebné posúdiť tieto iné osobitosti a ich význam z hľadiska kontroly.

47. V tejto súvislosti je totiž potrebné poukázať na skutkové okolnosti, na ktorých je tiež založené konanie o nesplnení povinnosti proti Rakúskej republike [22], a na nedávny rozsudok Súdneho dvora v tejto veci.

21 — Rozsudok Parking Brixen, už citovaný v poznámke pod čiarou 7, bod 67.

22 — Rozsudok z 10. novembra 2005, Komisia/Rakúsko, C-28/04, Zb. s. I-9705.

48. Vo veci Komisia/Rakúsko išlo o to, že obec Mödling poverila zneškodňovaním odpadov spoločnosť s ručením obmedzeným, teda poverila touto činnosťou spoločnosť, ktorú 100 % vlastnila. Približne dva týždne po uvedení spoločnosti poverenej nakladaním s odpadmi sa obec rozhodla postúpiť svoj 49 % podiel na súkromný podnik. K tomuto postúpeniu došlo asi o dva týždne neskôr. Vykonávanie činnosti, ktorá bola spoločnosti zverená, začalo až niekoľko týždňov po postúpení.

49. Súdny dvor vo svojom rozsudku v už citovanej veci zdôraznil, že táto verejná zmluva sa musí posúdiť s ohľadom na všetky fázy a jej ciele, a nie izolovane. [23] Táto okolnosť svedčí v prospech tvrdenia, podľa ktorého je tiež potrebné vziať do úvahy udalosti, ku ktorým došlo po uzavretí verejnej zmluvy, ako to výslovne zdôrazňuje Súdny dvor v uvedenej veci. [24] Na rozdiel od prejednávanej veci išlo v už citovanej veci o udalosti, ktoré *skutočne* nastali. V tejto veci už obec využila možnosť otvorenia spoločnosti súkromnému kapitálu. V čase, keď sa Súdny dvor vyjadril k všetkým operáciám, už k tomuto otvoreniu došlo.

23 — Tamže, bod 41.

24 — Tamže, bod 38.

50. Na rozdiel od už citovanej veci nie je zo spisu v tejto veci možné vyvodiť, či a prípadne kedy došlo k prevodu akcií na súkromných akcionárov alebo či existovali plány v tomto zmysle. Z tohto pohľadu neposkytuje ani rozsudok vo veci Parking Brixen, ani rozsudok vo veci Komisia/Rakúsko dostatočné údaje pre záver, že samotná *možnosť* otvorenia spoločnosti súkromným akcionárom je dostatočná.

51. Je preto možné sa domnievať, že doterajšia judikatúra v zásade nevylučuje uplatnenie výnimky rozsudku Teckal na uzatváranie verejných zmlúv so zmiešanými verejnoprávnymi subjektmi. Preto ďalej v týchto návrhoch uvediem podmienky, ktoré musia tieto postupy spĺňať.

2. Jednotlivé podmienky

52. Podmienky, za ktorých možno na uzatváranie verejných zmlúv so zmiešanými verejnoprávnymi subjektmi uplatniť výnimku definovanú vo veci Teckal, sa týkajú vzťahov medzi predmetným subjektom a verejnoprávnymi orgánmi, ktoré v nej majú priamu alebo nepriamu majetkovú účasť.

53. Najskôr je potrebné zamietnuť tvrdenie uvedené v priebehu tohto konania, podľa ktorého sa výnimka definovaná v rozsudku Teckal vzťahuje len na „medziorgánové alebo organizačné" delegácie alebo organizačnú štruktúru územného samosprávneho celku. Judikatúra Súdneho dvora neobsahuje žiaden odkaz na takéto kategórie.

54. Vo všeobecnosti Súdny dvor v tomto kontexte, najmä v rozsudku Parking Brixen, vychádza z funkcionálneho, a nie formálneho výkladu. Preto, ako ešte podrobnejšie ukážem, je dôležité usporiadanie vzťahov medzi dotknutými stranami. Konkrétne je preto potrebné preskúmať všeobecné a abstraktné ustanovenia, ako je vnútroštátne právo spoločností, a konkrétnu úpravu organizácie subjektu, ako sú stanovy. [25]

55. V tejto veci, na rozdiel od veci Stadt Halle a RPL Lochau, nie je subjekt, ktorý poskytuje služby, spoločnosť s ručením obmedzeným podľa nemeckého práva, ale akciová spoločnosť založená podľa talianskeho práva (SpA).

56. V prejednávanej veci sú uplatniteľné relevantné ustanovenia talianskeho občianskeho zákonníka.

57. Táto vec vykazuje rozdiel aj vo vzťahu k subjektu, ktorý bol skúmaný v rozsudku Teckal. Zatiaľ čo predmetom už citovanej veci bola právna forma tzv. „mestského podniku", táto vec sa konkrétne týka podniku AGESP, ktorý síce povodne vykonával činnosť pod už citovanou právnou formou, ale rozhodnutím č. 148 z 24. septembra 1997 bol premenený na akciovú spoločnosť.

58. Akciové spoločnosti majú aj podľa talianskeho práva v zásade väčšiu autonómiu ako spoločnosti s ručením obmedzeným.

59. Podľa môjho názoru čisto abstraktné skúmanie možnosti vplyvu akcionárov na akciové spoločnosti a ich dcérske spoločnosti podľa občianskeho zákonníka nie je postačujúce. Ako som už vyššie uviedla, je naopak potrebné analyzovať konkrétnu úpravu vzťahov medzi spoločnosťou a dcérskou spoločnosťou jej dcérskej spoločnosti, ako aj medzi materskou spoločnosťou a jej dcérskou spoločnosťou [26].

25 — Ako to vyplýva z rozsudku Parking Brixen, už citovaný v poznámke pod čiarou 7, bod 66 a nasl.

26 — Pozri moje návrhy vo veci Stadt Halle a RPL Lochau, už citovaná v poznámke pod čiarou 4, bod 65.

60. Právna forma akciovej spoločnosti, napríklad podľa talianskeho práva, teda sama osebe nepredstavuje „nevýhodu". Takéto zistenie okrem iného vyplýva aj z rozsudku Parking Brixen, v ktorom rovnako išlo o akciovú spoločnosť založenú podľa talianskeho práva. Skutočnosť, že Súdny dvor nepovažoval túto okolnosť za postačujúcu na to, aby dospel k záveru, že spoločnosť je autonómna, a teda že kontrola je nedostatočná, svedčí v prospech tvrdenia, podľa ktorého právna forma akciovej spoločnosti založenej podľa talianskeho práva sama osebe nevylučuje existenciu dostatočnej kontroly.

61. Premena vlastného podniku verejného obstarávateľa na akciovú spoločnosť však predstavuje prinajmenšom jednu z viacerých okolností, ktoré je pri posudzovaní autonómie spoločnosti potrebné vziať do úvahy. [27]

62. Pokiaľ ide o skúmanie osobitných okolností prípadu, v každom prípade sú dôležité konkrétne kontrolné právomoci jednotlivých akcionárov a nie spôsob, akým sa táto kontrola v praxi vykonáva. [28] Súdny dvor potvrdil túto koncepciu vo veci Parking Brixen, v ktorej skúmal stanovy predmetnej spoločnosti. [29]

63. Okrem toho sa kontrolné právomoci akcionára alebo akcionárov nemôžu vzťahovať len na rozhodnutia o uzatváraní verejných zmlúv vo všeobecnosti alebo na osobitné rozhodnutie o uzavretí predmetnej verejnej zmluvy [30], ale na celkové vedenie spoločnosti.

64. Pokiaľ ide o prostriedky kontroly, vo všeobecnosti prichádzajú do úvahy právomoc vydávať pokyny, právomoc vykonávať dohľad a právomoc vymenovávať. V tejto súvislosti je potrebné vychádzať zo zásady, že dôležité sú konkrétne možnosti ovplyvňovania, a teda nie len právne predpisy. [31]

65. Nakoniec je ešte potrebné posúdiť tvrdenie uvedené v priebehu konania, podľa ktorého posúdenie postupu verejného obstarávania a uplatnenie výnimky definovanej vo veci Teckal závisí od správania dotknutých osôb, teda kontrolujúceho a kontrolovaného subjektu pri konkrétnom uzavretí verejnej zmluvy.

66. Zo správania uchádzačov o účasť vo verejnom obstarávaní, a najmä správania zmiešaného verejnoprávneho subjektu,

27 — Rozsudok Parking Brixen, už citovaný v poznámke pod čiarou 7, bod 67.

28 — Pozri moje návrhy vo veci Stadt Halle a RPL Lochau, už citovaná v poznámke pod čiarou 4, bod 76.

29 — Rozsudok Parking Brixen, už citovaný v poznámke pod čiarou 7, bod 66 a nasl.

30 — Pozri moje návrhy v už citovanej veci Stadt Halle a RPL Lochau, bod 77.

31 — Rozsudok Parking Brixen, už citovaný, bod 65.

možno vyvodiť ich nezávislosť od verejného obstarávateľa.

67. V prejednávanej veci sa uvedené tvrdenia v tomto ohľade týkali hlavne obsahu zmluvy. Tvrdilo sa, že najmä ustanovenie o zmluvnej pokute uvedené v tejto zmluve a sankcionujúce nedosiahnutie určitých cieľov sa malo považovať za indíciu nezávislosti AGESP.

68. Keďže kritérium kontroly sa vzťahuje na možnosť ovplyvniť celkové konanie, správanie predmetného subjektu v konkrétnom postupe verejného obstarávania nemôže byť rozhodujúce. To by totiž mohlo viesť k situácii, že by sa na ten istý subjekt v jednom postupe verejného obstarávania vzťahovala výnimka stanovená v rozsudku Teckal a v inom prípade by sa na neho táto výnimka nevzťahovala. Judikatúra Súdneho dvora však neobsahuje žiaden prvok umožňujúci takýto postup. Naopak, Súdny dvor spojuje kvalifikáciu právneho vzťahu, a teda existenciu kritéria kontroly s okolnosťami, ktoré sa týkajú dotknutých osôb.

69. V prejednávanej veci konkrétne posúdenie otázky, či všeobecné abstraktné ustanovenia vnútroštátneho práva a konkrétna úprava uvedená v stanovách predmetnej spoločnosti, najmä v ich článku 19, zabezpečujú dostatočnú kontrolu, závisí od hodnotenia okolností prejednávanej veci. V súlade s deľbou právomocí podľa článku 234 ES však toto hodnotenie, ako aj výklad vnútroštátneho práva nie je úlohou Súdneho dvora, ale vnútroštátneho súdu.

C — *Predbežný návrh*

70. Kritérium kontroly obdobné kontrole vykonávanej na svojimi vlastnými útvarmi môže byť v zásade splnené zo strany zmiešaných verejnoprávnych podnikov. Posúdenie konkrétnych okolností konania vo veci samej prináleží vnútroštátnemu súdu. Vnútroštátny súd musí v prejednávanej veci vziať do úvahy tieto okolnosti:

— záujmy akcionárov,

— premenu „mestského podniku" na akciovú spoločnosť,

— skutočnosť, že otvorenie spoločnosti cudziemu kapitálu nebolo povinne stanovené ani k nemu nedošlo,

— možnosť AGESP zakladať pobočky aj v zahraničí,

— možnosť mať vplyv na menovanie správnej rady a vedenia,

— právomoci správnej rady AGESP, ako aj

— okolnosť, že obec má v AGESP nepriamu majetkovú účasť prostredníctvom AGESP Holding SpA.

71. Súdny dvor by samozrejme mohol v prejednávanej veci — ako to už urobil vo veciach Stadt Halle a RPL Lochau a Parking Brixen — sám vykonať definitívne posúdenie prípadu, akým je ten v spore vo veci samej. Keďže sa vyššie uvedené okolnosti spolu s nepriamou účasťou vo veľkej miere zhodujú s okolnosťami uvedenými v rozsudku Parking Brixen [32], možno z toho — na základe doterajšej judikatúry Súdneho dvora, ktorá sa často považuje za príliš prísnu, — vyvodiť, že za okolností konania vo veci samej nie je splnené prvé kritérium, teda dostatočná kontrola obdobná kontrole, akú má územný samosprávny celok nad svojimi vlastnými útvarmi.

72. Ak by naopak Súdny dvor musel využiť túto príležitosť, aby objasnil svoju doterajšiu judikatúru v tom zmysle, že aspoň niektoré zmiešané verejnoprávne podniky môžu spĺňať kritérium kontroly, a dospel by k záveru, že tomu tak je aj v konaní vo veci samej, mal by — po prvýkrát — príležitosť upresniť druhé kritérium rozsudku, teda kritérium podstatnej časti činnosti.

VII — Druhé kritérium: podstatná časť činnosti vykonávaná s vlastníkom podielu

73. Na rozdiel od prvého kritéria rozsudku Teckal žiaden rozsudok Súdneho dvora nestanovuje od vyhlásenia už citovaného rozsudku podrobné pravidlá uplatňovania druhého kritéria. Toto konanie poskytuje teraz Súdnemu dvoru príležitosť to tak urobiť.

74. Konanie vo veci samej sa okrem toho týka situácie, keď na prvej úrovni, teda

32 — Rozsudok už citovaný v poznámke pod čiarou 7, bod 67.

úrovni vzťahov medzi obcou a AGESP Holding SpA, vlastní obec takmer 100 % základného imania tejto spoločnosti a na druhej úrovni, teda úrovni vzťahov medzi AGESP Holding SpA a AGESP, je AGESP Holding 100 % vlastníkom AGESP.

75. V tejto veci ide rovnako ako vo veci Stadt Halle a RPL Lochau o nepriamu účasť. V dôsledku toho je potrebné preskúmať, či činnosť, ktorú vykonávajú „dcérske spoločnosti dcérskych spoločností", môže voči „spoločnosti, ktorá ju nepriamo vlastní" v zásade splniť druhé kritérium rozsudku Teckal.

A — *Východisková téza*

76. Keďže Súdny dvor v rozsudku Stadt Halle a RPL Lochau nemusel vzhľadom na výklad prvého kritéria vykladať druhé kritérium, je len logické, ak tu zopakujem svoju tézu, ktorú som v tejto súvislosti zastávala v návrhoch vo veci Stadt Halle a RPL Lochau.

77. Druhé kritérium stanovené v rozsudku vo veci Teckal v súvislosti s podstatnou časťou činnosti sa týka určitej minimálnej účasti na celkových činnostiach kontrolovaného subjektu. Ide teda o posúdenie celkového rozsahu činností a rozsahu tých činností, ktoré sú uskutočňované pre majiteľa podielov v širšom slova zmysle.

78. V tomto ohľade je potrebné taktiež poznamenať, že aj keď sa v danej súvislosti nesmie pojem „majiteľ podielu" vykladať príliš reštriktívne, neznamená to, že zahŕňa takisto činnosti poskytované tretím osobám, ktoré by mal inak poskytovať sám majiteľ podielov. V praxi sa to osobitne týka poskytnutia služieb verejného záujmu, a teda samospráv (obcí), ktoré majú povinnosť poskytovať určité služby určitým osobám.

79. Je ešte potrebné upresniť, že dôležité sú skutočne vykonávané činnosti, a nie činnosti, ktoré umožňuje zákon alebo stanovy spoločnosti, a dokonca ani činnosti, ktoré je kontrolovaný subjekt povinný vykonávať. [33]

80. Hlavnou otázkou teda je, aká účasť je potrebná na to, aby sa dosiahla prahová hodnota druhého kritéria vo veci Teckal. Na to existujú rôzne názory, od účasti „vyššej ako 50 %" cez „značnú časť" a „takmer výlučnú" až po „výlučnú".

33 — Pozri návrhy, ktoré predniesla generálna advokátka Kokott 1. marca 2005 v už citovanej veci Parking Brixen, bod 81, ktoré sú v tomto zhodné s mojimi návrhmi.

81. Pokiaľ ide o prahovú hodnotu, existuje nielen pozitívny prístup založený na rozsahu služieb poskytovaných pre majiteľov podielov, ale aj negatívny prístup. Podľa negatívneho prístupu by sa malo vychádzať z toho, aký je pomer služieb poskytnutých iným osobám, ako je majiteľ podielov. Tento prístup sa objavuje v návrhoch, ktoré predniesol generálny advokát Léger vo veci ARGE. Podľa jeho názoru „je smernica uplatniteľná v prípade, ak tento subjekt „vykonáva podstatnú časť svojej činnosti *s inými* subjektmi alebo inou samosprávou, ako sú tí, ktorí sú súčasťou verejného obstarávateľa" [34]. Vzhľadom na to, že bol v rámci výnimky vo veci Teckal zvolený pozitívny prístup, nie je potrebné sa negatívnym prístupom ďalej zaoberať.

82. Vyššie uvedená pasáž z návrhov, ktoré predniesol generálny advokát Léger, však objasnila ešte ďalší dôležitý aspekt, ktorý je pri určovaní účasti potrebné zohľadniť.

83. Otázkou totiž je, či druhé kritérium v rozsudku Teckal umožňuje iba kvantitatívny prístup, alebo je potrebné zohľadniť takisto kvalitatívne prvky. Druhá možnosť môže vyplývať zo znenia a zmyslu výnimky, ktorá neuvádza, ako majú byť činnosti hodnotené. Pôvodná (talianska) verzia príslušného bodu rozsudku Teckal navyše nevylučuje podporný alebo alternatívny kvalitatívny prístup („la parte più importante della propria attività").

84. Výnimka stanovená v rozsudku Teckal navyše nenaznačuje spôsob výpočtu účasti. Nie je preto zrejmé, že dôležitým kritériom je len obrat.

85. Je teda na vnútroštátnom súde, aby určil „podstatnú časť činností" na základe kvantitatívnych a kvalitatívnych parametrov.

86. V tejto súvislosti je potrebné pripomenúť, že návrhy sú záväzné v jazyku, ktorý si generálny advokát zvolí za jazyk prednesu. Pri zohľadnení tejto zásady z návrhov, ktoré predniesol generálny advokát Léger, vyplýva, že má na mysli služby poskytnuté „kvázi výlučne", preložené do nemčiny ako „sämtliche Dienstleistungen" [35]. A takisto odráža spôsob, akým je výnimka v rozsudku Teckal

34 — Návrhy z 15. júna 2000 (rozsudok zo 7. decembra 2000, C-94/99, Zb. s. I-11037), bod 93 (kurzívou zvýraznila generálna advokátka).

35 — Návrhy, ktoré predniesol generálny advokát Léger vo veci ARGE, už citovaná v poznámke pod čiarou 34, bod 74.

vyjadrená v taliančine, jazyku konania, pri použití výrazu „z veľkej časti", čo bolo preložené do nemčiny ako „im Wesentlichen" [36], alebo „podstatnú časť jeho činností" (v nemeckej verzii „den größten Teil ihrer Tätigkeit"). [37]

87. Na upresnenie, 80 % kritérium stanovené v článku 13 smernice 93/38 sa zmieňuje v odbornej literatúre, ale rovnako aj v niektorých konaniach pred Súdnym dvorom. Ako odôvodnenie sa uvádza, že toto kritérium je „objektívne" a „vhodné".

88. V súvislosti s tým je potrebné poznamenať, že akékoľvek iné stanovenie pevnej percentuálnej sadzby môže byť takisto objektívne a vhodné. Ako niektorí účastníci konania v priebehu tohto konania uviedli, upozorňovala som už v mojich návrhoch vo veci Stadt Halle a RPL Lochau na to, že rigidita fixnej percentuálnej sadzby môže predstavovať aj prekážku vhodného riešenia. Navyše takáto sadzba neumožňuje zohľadniť iné ako kvantitatívne parametre.

89. Proti možnosti prebratia 80 % kritéria z článku 13 smernice 93/38 stojí po prvé skutočnosť, že ide o ustanovenie o výnimke zo smernice, ktorá sa vzťahuje len na určité sektory. V súlade s vôľou normotvorcu Spoločenstva sa hodnota, ktorá je v nej uvedená, obmedzuje na uvedenú smernicu. Aj keď môže byť základná myšlienka prakticky uplatniteľná aj mimo týchto sektorov, zostáva skutočnosťou, že žiadna takáto úprava sa v smernici uplatniteľnej na prejednávanú vec nevyskytuje.

90. Po druhé zástancovia prebratia 80 % prahu nezohľadňujú skutočnosť, že sa článok 13 smernice 93/38 nevzťahuje na poskytovanie služieb. Keďže ide o výnimku, analogické uplatnenie na dodávky v uvedených sektoroch sa samo vylučuje. Až úprava vykonaná v rámci legislatívneho balíčka priniesla rozšírenie tohto kritéria aj na dodávky. [38]

91. Po tretie dokonca aj pri zmene a doplnení smerníc v rámci tzv. legislatívneho balíčka normotvorca Spoločenstva zachoval 80 % prah len pre rôzne sektory a nerozšíril ho na tzv. „klasickú smernicu".

36 — Tamže, bod 81.

37 — Tamže, bod 83.

38 — Článok 23 smernice 2004/17.

Druhé kritérium rozsudku Teckal však bolo k tomuto dátumu známe a bolo predmetom diskusií v priebehu legislatívneho procesu.

92. Existuje ďalší dôvod, ktorý je proti použitiu článku 13 smernice 93/38. Odsek 2 tohto článku totiž zaväzuje verejných obstarávateľov, aby Komisii na jej žiadosť poskytli určité informácie. Toto ustanovenie predstavuje procesnoprávnu kompenzáciu výnimky stanovenej v článku 13. V prípade výnimky vo veci Teckal však Súdny dvor zvolil iný postup.

93. Po piate okolnosť, že Súdny dvor definoval druhé kritérium rozsudku Teckal bez odkazu na jemu istotne známu smernicu 93/38, sama osebe svedčí proti možnosti prebrať toto kritérium. Súdny dvor sa naopak uspokojil s obidvomi vecnými podmienkami odlišnými od článku 13, a to s obidvomi kritériami rozsudku Teckal. Práve z dôvodu skutočnosti, že neexistuje procesné pravidlo porovnateľné s pravidlom v článku 13, sa však musia tieto podmienky vykladať reštriktívne.

94. V konečnom dôsledku je preto potrebné trvať na stanovisku, že 80 % prah vyplývajúci zo smernice 93/38 nepredstavuje kritérium, podľa ktorého je možné posúdiť podstatnú časť činností.[39]

B — *Vývoj tejto tézy s ohľadom na nedávnu judikatúru*

95. Kritérium podstatnej časti činnosti ako podmienka uplatnenia výnimky sa musí vykladať reštriktívne. Túto koncepciu Súdny dvor potvrdil, keď v bode 63 rozsudku vo veci Parking Brixen uviedol:

„Na uplatnenie výnimky zo všeobecných pravidiel práva Spoločenstva treba obidve podmienky uvedené v bode vyššie vykladať zužujúco a dôkazné bremeno, že skutočne

39 — O odbornej literatúre v tomto ohľade, ktorá sa medzičasom stala prevažujúcim názorom, pozri: DREHER, M.: „Public Private Partnerships und Kartellvergaberecht — Gemischtwirtschaftliche Gesellschaften, In-house-Vergabe, Betreibermodell und Beleihung Privater", *NZBau*, 2002, s. 245 a najmä 253; KROHN, W.: „Aus' für In-house-Vergabe, Betreibermodell und Beleihung Privater", *NZBau*, 2005, s. 92 a najmä 95; Opitz, *Zeitschrift für Vergaberecht* 2000, s. 97 (105); PAPE, U. D., a HOLZ, H.: „Die Voraussetzungen vergabefreier In-house-Geschäfte", NJW, 2005, s. 2264 a najmä 2265 a nasl.); JAEGER, W.: „Verträge kommunaler Körperschaften sowie ihrer eigenen und gemischtwirtschaftlicher Gesellschaften über Energiebezug und Kartellvergaberecht", v Büdenbender, Kühne a Baur (Hrsg.), *Das neue Energierecht in der Bewährung: Bestandsaufnahme und Perspektiven, Baur-FS*, 2002, s. 455 a najmä 464; RIESE, CH., a van den Eikel, A.: „Neues zum In-House-Geschäft — Das Ende für gemischt-wirtschaftliche Unternehmen?", *Vergaberecht*, 2005, s. 590 a najmä 601; WELZIEN, K.: „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 najmä 249, ktorý správne poukazuje na to, že smernica 93/38 sa vzťahuje aj na súkromné podniky; ZIEKOW, J., a SIEGEL, T.: „Die Vergaberechtspflichtigkeit von Partnerschaften der öffentlichen Hand", *Vergaberecht*, 2005, s. 145 a najmä 148, ktorý spochybňuje zlučiteľnosť kritéria 80 % s právom Spoločenstva.

existujú výnimočné okolnosti, ktoré oprávňujú odchýlku z týchto pravidiel, je na tom subjekte, ktorý sa chce tohto ustanovenia dovolať."

96. V tejto veci je tiež potrebné postupovať v súlade s týmito požiadavkami.

97. Naďalej zastávam názor — ako v mojich návrhoch vo veci Stadt Halle a RPL Lochau —, že „podstatná časť činností" sa má určiť nielen na základe kvantitatívnych, ale aj kvalitatívnych parametrov. [40] [41]

98. Pokiaľ ide o kvalitatívny aspekt, bolo by potrebné stanoviť, ako a voči komu vykonáva kontrolovaný subjekt svoje činnosti. V tomto ohľade existuje rozdiel, či pre činnosť predmetného subjektu existuje trh a či tento subjekt ponúka na tomto trhu časť služieb poskytovaných iným subjektom, ako je kontrolujúci subjekt. [42]

99. Túto podmienku však nemožno chápať v tom zmysle, že služby, ktoré dotknutý subjekt poskytuje, musia požadovať iné ako verejnoprávne subjekty. Aj keď pre nejaký tovar alebo služby existuje *dopyt* len zo strany verejných subjektov, ešte to neznamená, že tu neexistuje trh. Môže totiž existovať tiež viacero *dodávateľov*. Preto posúdenie kvalitatívnych parametrov nezávisí len na vzťahu medzi subjektom poskytujúcim služby a subjektom, ktorý ho kontroluje, ale v zmysle cieľov hospodárskej súťaže, o ktoré sa právo Spoločenstva o verejnom obstarávaní opiera, aj na jeho postavení na trhu. Priblížili by sme sa teda k prípadom, pre ktoré je podľa smerníc prípustný postup verejného obstarávania na základe rokovacieho konania bez predchádzajúceho zverejnenia oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania, a to ak sa verejná zmluva môže uzatvoriť len s určitým hospodárskym subjektom. [43]

40 — Citované v návrhoch, ktoré predniesla generálna advokátka Kokott v už citovanej veci Parking Brixen, bod 83, ktoré sú v tomto zhodné s mojimi návrhmi.

41 — Pozri v tomto zmysle: GABRIEL, M., JOACHIMSMEIER, B.: Vergaberecht, 2005, s. 103 a nasl.; SCHRÖDER, H.: „In-House-Vergaben zwischen Beteiligungsunternehmen der öffentlichen Hand?", *NZBau*, 2005, s. 127 a nasl.; WELZIEN, K.: „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 najmä 248.

42 — V tejto súvislosti sa odkazuje na zákonnú definíciu uvedenú v článku 1 ods. 8 prvom pododseku smernice Európskeho parlamentu a Rady 2004/18/ES z 31. marca 2004 o koordinácii postupov zadávania verejných zákaziek na práce, verejných zákaziek na dodávku tovaru a verejných zákaziek na služby (Ú. v. EÚ L 134, s. 114; Mim. vyd. 06/007, s. 132), ako aj na článok 1 ods. 7 prvý pododsek smernice 2004/17.
V smernici uplatniteľnej na prejednávanú vec chýba definícia s výslovným odkazom na trh.

43 — Pozri článok 31 ods. 1 písm. b) smernice 2004/18 a článok 40 ods. 3 písm. c) smernice 2004/17.

100. Okrem toho je potrebné úplne vyjasniť, či sú dôležité len skutočné činnosti alebo či je potrebné zohľadniť aj cieľ kontrolovaného podniku, napríklad predmet podnikania podniku podľa stanov, a teda všetky činnosti, ktoré by tento subjekt vôbec mohol vykonávať. Aj napriek tomu, že zohľadnenie cieľa subjektu nie je právu verejného obstarávania cudzie, takýto prístup by však posudzovanie podstatnej časti činnosti ešte viac sťažil, pretože v danom okamihu nie je pre potencionálne — a neisté — činnosti možné v budúcnosti poskytnúť spoľahlivé údaje.

101. Okrem toho zostáva otázkou, či sa majú zohľadniť len niektoré činnosti subjektu alebo všetky tieto činnosti. Kritérium podstatnej časti činnosti by sa teda mohlo chápať v tom zmysle, že je potrebné vziať do úvahy len tie činnosti, ktoré sa majú vykonávať pre kontrolujúci subjekt, ako napríklad dodávky energie, zatiaľ čo iné činnosti vykonávané predmetným subjektom, ako je zneškodňovanie odpadov, sa neberú do úvahy, a rozhodujúci je teda len podiel činností realizovaný v tomto osobitnom odvetví.

102. Podľa môjho názoru už samotná okolnosť, že ide o výnimku z režimu smernice, je postačujúca, aby svedčila proti takémuto výkladu druhého kritéria rozsudku Teckal. Uvedený výklad by totiž mohol viesť k rozšíreniu počtu prípadov, na ktoré sa vzťahuje táto výnimka a v ktorých je kritérium podstatnej časti činností splnené pre určitý druh činností, avšak nie pre všetky činnosti, ktoré predmetný subjekt vykonáva.

103. Ako ukazuje formulácia rozsudku Teckal a skutkové okolnosti v tejto veci, kritérium podstatnej časti činnosti nemožno okrem toho splniť len v dôsledku toho, že služby poskytované majiteľovi podielov prekračujú prah, od ktorého ide o podstatnú časť činnosti, ale aj v dôsledku toho, že je potrebné vziať do úvahy všetky služby poskytované všetkým majiteľom podielov a porovnať tento výsledok s celkovou vykonanou činnosťou.

104. V bode 50 rozsudku vo veci Teckal použil Súdny dvor, pokiaľ ide o druhé kritérium, tiež množné číslo a stanovil toto:

„... Inak tomu môže byť len v prípade, keď má územný samosprávny celok nad danou osobou obdobnú kontrolu ako nad svojimi vlastnými útvarmi a zároveň táto osoba vykonáva podstatnú časť svojej činnosti

s *územným samosprávnymi celkom alebo celkami*, ktoré ju vlastnia." [44]

105. Ak vezmeme túto formuláciu vážne, sú dôležité nielen služby, ktoré sú poskytované kontrolujúcemu subjektu, to znamená obci. Mali by sa zohľadniť aj služby, ktoré sa poskytujú iným akcionárom.

106. Pokiaľ ide o *kvantitatívny* aspekt, nemožno vziať do úvahy len obrat. Je nepochybne potrebné zohľadniť aj ďalšie hospodárske ukazovatele podniku. Ako bolo uvedené v druhej prejudiciálnej otázke, je v zásade možné vziať do úvahy aj podiel príjmov pochádzajúcich z činností vykonávaných pre majiteľov podielov vo vzťahu k celkovému obratu. Aj pokiaľ ide o výpočet podielu na celkových príjmoch, je potrebné uplatniť zásadu, ktorá platí pre podiel na celkovom obrate, a to, že nepostačuje ich mierne prekročenie nad inými príjmami. V oboch prípadoch ide — samozrejme — len o kvantitatívny aspekt.

44 — Kurzívou zvýraznila generálna advokátka.

107. Nakoniec, pokiaľ ide o kritérium podstatnej časti činnosti, Súdny dvor neupresnil, v akom okamihu sa má táto podmienka splniť alebo aké obdobie je pre toto posúdenie relevantné.

108. Systému smerníc upravujúcich verejné obstarávanie by zodpovedal okamih, keď verejný obstarávateľ koná, to v prejednávanej veci znamená, keď uzatvára verejnú zmluvu. To však odráža len situáciu v danom okamihu okrem prípadu, keď sa stanovuje — ako v článku 13 smernice 93/38 — zohľadnenie dlhšieho obdobia.

109. Keďže AGESP neposkytuje služby len priamo obci, ale poskytuje viacero služieb priamo tretím osobám v obci, a to podnikom, ale aj domácnostiam, kladie sa tiež otázka, či a za akých podmienok sa majú služby, ktoré sa priamo neposkytujú obci, považovať za služby obci, to znamená subjektu kontrolujúcemu AGESP v zmysle druhého kritéria rozsudku Teckal.

110. V tomto bode mojich úvah sa jasne ukazuje neurčitosť druhého kritéria rozsudku Teckal a z toho vyplývajúca právna

neistota. V záujme právnej istoty by bolo nevyhnuté vykonať upresnenie.

111. V tejto súvislosti bola položená najmä otázka, či prípadne záleží na mieste poskytovania služieb. Pri tomto tvrdení by sa v konaní vo veci samej zohľadnili len služby, ktoré boli poskytované na území obce. Dostatočné územné vymedzenie predstavuje prinajmenšom vhodné kritérium na započítanie tohto obratu do celkového objemu. To súvisí so skutočnosťou, že takéto vymedzenie hrá podstatnú úlohu pri definícií právomocí územných samosprávnych celkov a najmä obcí. Tvrdenie, podľa ktorého musí podnik poskytovať služby len osobám, ktoré majú v obci bydlisko, by bolo v každom prípade príliš reštriktívne. Naopak, bolo by však možné zohľadniť aj služby, ktoré sú poskytované mimo obce, avšak sú v prospech osôb obce z dôvodu, obec predmetnú službu neposkytuje — napríklad z finančného dôvodu —, avšak túto službu poskytuje subjekt, v ktorom má účasť viacero obcí a/alebo viacero regiónov.

112. Okrem toho je potrebné zdôrazniť, že skutočnosť, komu sa predmetná služba fakturuje alebo kto za službu platí, je na účely započítania podielu irelevantná. Preto je pre služby verejného záujmu, ktoré sú vykonávané vo forme koncesií, typické, že aspoň časť úhrady za tieto služby pochádza od užívateľov predmetných subjektov. Je potrebné mať na mysli najmä koncesie na výstavbu diaľnic, za ktoré sa vyberá mýto. Pre obce majú najväčší význam dopravné služby, dodávky energie, zneškodňovanie odpadov, ako aj výstavba a prípadne prevádzka vzdelávacích inštitúcií alebo tiež rekreačných stredísk a parkovísk. V týchto prípadoch je však potrebné najskôr skúmať, či nejde o koncesie na služby, na ktoré sa už z tohto dôvodu režim smernice 93/36 nevzťahuje.

113. Súdny dvor by mal druhé kritérium rozsudku Teckal objasniť v tom smere, že stanoví podmienky, za ktorých sa zohľadnia služby poskytované tretím osobám. Mala by sa vziať do úvahy skôr povaha vzťahu medzi tretími osobami a kontrolujúcim subjektom, v prejednávanej veci teda obcou. Je pochopiteľné, že tieto služby sa obci pripíšu v prípadoch, keď má voči tretím osobám povinnosť poskytovať službu. V tejto súvislosti nie je vôbec nevyhnutné, aby išlo o povinnosť zásobovať vyplývajúcu zo všeobecne záväzných právnych predpisov, ako sú príslušné regionálne zákony. Je možné tam zahrnúť súkromnoprávne záväzky vyplývajúce napríklad zo zmluvy uzavretej medzi súkromnými osobami a obcou. Je tiež

potrebné objasniť, či sú relevantné zmluvné vzťahy, ktoré hrajú úlohu medzi tretími osobami a subjektom poskytujúcim službu. V tejto súvislosti je tiež dôležité, či okrem skutočného poskytovania služby existuje právny vzťah medzi obcou a subjektom poskytujúcim službu.

115. V dôsledku toho je potrebné konštatovať, že nezáleží len na vlastnostiach tretích osôb, ktorým sú služby poskytované, ale aj na obsahu transakcie.

C — *Predbežný záver*

114. V každom prípade je potrebné zamietnuť názor, podľa ktorého je potrebné zahrnúť každú službu poskytovanú obyvateľstvu predmetného územného samosprávneho celku, v prejednávanej veci teda obci. Táto koncepcia by totiž mala za následok práve to, že by sa vzali do úvahy aj všetky služby poskytované jednotlivcom bez toho, aby mali nevyhnutne vzťah s obcou. Druh vykonávanej činnosti by bol v tomto prípade irelevantný. Ak by sa nejaký subjekt neobmedzoval napríklad len na dodávky energie alebo zneškodňovanie odpadov, ale predával by aj určitý tovar, ako sú vykurovacie telesá alebo nádoby na odpad, zohľadnil by sa mu teda aj tento obrat, aj keď ide o tovar, ktorý každý spotrebiteľ môže rovnako získať z iných zdrojov. Výklad, ktorý zohľadňuje len vlastnosti tretích osôb, ktorým sa služby poskytujú, by mal za následok to, že by boli zahrnuté všetky služby poskytované spotrebiteľom, a to len preto, že majú v obci bydlisko.

116. Kritérium, podľa ktorého má kontrolovaný subjekt vykonávať podstatnú časť svojej činnosti s verejnoprávnym orgánom alebo verejnoprávnymi orgánmi, ktoré ho vlastnia, môže byť splnené aj v prípade verejnoprávnych podnikov a nepriamej majetkovej účasti. V tejto súvislosti je potrebné kontrolujúcemu subjektu pripísať aj určité služby poskytované tretím osobám.

117. V tejto veci musí vnútroštátny súd zohľadniť niekoľko okolností, medzi ktorými sú aj príjmy pochádzajúce z činností, ktoré sú vykonávané pre osoby majúce majetkovú účasť, avšak nie 80 % kritérium uvedené v článku 13 smernice 93/38.

VIII — Návrh

118. Vzhľadom na predchádzajúce úvahy navrhujem Súdnemu dvoru, aby na prejudiciálne otázky odpovedal takto:

Smernica Rady 93/36/EHS zo 14. júna 1993 o koordinácii postupov verejného obstarávania dodania tovaru sa má vykladať v tom zmysle, že neodporuje priamemu uzavretiu zmluvy na dodanie tovaru pri použití takého postupu, o aký ide vo veci samej, avšak len vtedy, ak sú splnené tieto podmienky:

Po prvé územný samosprávny celok má nad iným subjektom obdobnú kontrolu ako nad svojimi vlastnými útvarmi. Vnútroštátny súd musí v tejto súvislosti overiť tieto okolnosti:

— záujmy akcionárov,

— premenu „mestského podniku" na akciovú spoločnosť,

— skutočnosť, že otvorenie spoločnosti cudziemu kapitálu nebolo povinne stanovené ani k nemu nedošlo,

— možnosť AGESP zakladať pobočky aj v zahraničí,

— možnosť mať vplyv na menovanie správnej rady a vedenia,

— právomoci správnej rady AGESP, ako aj

— okolnosť, že obec má v AGESP nepriamu majetkovú účasť prostredníctvom AGESP Holding SpA.

Po druhé musí následne overiť, či tento subjekt vykonáva podstatnú časť svojej činnosti s územným samosprávnym celkom (územnými samosprávnymi celkami), ktorý ho vlastní (ktoré ho vlastnia). Vnútroštátny súd musí pritom vziať do úvahy okolnosti uvedené v bodoch 76 až 115, pričom sa zohľadňujú aj príjmy pochádzajúce z činností, ktoré sú vykonávané pre akcionárov, avšak nie 80 % kritérium uvedené v článku 13 smernice Rady 93/38/EHS zo 14. júna 1993 o koordinácii postupy verejného obstarávania subjektov pôsobiacich vo vodnom, energetickom, dopravnom a telekomunikačnom sektore.