NÁVRHY GENERÁLNEJ ADVOKÁTKY CHRISTINE STIX-HACKL

prednesené 12. apríla 2005 [1]

I — Úvodné poznámky

1. Toto prejudiciálne konanie sa týka významu primárneho práva pre oblasť verejného obstarávania. Konkrétne ide o otázku, aké záväzky vyplývajú verejným obstarávateľom zo základných slobôd. Toto konanie tým zároveň ponúka príležitosť bližšie konkretizovať judikatúru Súdneho dvora, a to najmä rozsudok Telaustria a Telefonadress [2].

II — Právny rámec

A — *Právo Spoločenstva*

2. Zo sekundárneho práva Spoločenstva v oblasti verejného obstarávania možno uviesť nasledujúce právne akty (ďalej len „smernice"), ktoré boli medzičasom nahradené novými smernicami (tzv. legislatívny balíček):

— z takzvaných klasických smerníc smernicu Rady 92/50/EHS z 18. júna 1992 o koordinácii postupov verejného obstarávania služieb [3] (ďalej len „smernica o službách"), ako aj

— smernicu Rady 93/38/EHS zo 14. júna 1993 o koordinácii postupy verejného obstarávania subjektov pôsobiacich vo vodnom, energetickom, dopravnom a telekomunikačnom sektore [4] (ďalej len „odvetvová smernica").

1 — Jazyk prednesu: nemčina.

2 — Rozsudok zo 7. decembra 2000, Telaustria a Telefonadress, C-324/98, Zb. s. I-10745.

3 — Ú. v. ES L 209, s. 1 (Mim. vyd. 06/001, s. 322) v znení zmien a doplnení.

4 — Ú. v. ES L 199, s. 84 (Mim. vyd. 06/002, s. 194) v znení zmien a doplnení.

B — *Vnútroštátne právo*

3. Článok 22 ods. 3 zákona č. 142 z 8. júna 1990 o organizácii miestnych autonómnych jednotiek [5] umožňuje obciam a provinciám plniť územné úlohy vo verejnom záujme, ktoré patria do ich pôsobnosti, a to jedným zo spôsobov uvedených v písmenách a) až e):

a) vlastnou správou, pokiaľ vzhľadom na malý rozsah alebo osobitosti služby nie je potrebné zriadiť inštitúciu alebo podnik;

b) koncesiou („concessione") tretím osobám, ak na to existujú technické, ekonomické alebo sociálne dôvody;

c) prostredníctvom špecializovaných podnikov vrátane zabezpečenia viacerých služieb hospodárskeho alebo obchodného záujmu;

d) prostredníctvom inštitúcií pre plnenie sociálnych služieb bez obchodného záujmu;

e) prostredníctvom akciových spoločností alebo spoločností s ručením obmedzeným so základným imaním tvoreným prevažne vkladmi z verejného sektora, ktoré sú založené organizáciou zabezpečujúcou služby vo verejnom záujme alebo na ktorých má takáto organizácia účasť.

III — Skutkový stav, konanie vo veci samej a prejudiciálna otázka

4. Consorzio Aziende Metano (ďalej len „Coname") uzavrel s Cingia de' Botti na obdobie od 1. januára 1999 do 31. decembra 2000 „zmluvu o prevádzke, riadení a dohľade nad rozvodnou sieťou metánového plynu".

5. Listom z 30. decembra 1999 obec Cingia de' Botti oznámila Coname, že obecná rada uznesením z 21. decembra 1999 schválila „Dohodu s Padania Acque SpA o riadení distribúcie a prevádzky plynového zariadenia". Tým istým uznesením bol schválený aj návrh zmluvy medzi Padania Acque SpA (ďalej len „Padania") a obcou Cingia de' Botti.

6. Padania je podnikom v prevažnom vlastníctve štátu, ktorý vznikol z prevodu bývalého Consorzio per l'acqua potabile (konzor-

5 — GURI č. 135 z 12. júna 1990. Tento zákon bol prebratý do článku 113 decreto legislativo č. 267 z 18. augusta 2000. Toto ustanovenie bolo neskôr zmenené a doplnené článkom 35 ods. 1 zákona č. 448 z 28. decembra 2001 (legge finanziaria na rok 2002).

cium pre pitnú vodu) na obce provincie Cremona. Takmer všetky obce tejto provincie majú na danej spoločnosti účasť, medzi nimi obec Cingia de' Botti, ktorá má 0,97 % účasť, a provincia Cremona.

7. Vzhľadom na svoju formu bol tento podnik poverený predmetnými službami priamo na základe článku 22 ods. 3 písm. e) zákona č. 142/1990.

8. Coname sa obrátila na Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia — Sezione staccata di Brescia a žiadala najmä zrušenie uznesenia obce. T. A. R. predložil Súdnemu dvoru túto prejudiciálnu otázku:

„Odporuje článkom 43 ES, 49 ES a 81 ES, ktoré zakazujú obmedzenia slobody usadiť sa pre štátnych príslušníkov členského štátu na území iného členského štátu a obmedzenia slobodného poskytovania služieb vo vnútri Spoločenstva pre štátnych príslušníkov členských štátov, ako aj obchodné postupy a praktiky obchodných spoločností, ktoré môžu vylúčiť, obmedziť alebo skresliť hospodársku súťaž vo vnútri Európskej únie, priame uzavretie zmluvy, teda bez oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania, na poskytnutie služieb vo verejnom záujme spočívajúcich v distribúcii plynu so spoločnosťou, na ktorej základnom imaní majú účasť obce, keď je táto účasť na základnom imaní taká, že neumožňuje žiadnu priamu kontrolu nad jej riadením, a preto je potrebné tvrdiť, že pokiaľ účasť predstavuje 0,97 % tak ako v tomto prípade, nie sú splnené predpoklady na riadenie ‚in house'?"

IV — O prípustnosti

9. Tento návrh na začatie prejudiciálneho konania vyvoláva viaceré otázky o prípustnosti.

A — *O článku 81 ES*

10. Pochybnosti o prípustnosti prejudiciálnej otázky sa vynárajú v súvislosti s článkom 81 ES.

11. Ako vyplýva z ustálenej judikatúry Súdneho dvora, vnútroštátny súd má uviesť presné dôvody, ktoré ho vedú k tomu, že si kladie otázky o výklade práva Spoločenstva a považuje za potrebné podať návrh na

začatie prejudiciálneho konania.[6] Súdny dvor v tejto súvislosti rozhodol, že je nevyhnutné, aby vnútroštátny súd podal aspoň v minimálnom rozsahu vysvetlenia dôvodov voľby ustanovení práva Spoločenstva, o ktorých výklad žiada, a súvislosti, ktorá existuje medzi týmito ustanoveniami a vnútroštátnymi právnymi predpismi uplatniteľnými na prejednávanú vec.[7]

12. Okrem toho Súdny dvor rozhodol, že nemá právomoc rozhodovať o prejudiciálnych otázkach, ak je zrejmé, že požadovaný výklad práva Spoločenstva nijako nesúvisí so skutočnosťou alebo predmetom konania vo veci samej.[8]

13. V súvislosti s uvedenými požiadavkami judikatúry Súdneho dvora týkajúcimi sa prípustnosti prejudiciálnych otázok je potrebné konštatovať, že vyjadrenia k článku 81 ES uvedené v návrhu na začatie prejudiciálneho konania sa odhliadnuc od citácie jeho textu obmedzujú na to, že voľná hospodárska súťaž predstavuje všeobecnú zásadu práva Spoločenstva a zásah do nej predstavuje celkom výnimočný prípad, ktorý je dovolený len za určitých podmienok.

14. Tým však návrh na začatie prejudiciálneho konania nespĺňa požiadavky podľa vyššie uvedenej judikatúry, pokiaľ ide o odôvodnenie požadovaného výkladu ustanovenia práva Spoločenstva.

15. Ďalej sú podľa ustálenej judikatúry prejudiciálne otázky prípustné len vtedy, ak návrh na začatie prejudiciálneho konania obsahuje dostatočné údaje o skutkových okolnostiach konania vo veci samej.[9]

16. Pritom sa v práve hospodárskej súťaže, ku ktorému patrí aj článok 81 ES o zákaze dohôd obmedzujúcich súťaž, má použiť obzvlášť prísne kritérium.[10]

17. V súvislosti s článkom 81 ES nespĺňa návrh na začatie prejudiciálneho konania ani požiadavky týkajúce sa skutkových okolností. V návrhu na začatie prejudiciálneho konania totiž chýbajú najmä údaje o zúčastnených podnikoch a konaniach, na ktoré sa podľa názoru vnútroštátneho súdu vzťahuje článok 81 ES.

6 — Uznesenia z 12. marca 2004, Austroplant-Arzneimittel, C-54/03, neuverejnené v Zbierke, bod 11; z 25. júna 1996, Italia Testa, C-101/96, Zb. s. I-3081, bod 6; z 30. apríla 1998, Testa a Modesti, C-128/97 a C-137/97, Zb. s. I-2181, bod 15, ako aj z 8. júla 1998, Agostini, C-9/98 Zb. s. I-4261, bod 6.

7 — Uznesenia Austroplant-Arzneimittel, už citované v poznámke pod čiarou 6, bod 11; zo 7. apríla 1995, Grau Gomis a i., C-167/94, Zb. s. I-1023, bod 9, a z 28. júna 2000, Laguillaumie, C-116/00, Zb. s. I-4979, bod 16.

8 — Uznesenie, už citované v poznámke pod čiarou 6, bod 12, a rozsudky z 13. marca 2001, PreussenElektra, C-379/98, Zb. s. I-2099, bod 39, a z 22. januára 2002, Canal Satélite Digital, C-390/99, Zb. s. I-607, bod 19.

9 — Rozsudok z 26. januára 1993, Telemarsicabruzzo a i., C-320/90 až C-322/90, Zb. s. I-393, bod 6, ako aj uznesenia z 19. marca 1993, Banchero, C-157/92, Zb. s. I-1085, bod 4; Testa a Modesti, už citované v poznámke pod čiarou 6, bod 5; Agostini, už citované v poznámke pod čiarou 6, bod 4, a Austroplant-Arzneimittel, už citované v poznámke pod čiarou 6, bod 10.

10 — Rozsudok z 13. apríla 2000, Lehtonen und Castors, C-176/96, Zb. s. I-2681, bod 22, ako aj uznesenia Banchero, už citované v poznámke pod čiarou 9, bod 5; Laguillaumie, už citované v poznámke pod čiarou 7, bod 19, a z 11. februára 2004, Antonio Cannito a i., C-438/03, C-439/03, C-509/03 a C-2/04, Zb. s. I-1605, bod 6.

18. Pokiaľ teda ide o článok 81 ES, návrh na začatie prejudiciálneho konania nespĺňa predpoklady na prípustnosť prejudiciálnej otázky.

B — *O základných slobodách*

19. Problémy s prípustnosťou prejudiciálnej otázky však vznikajú aj v súvislosti s uvedenými základnými slobodami (článok 43 ES a 49 ES).

20. Súdny dvor vyhlásil v tejto súvislosti za neprípustný návrh na začatie prejudiciálneho konania z toho istého členského štátu, ktorý sa takisto týkal verejného obstarávania, a to z dôvodu, že v danej veci mal podnik, ktorý napadol zákonnosť výberu vykonaného istou obcou, sídlo v Taliansku a na talianskom trhu nevykonával činnosť na základe slobody usadiť sa alebo slobody poskytovania služieb. Súdny dvor dospel k záveru, že skutkový stav z tohto dôvodu nesúvisí so žiadnou zo skutkových podstát, ktoré právo Spoločenstva upravuje v oblasti slobodného pohybu osôb a služieb. Pokiaľ ale prejednávaná vec neprekračuje v žiadnom zo svojich prvkov hranice členského štátu, a tým nemá nijakú súvislosť s jedným zo znakov skutkovej podstaty, ktoré právo Spoločenstva upravuje v oblasti slobodného pohybu osôb a služieb, základné slobody sa neuplatňujú. K tomuto záveru dospel Súdny dvor vo veci RI.SAN. [11].

21. Súdny dvor však posúdil ako prípustný aj návrh na začatie prejudiciálneho konania a s usmerneniami k výkladu a k uplatneniu primárneho práva odpovedal na prejudiciálne otázky, hoci išlo výlučne o vnútroštátny skutkový stav. [12] Z oblasti verejného obstarávania možno v tejto súvislosti uviesť vec Telaustria [13], v ktorej konaní vo veci samej pochádzali obaja účastníci konania z toho istého členského štátu. Ďalej možno spomenúť vec Buchhändler-Vereinigung [14], v ktorej boli použité zásady formulované vo veci Telaustria. Aj v tomto konaní boli všetci účastníci konania z toho istého členského štátu. To isté platí pre vec ARGE, v ktorej Súdny dvor napriek tomu zodpovedal prejudiciálnu otázku o výklade jednej základnej slobody [15].

22. Vzniká teda otázka, prečo napriek podobným skutkovým okolnostiam ako vo veci RI.SAN. Súdny dvor o týchto návrhoch na

11 — Rozsudok z 9. septembra 1999, RI.SAN., C-108/98, Zb. s. I-5219, body 21 a nasl.

12 — Pozri aj rozsudok z 5. marca 2002, Reisch a i. (C-515/99, C-519/99 až C-524/99 a C-526/99 až C-540/99, Zb. s. I-2157, body 24 a nasl.), ktorý sa však netýkal verejného obstarávania.

13 — Rozsudok už citovaný v poznámke pod čiarou 2.

14 — Uznesenie z 30. mája 2002, Buchhändler-Vereinigung, C-358/00, Zb. s. I-4685.

15 — Rozsudok zo 7. decembra 2000, ARGE Gewässerschutz (C-94/99, Zb. s. I-11037), najmä v súvislosti s treťou prejudiciálnou otázkou.

začatie prejudiciálneho konania týkajúcich sa verejného obstarávania rozhodol meritórne. Možným vysvetlením môže byť to, že vo veciach Telaustria a Buchhändler-Vereinigung smerovali prejudiciálne otázky výslovne k výkladu smerníc. Na rozdiel od toho sa prejudiciálna otázka v tomto konaní týka výslovne primárneho práva, a to najmä dvoch základných slobôd.

23. Z toho teda možno vyvodiť, že prípustnosť prejudiciálnej otázky závisí od toho, k čomu táto otázka výslovne smeruje, t. j. či sa týka primárneho alebo sekundárneho práva. [16]

24. Pre prípustnosť prejudiciálnej otázky aj v tomto konaní vzhľadom na predmetné základné slobody svedčia dva dôvody: jednak procesný a jednak materiálny.

25. Z procesného hľadiska je potrebné pripomenúť, že Súdnemu dvoru ide v prejudiciálnom konaní o to, aby vnútroštátnemu súdu poskytol účelnú odpoveď. To Súdny dvor v určitých prípadoch dokonca vedie k tomu, aby prejudiciálnu otázku preformuloval. V tomto konaní to však nie je možné, keďže otázka smeruje výslovne k výkladu primárneho práva a nie smerníc, ako to zdôraznil vnútroštátny sudca vo svojej písomnej odpovedi na príslušnú otázku Súdneho dvora.

26. Otázka, či v konaní vo veci samej ide o koncesiu alebo o zmluvu v zmysle práva Spoločenstva, je v konečnom dôsledku nepodstatná. Súdnemu dvoru totiž postačuje, ak mu položené prejudiciálne otázky „poskytnú ďalšie výkladové prvky, ktoré sa *môžu* ukázať ako užitočné na riešenie sporu vo veci samej“ [17]. Skutočnosť, či ich možno aj *skutočne* uplatniť na konkrétny skutkový stav v konaní vo veci samej, preto nemôže byť kritériom.

27. Z materiálneho hľadiska treba vystríhať pred dogmatizáciou prístupu zvoleného vo veci RI.SAN. Osobitne v práve verejného obstarávania, ktoré má za cieľ otvorenie vnútroštátnych trhov, totiž nemôže byť rozhodujúce, či v určitom postupe verejného obstarávania a/alebo v následnom vnútroštátnom preskúmavacom konaní pochádzajú všetci účastníci z toho istého členského štátu ako verejný obstarávateľ. [18] Táto skutočnosť totiž môže predstavovať aj indíciu o tom, že verejné obstarávanie nebolo náležite zverejnené, a preto sa na ňom nemohol zúčastniť

16 — Naproti tomu pozri rozsudok z 5. decembra 2000, Guimont (C-448/98, Zb. s. I-10663). V tejto veci prejudiciálna otázka smerovala výslovne k výkladu primárneho práva.

17 — Rozsudok Telaustria a Telefonadress, už citovaný v poznámke pod čiarou 2, bod 59; kurzívou zvýraznila generálna advokátka.

18 — Pozri napr. aj skutkové okolnosti v rozsudku ARGE (už citovaný v poznámke pod čiarou 15).

žiaden zahraničný podnikateľ. To neplatí len pre smernice o verejnom obstarávaní, ale aj pre predmetné základné slobody. Chránené majú byť totiž nielen podniky, ktoré sa na verejnom obstarávaní skutočne zúčastnia, ale aj potenciálni uchádzači. Potenciálna dotknutosť podnikov z iných členských štátov preto už postačuje na odôvodnenie cezhraničného skutkového stavu, a tým je splnený predpoklad na uplatnenie základných slobôd.

28. Tieto zásady svedčia o prípustnosti prejudiciálnej otázky v rozsahu, v akom sa týka základných slobôd vyplývajúcich z článkov 43 ES a 49 ES.

V — O odôvodnenosti

29. Prejudiciálna otázka sa v rozsahu, v akom je prípustná, týka v podstate pôsobnosti článkov 43 ES a 49 ES, a to príkazov alebo zákazov pre postupy verejného obstarávania, ktoré možno z týchto článkov odvodiť.

30. Tým sa vzťahuje na podstatnú časť zásad, ktoré Súdny dvor označil ako „základné pravidlá Zmluvy vo všeobecnosti a osobitne ako zásadu zákazu diskriminácie na základe štátnej príslušnosti“ [19].

A — *Úvodné poznámky k uplatniteľným právnym predpisom*

31. Aj keď sa prejudiciálna otázka výslovne odvoláva na výklad určitých ustanovení primárneho práva, nevedie to ešte *eo ipso* k tomu, že sa tieto ustanovenia musia použiť.

32. Ich uplatniteľnosť naopak závisí od toho, či konkrétny postup verejného obstarávania v konaní vo veci samej spĺňa príslušné predpoklady na uplatnenie ustanovení primárneho práva.

33. Pritom je nepodstatné, že vnútroštátny zákonodarca označil postup verejného obstarávania ako „concessione“, pretože toto označenie by sa mohlo vzťahovať aj na vnútroštátne právo, ktoré tento pojem pozná. Vnútroštátny pojem sa však nemusí nevyhnutne zhodovať s pojmami práva Spoločenstva. Ale aj keby by mal vnútroštátny sudca

19 — Rozsudok Telaustria a Telefonadress (už citovaný v poznámke pod čiarou 2), bod 60; potvrdený inou formuláciou v uznesení z 3. decembra 2001, Vestergaard (C-59/00, Zb. s. I-9505, bod 20).

na mysli pojem koncesia v zmysle práva Spoločenstva, neznamená to ešte, že táto kvalifikácia v konaní vo veci samej je aj správna.

34. Aj vtedy, ak by boli splnené predpoklady na uplatnenie sekundárneho práva, zostáva tu ešte ďalšia nejasnosť, a to, aká smernica sa vzťahuje na konkrétny skutkový stav. K tomu totiž možno poznamenať, že Súdnemu dvoru nie je konkrétny skutkový stav známy vo všetkých relevantných podrobnostiach.

35. Keďže obce sú ako územnosprávne celky tak verejnými obstarávateľmi v zmysle klasických smerníc o verejnom obstarávaní, ako aj v zmysle odvetvovej smernice, je potrebné objasniť účel zmluvy. Od tohto účelu závisí, aké smernice sa majú uplatniť. [20]

36. Ak by sa aj dospelo k záveru, že sa nemá uplatniť odvetvová smernica, ktorá je vo vzťahu k iným smerniciam špeciálnou právnou úpravou, na tomto základe ešte nemožno určiť, aká smernica z klasických smerníc o verejnom obstarávaní sa na danú zmluvu vzťahuje. Pre takéto určenie je rozhodujúce, čo je predmetom zmluvy, teda či sa týka dodávok tovaru, napr. dodávok energie, alebo poskytnutia služieb, napr. zásobovania. Ak ide o zmiešané obstarávanie, teda ak sú predmetom zmluvy oba druhy plnení, je podľa článku 2 smernice o službách rozhodujúca hodnota príslušných tovarov a služieb.

37. Skutočnosť, že v konaní vo veci samej ide o takéto zmiešané obstarávanie, síce nevyplýva zo spisového materiálu, ale vzhľadom na prax v danom členskom štáte nie je vylúčená, ako o tom svedčí aj jedno prejudiciálne konanie [21], v ktorom už Súdny dvor rozhodol.

38. Tak ako to už bolo aj vo veci RI.SAN., Súdny dvor nemôže preskúmavať správnosť údajov vnútroštátneho súdu, podľa ktorých sa konanie vo veci samej netýka uzavretia verejnej zmluvy na poskytnutie služieb. [22]

39. Ale aj vtedy, ak by konkrétna zmluva spĺňala v zásade všetky predpoklady na uplatnenie jednej zo smerníc, mohol by byť konkrétny postup verejného obstarávania z pôsobnosti predmetnej smernice vyňatý. V tomto zmysle by sa v prejednávanej veci mohla okrem jednej z výnimiek výslovne

20 — Pozri rozsudok z 10. apríla 2003, Komisia/Nemecko, C-20/01 a C-28/01, Zb. s. I-3609, ako aj z 18. novembra 2004, Komisia/Nemecko, C-126/03, Zb. s. I-11197.

21 — Uznesenie zo 14. novembra 2002, Comune di Udine, C-310/01, neuverejnené v Zbierke.

22 — Rozsudok už citovaný v poznámke pod čiarou 11, bod 20.

uvedených v smerniciach, ako napr. v článku 13 odvetvovej smernice, uplatniť aj jedna z nepísaných výnimiek zavedených Súdnym dvorom, akou je výnimka prvýkrát formulovaná v rozsudku Teckal [23] a neskôr vyložená v rozsudku Stadt Halle a RPL Lochau [24] pre tzv. zmluvy „quasi in house". Ak by tomu tak bolo, opäť by sa uplatnilo primárne právo.

40. Aj to by bolo dôvodom na to, aby vnútroštátny sudca obmedzil prejudiciálnu otázku na výklad primárneho práva.

41. Ak by sa totiž skutočne nemala uplatniť žiadna zo smerníc, mohli by mať v prejednávanej veci rozhodujúci význam základné slobody, ktoré členským štátom ukladajú menovite povinnosti rovnosti zaobchádzania a transparentnosti vo vzťahu k hospodárskym subjektom z iných členských štátov.

B — *Základné slobody a pozitívne záväzky*

42. Toto konanie, v ktorom ide o to, aké povinnosti verejných obstarávateľov možno odvodiť zo základných slobôd uvedených v článkoch 43 ES a 49 ES, sa v zásade týka otázky, či základné slobody stanovujú nielen zákazy vo forme obmedzení pre konanie členských štátov, ale aj pozitívne záväzky, a ak áno, tak aké.

43. Niektoré zákazy vyplývajúce zo základných slobôd možno kvalifikovať jednoducho ako obmedzenia, ktoré boli navyše aj predmetom mnohých konaní pred Súdnym dvorom. Z oblasti verejného obstarávania možno poukázať napr. na zákaz vyplývajúci zo slobody pohybu tovarov, podľa ktorého je „verejnému obstarávateľovi zakázané stanoviť v súťažných podkladoch k predmetnému obstarávaniu doložku, ktorá pre vykonanie zmluvy požaduje použitie materiálu určitej značky bez dodatku ‚alebo rovnocennej povahy'" [25].

44. Skutkový stav v citovanej veci a jeho posúdenie Súdnym dvorom však veľmi jasne ukazuje, že zákaz upustiť od určitého konania, konkrétne od uvedenia určitého dodatku, možno chápať aj ako povinnosť konať, a to uviesť určitý dodatok.

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

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

25 — Uznesenie Vestergaard, už citované v poznámke pod čiarou 19, bod 24.

45. S prihliadnutím na skutkový stav v konaní vo veci samej v tomto prejudiciálnom konaní to znamená, že to možno chápať minimálne dvoma spôsobmi. Jednak by bolo možné skúmať, či základné slobody — vykladané ako obmedzenia — stanovujú zákaz uzavretia zmluvy z voľnej ruky alebo priameho uzavretia zmluvy. Na druhej strane by bolo možné skúmať, či zaväzujú k určitému stupňu publicity alebo k určitému zverejneniu. Podľa toho, či sa vychádza z nekonania alebo z aktívneho konania, možno teda dospieť k pozitívnej povinnosti alebo nie.

46. Ale aj z iného dôvodu sa na účely zodpovedania prejudiciálnej otázky za daného skutkového stavu zdá nevyhnutne potrebným rozobrať problematiku pozitívnych povinností.

47. Na daný skutkový stav totiž možno prihliadať aj z hľadiska tzv. práva na obranu. Správanie verejného obstarávateľa alebo zadávateľa koncesie totiž možno považovať za zásah do práva iného, a síce za zásah do práva podniku na účasť vo verejnom obstarávaní alebo jeho práva na predloženie ponuky. Členské štáty vrátane verejných obstarávateľov alebo zadávateľov koncesie majú dbať o dodržanie tohto práva vyplývajúceho z práva Spoločenstva.

48. Pre úplnosť je napokon vhodné poznamenať, že daný skutkový stav možno rozoberať aj podľa toho, či na strane dotknutého územnosprávneho celku vedie k povinnosti ochrany alebo k povinnosti garancie. V každom prípade je nesporné, že členský štát, rovnako ako aj v tejto veci dotknutá obec, je povinný zabezpečiť základné slobody — v tomto prípade podnikov, t. j. potenciálnych uchádzačov.

49. Východiskovým bodom na zodpovedanie otázky, či základné slobody vôbec obsahujú *pozitívne povinnosti* a aký majú obsah, predstavuje judikatúra Súdneho dvora o vzájomnom uznávaní.

50. Z tejto judikatúry možno dokonca odvodiť povinnosť členských štátov prijať určité postupy a aj ich uplatňovať. Príkaz k aktívnemu konaniu smeruje voči zákonodarcovi, ako aj voči verejnej správe a súdnictvu. Zásady odvodené zo základných slobôd sa týkajú najmä obsahu konania, ako napr. vykonať určité preskúmanie. Z procesného hľadiska sa toto preskúmanie ešte ďalej špecifikuje stanovením jeho cieľového zamerania a metód, a to postupovať prostredníctvom porovnania určitých dokumentov. Okrem toho musia byť rozhodnutia

odôvodnené a preskúmateľné na základe opravných prostriedkov. [26]

51. Tieto zásady možno prebrať aj pre právo verejného obstarávania, v ktorom ide aj v tejto veci o dodržanie určitých procesnoprávnych zásad. Tým možno z doterajšej judikatúry o vzájomnom uznávaní odvodiť, že základné slobody členským štátom ukladajú určiť procesné *povinnosti*.

52. Ďalším prameňom primárneho práva okrem základných slobôd, z ktorého možno vyvodiť procesné zásady, je článok 10 ES. Prvý odsek tohto článku obsahuje jednoznačnú povinnosť konať adresovanú členským štátom („Členské štáty prijmú všetky potrebné opatrenia..."). Z tohto všeobecného a veľmi zásadného ustanovenia možno odvodiť prinajmenšom príkaz upraviť postupy, a tým aj postupy verejného obstarávania, tak, aby si členské štáty splnili svoje materiálne záväzky vyplývajúce z práva Spoločenstva.

53. V rozsahu, v akom z práva Spoločenstva vyplývajú určité povinnosti, v tomto konaní konkrétne zo základných slobôd, sú členské štáty vrátane obcí povinné prijať príslušné opatrenia aj v súvislosti so zmluvami alebo koncesiami, napr. dodržať určité lehoty alebo vykonať určité zverejnenia.

54. V súvislosti s článkom 10 ES navyše platia zásady ekvivalencie a efektivity odvodené z tohto článku, ktoré pre procesné právo členských štátov vrátane práva verejného obstarávania stanovujú určité hranice. Tieto zásady sa netýkajú len právnej ochrany, ale aj predchádzajúcej fázy, a to uskutočnenia postupu verejného obstarávania. Pritom sa samozrejme musí každý prípad „preskúmať s prihliadnutím na význam tohto ustanovenia v celom konaní, na jeho priebeh a jeho osobitosti" [27].

55. Tieto zásady primárneho práva, ktoré dopĺňajú záväzky členských štátov zo základných slobôd, majú práve mimo oblasti pôsobnosti smerníc o verejnom obstarávaní významné postavenie.

56. Napokon je vhodné ešte poukázať na všeobecné právne zásady, z ktorých možno takisto odvodiť pravidlá vnútroštátneho pro-

26 — Rozsudok zo 7. mája 1991, Vlassopoulou, C-340/89, Zb. s. I-2357, body 16 a nasl.

27 — Rozsudky z 10. apríla 2003, Steffensen, C-276/01, Zb. s. I-3735, bod 66, a z 27. februára 2003, Santex, C-327/00, Zb. s. I-1877, bod 56.

cesného práva a ktoré môžu mať pri verejnom obstarávaní tiež istý význam. To platí najmä pre všeobecnú zásadu rovnosti (zásada rovnosti zaobchádzania), ktorá presahuje zákaz diskriminácie na základe štátnej príslušnosti.

C — Záväzky zo základných slobôd vo verejnom obstarávaní

1. Obmedzený rozsah pôsobnosti základných slobôd

57. Ak by sa aj vychádzalo zo zásadnej uplatniteľnosti základných slobôd na verejných obstarávateľov a zadávateľov koncesie, to ešte vôbec neznamená, že sa tým základné slobody vzťahujú na každé konanie v rámci verejného obstarávania.

58. Nie je totiž vylúčené, aby sa verejný obstarávateľ alebo zadávateľ koncesie oprávnene odvolali na jeden z viacerých dôvodov, ktoré odôvodňujú neuplatnenie základných slobôd. Do úvahy pritom prichádzajú nielen dôvody výslovne stanovené v Zmluve, ako napr. verejná bezpečnosť alebo verejné zdravie[28], ale aj všeobecné záujmy v zmysle judikatúry Cassis de Dijon.

59. Zásadnú uplatniteľnosť vyššie uvedených dôvodov v oblasti zadávania koncesií uznala aj Komisia v jednom z jej oznámení[29]. Samozrejme sa aj vo verejnom obstarávaní musia splniť predpoklady pre dôvody odôvodňujúce neuplatnenie základných slobôd, ktoré tu bližšie nebudeme rozoberať, akými sú napr. proporcionalita vnútroštátneho opatrenia.

60. K týmto dôvodom odôvodňujúcim neuplatnenie základných slobôd pristupujú ešte ustanovenia o výnimkách výslovne stanovené v Zmluve. Aj tieto možno použiť na zadanie koncesií s tým, že zadávateľ koncesie nie je viazaný pravidlami vyplývajúcimi zo základných slobôd.

61. Konkrétne prichádzajú do úvahy ustanovenia týkajúce sa rôznych aspektov vnútornej alebo vonkajšej bezpečnosti, na ktoré bolo poukázané aj na pojednávaní. Člá-

28 — V súvislosti so slobodou usadiť sa a slobodou poskytovania služieb pozri článok 45 ES a článok 55 ES.

29 — Oznámenie Komisie k výkladovým otázkam v oblasti koncesií v práve Spoločenstva [*neoficiálny preklad*] (Ú. v. ES C 121, 2000, č. 3.1).

nok 296 ods. 1 písm. b) ES tak členským štátom umožňuje prijať určité opatrenia, ktoré pokladá za nevyhnutné na ochranu základných záujmov vlastnej bezpečnosti. Vo verejnom obstarávaní sa to týka obstarania určitých tovarov určených na obranu. Aj keď toto odvetvie nie je nevyhnutne vhodné na zadávanie koncesií, právo Spoločenstva to však nevylučuje.

62. Článok 297 ES zase členským štátom v prípade určitých krízových situácií umožňuje, aby siahli po určitých opatreniach. Aj toto ustanovenie v zásade možno použiť na verejné obstarávanie.

63. Ako to vyplýva najmä z článku 298 ES, nie sú oprávnenia členských štátov pri uplatnení uvedených dvoch ustanovení neobmedzené, ale podliehajú najmä kontrole Komisie a Súdneho dvora.

64. Napokon je vhodné poukázať ešte na ďalšie ustanovenie primárneho práva, ktoré sa síce netýka výslovne základných slobôd, ale napriek tomu môže pôsobiť ako výnimka z nich. Článok 86 ods. 2 ES totiž predvída, že „pravidl[á] tejto zmluvy", t. j. aj základné slobody, platia „za predpokladu, že uplatňovanie týchto pravidiel neznemožňuje právne alebo v skutočnosti plniť určité úlohy, ktoré im boli zverené". Ďalším predpokladom na to je, že rozvoj obchodu nie je ovplyvnený v takom rozsahu, aby to bolo v rozpore so záujmami Spoločenstva. Adresátmi tohto ustanovenia sú — na rozdiel od uplatnenia na členské štáty v spojení s článkom 10 ES — len podniky, a síce len také, ktoré sú poverené určitými službami alebo sú finančnými monopolmi. Preto sa vzťahuje len takých zadávateľov koncesie, ktorých možno kvalifikovať ako takéto podniky.

65. V súvislosti s týmto prejudiciálnym konaním je preto potrebné skúmať, či možno zadávateľa koncesie zaradiť pod jednu z vyňatých kategórií podnikov a či spôsob, akým sa verejné obstarávanie konalo, bol potrebný na to, aby si mohol splniť svoju úlohu vo všeobecnom záujme za ekonomicky únosných podmienok.[30] Samozrejme je možné aj to, aby sa členský štát s cieľom odôvodniť prevod práv na určitý podnik odvolal na článok 86 ES.[31]

66. Napokon je vhodné bližšie sa zastaviť pri spomenutej judikatúre vo veciach Teckal[32] a Stadt Halle[33], ako aj výnimke zakotvenej v článku 13 odvetvovej smernice pre určité zmluvy s prepojenými podnikmi.

30 — Rozsudok z 25. októbra 2001, Ambulanz Glöckner, C-475/99, Zb. s. I-8089, bod 57, a z 19. mája 1993, Corbeau, C-320/91, Zb. s. I-2533, bod 16.

31 — Rozsudok z 23. októbra 1997, Komisia/Holandsko, C-157/94, Zb. s. 1997, I-5699, bod 32.

32 — Rozsudok už citovaný v poznámke pod čiarou 24.

33 — Rozsudok už citovaný v poznámke pod čiarou 23.

67. Táto judikatúra, resp. úprava, dovoľuje za určitých podmienok neuplatnenie klasických smerníc o verejnom obstarávaní, resp. odvetvovej smernice. Zmluvy, na ktoré sa vzťahuje jedna z týchto výnimiek, teda nepodliehajú ustanoveniam sekundárneho práva o verejnom obstarávaní. Tým sa však automaticky otvára oblasť pôsobnosti primárneho práva vrátane predmetných základných slobôd.

68. Ani citovaná judikatúra, ani výslovná úprava odvetvovej smernice však nevedú k upusteniu od uplatnenia primárneho práva. Taká ďalekosiahla výnimka z práva Spoločenstva totiž nemá oporu ani v primárnom práve, ani v judikatúre. Ak sa má teda na verejné obstarávanie v konaní vo veci samej použiť primárne právo, nevzniká už otázka o význame citovanej judikatúry, resp. úpravy odvetvovej smernice, pretože pri tom ide o výnimky z uplatnenia sekundárneho práva.

2. Rozlišovanie v rámci primárneho práva alebo jednotný režim verejného obstarávania?

69. Keby aj bolo zrejmé, že sa na konkrétnu zmluvu má uplatniť primárne právo, napr. základné slobody, následne by bolo potrebné objasniť, aké konkrétne povinnosti má verejný obstarávateľ alebo zadávateľ koncesie. Ide teda o určenie režimu verejného obstarávania, ktorý prípadne vyplýva zo základných slobôd.

70. V tejto súvislosti je najskôr otázne, či základné slobody vôbec stanovujú nejaký režim, ktorý by bol navyše jednotný, t. j. či pre všetky zmluvy platia tie isté zásady. Na veľmi abstraktnej úrovni to tak môže byť. Verejní obstarávatelia a zadávatelia koncesie z členských štátov musia napr. rešpektovať zákaz diskriminácie a určité obmedzenia slobody usadiť sa a slobody poskytovania služieb.

71. Už samotná okolnosť, že zo základných slobôd nemožno vyvodiť pravidlá, ktoré by boli aspoň približne rovnako konkrétne ako pravidlá vyvodzované zo smerníc, však svedčí proti tvrdeniu, že pre všetky zmluvy platia napr. rovnaké procesné pravidlá, pokiaľ ide napr. o spôsob a obsah zverejnenia.

72. Pre verejných obstarávateľov a zadávateľov koncesie, ako aj pre podniky v postavení potenciálnych uchádzačov by v záujme jednoznačnosti právnej úpravy a právnej istoty bolo nepochybne výhodné, ak by v primárnom práve existoval režim verejného obstarávania alebo prinajmenšom určitý počet

takýchto režimov: tým by sa dalo napr. vyhnúť problémom, ktoré sa občas vyskytujú v praxi a vznikajú v dôsledku skutočnosti, že v konaní o zadanie koncesie začne táto zmluva podliehať verejnému obstarávaniu až v priebehu rokovania. [34]

73. Na druhej strane je však pozitívne, ak majú účastníci aj istý voľný priestor. V tomto zmysle predvídajú viaceré možnosti už samotné smernice. O to viac to preto musí platiť v oblasti pôsobnosti primárneho práva.

74. Problém teraz spočíva v určení kategórií zmlúv, pre ktoré platí príslušný režim. Ani zo znenia Zmluvy, ani z judikatúry k základným slobodám, najmä nie k tým, ktoré sa týkajú verejného obstarávania, však nemožno odvodiť kritériá na ohraničenie rozličných prípadov (kategórií) zmlúv. Potreba rozlišovania však vyplýva už zo samotnej zásady proporcionality.

75. Ak by aj v tejto súvislosti prichádzalo do úvahy uplatnenie výnimiek podľa judikatúry vo veciach Teckal a Stadt Halle, ako aj podľa článku 13 odvetvovej smernice v tom zmysle, že zmluvy, na ktoré sa vzťahujú, podliehajú zjednodušenému režimu, analogickému uplatneniu týchto výnimiek ako kritéria na rozlíšenie bráni skutočnosť, že v primárnom práve neexistuje jednotný režim verejného obstarávania, od ktorého by sa dalo odchýliť.

76. Logickým by preto bolo použitie kritérií, ktoré predvídajú aj smernice v súvislosti s určením kategórií zmlúv.

77. Podstatné hľadisko pritom predstavuje predpokladaná hodnota zmluvy [35]. Okrem toho je potrebné zohľadniť aj predmet zmluvy, teda či ide o služby, dodania tovaru alebo práce. V rámci služieb by sa mohlo rozlišovať, opäť podobne, ako to robia smernice, medzi vyňatými, prioritnými službami a službami bez priority, podľa ich konkrétnejšieho obsahu. Ďalej by bolo potrebné prihliadnuť na stupeň zložitosti zmluvy, teda či ide o štandardné tovary alebo o komplexné infraštruktúrne projekty, ktorých technické, právne alebo finančné podmienky na začiatku verejného obstarávania vôbec nebolo možné uviesť.

34 — Zelená kniha o verejných/súkromných partnerstvách a právnej úprave Spoločenstva týkajúcej sa verejného obstarávania a koncesií (*neoficiálny preklad*), KOM(2004) 327, konečné znenie, body 34 a nasl.

35 — Zákonodarca Spoločenstva zastával názor, že postupy uvedené v smerniciach nie sú pre zmluvy nízkej hodnoty primerané (uznesenie už citované v poznámke pod čiarou 19, bod 19).

78. Táto kategorizácia obsiahnutá v smerniciach sa zakladá na zásade, ktorá je všeobecne platná pre právo verejného obstarávania a podľa ktorej majú určité zmluvy pre vnútorný trh väčší význam ako iné, t. j. má na nich záujem väčší okruh hospodárskych subjektov, a to aj podniky z iných členských štátov. Tento aspekt by mal mať význam práve pre uplatnenie základných slobôd, keďže tie vyžadujú cezhraničný prvok.

79. Okrem toho by sa s cieľom rozlišovať medzi jednotlivými kategóriami, t. j. zaradiť určitú zmluvu k určitej kategórii, a tým aj do určitého právneho režimu, mohlo rovnako ako v smerniciach prihliadať aj na určité okolnosti, akými sú existencia výlučných práv alebo naliehavosti. Týmto spôsobom by mohli byť určité zmluvy, ktoré patria do oblasti pôsobnosti základných slobôd, dokonca úplne oslobodené od povinnosti uverejnenia oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania.

80. V extrémnom prípade by však systém zahŕňajúci všetky zmluvy — a pozostávajúci zo všetkých kategórií, pre ktoré existuje určitý režim — napokon vyústil do viacúrovňového režimu primárneho práva kopírujúceho smernice alebo presnejšie do viacerých režimov. Transparentnosť spomínaná v tomto prejudiciálnom konaní ale predstavuje len jednu oblasť úpravy.

81. Napokon je vhodné poukázať na zásadu efektivity uplatniteľnú na postup verejného obstarávania. Podľa tejto zásady sa má zohľadniť celé predmetné konanie, jeho priebeh a osobitosti. [36]

3. Pravidlá primárneho práva

82. Na úvod je vhodné uviesť, že v rámci primárneho práva sa v každom prípade nepoužije ten istý režim verejného obstarávania ako v oblasti pôsobnosti smerníc. Proti takémuto rozsiahlemu prebratiu svedčia najmä dva dôvody.

83. Po prvé by tým — a síce bez legislatívneho postupu upraveného v primárnom práve — platil aj mimo smerníc režim predvídaný len pre zmluvy, na ktoré sa tieto smernice vzťahujú. To by bolo obchádzaním zákonodarného procesu Spoločenstva. Po druhé by sa tým obchádzali aj samotné smernice, ktoré obsahujú pravidlá práve len pre určité zmluvy.

36 — Rozsudky Steffensen, už citovaný v poznámke pod čiarou 27, bod 66, a — osobitne v oblasti verejného obstarávania — Santex, už citovaný v poznámke pod čiarou 27, bod 56.

84. Najskôr je však vhodné pripomenúť, že pravidlá vyplývajúce zo základných slobôd v zásade platia pre všetky aspekty zmlúv, t. j. jednak pre materiálnu stránku, ako napr. opis predmetu plnenia (napr. prostredníctvom technických špecifikácií alebo doby platnosti koncesie) alebo kritérií na vhodnosť (predovšetkým kvalifikácie) a na výber ponuky, pričom je tu potrebné prihliadať predovšetkým na zásadu vzájomného uznávania. Okrem toho platia tieto pravidlá aj pre procesnú stránku, teda pre postup v užšom zmysle slova, ako napr. pre výber metódy verejného obstarávania — k čomu patrí aj uverejnenie oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania — a lehoty (napr. pre predloženie žiadosti o účasť alebo ponuky).

85. Okrem zásady transparentnosti, ktorá je v tejto veci relevantná, možno uviesť ešte s ňou súvisiacu zásadu rovnosti zaobchádzania [37], zásadu hospodárskej súťaže a zásadu proporcionality ako pravidlá, ktoré možno použiť aj v oblasti pôsobnosti primárneho práva.

86. Zo zásady rovnosti zaobchádzania možno odvodiť, že sa má napr. výber koncesionárov uskutočniť na objektívnom základe. To znamená, že požiadavky stanovené na začiatku postupu verejného obstarávania sa majú dodržať a uplatniť rovnako na všetkých uchádzačov.

87. Keďže však v tomto prejudiciálnom konaní ide len o otázku požadovanej transparentnosti, obmedzuje sa nasledujúci výklad len na tento aspekt.

a) Transparentnosť

88. Najskôr je vhodné uviesť, že transparentnosť podľa smerníc zahŕňa viac ako len aspekty spojené so zverejnením konkrétnych postupov verejného obstarávania. Patria k nim napr. rôzne spôsoby zverejnenia, či už ide o výzvu na účasť vo verejnom obstarávaní, oznámenie o vyhlásení verejného obstarávania, t. j. výzvu na predkladanie ponúk.

89. Okrem toho smernice poznajú aj iné povinnosti zverejnenia, ako napr. oznámenie o uzavretí zmluvy. Ďalej smernice predvídajú vnútorné povinnosti týkajúce sa vedenia písomnej dokumentácie, napr. vo forme

37 — Rozsudky z 18. novembra 1999, Unitron Scandinavia a 3-S, C-275/98, Zb. s. I-8291, bod 31, a Telaustria a Telefonadress, (už citovaný v poznámke pod čiarou 2, bod 61.

správy alebo uschovania dôležitých dokumentov. [38] Tieto povinnosti možno prebrať aj pre primárne právo.

90. Zásada transparentnosti okrem toho predstavuje skôr vedúcu zásadu pre celé verejné obstarávanie. K tomu patria takisto napr. preskúmateľnosť rozhodnutí verejného obstarávateľa a vo všeobecnosti objektívny postup počas verejného obstarávania.

91. V tomto konaní má Súdny dvor príležitosť bližšie konkretizovať svoju judikatúru k povinnosti zverejnenia. Vo veci Telaustria totiž v zásade rozhodol, že „verejný obstarávateľ musí v prospech potenciálneho uchádzača zabezpečiť *primeraný stupeň* zverejnenia umožňujúci otvorenie trhu služieb pre hospodársku súťaž a preskúmanie nestrannosti postupov verejného obstarávania“ [39].

92. Východiskom pri zisťovaní „primeraného stupňa zverejnenia“ je stanovenie cieľa zásady transparentnosti, ktorej výklad sa v tomto prejudiciálnom konaní požaduje. Pretože rovnako ako pre smernice aj v oblasti pôsobnosti primárneho práva platí, že transparentnosť má zabezpečiť neskreslenú súťaž a prispieť k otvoreniu vnútroštátnych trhov.

93. „Primeraný stupeň zverejnenia“ verejného obstarávania sa predovšetkým týka otázky, či sa vôbec má zverejnenie vykonať. Nemožno teda vylúčiť, že môžu existovať aj prípady, v ktorých možno zmluvu uzavrieť aj z voľnej ruky, t. j. bez predchádzajúceho uverejnenia oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania. Čo totiž dovoľujú smernice, musí byť o to viac dovolené aj v oblasti pôsobnosti primárneho práva. Bolo by príliš prísne, ak by z dôvodu, aby sa nezmazal rozdiel medzi smernicami a primárnym právom, bolo prípustné vykonať verejné obstarávanie bez uverejnenia oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania len za podmienok uvedených v smerniciach, t. j. za tam taxatívne uvedených dôvodov. Takisto by bolo príliš prísne podmieniť prípustnosť verejného obstarávania kontaktovaním všetkých potenciálnych uchádzačov. Ak by tak však verejný obstarávateľ alebo zadávateľ koncesie postupoval, bola by transparentnosť v každom prípade zachovaná. [40]

94. Samozrejme sa má naopak zabrániť tomu, aby verejný obstarávateľ alebo zadávateľ koncesie zneužili slobodu konania, ktorá im je poskytnutá. Preto možno vychádzať zo

38 — Pozri článok 12 smernice o službách, ako aj článok 41 odvetvovej smernice.

39 — Rozsudok Telaustria a Telefonadress, už citovaný v poznámke pod čiarou 2, bod 62; kurzívou zvýraznila generálna advokátka.

40 — To predpokladá generálny advokát Fennelly vo svojich návrhoch, bod 43, pre konanie vo veci Telaustria vtedy, ak nie sú všetci uchádzači alebo prevažná väčšina z nich usadení v tom istom štáte ako verejný obstarávateľ.

zásadnej povinnosti zverejnenia podľa primárneho práva s viacerými možnosťami výnimiek. Preto by verejný obstarávateľ alebo zadávateľ koncesie v konkrétnom prípade mali zdôvodniť, prečo sa odchyľujú od pravidla zverejnenia.

95. Aj keď však pripustíme zásadu povinného zverejnenia, zostávajú otvorené ešte viaceré otázky.

96. Jednou z nich je otázka prostriedku zverejnenia. Na jednej strane ide o aspekt zemepisného šírenia, t. j. na miestnej, regionálnej, vnútroštátnej alebo európskej úrovni. Na druhej strane sa vzťahuje na druh samotného prostriedku. V tejto súvislosti prichádzajú do úvahy okrem klasických tlačovín, akými sú úradné vestníky, denníky alebo publikácie príslušného hospodárskeho odvetvia, aj elektronické fóra ako internet. Za určitých okolností možno dokonca siahnuť po archaickej forme vývesky [41].

97. Spôsob zverejnenia však predstavuje len jeden aspekt. Okrem toho je pre obstarávateľa alebo zadávateľa koncesie dôležité vedieť, aké povinnosti im ukladajú základné slobody vo vzťahu k minimálnemu obsahu zverejnenia. Vo všeobecnosti platí pravidlo, že sa má poskytnúť toľko informácií, koľko ich potrebujú podniky na to, aby sa mohli rozhodnúť pre účasť na verejnom obstarávaní alebo pre predloženie ponuky. Zo základných slobôd však v žiadnom prípade nemožno vyvodiť dostatočné množstvo a pre všetky prípady platné podrobnosti, z ktorých by potom v ich súhrne vyplýval vzor pre zverejnenia, aké predvídajú smernice. Ako zásada preto aj v súvislosti s minimálnym obsahom zverejnenia platí, že základné slobody nezaväzujú vo všetkých prípadoch k poskytnutiu tých údajov, ktoré stanovujú vzory zverejnení podľa sekundárneho práva.

98. Druh, ako aj obsah zverejnenia však závisia od kritérií uvedených v primárnom práve na tvorbu kategórií zmlúv a z toho vyplývajúce rozlišovanie.

99. Vzhľadom na okolnosť, že zo spisu, najmä z návrhu na začatie prejudiciálneho konania, nevyplývajú podrobnosti potrebné na stanovenie stupňa zverejnenia, ktorý by bol v konaní vo veci samej primeraný, a vzhľadom na zásadu, že v prejudiciálnom konaní podľa článku 234 ES nie je úlohou Súdneho dvora uplatniť ustanovenia práva

41 — To považuje za prípustné aj Komisia v jej oznámení (už citované v poznámke pod čiarou 29).

Spoločenstva na konkrétny skutkový stav, prináleží vnútroštátnemu sudcovi, aby rozhodol, či v konaní vo veci samej bola splnená povinnosť transparentnosti. [42]

100. Pritom má vnútroštátny sudca v zmysle analýzy trhu zohľadniť, ktoré hospodárske subjekty majú na plánovanej zmluve záujem vzhľadom na potenciálnu hospodársku súťaž, pričom rozhodujúcu úlohu zohrávajú hodnota a predmet zmluvy.

b) Výnimka pre určité zmluvy „quasi in house"

101. Ako už bolo uvádzané, ani výnimka zo sekundárneho práva podľa judikatúry Teckal a Stadt Halle, ani výnimka podľa článku 13 odvetvovej smernice nemôžu viesť k neuplatneniu primárneho práva vrátane predmetných základných slobôd.

102. Ak sa má predmetná zmluva v konaní vo veci samej skutočne kvalifikovať ako koncesia na služby a ak z tohto dôvodu nespadá do pôsobnosti smerníc, je bezpredmetnou otázka, či sa smernice na túto konkrétnu zmluvu nevzťahujú na základe inej okolnosti, napr. z dôvodu uplatnenia výnimky v zmysle judikatúry, resp. odvetvovej smernice. V takom prípade sa totiž primárne právo uplatní už z iného dôvodu.

103. Okrem toho v rámci návrhu na začatie prejudiciálneho konania podľa článku 234 ES nie je úlohou Súdneho dvora, aby uplatnil ustanovenia práva Spoločenstva na konkrétny skutkový stav. To Súdny dvor zdôraznil práve vo viacerých prípadoch týkajúcich sa verejného obstarávania. [43] Naopak je úlohou vnútroštátneho sudcu, aby skúmal, či sú v konaní vo veci samej splnené kritéria formulované Súdnym dvorom, resp. predpoklady odvetvovej smernice. Na tieto účely je však najskôr potrebné určiť, či sa smernice vôbec majú uplatniť.

104. Ak ide o koncesiu na služby, v dôsledku čoho sa smernice nepoužijú, je uplatnenie obidvoch výnimiek na postupy „quasi in house" vylúčené.

42 — K takémuto riešeniu pozri v rozsudku Telaustria a Telefonadress (už citovaný v poznámke pod čiarou 2), bod 63.

43 — Pozri len rozsudky Telaustria a Telefonadress, už citovaný v poznámke pod čiarou 2, bod 63; z 22. mája 2003, Korhonen, C-18/01, Zb. s. I-5321; zo 4. decembra 2003, EVN AG a Wien-Strom, C-448/01, Zb. s. I-14527; uznesenie Comune di Udine a AMGA, už citované v poznámke pod čiarou 21.

VI — Návrh

105. S prihliadnutím na uvedené navrhujem Súdnemu dvoru odpovedať na prejudiciálnu otázku takto:

Články 43 ES a 49 ES sa majú vykladať tak, že v zásade stanovujú povinnosť transparentnosti. Napriek tomu článkom 43 ES a 49 ES neodporuje v každom prípade priame uzavretie zmluvy, t. j. bez oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania alebo bez vyhlásenia verejného obstarávania. Pri posúdení otázky, či je v postupe verejného obstarávania, aký sa uvádza v konaní vo veci samej, prípustné priame uzavretie zmluvy, má vnútroštátny sudca v zmysle analýzy trhu zohľadniť, ktoré hospodárske subjekty majú na plánovanej zmluve záujem vzhľadom na potenciálnu hospodársku súťaž, pričom rozhodujúcu úlohu zohrávajú hodnota a predmet zmluvy.