ROZSUDOK SÚDNEHO DVORA (prvá komora)

z 11. januára 2005 *

Vo veci C-26/03,

ktorej predmetom je návrh na začatie prejudiciálneho konania podľa článku 234 ES, podaný rozhodnutím Oberlandesgericht Naumburg (Nemecko) z 8. januára 2003 a doručený Súdnemu dvoru 23. januára 2003, ktorý súvisí s konaním:

Stadt Halle,

RPL Recyclingpark Lochau GmbH

proti

Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna,

* Jazyk konania: nemčina.

SÚDNY DVOR (prvá komora),

v zložení: predseda prvej komory P. Jann, sudcovia J. N. Cunha Rodrigues, E. Juhász (spravodajca), M. Ilešič a E. Levits,

generálna advokátka: C. Stix-Hackl,

tajomník: R. Grass,

so zreteľom na písomnú časť konania,

so zreteľom na pripomienky, ktoré predložili:

— Stadt Halle, v zastúpení: U. Jasper, Rechtsanwältin,

— Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna, v zastúpení: K. Heuvels, Rechtsanwalt,

— francúzska vláda, v zastúpení: G. de Bergues a D. Petrausch, splnomocnení zástupcovia,

— rakúska vláda, v zastúpení: M. Fruhmann, splnomocnený zástupca,

— fínska vláda, v zastúpení: T. Pynnä, splnomocnená zástupkyňa,

— Komisia Európskych spoločenstiev, v zastúpení: K. Wiedner, splnomocnený zástupca,

po vypočutí návrhov generálnej advokátky na pojednávaní 23. septembra 2004,

vyhlásil tento

Rozsudok

1 Návrh na začatie prejudiciálneho konania sa týka výkladu článku 1 ods. 1 smernice Rady 89/665/EHS o koordinácii zákonov, iných právnych predpisov a správnych opatrení týkajúcich sa uplatňovania postupov preskúmavania v rámci verejného obstarávania tovarov a prác (Ú. v. ES L 395, s. 33; Mim. vyd. 06/001, s. 246), zmenenej a doplnenej smernicou Rady 92/50/EHS z 18. júna 1992 o koordinácii postupov verejného obstarávania služieb (Ú. v. ES L 209, s. 1; Mim. vyd. 06/001, s. 322), ktorá bola zmenená a doplnená smernicou Európskeho parlamentu a Rady 97/52/ES z 13. októbra 1997 (Ú. v. ES L 328, s. 1; Mim. vyd. 06/003, s. 3, ďalej len „smernica 89/665"). Návrh na začatie prejudiciálneho konania sa tiež týka výkladu článku 1 bod 2 a článku 13 ods. 1 smernice Rady 93/38/EHS zo 14. júna 1993 o koordinácii postupov verejného obstarávania subjektov pôsobiacich vo vodnom, energetickom, dopravnom a telekomunikačnom sektore (Ú. v. ES L 199, s. 84; Mim. vyd. 06/002, s. 194), zmenenej a doplnenej smernicou Európskeho parlamentu a Rady 98/4/ES zo 16. februára 1998 (Ú. v. ES L 101, s. 1; Mim. vyd. 06/003, s. 91, ďalej len „smernica 93/38").

2 Tento návrh bol podaný v rámci konania medzi Stadt Halle (mesto Halle) (Nemecko) a spoločnosťou RPL Recyclingpark Lochau GmbH (ďalej len „RPL Lochau") na jednej strane a spoločnosťou Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna (ďalej len „TREA Leuna") vo veci súladu uzavretia zmluvy na poskytnutie služieb týkajúcich sa úpravy odpadu medzi Stadt Halle a RPL Lochau bez vyhlásenia verejného obstarávania, na ktorej obchodnom imaní má väčšinový podiel Stadt Halle a menšinový podiel súkromná spoločnosť, s predpismi Spoločenstva.

Právny rámec

Právna úprava Spoločenstva

3 Podľa článku 1 písm. a) smernice 92/50, zmenenej a doplnenej smernicou 97/52 (ďalej len „smernica 92/50") sa „verejnými zmluvami na poskytnutie služieb" rozumejú, „odplatné zmluvy uzavreté písomne medzi poskytovateľom služieb a obstarávateľom [verejným obstarávateľom — *neoficiálny preklad*]". Podľa článku 1 ods. b) tej istej smernice sa „obstarávateľom" [verejným obstarávateľom — *neoficiálny preklad*] rozumejú „štátne, regionálne alebo miestne orgány [územné samosprávne celky — *neoficiálny preklad*], verejnoprávne inštitúcie, združenia tvorené jedným alebo viacerými takýmito orgánmi alebo verejnoprávnymi inštitúciami". Napokon článok 1 písm. c) tejto smernice vymedzuje „poskytovateľa služieb" ako „fyzickú alebo právnickú osobu, vrátane verejnoprávnej inštitúcie, ktorá poskytuje služby".

4 Podľa článku 8 smernice 92/50 „zmluvy, ktorých predmetom sú služby uvedené v prílohe I A, sa uzatvárajú v súlade s ustanoveniami kapitol III až VI". Tieto ustanovenia v zásade obsahujú pravidlá týkajúce sa vyhlasovania verejného obstarávania a zverejňovania. Článok 11 ods. 1 tej istej smernice stanovuje, že pri

uzatváraní verejných zmlúv na poskytnutie služieb „budú obstarávatelia [verejní obstarávatelia — *neoficiálny preklad*] používať postupy uvedené v článku 1 písm. d), e) a f), prispôsobené účelu tejto smernice". Postupy, na ktoré sa toto ustanovenie odvoláva, sú „verejná súťaž", „užšia súťaž" a „rokovacie konania".

5 Kategória č. 16 prílohy I A uvedenej smernice označuje služby „kanalizácie a likvidácia odpadu, sanitárne a podobné služby".

6 Článok 7 ods. 1 písm. a) smernice 92/50 stanovuje, že smernica sa vzťahuje na verejné zmluvy na poskytnutie služieb, ktorých predpokladaná cena bez dane z pridanej hodnoty „nie je nižšia ako 200 000 ECU".

7 Z druhého a tretieho odôvodnenia smernice 89/665 vyplýva, že jej účelom je zabezpečiť uplatňovanie pravidiel Spoločenstva v oblasti verejného obstarávania prostredníctvom účinných a rýchlych prostriedkov, najmä v štádiu, keď ešte môžu byť napravené porušenia, vzhľadom na to, že otvorenie verejného obstarávania hospodárskej súťaži na úrovni Spoločenstva vyžaduje podstatné zvýšenie záruk transparentnosti a zákazu diskriminácie.

8 S týmto cieľom článok 1 ods. 1 a 3 smernice 89/665 stanovuje:

„1. Členské štáty prijmú potrebné opatrenia, aby zabezpečili, že v oblasti postupov verejného obstarávania, na ktoré sa vzťahujú smernice..., môžu byť rozhodnutia obstarávateľov [verejných obstarávateľov — *neoficiálny preklad*] účinne a predovšetkým tak rýchlo, ako je to možné, preskúmané v súlade s podmienkami

stanovenými v nasledujúcich článkoch, najmä v článku 2 ods. 7, ak tieto rozhodnutia porušili právo spoločenstva v oblasti verejného obstarávania, alebo vnútroštátne právne predpisy prijaté na jeho vykonanie.

...

3. Členské štáty zabezpečia, aby aspoň každá osoba, ktorá má alebo mala záujem o uzavretie zmluvy na základe verejného obstarávania dodávky tovaru alebo prác, mohla uplatniť postupy preskúmavania na základe podrobných pravidiel, ktoré môžu členské štáty stanoviť,... ktorá bola alebo je poškodená [môže byť poškodená — *neoficiálny preklad*] údajným porušením. Členské štáty môžu najmä požadovať, aby osoba, ktorá sa snaží o preskúmanie, musela vopred informovať obstarávateľa [verejného obstarávateľa — *neoficiálny preklad*] o údajnom porušení a o svojom úmysle požiadať o preskúmanie."

9 Podľa článku 2 ods. 1 smernice 89/665:

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

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

b) zrušiť alebo zabezpečiť zrušenie rozhodnutí prijatých protiprávne, vrátane odstránenia diskriminačných technických, hospodárskych alebo finančných kritérií uvedených vo výzvach na predkladanie ponúk, v zmluvných dokumentoch alebo v ktorýchkoľvek iných dokumentoch týkajúcich sa postupu verejného obstarávania;

c) odškodniť osoby poškodené porušením.

...“

10 Podľa článku 1 smernice 93/38:

„Na účely tejto smernice:

...

2. ‚verejný podnik‘ znamená akýkoľvek podnik, ktorý môžu verejnoprávne orgány priamo alebo nepriamo dominantne ovplyvňovať na základe vlastníctva, ich finančnej účasti alebo pravidiel, ktorými sa spravuje. Za dominantný vplyv verejnoprávnych orgánov sa považuje skutočnosť, keď tieto orgány priamo alebo nepriamo vo vzťahu k podniku:

— vlastnia väčšinu podnikového upísaného základného imania,

alebo

— kontrolujú väčšinu hlasov prislúchajúcich akciám vydaným podnikom,

alebo

— môžu menovať viac ako polovicu členov správneho, riadiaceho alebo dozorného orgánu;

3. ‚prepojený podnik' znamená... akýkoľvek podnik, na ktorý má priamo alebo nepriamo dominantný vplyv obstarávateľ v zmysle odseku 2...

..."

11 Článok 13 smernice 93/38 stanovuje:

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

a) obstarávateľ uzatvára s prepojeným podnikom;

...

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.

...“

Vnútroštátna právna úprava

12 Z rozhodnutia vnútroštátneho súdu vyplýva, že žaloby v oblasti verejného obstarávania sú v nemeckom práve upravené Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (zákon proti obmedzovaniu hospodárskej súťaže). V súlade s § 102 tohto zákona môže byť „verejné obstarávanie“ predmetom žaloby. Uchádzač alebo záujemca má subjektívne právo, pokiaľ ide o „ustanovenia upravujúce postupy verejného obstarávania“, ktoré mu umožňuje uplatniť voči verejnému obstarávateľovi práva zverené mu § 97 ods. 7 toho istého zákona, „týkajúce sa konania alebo nečinnosti v rámci postupu verejného obstarávania...“.

13 Rozhodnutie vnútroštátneho súdu upresňuje, že podľa názoru istej časti judikatúry a právnej vedy v Nemecku je na základe týchto ustanovení možné podať žalobu v oblasti verejného obstarávania len vtedy, ak žalobca sleduje zámer prinútiť verejného obstarávateľa, aby sa choval istým spôsobom v prebiehajúcom formálnom postupe verejného obstarávania, čo znamená, že podanie žaloby nie je možné, ak sa verejný obstarávateľ rozhodol nevyhlásiť verejné obstarávanie a nezačať formálne niektorý postup verejného obstarávania. Proti tomuto názoru však namieta iná časť judikatúry a právnej vedy.

Spor vo veci samej a prejudiciálne otázky

14 Z rozhodnutia vnútroštátneho súdu vyplýva, že Stadt Halle po rokovaní mestskej rady z 12. decembra 2001 zadalo RPL Lochau vypracovanie projektu týkajúceho sa úpravy odpadu pred zhodnotením a zneškodnením bez toho, aby formálne začalo postup verejného obstarávania. Súčasne Stadt Halle rozhodlo, takisto bez vyhlásenia verejného obstarávania, o začatí rokovania s RPL Lochau s cieľom uzavrieť s touto spoločnosťou zmluvu týkajúcu sa odstraňovania zvyškového mestského odpadu počínajúc 1. júnom 2005. Uvedená spoločnosť mala byť investorom výstavby tepelnej stanice na zneškodňovanie a zhodnocovanie odpadu.

15 RPL Lochau je spoločnosť s ručením obmedzeným založená roku 1996. 75,1 % jej obchodného imania je vo vlastníctve Stadtwerke Halle GmbH, ktorej jediný akcionár, Verwaltungsgesellschaft für Versorgungs- und Verkehrsbetriebe der Stadt Halle mbH, je v 100 % vlastníctve Stadt Halle, a 24,9 % obchodného imania je vo vlastníctve súkromnej spoločnosti s ručením obmedzeným. Vnútroštátny súd kvalifikuje RPL Lochau ako „spoločnosť s účasťou verejného sektora" a poukazuje na to, že rozdelenie obchodného imania tejto spoločnosti nebolo dohodnuté v spoločenskej zmluve skôr ako na konci roku 2001, keď bolo plánované zadanie realizácie predmetného projektu.

16 Vnútroštátny súd rovnako upozorňuje, že predmetom činnosti RPL Lochau je využívanie zariadení na recykláciu a odstraňovanie odpadu. Rozhodnutia valného zhromaždenia sa prijímajú buď jednoduchou väčšinou alebo väčšinou 75 % hlasov. Obchodné a technické vedenie tejto spoločnosti je v súčasnosti zverené tretej spoločnosti a Stadt Halle je najmä oprávnené preverovať účty.

17 TREA Leuna, ktorá sa tiež zaujímala o poskytovanie uvedených služieb, keďže vedela o uzavretí zmluvy mimo rámca postupu stanoveného normami Spoločenstva v oblasti verejného obstarávania, namietala proti rozhodnutiu Stadt Halle a podala na komoru verejného obstarávania Regierungspräsidium Halle žalobu, v ktorej navrhovala, aby bolo Stadt Halle zaviazané vyhlásiť verejné obstarávanie.

18 Stadt Halle na svoju obranu tvrdí, že podľa vnútroštátnej právnej úpravy uvedenej v bodoch 12 a 13 tohto rozsudku žaloba nie je prípustná, keďže ako verejný obstarávateľ nezačalo formálny postup verejného obstarávania. Ďalej, RPL Lochau je skôr odnožou Stadt Halle, keďže je ním kontrolovaná. Ide teda o „interný úkon", na ktorý sa nevzťahujú ustanovenia práva Spoločenstva v oblasti verejného obstarávania.

19 Príslušná inštancia vyhovela návrhu TREA Leuna s odôvodnením, že aj v prípade absencie postupu verejného obstarávania musí byť rozhodnutie verejného obstarávateľa napadnuteľné žalobou. Takisto dospela k názoru, že v danom prípade vôbec nešlo o „interný úkon", keďže menšinový súkromný podiel prekračoval prah 10 %, za ktorým podľa nemeckej právnej úpravy spoločností s ručením obmedzeným už ide o menšinový podiel spojený s určitými špecifickými právami. Navyše tento súdny orgán dospel k záveru, že činnosť, ktorú RPL Lochau vykonávala pre Stadt Halle, mohla s dostatočnou istotou zabezpečiť využívanie jej kapacít len do výšky 61,25 %, takže na zabezpečenie plného využitia svojich zvyšných kapacít bol podnik nútený získavať objednávky na trhu, na ktorom pôsobí.

20 Oberlandesgericht Naumburg, na ktorom podalo Stadt Halle odvolanie, rozhodol konanie prerušiť a položiť Súdnemu dvoru tieto prejudiciálne otázky:

„1. a) Ukladá článok 1 ods. 1 smernice [89/665] členským štátom, aby zabezpečili možnosť účinného a čo možno najrýchlejšieho preskúmania rozhodnutia verejného obstarávateľa o tom, že verejnú zmluvu neuzavrie v rámci postupu prispôsobeného ustanoveniam smerníc o verejnom obstarávaní?

b) Ukladá tiež článok 1 ods. 1 smernice [89/665] členským štátom, aby zabezpečili možnosť účinného a čo možno najrýchlejšieho preskúmania rozhodnutí verejného obstarávateľa, ktoré prijal pred formálnym vyhlásením verejného obstarávania, najmä rozhodnutia o predbežných otázkach, či určitý postup zadávania zákazky patrí vo všeobecnosti do osobnej alebo vecnej pôsobnosti smerníc o verejnom obstarávaní, alebo či ide výnimočne o výnimku z práva verejného obstarávania?

c) V prípade kladnej odpovede na [prvú] otázku [písm. a)] a zápornej odpovede na [prvú] otázku [písm. b)]:

Splní si členský štát svoju povinnosť zabezpečiť možnosť účinného a čo možno najrýchlejšieho preskúmania rozhodnutia verejného obstarávateľa o tom, že verejnú zmluvu neuzavrie v rámci postupu prispôsobeného ustanoveniam smerníc o verejnom obstarávaní, ak je možnosť začatia prieskumného konania podmienená tým, že postup zadávania zákazky dospel do určitého formálneho štádia, napr. do začatia ústnych alebo písomných zmluvných rokovaní s treťou stranou?

2. a) Za predpokladu, že verejný obstarávateľ, akým je napríklad územný samosprávny celok, zamýšľa uzavrieť so subjektom, ktorý je od neho formálne odlišný, ďalej len — ‚druhá zmluvná strana' — písomnú odplatnú zmluvu o službách, na ktorú sa vzťahuje smernica [92/50] a na druhej strane táto zmluva výnimočne nie je verejnou zmluvou na poskytnutie služieb v zmysle článku 1 písm. a) smernice [92/50], keďže druhú zmluvnú stranu možno pokladať za závislú od verejnej správy alebo útvarov verejného obstarávateľa — ďalej len ‚vlastný úkon oslobodený od verejného obstarávania' — je kvalifikovanie takejto zmluvy ako vlastného úkonu oslobodeného od verejného obstarávania ešte vždy vylúčené len preto, že v spoločnosti, ktorá je druhou zmluvnou stranou, má obchodný podiel súkromná spoločnosť?

b) V prípade zápornej odpovede na [druhú] otázku [písm. a)]:

Za akých podmienok treba druhú zmluvnú stranu, v ktorej má obchodný podiel súkromná spoločnosť — ďalej len ‚spoločnosť s účasťou verejného sektora' — považovať za závislú od verejnej správy alebo útvarov verejného obstarávateľa?

Najmä:

— Postačuje na to, aby mohla byť spoločnosť s účasťou verejného sektora považovaná za závislú od útvarov verejného obstarávateľa z hľadiska usporiadania a intenzity kontroly, skutočnosť, že táto spoločnosť je ‚pod dominantným vplyvom' verejného obstarávateľa, napr. v zmysle článku 1 bodu 2 a článku 13 ods. 1 smernice 93/38..., zmenenej a doplnenej aktom [o podmienkach pristúpenia Rakúskej republiky, Fínskej republiky a Švédskeho kráľovstva a o úpravách zmlúv, na ktorých je založená

Európska únia (Ú. v. ES C 241, 1994, s. 21, a Ú. v. ES L 1, 1995, s. 1)], ako aj smernicou Európskeho parlamentu a Rady 98/4/ES [zo 16. februára 1998, ktorá mení a dopĺňa smernicu 93/38 (Ú. v. ES L 101, s. 1; Mim. vyd. 06/003, s. 91)]?

— Vylučuje právna možnosť, že súkromný spoločník spoločnosti s účasťou verejného sektora získa vplyv na strategické ciele druhej zmluvnej strany a/alebo na konkrétne rozhodnutia prijaté v rámci riadenia podniku, aby bola spoločnosť považovaná za závislú od útvarov verejného obstarávateľa?

— Postačuje veľká riadiaca právomoc týkajúca sa výlučne rozhodnutí o uzavretí zmluvy a poskytovaní plnení, pokiaľ ide o zadávanie zákazky, na to, aby sa spoločnosť s účasťou verejného sektora považovala za závislú od útvarov verejného obstarávateľa z hľadiska usporiadania alebo intenzity kontroly?

— Postačuje na to, aby bola spoločnosť s účasťou verejného sektora považovaná za závislú od útvarov verejného obstarávateľa, pokiaľ ide o realizáciu podstatnej časti jej aktivít v spojení s ním, ak najmenej 80 % obratu dosiahnutého priemerne touto spoločnosťou v priebehu troch posledných rokov v sektore služieb v Spoločenstve pochádza z poskytovania týchto služieb verejnému obstarávateľovi alebo prepojeným podnikom, prípadne závislým podnikom, alebo ak — v prípade podniku so zmiešaným vlastníctvom, ktorý ešte nezavŕšil tri roky činnosti — predpovede umožňujú počítať s tým, že prah 80 % bude dosiahnutý?"

O prejudiciálnych otázkach

21 Aby bolo možné dať vnútroštátnemu súdu užitočnú a koherentnú odpoveď, je potrebné rozdeliť položené otázky do dvoch skupín podľa ich obsahu a cieľa a takto ich preskúmať.

O prvej otázke písm. a), b) a c)

22 Prvou sériou svojich otázok sa vnútroštátny súd v podstate pýta, či sa článok 1 ods. 1 smernice 89/665 musí vykladať v tom zmysle, že povinnosť členských štátov zabezpečiť možnosť účinného a rýchleho preskúmania rozhodnutí verejných obstarávateľov sa vzťahuje rovnako aj na rozhodnutia prijaté mimo rámca formálneho postupu verejného obstarávania a pred formálnym vyhlásením verejného obstarávania, najmä na rozhodnutie o tom, či istá zmluva patrí do osobnej alebo vecnej pôsobnosti smernice 92/50 a od ktorého momentu v rámci procesu zadávania zákazky sú členské štáty povinné umožniť uchádzačovi, záujemcovi alebo inej dotknutej osobe, aby podala návrh na preskúmanie rozhodnutia.

23 V tejto súvislosti je vhodné najprv poukázať na to, že smernica 92/50, ako vyplýva z jej druhého a tretieho odôvodnenia, bola prijatá v rámci opatrení potrebných na vytvorenie vnútorného trhu, čiže priestoru bez vnútorných hraníc, v ktorom je zabezpečený voľný pohyb tovaru, osôb, služieb a kapitálu. Zo štvrtého a piateho odôvodnenia tej istej smernice vyplýva, že keďže jej cieľom je otvorenie trhu verejného obstarávania v oblasti služieb, musia smernicu uplatňovať všetci verejní obstarávatelia.

24 Vzápätí je potrebné zdôrazniť, že z ustanovení smernice 92/50 jasne vyplýva, za akých podmienok sú všetci verejní obstarávatelia povinní použiť pravidlá uvedené v hlavách III až VI smernice, pričom výnimky z uplatnenia týchto pravidiel sú v samotnej smernici taxatívne vymenované.

25 A preto, ak sú tieto podmienky splnené, inak povedané, ak transakcia patrí do osobnej a vecnej pôsobnosti smernice 92/50, predmetné verejné zmluvy musia byť podľa článku 8 tejto smernice, v spojení s článkom 11 ods. 1 smernice, uzavreté v súlade s ustanoveniami jej hláv III až VI, t. j. musia byť predmetom verejného obstarávania a primeraného uverejnenia.

26 Táto povinnosť zaväzuje verejných obstarávateľov bez rozdielu medzi verejnými zmluvami, ktoré uzatvárajú s cieľom plniť svoje poslanie spočívajúce v zabezpečovaní potrieb verejného záujmu a verejnými zmluvami, ktoré s týmto poslaním nemajú súvis (pozri v tomto zmysle rozsudok z 15. januára 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria a i., C-44/96, Zb. s. I-73, bod 32).

27 Aby bolo možné dať odpoveď vnútroštátnemu súdu, je potrebné preskúmať pojem „rozhodnutia prijaté obstarávateľmi [verejnými obstarávateľmi — *neoficiálny preklad*]" použitý v článku 1 ods. 1 smernice 89/665. Keďže tento pojem nie je v smernici výslovne vymedzený, je vhodné ohraničiť jeho rozsah na základe relevantných ustanovení smernice a so zreteľom na cieľ účinnej a rýchlej súdnej ochrany, ktorý smernica sleduje.

28 Znenie článku 1 ods. 1 smernice 89/665 tým, že používa výrazy „pokiaľ ide o postupy", predpokladá, že každé rozhodnutie verejného obstarávateľa, na ktoré sa vzťahujú pravidlá Spoločenstva v oblasti verejného obstarávania a ktoré je spôsobilé ich porušiť, podlieha súdnemu preskúmaniu podľa článku 2 ods. 1 písm. a) a b) tejto

smernice (pozri v tomto zmysle rozsudky z 18. júna 2002, HI, C-92/00, Zb. s. I-5553, bod 37, a z 23. januára 2003, Makedoniko Metro a Michaniki, C-57/01, Zb. s. I-1091, bod 68). Odvoláva sa preto všeobecne na rozhodnutia verejného obstarávateľa bez toho, aby rozlišovalo medzi rozhodnutiami podľa ich obsahu alebo momentu ich prijatia.

29 Článok 2 ods. 1 písm. b) smernice 89/665 ďalej stanovuje možnosť zrušiť protiprávne rozhodnutia verejných obstarávateľov vo vzťahu k technickým a iným špecifikáciám obsiahnutým nielen v dokumentoch k verejnému obstarávaniu, ale aj v každom inom dokumente, ktorý má vzťah k predmetnému postupu verejného obstarávania. Toto ustanovenie preto môže zahŕňať dokumenty obsahujúce rozhodnutia prijaté v niektorej fáze pred uverejnením vyhlásením verejného obstarávania.

30 Takéto široké chápanie pojmu rozhodnutie verejného obstarávateľa je potvrdené judikatúrou Súdneho dvora. Ten už rozhodol, že ustanovenie článku 1 ods. 1 smernice 89/665 nestanovuje žiadne obmedzenie, pokiaľ ide o povahu a obsah v ňom uvedených rozhodnutí (rozsudok z 28. októbra 1999, Alcatel Austria a i., C-81/98, Zb. s. I-7671, bod 35). Takéto obmedzenie nemôže byť navyše odvodené ani zo znenia článku 2 ods. 1 písm. b) tejto smernice (pozri v tomto zmysle rozsudok Alcatel Austria a i., už citovaný, bod 32). Navyše, zužujúci výklad pojmu „preskúmateľné rozhodnutie" by bol nezlučiteľný s ustanovením článku 2 ods. 1 písm. a) tej istej smernice, ktorý ukladá členským štátom, aby ustanovili konania o nariadení predbežných opatrení vo vzťahu ku všetkým rozhodnutiam prijatým verejnými obstarávateľmi (rozsudok HI, už citovaný, bod 49).

31 V tomto duchu širokého výkladu pojmu „preskúmateľné rozhodnutie" Súdny dvor rozhodol, že rozhodnutie verejného obstarávateľa, ktoré predchádza uzavretiu zmluvy a ktorým si verejný obstarávateľ vyberie uchádzača na uzavretie zmluvy, musí byť v každom prípade preskúmateľné bez ohľadu na možnosť získať náhradu škody a úroky z omeškania v prípade, keď bola uzavretá zmluva (rozsudok Alcatel Austria a i., už citovaný, bod 43).

32 Pokiaľ ide o cieľ odstrániť prekážky voľného pohybu služieb, sledovaný smernicou 92/50, ako aj o ciele, znenie a vnútornú štruktúru smernice 89/665 Súdny dvor takisto rozhodol, že rozhodnutie verejného obstarávateľa odvolať konkrétne verejné obstarávanie služieb musí byť takisto preskúmateľné v súlade s článkom 1 ods. 1 smernice 89/665 (pozri v tomto zmysle rozsudok HI, už citovaný, bod 55).

33 V tejto súvislosti, ako zdôraznila generálna advokátka v bode 23 svojich návrhov, rozhodnutie verejného obstarávateľa nezačať postup verejného obstarávania možno považovať za náprotivok jeho rozhodnutia ukončiť takýto postup. Ak sa verejný obstarávateľ rozhodne nezačať postup obstarávania z dôvodu, že predmetná zmluva podľa jeho názoru nepatrí do pôsobnosti relevantných predpisov Spoločenstva, je takéto rozhodnutie súdne preskúmateľné ako prvé.

34 S ohľadom na túto judikatúru, ako aj na ciele, vnútornú štruktúru a znenie smernice 89/665 a s cieľom zachovať jej *effet utile* treba dospieť k záveru, že preskúmateľným rozhodnutím v zmysle článku 1 ods. 1 smernice 89/665 je každý akt verejného obstarávateľa, prijatý vo vzťahu k určitej verejnej zmluve na poskytnutie služieb v rámci vecnej pôsobnosti smernice 92/50, ktorý môže mať právne účinky bez ohľadu na to, či je tento akt prijatý mimo rámca formálneho postupu verejného obstarávania alebo v jeho rámci.

35 Preskúmateľné nie sú konania predstavujúce jednoduchú predbežnú štúdiu zmluvy alebo majúce čisto prípravný charakter, ktoré spadajú do rámca vnútorných úvah verejného obstarávateľa o uzavretí zmluvy.

36 Na základe týchto úvah je potrebné neprijať prístup Stadt Halle, podľa ktorého smernica 89/665 nevyžaduje súdnu ochranu mimo rámca formálneho postupu verejného obstarávania a rozhodnutie verejného obstarávateľa o nezačatí takéhoto postupu nemôže byť napadnuté žalobou, a teda ani rozhodnutie o tom, či zmluva patrí do pôsobnosti relevantných predpisov Spoločenstva.

37 Tento prístup by mal totiž za následok, že použitie relevantných predpisov Spoločenstva by bolo fakultatívne, záviselo by od vôle každého verejného obstarávateľa, zatiaľ čo v skutočnosti je toto použitie záväzné vždy, keď sú splnené podmienky stanovené v týchto predpisoch. Takáto možnosť by mohla viesť k najzávažnejšiemu porušeniu práva Spoločenstva v oblasti verejného obstarávania zo strany verejného obstarávateľa. Značne by znížila účinnú a rýchlu súdnu ochranu, ktorú si želá smernica 89/665, a poškodila by ciele sledované smernicou 92/50, t. j. voľný pohyb služieb a otvorenú a neskreslenú hospodársku súťaž v tejto oblasti vo všetkých členských štátoch.

38 Pokiaľ ide o moment, od kedy vzniká právo podať návrh na preskúmanie rozhodnutia, je potrebné zdôrazniť, že smernica 89/665 formálne takýto moment nestanovuje. Avšak vzhľadom na cieľ účinnej a rýchlej súdnej ochrany — najmä prostredníctvom predbežných opatrení — ktorý sleduje táto smernica, je potrebné dospieť k záveru, že jej článok 1 ods. 1 nedovoľuje členským štátom podmieniť možnosť preskúmania rozhodnutia tým, aby predmetný postup verejného obstarávania formálne dospel do určitého štádia.

39 Na základe úvahy, podľa ktorej v súlade s druhým odôvodnením uvedenej smernice musí byť dodržiavanie predpisov Spoločenstva zabezpečené najmä v štádiu, keď je ešte možné tieto porušenia napraviť, je potrebné dospieť k záveru, že prejav vôle

verejného obstarávateľa týkajúci sa zmluvy, o ktorom sa nejakým spôsobom dozvedeli dotknuté osoby, ak tento prejav prekročil štádium uvedené v bode 35 tohto rozsudku a je spôsobilý vyvolať právne účinky, je preskúmateľné. Začatie konkrétnych zmluvných rokovaní s niektorou dotknutou osobou predstavuje takýto prejav vôle. V tejto súvislosti je potrebné zdôrazniť existenciu povinnosti transparentnosti, ktorá zaväzuje verejného obstarávateľa, aby bolo možné preveriť dodržiavanie predpisov Spoločenstva (rozsudok HI, už citovaný, bod 45).

40 Pokiaľ ide o osoby, ktoré majú právo podať návrh na preskúmanie rozhodnutia, postačí konštatovanie, že podľa článku 1 ods. 3 smernice 89/665 musia členské štáty zabezpečiť prístup k prieskumnému konaniu prinajmenšom každej osobe, ktorá má alebo mala záujem získať zákazku a ktorej bola údajným porušením spôsobená škoda, alebo jej z neho škoda hrozí (pozri v tomto zmysle rozsudok z 24. júna 2004, Komisia/Rakúsko, C-212/02, bod 24, neuverejnený v Zbierke, bod 24). Formálne postavenie uchádzača alebo záujemcu sa teda nevyžaduje.

41 V nadväznosti na predchádzajúci sled úvah je potrebné na prvú otázku písm. a), b) a c) odpovedať tak, že článok 1 ods. 1 smernice 89/665 sa má vykladať v tom zmysle, že povinnosť členských štátov zabezpečiť možnosť účinného a rýchleho preskúmania rozhodnutí verejných obstarávateľov sa vzťahuje rovnako aj na rozhodnutia prijaté mimo rámca formálneho postupu verejného obstarávania a pred formálnym vyhlásením verejného obstarávania, najmä na rozhodnutie o tom, či istá zmluva patrí do osobnej alebo vecnej pôsobnosti smernice 92/50. Právo podať žalobu má každá osoba, ktorá má alebo mala záujem o uzavretie zmluvy a ktorej bola údajným porušením spôsobená škoda alebo jej z neho škoda hrozí, a to od momentu prejavu vôle verejného obstarávateľa, ktorý je spôsobilý vyvolať právne účinky. Členské štáty preto nemôžu podmieniť možnosť preskúmania tým, aby predmetné verejné obstarávanie formálne dospelo do určitého štádia.

O druhej otázke písm. a) a b)

42 Druhou sériou otázok, ktoré je potrebné preskúmať spoločne, sa vnútroštátny súd v podstate pýta, či za predpokladu, že verejný obstarávateľ zamýšľa uzavrieť odplatnú zmluvu o službách, na ktoré sa vzťahuje smernica 92/50, so spoločnosťou súkromného práva, ktorá je od neho právne odlišná, v ktorej má väčšinový podiel na obchodnom imaní a nad ktorou vykonáva určitú kontrolu, je povinný uplatniť postupy verejného obstarávania, ktoré stanovuje smernica, len z dôvodu, že nejaká súkromná spoločnosť má podiel, hoci aj menšinový, na obchodnom imaní spoločnosti, ktorá je druhou zmluvnou stranou. V prípade zápornej odpovede na túto otázku sa vnútroštátny súd pýta, na základe akých kritérií sa treba domnievať, že verejný obstarávateľ nepodlieha takejto povinnosti.

43 Táto otázka má vzťah k osobitnej situácii tzv. spoločnosti „so zmiešaným vlastníctvom", založenej a fungujúcej v súlade so súkromným právom, vzhľadom na povinnosť verejného obstarávateľa uplatniť pravidlá Spoločenstva v oblasti verejného obstarávania, ak sú splnené v nich stanovené podmienky.

44 V tejto súvislosti je na prvom mieste potrebné pripomenúť hlavný cieľ predpisov Spoločenstva v oblasti verejného obstarávania, ako naň bolo poukázané v rámci odpovede na prvú otázku, a síce voľný pohyb služieb a otvorenie neskreslenej hospodárskej súťaže vo všetkých členských štátoch. Ten predpokladá povinnosť každého verejného obstarávateľa uplatniť relevantné predpisy Spoločenstva, ak sú splnené v nich ustanovené podmienky.

45 Povinnosť uplatniť v takom prípade predpisy Spoločenstva je potvrdená skutočnosťou, že v článku 1 písm. c) smernice 92/50 pojem „poskytovateľ služieb", čiže na

účely danej smernice uchádzač, zahŕňa takisto „verejnoprávny subjekt, ktorý poskytuje služby" (pozri rozsudok zo 7. decembra 2000, ARGE, C-94/99, Zb. s. I-11037, bod 28).

46 Každú výnimku z uplatnenia tejto povinnosti je preto potrebné vykladať zužujúco. Súdny dvor rozhodol o žalobe podanej proti rokovaciemu konaniu bez zverejnenia, že článok 11 ods. 3 smernice 92/50, ktorý upravuje toto konanie, ako výnimka z pravidiel, ktorých cieľom je zabezpečiť efektivitu práv uznaných zmluvou ES v oblasti verejného obstarávania služieb, sa má vykladať zužujúco, a dôkazné bremeno, že skutočne existujú výnimočné okolnosti, ktoré oprávňujú odchýlku, je na tom subjekte, ktorý sa chce tohto ustanovenia dovolať (pozri rozsudok z 10. apríla 2003, Komisia/Nemecko, C-20/01 a C-28/01, Zb. s. I-3609, bod 58).

47 V duchu otvorenia verejného obstarávania čo možno najširšej súťaži, ktoré je cieľom predpisov Spoločenstva, Súdny dvor rozhodol, pokiaľ ide o smernicu Rady 93/36/EHS zo 14. júna 1993 o koordinácii postupov verejného obstarávania dodania tovaru (Ú. v. ES L 199, s. 1; Mim. vyd. 06/002, s. 110), že táto smernica sa použije, ak verejný obstarávateľ zamýšľa uzavrieť odplatnú zmluvu so subjektom, ktorý je z právneho hľadiska inou osobou ako daný verejný obstarávateľ, bez ohľadu na to, či je tento subjekt sám verejným obstarávateľom alebo nie (rozsudok z 18. novembra 1999, Teckal, C-107/98, Zb. s. I-8121, body 50 a 51). Je potrebné uviesť, že druhou zmluvnou stranou v tejto veci bola skupina tvorená viacerými verejnými obstarávateľmi, do ktorej patril aj verejný obstarávateľ v predmetnej veci.

48 Verejný orgán, ktorý je verejným obstarávateľom, má možnosť plniť jemu zverené úlohy vo verejnom záujme svojimi vlastnými prostriedkami, či už administratívnymi, technickými alebo inými bez toho, aby bol nútený obrátiť sa na vonkajšie subjekty, ktoré nepatria do jeho organizačnej štruktúry. V takom prípade neprichádza do

úvahy odplatná zmluva uzatvorená so subjektom, ktorý je z právneho hľadiska inou osobou ako daný verejný obstarávateľ. Predpisy Spoločenstva v oblasti verejného obstarávania sa teda nepoužijú.

49 V súlade s judikatúrou Súdneho dvora nie je vylúčené, že by nemohli nastať iné okolnosti, za akých nie je povinné verejné obstarávanie, aj keď je druhou zmluvnou stranou subjekt, ktorý je z právneho hľadiska inou osobou ako daný verejný obstarávateľ. Je tomu tak za predpokladu, že verejný orgán, ktorý je verejným obstarávateľom, má nad daným samostatným subjektom podobnú kontrolu ako nad svojimi vlastnými útvarmi a tento subjekt vykonáva zásadnú časť svojej činnosti s verejným orgánom alebo orgánmi, v ktorých vlastníctve je (pozri v tomto zmysle rozsudok Teckal, už citovaný, bod 50). Je potrebné pripomenúť, že v citovanom prípade bol samostatný subjekt úplne vo vlastníctve verejných orgánov. Naproti tomu, podiel, hoci aj menšinový, súkromnej spoločnosti na obchodnom imaní spoločnosti, na ktorej sa podieľa aj verejný obstarávateľ v danej veci, v každom prípade vylučuje, aby verejný obstarávateľ mohol mať nad touto spoločnosťou podobnú kontrolu ako nad svojimi vlastnými útvarmi.

50 V tejto súvislosti je predovšetkým potrebné zdôrazniť, že vzťah medzi verejným orgánom, ktorý je verejným obstarávateľom, a jeho vlastnými útvarmi sa spravuje úvahami a požiadavkami, ktoré sú vlastné sledovaniu cieľov vo verejnom záujme. Naopak, každé umiestnenie súkromného kapitálu do podniku podlieha úvahám, ktoré sú vlastné súkromným záujmom, a sleduje ciele inej povahy.

51 Po druhé, uzavretie verejnej zmluvy s podnikom so zmiešaným vlastníctvom bez vyhlásenia verejného obstarávania by poškodilo cieľ voľnej a neskreslenej hospodárskej súťaže a zásadu rovnakého zaobchádzania s dotknutými subjektami, stanovenú v smernici 92/50 najmä v tom, že by takýto postup poskytol súkromnej spoločnosti, ktorá má podiel na obchodnom imaní takéhoto podniku, výhodu oproti iným súťažiteľom.

52 Na druhú otázku písm. a) a b) je preto potrebné odpovedať tak, že za predpokladu, že verejný obstarávateľ zamýšľa uzavrieť odplatnú zmluvu o poskytnutí služieb, na ktoré sa vzťahuje vecná pôsobnosť smernice 92/50, so spoločnosťou, ktorá je z právneho hľadiska inou osobou ako verejný obstarávateľ a na ktorej obchodnom imaní sa verejný obstarávateľ podieľa spolu s jednou alebo viacerými súkromnými spoločnosťami, musia sa vždy použiť postupy verejného obstarávania stanovené v tejto smernici.

53 S ohľadom na túto odpoveď nie je potrebné odpovedať na ďalšie otázky vnútroštátneho súdu.

O trovách

54 Vzhľadom na to, že konanie pred Súdnym dvorom má vo vzťahu k účastníkom konania vo veci samej incidenčný charakter a bolo začaté v súvislosti s prekážkou postupu v konaní pred vnútroštátnym súdom, o trovách konania rozhodne tento vnútroštátny súd. Iné trovy konania, ktoré vznikli v súvislosti s predložením pripomienok Súdnemu dvoru a nie sú trovami uvedených účastníkov konania, nemôžu byť nahradené.

Z týchto dôvodov Súdny dvor (prvá komora) rozhodol takto:

1. Článok 1 ods. 1 smernice Rady 89/665/EHS z 21. decembra 1989 o koordinácii zákonov, iných právnych predpisov a správnych opatrení

týkajúcich sa uplatňovania postupov preskúmavania v rámci verejného obstarávania tovarov a prác, zmenenej a doplnenej smernicou Rady 92/50/EHS z 18. júna 1992 o koordinácii postupov verejného obstarávania služieb, ktorá bola zmenená a doplnená smernicou Európskeho parlamentu a Rady 97/52/ES z 13. októbra 1997 sa má vykladať v tom zmysle, že povinnosť členských štátov zabezpečiť možnosť účinného a rýchleho preskúmania rozhodnutí verejných obstarávateľov sa vzťahuje aj na rozhodnutia prijaté mimo rámca formálneho postupu verejného obstarávania a pred formálnym vyhlásením verejného obstarávania, najmä na rozhodnutie o tom, či istá zmluva patrí do osobnej alebo vecnej pôsobnosti smernice 92/50 v zmenenom a doplnenom znení. Túto možnosť podať návrh na preskúmanie rozhodnutia má každá osoba, ktorá má alebo mala záujem o uzavretie zmluvy a ktorej bola údajným porušením spôsobená škoda alebo jej z neho škoda hrozí, a to od momentu prejavu vôle verejného obstarávateľa, ktorý je spôsobilý vyvolať právne účinky. Členské štáty preto nemôžu podmieniť možnosť preskúmania tým, aby predmetné verejné obstarávanie formálne dospelo do určitého štádia.

2. **Za predpokladu, že verejný obstarávateľ zamýšľa uzavrieť odplatnú zmluvu o poskytnutí služieb, na ktoré sa vzťahuje vecná pôsobnosť smernice 92/50, zmenenej a doplnenej smernicou 97/52, so spoločnosťou, ktorá je z právneho hľadiska inou osobou ako tento verejný obstarávateľ a na ktorej obchodnom imaní sa verejný obstarávateľ podieľa spolu s jednou alebo viacerými súkromnými spoločnosťami, musia sa vždy použiť postupy verejného obstarávania stanovené v tejto smernici.**

Podpisy