NÁVRHY GENERÁLNEHO ADVOKÁTA
L. A. GEELHOED
prednesené 21. apríla 2005 [1]

I — Úvod

1. Komisia vo svojej žalobe navrhuje, aby Súdny dvor určil, že Rakúska republika si tým, že zmluva o zneškodňovaní odpadu mesta Mödling bola uzavretá bez dodržania pravidiel postupu a oznamovania podľa článku 8 v spojení s článkom 11 ods. 1 a článkom 15 ods. 2 smernice Rady 92/50/EHS z 18. júna 1992 o koordinácii postupov verejného obstarávania služieb [2], nesplnila povinnosti, ktoré jej vyplývajú z uvedenej smernice.

1 — Jazyk prednesu: holandčina.

2 — Ú. v. ES L 209, s. 1; Mim. vyd. 06/001, s. 322.

II — Právny rámec

A — *Príslušné ustanovenia smernice 92/50*

2. Komisia namieta porušenie povinností vyplývajúcich z článku 8 v spojení s článkom 11 ods. 1 a článkom 15 ods. 2 smernice 92/50. V tejto súvislosti majú význam tiež definície uvedené v článku 1 písm. a), b) a c).

3. Podľa článku 1 písm. a) smernice 92/50 „verejné zmluvy na poskytnutie služieb" sú „odplatné zmluvy uzavreté písomne medzi poskytovateľom služieb a obstarávateľom [verejným obstarávateľom — *neoficiálny preklad*]...". Podľa článku 1 písm. b) uvedenej smernice „obstarávatelia [verejní obstarávatelia — *neoficiálny preklad*]" sú „štátne, regionálne alebo miestne orgány [štát, územné samosprávne celky — *neoficiálny preklad*], verejnoprávne inštitúcie, združenia tvorené jedným alebo viacerými takýmito orgánmi [územnými samosprávnymi celkami — *neoficiálny preklad*] alebo verejnopráv-

nymi inštitúciami...". Nakoniec, článok 1 písm. c) stanovuje, že „poskytovateľ služieb" je „fyzická alebo právnická osoba, vrátane verejnoprávnej inštitúcie, ktorá poskytuje služby...".

4. Článok 8 smernice 92/50 stanovuje: „Zmluvy, ktorých predmetom sú služby uvedené v prílohe I A, sa uzatvárajú v súlade s ustanoveniami kapitol III až VI." Uvedené ustanovenia v zásade stanovujú pravidlá výziev na predkladanie ponúk a pravidlá uverejnenia. Článok 11 ods. 1 smernice 92/50 znie: „Pri verejnom obstarávaní služieb budú obstarávatelia [verejní obstarávatelia — *neoficiálny preklad*] používať postupy uvedené v článku 1 písm. d), e) a f), prispôsobené účelu tejto smernice." Postupmi uvedenými v týchto ustanoveniach sú „otvorená súťaž", „užšia súťaž" a „rokovacie konanie". Článok 15 ods. 2 smernice 92/50 stanovuje: „Obstarávatelia [verejní obstarávatelia — *neoficiálny preklad*], ktorí chcú vyhlásiť verejné obstarávanie na práce metódou verejnej súťaže alebo užšej súťaže, alebo — za podmienok uvedených v článku 11 — rokovacieho konania, uverejnia svoj úmysel prostredníctvom oznamu."

5. Predmetom kategórie 16 prílohy I A smernice sú „kanalizácie a likvidácia odpadu, sanitárne a podobné služby".

B — *Vnútroštátne ustanovenia*

6. Článok 9 ods. 3 zákona Dolného Rakúska o nakladaní s odpadom (ďalej len „krajinský zákon o odpadoch") stanovuje, že dolnorakúske obce sú povinné zabezpečiť v súlade s ustanoveniami tohto zákona zber a spracovanie odpadu a vytvoriť alebo poskytnúť na to zariadenia. Podľa článku 11 uvedeného zákona je každá obec povinná zriadiť odvoz odpadu a zabezpečiť jeho fungovanie.

III — Skutkový stav

7. Mesto Mödling rozhodlo 21. mája 1999 o vytvorení právne nezávislého subjektu na plnenie zákonných povinností, ktoré mu vyplývajú v súvislosti s nakladaním s odpadom. Na tento účel bola založená spoločnosť AbfallwirtschaftsGmbH (ďalej len „spoločnosť Abfall"). Podľa zápisnice zo schôdze mestského zastupiteľstva malo byť spočiatku jediným vlastníkom tejto spoločnosti mesto Mödling. Predmetom činnosti spoločnosti Abfall je najmä poskytovanie služieb v oblasti ekologického nakladania s odpadom a realizácia s tým súvisiacich obchodných činností, predovšetkým v oblasti zneškodňovania odpadu, k čomu malo patriť aj vypracovanie a vyhotovovanie systému nakladania s odpadmi, v prvom rade pre mesto Mödling.

8. Následne bola 16. júna 1999 zostavená zakladateľská listina o založení spoločnosti Abfall. Celé základné imanie spoločnosti vložil jediný spoločník, mesto Mödling.

9. Dňa 25. júna 1999 mestské zastupiteľstvo v Mödlingu rozhodlo poveriť spoločnosť Abfall nakladaním s odpadom na území mesta v súlade s krajinským zákonom o odpadoch, federálnym zákonom o odpadovom hospodárstve a obecnou vyhláškou o odpadoch. Mesto Mödling okrem toho poskytlo spoločnosti Abfall opciu na prevzatie existujúcich zmlúv na spracovanie odpadu. Na základe nájomnej zmluvy uzavretej medzi mestom Mödling a spoločnosťou Abfall bolo menovanej spoločnosti poskytnuté vybavenie a personál potrebný pre spracovanie odpadu.

10. Dňa 15. septembra 1999 mesto Mödling uzavrelo so spoločnosťou Abfall zmluvu o likvidácii odpadov, ktorou jej udelilo výhradné poverenie na zber a spracovanie svojho odpadu. Zmluva bola uzavretá na dobu neurčitú a nadobudla účinnosť spätne od 1. júla 1999. V zmluve sa uvádzala výška odmeny za zber a spracovanie odpadu, neskladných smetí, druhotných surovín, kompostovateľných odpadov a nebezpečných odpadov, a síce sumou stanovenou za odpadkový kôš alebo kontajner, ktorú malo mesto Mödling zaplatiť spoločnosti Abfall. Spoločnosť Abfall neuzavrela žiadne ďalšie zmluvy s inými obcami alebo združeniami obcí. Zberné centrum mesta Mödling však vykonáva práce aj pre iné súkromnoprávne spoločnosti zaoberajúce sa likvidáciou odpadu súvisiace s prekladaním a lisovaním odpadu z domácností.

11. Dňa 15. septembra 1999 mesto Mödling prenechalo spoločnosti Abfall aj vybavenie a personál potrebný pre spracovanie odpadu, a to nájomnou zmluvou uzavretou na dobu neurčitú, ktorá nadobudla účinnosť spätne od 1. júla 1999. Spoločnosť Abfall je podľa nej povinná zamestnávať personál určený mestom v súlade s podmienkami uplatniteľnými na pridelených zamestnancov. Zmluva uvádza, že mesto Mödling prevádza na spoločnosť Abfall právo dávať zamestnancom pokyny.

12. Mestské zastupiteľstvo v Mödlingu rozhodlo 1. októbra 1999 ako jediný spoločník spoločnosti Abfall o prevode 49 % svojho obchodného podielu na súkromnú spoločnosť Saubermacher Dienstleistungs Aktiengesellschaft (ďalej len „spoločnosť Saubermacher"). V dokumente z tejto schôdze z 1. októbra 1999 sa uvádza, že po rozhodnutí mestského zastupiteľstva prijatom 25. júna 1999 sa konalo viacero rozhovorov so zástupcami spoločností, ktoré sa zaujímali o spoluprácu, predovšetkým so spoločnosťou Saubermacher. Návrhy spoločností boli nakoniec predložené spoločnosti KPMG, ktorá vyhodnotila návrh spoločnosti Sauber-

macher ako zaručujúci najlepšie vyťaženie podniku.

13. Dňa 6. októbra 1999 bola zmenená zakladateľská listina s cieľom umožniť prijímanie väčšiny rozhodnutí jednoduchou väčšinou. Okrem toho sa stanovilo kvórum uznášaniaschopnosti na 51 % základného imania. Zastupovanie spoločnosti dovnútra i navonok budú až do vymenovania dvoch konateľov zabezpečovať najmenej dvaja spoločníci, ktorí budú mať spoločne podpisové právo.

14. Zmluvou o prevode obchodného podielu z 13. októbra 1999 mesto Mödling previedlo 49 % obchodného podielu na spoločnosť Saubermacher.

15. Spoločnosť Abfall začala skutočne vykonávať svoju činnosť 1. decembra 1999, teda v čase, keď už bola spoločnosť Saubermacher vlastníkom obchodného podielu v tejto spoločnosti.

16. V čase od 1. decembra 1999 do 31. marca 2000 spoločnosť Abfall vykonávala svoju činnosť výlučne pre mesto Mödling. Neskôr, po spustení prevádzky prekladacieho strediska, poskytovala plnenia aj tretím osobám. V prvom obchodnom roku od 1. apríla 2000 dosahovala činnosť spoločnosti Abfall pre mesto Mödling 70 % až 80 % obratu.

IV — Konanie pred podaním žaloby

17. Komisia zaslala 20. marca 2002 Rakúskej republike výzvu, v ktorej uvádzala, že mesto Mödling nevyhlásilo verejné obstarávanie na uzavretie predmetnej zmluvy o zneškodňovaní odpadu, hoci sa táto zmluva mala považovať za verejnú zmluvu na poskytnutie služieb v zmysle smernice 92/50. Rakúska republika to vo svojom liste z 23. júna 2002 popierala. Podľa jej názoru sa na zmluvy o zbere a spracovaní odpadu nevzťahujú smernice z oblasti verejného obstarávania, keďže išlo o tzv. „in house", teda interný úkon.

18. Keďže Komisiu daná odpoveď neuspokojila, poslala 3. apríla 2003 Rakúskej republike odôvodnené stanovisko. Vzhľadom na to, že Rakúska republika v odpovedi na odôvodnené stanovisko len zopakovala argumenty, ktoré uviedla vo svojej odpovedi na výzvu, Komisia sa rozhodla podať 28. januára 2004 túto žalobu.

19. Komisia navrhuje, aby Súdny dvor:

— určil, že Rakúska republika si tým, že zmluva o zneškodňovaní odpadu mesta

Mödling bola uzavretá bez dodržania pravidiel postupu a oznamovania podľa článku 8 a článku 11 ods. 1 v spojení s článkom 15 ods. 2 smernice Rady 92/50/EHS z 18. júna 1992 o koordinácii postupov verejného obstarávania služieb, nesplnila povinnosti, ktoré jej vyplývajú z tejto smernice,

— zaviazal Rakúsku republiku na náhradu trov konania.

20. Rakúska republika navrhuje žalobu zamietnuť ako neprípustnú a subsidiárne ako nedôvodnú.

V — Tvrdenia účastníkov konania a posúdenie

A — *Prípustnosť*

1. Tvrdenia účastníkov konania

21. Rakúska vláda vo svojom vyjadrení k žalobe namieta neprípustnosť žaloby. Po prvé tvrdí, že Komisia jasne nevysvetlila dôvody, pre ktoré by zmluva o zneškodňovaní odpadu mala byť uzavretá v rozpore so smernicou 92/50. Porušila teda zásadu, že predmet sporu musí byť jasne vymedzený. Komisia tým nedodržala účel konania pred podaním žaloby, ktorým je dať príslušnému členskému štátu príležitosť, aby sa mohol účinne brániť. Po druhé porušila základné pravidlo, podľa ktorého má predložiť dôkazy o nesplnení povinnosti. Nakoniec Komisia opiera žalobu o nesprávny právny základ.

22. Rakúska vláda je toho názoru, že každú z okolností, ktoré viedli k uzavretiu zmluvy so spoločnosťou Abfall, treba posudzovať nezávisle. Pri takomto posúdení sa dochádza k záveru, že smernica 92/50 nie je uplatniteľná. Prvý krok — založenie spoločnosti Abfall, ktorej výlučným vlastníkom je mesto Mödling, — nie je úkonom patriacim do pôsobnosti predpisov o verejnom obstarávaní. Ani druhý krok — uzavretie zmluvy o zneškodňovaní odpadu medzi mestom Mödling a spoločnosťou Abfall — nie je porušením smernice 92/50, lebo ide o „interný" úkon, tzv. „in house". Tretí krok — predaj 49 % obchodného podielu spoločnosti Abfall mestom Mödling súkromnej spoločnosti — taktiež nepatrí do pôsobnosti predpisov o verejnom obstarávaní. Preto

v tejto veci teda nedošlo k porušeniu smernice 92/50, ale uzavretie zmluvy so spoločnosťou Abfall malo byť skúmané skôr priamo vo svetle ustanovení Zmluvy ES (o štátnej pomoci).

23. Na to, aby Komisia by mohla platne tvrdiť, že došlo k porušeniu smernice 92/50, musela by preukázať jeden z nasledujúcich dvoch prípadov: buď, že rôzne kroky, ktoré viedli k založeniu spoločnosti Abfall s následnou účasťou súkromného subjektu, boli *de facto* zvolené preto, aby sa obišli uplatnenia smernice 92/50, alebo že za predajom obchodného podielu sa skrýva uzavretie zmluvy so súkromným subjektom, ktorá mala byť kvalifikovaná ako verejné obstarávanie. Komisia však tieto predpoklady vôbec neuvádzala.

25. Komisia popiera tvrdenia rakúskej vlády. Podľa jej názoru nemožno uzavretie zmluvy o zneškodňovaní odpadu so spoločnosťou Abfall a kúpu obchodného podielu spoločnosťou Saubermacher umelo rozdeliť do troch fáz. V tejto súvislosti pripomína, že vo svojej výzve (v bode 13) uviedla, že uzavretie zmluvy so spoločnosťou Abfall, ktorá bola pôvodne vo výlučnom vlastníctve mesta Mödling, bolo len prechodným krokom k vytvoreniu podniku so zmiešanou majetkovou účasťou po prevode 49 % obchodného podielu na súkromnú spoločnosť. To zdôvodňuje skutočnosťou, že po rozhodnutí mestského zastupiteľstva z 25. júna 1999 boli vedené rozhovory so spoločnosťami, ktoré mali záujem o kúpu obchodného podielu. Krátka doba medzi uzavretím zmluvy so spoločnosťou Abfall a rozhodnutím o prevode obchodného podielu — dva týždne — dokazuje, že cieľom mesta Mödling od začiatku bolo zveriť túto službu spoločnosti, v ktorej by mala súkromná spoločnosť podstatný obchodný podiel. Rakúska vláda teda nemôže tvrdiť, že nepozná predmet sporu.

2. Posúdenie

24. Komisia navyše v priebehu konania pred podaním žaloby netvrdila, že považuje uzavretie zmluvy o zneškodňovaní odpadu na strane jednej a prevod 49 % obchodného podielu a zmenu stanov na strane druhej za jednotný úkon. Z toho vyplýva, že Komisia nepredložila dôkazy na podporu svojich tvrdení, najmä nepreukázala, že by mesto Mödling malo v úmysle obísť predpisy. Túto výhradu uviedla napokon až vo svojej replike.

26. Podľa ustálenej judikatúry musí Komisia v každej žalobe podanej podľa článku 226 ES uviesť presné výhrady, o ktorých má Súdny dvor rozhodnúť, a popísať prinajmenšom súhrnnou formou skutkové a právne okol-

nosti, z ktorých uvedené výhrady vychádzajú.

27. Rovnako ako výzva a odôvodnené stanovisko zaslané Komisiou členskému štátu, ktoré vymedzujú predmet sporu, musí žaloba umožniť príslušnému členskému štátu, aby sa mohol brániť a spochybniť všetky výhrady vznesené voči nemu Komisiou.

28. Táto judikatúra bráni tomu, aby konanie o nesplnenie povinnosti bolo začaté žalobou, ktorá porušuje právo na obranu z dôvodu nepresnosti výhrad alebo nedostatku skutkového alebo právneho odôvodnenia [3].

29. V tomto prípade Komisia v priebehu konania pred podaním žaloby jasne uviedla, prečo je toho názoru, že rakúska vláda pri uzatváraní zmluvy o zneškodňovaní odpadu nedodržala procesné pravidlá stanovené smernicou 92/50. Podrobne uviedla skutkové okolnosti, ktoré viedli k uzavretiu zmluvy o zneškodňovaní odpadu, a právne dôvody, o ktoré opierala svoje tvrdenia o nesplnení povinnosti.

3 — Pozri okrem iného rozsudok z 29. septembra 1998, Komisia/Nemecko, C-191/95, Zb. s. I-5449, bod 55, a rozsudok z 22. apríla 1999, Komisia/Spojené kráľovstvo, C-340/96, Zb. s. I-2023, bod 36.

30. Komisia najmä z okolností uzatvárania zmluvy o zneškodňovaní odpadu a zo spôsobu, akým spoločnosť Saubermacher nadobudla obchodný podiel v spoločnosti Abfall, vyvodila, že v tejto veci ide o zmluvu, na ktorú sa vzťahujú ustanovenia smernice 92/50. Tým bol predmet sporu jasne vymedzený.

31. Výhrada rakúskej vlády, že Komisia nevymedzila predmet žaloby, je teda nedôvodná.

32. Ostatné výhrady rakúskej vlády voči prípustnosti sa týkajú veci samej. Budem sa nimi zaoberať v rámci posudzovania dôvodnosti žaloby.

33. Z vyššie uvedeného vyplýva, že námietku neprípustnosti vznesenú rakúskou vládou treba zamietnuť.

B — *Dôvodnosť*

1. Tvrdenia účastníkov konania

34. Komisia vo svojej žalobe uvádza, že mesto Mödling sa ako územný samosprávny

celok považuje za „verejného obstarávateľa" podľa článku 1 písm. b) smernice 92/50. Likvidácia odpadu je služba, ktorá patrí do kategórie 16 prílohy I A uvedenej smernice. Zmluva o poskytovaní takýchto služieb má byť teda uzavretá v súlade s ustanoveniami kapitol III až VI. Zmluva o zneškodňovaní odpadu prekračuje okrem toho prahovú hodnotu 200 000 zvláštnych práv čerpania (SDR) podľa článku 7 ods. 1 písm. a) bodu ii) smernice 92/50, tak ako bol zmenený článkom 1 ods. 1 smernice Európskeho parlamentu a Rady 97/52/EHS z 13. októbra 1997, ktorou sa menia a dopĺňajú smernice 92/50/EHS, 93/36/EHS a 93/37/EHS o koordinácii postupov verejného obstarávania služieb, verejného obstarávania dodania tovaru a postupov verejného obstarávania prác [4]. Pravidlá postupu stanovené v článku 11 ods. 1 a pravidlá oznamovania stanovené v článku 15 ods. 2 smernice 92/50 sú teda plne uplatniteľné.

35. V tejto veci je Komisia toho názoru, že nemôže ísť o interný vzťah medzi mestom Mödling a spoločnosťou Abfall. Na podporu tohto tvrdenia poukazuje na rozsudok Teckal [5]. V tomto rozsudku Súdny dvor konštatoval, že smernice v oblasti verejného obstarávania sa neuplatnia v prípade, ak „územný samosprávny celok má nad predmetnou osobou obdobnú kontrolu ako nad vlastnými organizačnými útvarmi". Ak verejný obstarávateľ nemá v úmysle zveriť svoje úlohy tretej osobe, ale ich len interne prerozdeliť, tak sa smernice v oblasti verejného obstarávania neuplatnia. Ak však má nejaká súkromná spoločnosť obchodný podiel v spoločnosti, ktorá je úspešným uchádzačom, treba sa podľa Komisie domnievať, že verejný obstarávateľ nemôže mať nad touto spoločnosťou obdobnú kontrolu ako nad vlastnými organizačnými útvarmi. Stačí menšinový podiel súkromnej spoločnosti a existencia interného vzťahu je vylúčená.

36. Navyše Komisia upozorňuje, že v predmetnom prípade menšinová účasť spoločnosti Saubermacher znamená, že táto spoločnosť má právo veta a právomoc vymenovať jedného z dvoch konateľov, ktorí majú rovnaké práva:

— spoločnosť Saubermacher má právo veta pri dôležitých rozhodnutiach spoločnosti Abfall, napríklad pri zvýšení či znížení základného imania, zmene jej predmetu podnikania vymedzeného v stanovách, splynutí, zlúčení alebo postúpení obchodných podielov spoločnosti alebo ich častí,

— vymenovaním jedného z dvoch konateľov spoločnosť Saubermacher vykonáva rozhodujúci vplyv v spoločnosti Abfall, lebo obaja konatelia konajú a zastupujú spoločnosť vo vnútorných a vonkajších

4 — Ú. v. ES L 328, s. 1; Mim. vyd. 06/003, s. 3.

5 — Rozsudok z 18. novembra 1999, Teckal, C-107/98, Zb. s. I-8121, bod 50.

vzťahoch spoločne a majú spoločné podpisové právo. Operatívna činnosť konateľov navyše nevyžaduje predchádzajúce uznesenie valného zhromaždenia.

37. Rakúska vláda je toho názoru, že uzavretie zmluvy o zneškodňovaní odpadu so spoločnosťou Abfall nepatrí do pôsobnosti smernice 92/50 z dôvodu, že ide o interný úkon, tzv. „in house". Podľa jej názoru účasť súkromnej osoby v podniku nevylučuje existenciu interného vzťahu. Rozhodujúci je „rozsah autonómie" zmluvného partnera, teda spoločnosti Abfall, a nie možný vplyv súkromného partnera v podniku. V danom prípade spoločnosť Abfall nemala a nemá vlastnú rozhodovaciu právomoc ani v dobe uzavretia zmluvy, ani v súčasnosti.

38. Podľa rakúskej vlády tu preto neexistuje skutočná zmluva medzi verejným obstarávateľom a poskytovateľom služieb v zmysle článku 1 písm. a) smernice 92/50, lebo verejný obstarávateľ môže ovplyvňovať činnosť poskytovateľa služieb, a tomuto teda chýba akákoľvek samostatnosť[6].

39. Kritérium stanovené v rozsudku Teckal,[7] teda „obdobná kontrola ako nad vlastnými organizačnými útvarmi", navyše vyžaduje obdobnú a nie rovnakú kontrolu. Na zistenie, či ide o obdobnú kontrolu, je potrebné celkové posúdenie právnych a skutkových aspektov. Po zohľadnení všetkých relevantných faktorov je zjavné, že mesto Mödling má samo možnosť vykonávať takúto „obdobnú" kontrolu aj po prevode 49 % obchodného podielu. Pritom ide o tieto aspekty:

— mesto Mödling disponuje väčšinou hlasov na valnom zhromaždení, takže má možnosť kedykoľvek nielen vypovedať zmluvu o zneškodňovaní odpadu so spoločnosťou Abfall, ale aj zrušiť spoločnosť Abfall ako takú,

— mesto Mödling môže samo určovať činnosť spoločnosti Abfall v každom ohľade, lebo obaja konatelia sú viazaní obmedzeniami stanovenými valným zhromaždením,

6 — Pozri tiež návrhy, ktoré predniesol generálny advokát Léger 15. júna 2000 vo veci, ktorá viedla k rozsudku zo 7. decembra 2000, ARGE, C-94/99, Zb. s. I-11037, bod 59.

7 — Už citovaný v poznámke pod čiarou 5.

— podľa zakladateľskej listiny môžu byť všetky rozhodnutia o činnosti spoločnosti Abfall prijímané jednoduchou väčšinou (teda samotným mestom Mödling),

— mesto Mödling môže jednoduchou väčšinou obchodného podielu a hlasov, ktorú má, kedykoľvek a bez uvedenia dôvodov odvolať konateľa spoločnosti Abfall z funkcie, a to aj konateľa navrhnutého súkromným spoločníkom. Navyše môže na valnom zhromaždení rozhodnúť o znížení odmeny konateľa.

40. Komisia odmieta vo svojej replike tvrdenie rakúskej vlády, že existenciu vzťahu internej kontroly treba skúmať jednotlivo a so zohľadnením všetkých okolností. Takéto skúmanie by viedlo k právnej neistote, pokiaľ ide o uplatniteľnosť smerníc Spoločenstva v oblasti verejného obstarávania. Naopak, kritérium použité Komisiou, teda vplyv tretej osoby na poskytovateľa služieb, umožňuje určiť rozsah pôsobnosti smernice 92/50 jednoducho a predvídateľne.

2. Posúdenie

41. Na posúdenie, či je žaloba podaná Komisiou v tejto veci dôvodná, treba preskúmať tieto dve otázky:

a) má sa spoločnosť Abfall, v ktorej má spoločnosť Saubermacher 49 % obchodný podiel, považovať za právny subjekt, ktorý síce tvorí samostatnú právnickú osobu, ale zostáva neoddeliteľnou súčasťou organizácie, ktorou mesto Mödling disponuje na plnenie svojich verejných povinností vrátane likvidácie odpadu? V prípade kladnej odpovede na túto otázku treba zmluvu o zneškodňovaní odpadu uzavretú mestom Mödling so spoločnosťou Abfall považovať za úlohu uskutočnenú v rámci organizácie mesta. V takom prípade by neexistovala zmluva, na ktorú by sa vzťahovali ustanovenia smernice 92/50 o verejnom obstarávaní;

b) ak treba spoločnosť Abfall v jej terajšej právnej forme, t. j. s účasťou spoločnosti Saubermacher, v súlade so stanovami a uplatniteľnými právnymi predpismi považovať za subjekt mimo rámca

organizácie mesta Mödling, boli relevantné ustanovenia smernice 92/50 správne uplatnené?

42. Ako som uviedol vyššie, žaloba Komisie nastoľuje otázku, čo treba považovať za zmluvu, ktorá nie je uzavretá v rámci štruktúr ovládaných verejným obstarávateľom. Podľa ustálenej judikatúry je smernica 92/50 uplatniteľná, keď verejný obstarávateľ, ako napr. územný samosprávny celok, má v úmysle uzavrieť písomnú úplatnú zmluvu so subjektom, ktorý je od neho formálne odlišný [8]. Z toho vyplýva, že poskytovateľ nepatrí do štruktúr ovládaných verejným obstarávateľom, keď sa od neho právne odlišuje. Aj keď však je poskytovateľ právne odlišným subjektom od verejného obstarávateľa, môžu existovať iné okolnosti, za ktorých nie je výzva na predkladanie ponúk povinná [9]. V rozsudku Teckal sú uvedené dve kumulatívne kritéria na určenie, či existujú interne ovládané štruktúry. Tak je tomu v prípade, ak je splnené kritérium, že „územný samosprávny celok vykonáva nad dotknutou osobou obdobnú kontrolu ako nad vlastnými organizačnými útvarmi a keď uvedená osoba súčasne vykonáva väčšinu svojej činnosti pre územný samosprávny celok alebo celky, ktoré vlastnia jej obchodné podiely“ [10].

43. V už citovanom rozsudku Teckal bola osoba odlišná od verejného obstarávateľa 100 % ovládaná verejnoprávnou inštitúciou. V rozsudku Stadt Halle a RPL Lochau, [11] ktorý bol vyhlásený po skončení písomnej časti konania v aktuálnej veci, išlo o otázku, či verejný obstarávateľ môže vykonávať nad spoločnosťou so „zmiešanou majetkovou účasťou“, teda nad spoločnosťou, v ktorej majú obchodný podiel aj súkromné spoločnosti, kontrolu obdobnú ako môže vykonávať nad vlastnými organizačnými útvarmi. Súdny dvor rozhodol, že „podiel, hoci aj menšinový, súkromnej spoločnosti na 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“.

44. V tejto veci bola jedným z faktorov, o ktoré Súdny dvor oprel svoj rozsudok, skutočnosť, že rozhodnutie o uzavretí verejnej zmluvy s podnikom so zmiešaným vlastníctvom bez vyhlásenia verejného obstarávania by poškodzovalo cieľ voľnej a neskreslenej hospodárskej súťaže a zásadu rovnosti zaobchádzania s dotknutými subjektmi, stanovenú v smernici 92/50, tým, že by takýto postup poskytol súkromnej spoločnosti, ktorá má účasť na imaní takéhoto podniku, výhodu oproti svojim konkurentom [12].

8 — Pozri rozsudky Teckal, už citovaný, a ARGE, už citovaný (bod 40).

9 — Pozri rozsudok z 11. januára 2005, Stadt Halle a RPL Lochau, C-26/03, Zb. s. I-1, bod 49.

10 — Rozsudok Teckal, už citovaný v poznámke pod čiarou 5.

11 — Rozsudok Stadt Halle a RPL Lochau, už citovaný v poznámke pod čiarou 9.

12 — Rozsudok Stadt Halle a RPL Lochau, už citovaný v poznámke pod čiarou 9.

45. Stručne povedané, právny subjekt, ktorý je samostatnou právnickou osobou, nemôže byť považovaný za súčasť verejného obstarávateľa, pokiaľ má účasť na jeho imaní nejaká súkromná spoločnosť.

46. Zo skutkového stavu uvedeného v bodoch 7 až 16 vyššie a z údajov o stanovách, ktoré Komisia uviedla a zostali nespochybnené, zopakovaných na konci bodu 36 vyššie, vyplýva, že:

— spoločnosť Saubermacher má 49 % obchodný podiel v spoločnosti Abfall,

— s jej účasťou sa spája právo vymenovať jedného z dvoch konateľov,

— títo konatelia sú zodpovední za podstatnú časť aktivít spoločnosti Abfall,

— pre dôležité rozhodnutia týkajúce sa organizácie a štruktúry spoločnosti je potrebná kvalifikovaná väčšina spoločníkov na valnom zhromaždení.

47. Už na základe týchto skutočností sa ukazuje byť opodstatnené urobiť záver, že vzťah medzi mestom Mödling a spoločnosťou Abfall nie je interným vzťahom, v rámci ktorého môže mesto vykonávať obdobnú kontrolu ako vykonáva nad vlastnými organizačnými útvarmi. Na tomto poznatku nič nemení ani skutočnosť, že mesto môže rozhodnúť o ukončení spolupráce so spoločnosťou Saubermacher. Pri tom je však viazané všeobecnými aj konkrétnymi ustanoveniami vnútroštátneho práva upravujúcich postavenie fyzických a právnických osôb, ktorými sa riadia vzťahy medzi spoločníkmi spoločnosti, čo znamená, že musí v každom prípade prihliadať na oprávnené záujmy spoločnosti Saubermacher. Je totiž nepravdepodobné, že by spoločnosť Saubermacher bola pripravená prevzatím — podstatnej — účasti na spoločnosti Abfall pristúpiť na spoluprácu s mestom Mödling, ďalším významným spoločníkom, keby pokračovanie takejto spolupráce záviselo výlučne od dobrej vôle mesta.

48. V danom prípade nemožno premenu internej organizačnej zložky mesta Mödling na súkromnú spoločnosť považovať za skutočne „interný“ úkon, vzhľadom na spôsob, akým k tejto premene došlo, a na samotnú činnosť spoločnosti Abfall.

49. Bezprostredne po založení spoločnosti Abfall 16. júna 1999 totiž začalo mesto Mödling po rozhodnutí mestského zastupi-

teľstva z 25. júna hľadať súkromného partnera pre novozaloženú spoločnosť. Účasťou spoločnosti Saubermacher získalo mesto Mödling odborné schopnosti potrebné na obchodné riadenie spoločnosti Abfall.

50. Tento výklad skutkového stavu navyše potvrdzujú tieto okolnosti:

— výkon zmluvy o zneškodňovaní odpadu uzavretej medzi mestom Mödling a spoločnosťou Abfall začal až po vstupe spoločnosti Saubermacher do spoločnosti Abfall,

— spoločnosť Abfall vykonáva 20 % až 30 % svojej činnosti pre tretie osoby (pozri bod 16 vyššie).

51. Keďže spoločnosť Abfall vo svojej terajšej právnej forme, teda s účasťou spoločnosti Saubermacher, sa v rámci uplatniteľných ustanovení stanov a právnych predpisov musí považovať za subjekt mimo rámca organizácie mesta Mödling, treba preskúmať, či zmluva o zneškodňovaní odpadu, ktorou mesto Mödling zverilo zber a spracovanie odpadu výhradne spoločnosti Abfall, patrí do pôsobnosti smernice 92/50 a prípadne či boli jej ustanovenia riadne uplatnené.

52. Najprv poznamenávam, že mesto Mödling je územným samosprávnym celkom. Toto rakúska vláda ani nespochybňuje. Podľa článku 1 písm. b) smernice 92/50 sú verejnými obstarávateľmi štát, územné samosprávne celky, verejnoprávne inštitúcie, združenia tvorené jedným alebo viacerými takýmito územnými samosprávnymi celkami alebo verejnoprávnymi inštitúciami. Ako územný samosprávny celok je teda mesto Mödling verejným obstarávateľom a patrí do osobnej pôsobnosti smernice 92/50.

53. Takisto služby, ktoré sú v rámci sporného vzťahu poskytované, patria do pôsobnosti tejto smernice. V prílohe I A uvedenej smernice sú medzi službami uvedenými v kategórii 16 uvedené „kanalizácie a likvidácia odpadu, sanitárne a podobné služby". Pokiaľ ide o konkrétny obsah týchto služieb, príloha I A odkazuje na referenčné číslo CPC (Central Product Classification, centrálnej klasifikácie výrobkov OSN), ktoré je uvedené vedľa príslušnej kategórie. Hlavnú činnosť spoločnosti Abfall tvorí zber a spracovanie odpadu, neskladných smetí,

druhotných surovín, kompostovateľných, odpadov a nebezpečných odpadov. Z toho vyplýva, že hlavná činnosť spoločnosti Abfall patrí medzi služby uvedené v prílohe I A smernice 92/50 a že sa na ňu ustanovenia tejto smernice vzťahujú.

54. Ďalší aspekt, ktorý treba preskúmať, je povaha vzťahov medzi mestom Mödling a spoločnosťou Abfall. V ôsmom odôvodnení smernice 92/50 je uvedené, že „táto smernica sa vzťahuje len na poskytovanie služieb, ktoré sú založené na zmluvách; keďže sa táto smernica nevzťahuje na služby, ktoré sú poskytované na iných základoch, ako napr. právne ustanovenia, predpisy alebo zamestnávateľské zmluvy". Článok 1 písm. a) definuje pojem „verejné zmluvy na poskytnutie služieb" v zmysle smernice 92/50 ako „odplatné zmluvy uzavreté písomne medzi poskytovateľom služieb a obstarávateľom [verejným obstarávateľom — *neoficiálny preklad*]".

55. Na to, aby bolo možné kvalifikovať určitý vzťah ako verejnú zákazku, treba preskúmať, či bola zákazka uzavretá vo forme zmluvy a či bola dohodnutá odplata vyjadriteľná v peniazoch. To v tejto veci platí. Niet pochybností o tom, že zmluva o zneškodňovaní odpadu, ktorou mesto Mödling zverilo zber a spracovanie odpadu výhradne spoločnosti Abfall, stanovuje, že mesto Mödling zaplatí spoločnosti Abfall odmenu, ktorá pozostáva z pevnej sumy za odpadkový kôš alebo kontajner, ako odplatu za zber a spracovanie odpadu.

56. Okrem toho musia byť obidve právnické osoby, ktoré uzavreli zmluvu, od seba právne odlišné, v opačnom prípade by išlo o poskytnutie služieb „in house". Ako som uviedol v bodoch 46 až 50 vyššie, spoločnosť Abfall nemožno právne ani fakticky považovať za internú organizačnú zložku mesta Mödling.

57. Skutočnosť, že rozhodnutie uzavrieť zmluvu medzi mestom Mödling a spoločnosťou Abfall bolo prijaté v dobe, keď spoločnosť Abfall bola ešte vo výhradnom vlastníctve mesta Mödling, nemení nič na tom, že príslušné verejné obstarávanie malo byť podľa článku 8 v spojení s článkom 11 ods. 1 a s článkom 15 ods. 2 smernice 92/50 zverejnené v súlade s ustanoveniami kapitol III až VI smernice. Istota, že spoločnosť Abfall uzavrie zmluvu s mestom Mödling, je totiž zaujímavá pre súkromného uchádzača o získanie účasti v tejto spoločnosti. Takéto formy externej privatizácie, pri ktorých je príťažlivosť privatizovaného subjektu pre súkromných uchá-

dzačov zabezpečená perspektívou vopred uzavretej zmluvy na dobu neurčitú ako „vena", však nesmú porušiť účinnosť smernice 92/50. Smernica zostáva uplatniteľná aj na takéto konštrukcie.

58. Na základe vyššie uvedených úvah prichádzam k záveru, že Komisia preukázala existenciu porušenia článku 8 v spojení s článkom 11 ods. 1 a s článkom 15 ods. 2 smernice 92/50.

VI — Návrh

59. Na základe vyššie uvedeného navrhujem, aby Súdny dvor:

— určil, že Rakúska republika si tým, že zmluva o zneškodňovaní odpadu mesta Mödling bola uzavretá bez dodržania pravidiel postupu a oznamovania podľa článku 8 a článku 11 ods. 1 v spojení s článkom 15 ods. 2 smernice Rady 92/50/EHS z 18. júna 1992 o koordinácii postupov verejného obstarávania služieb, nesplnila povinnosti, ktoré jej vyplývajú z tejto smernice,

— zaviazal Rakúsku republiku na náhradu trov konania.