ROZSUDEK SOUDNÍHO DVORA (prvního senátu)

11. května 2006 *

Ve věci C-340/04,

jejímž předmětem je žádost o rozhodnutí o předběžné otázce na základě článku 234 ES, podaná rozhodnutím Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Itálie) ze dne 27. května 2004, došlým Soudnímu dvoru dne 9. srpna 2004, v řízení

Carbotermo SpA,

Consorzio Alisei

proti

Comune di Busto Arsizio,

AGESP SpA,

za přítomnosti:

Associazione Nazionale Imprese Gestione servizi tecnici integrati (AGESI),

* Jednací jazyk: italština.

SOUDNÍ DVŮR (první senát),

ve složení P. Jann, předseda senátu, K. Schiemann, N. Colneric, J. N. Cunha Rodrigues (zpravodaj) a E. Levits, soudci,

generální advokátka: C. Stix-Hackl,
vedoucí soudní kanceláře: C. Strömholm, rada,

s přihlédnutím k písemné části řízení a po jednání konaném dne 10. listopadu 2005,

s ohledem na vyjádření předložená:

— za Carbotermo SpA A. Sansone a P. Sansone, avvocati,

— za Consorzio Alisei spolu s AGESI B. Becchim a L. Grillem, avvocati,

— za Comune di Busto Arsizio C. Caputo, avvocatessa,

— za AGESP SpA A. Sciumè a D. Tassan Mazzoccem, avvocati,

— za italskou vládu I. M. Bragugliou, jako zmocněncem, ve spolupráci s G. Fiengem, avvocato dello Stato,

— za německou vládu W.-D. Plessingem, jako zmocněncem,

— za rakouskou vládu M. Fruhmannem, jako zmocněncem,

— za polskou vládu T. Nowakowskim, jako zmocněncem,

— za vládu Spojeného království M. Hoskinsem, jako zmocněncem,

— za Komisi Evropských společenství X. Lewisem a D. Recchia, jako zmocněnci,

po vyslechnutí stanoviska generálního advokáta na jednání konaném dne 12. ledna 2006,

vydává tento

Rozsudek

1 Žádost o rozhodnutí o předběžné otázce se týká výkladu směrnice Rady 93/36/EHS ze dne 14. června 1993 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na dodávky (Úř. věst. L 199, s. 1; Zvl. vyd. 06/02 s. 110).

2 Tato žádost byla podána v rámci sporu mezi podniky Carbotermo SpA (dále jen „Carbotermo") a Consorzio Alisei na straně jedné a Comune di Busto Arsizio (dále jen „commune de Busto Arsizio") a podnikem AGESP SpA (dále jen „AGESP") na straně druhé ohledně zadání zakázky na dodávky paliv, jakož i údržbu a uvedení do souladu s předpisy a technickou modernizaci zařízení pro vytápění budov uvedené obce posledně uvedenému podniku.

Právní rámec

Právní úprava Společenství

3 Článek 1 písm. a) a b) směrnice 93/36 stanoví:

„Pro účely této směrnice:

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

b) ‚zadavateli' jsou stát, regionální nebo místní orgány, veřejnoprávní subjekty, sdružení tvořená jedním nebo více takovými orgány či veřejnoprávními subjekty.

‚Veřejnoprávním subjektem' je jakýkoliv subjekt:

— zřízený za zvláštním účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, který nemá průmyslovou nebo obchodní povahu,

a

— který má právní subjektivitu,

a

— je financován převážně státem, regionálními nebo místními orgány nebo jinými veřejnoprávními subjekty nebo je těmito orgány řízen, nebo v jeho správním, řídícím nebo dozorčím orgánu je více než polovina členů jmenována státem, regionálními nebo místními orgány nebo jinými veřejnoprávními subjekty.

[...]"

4 Článek 6 téže směrnice stanoví:

„1. Při zadávání veřejných zakázek na dodávky použijí zadavatelé [...] [otevřená, omezená a vyjednávací řízení] v případech, které jsou uvedeny níže.

2. Zadavatelé mohou zadávat zakázky na dodávky ve vyjednávacím řízení, pokud [...]

3. Zadavatelé mohou zadat zakázky na dodávky ve vyjednávacím řízení bez předchozího zveřejnění vyhlášení zakázky v těchto případech:

[...]

4. Ve všech ostatních případech zadávají zadavatelé zakázky na dodávky v otevřeném nebo omezeném řízení."

5 Článek 1 bod 3 směrnice Rady 93/38/EHS ze dne 14. června 1993 o koordinaci postupů při zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a telekomunikací (Úř. věst. L 199, s. 84; Zvl. vyd. 06/02, s. 194) stanoví:

„Pro účely této směrnice se:

[...]

3) ‚přidruženým podnikem' rozumí podnik, jehož roční účetní závěrky jsou konsolidovány s ročními účetními závěrkami zadavatele v souladu s požadavky sedmé směrnice Rady 83/349/EHS ze dne 13. června 1983 o konsolidovaných účetních závěrkách, založená na čl. 54 odst. 3 písm. g) Smlouvy [...] [Úř. věst. L 193, s. 1; Zvl. vyd. 17/01, s. 58], nebo, v případě zadavatelů, na které se výše uvedená směrnice nevztahuje, jakýkoliv podnik, ve kterém může zadavatel přímo nebo nepřímo vykonávat dominantní vliv ve smyslu odstavce 2 nebo který může vykonávat dominantní vliv nad zadavatelem nebo který, společně se zadavatelem, podléhá dominantnímu vlivu jiného podniku, v důsledku vlastnictví, majetkové účasti nebo předpisů, jimiž je upraven".

6 Článek 13 téže směrnice stanoví:

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

a) zadavatel zadává přidruženému podniku;

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

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

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

2. Zadavatelé sdělí Komisi na její žádost níže uvedené informace týkající se použití ustanovení odstavce 1:

— jména dotyčných podniků,

— povahu a hodnotu daných zakázek na služby,

— údaje, které Komise považuje za potřebné k prokázání, že vztah mezi podnikem, kterému byly zakázky zadány, a zadavatelem je v souladu s požadavky tohoto článku."

Italská právní úprava

7 Consiglio di Stato rozsudkem ze dne 18. září 2003 rozhodl, že regionální nebo místní orgán má právo zadat zakázku na dodávky dodavateli bez zadávacího řízení, pokud regionální nebo místní orgán nad dodavatelem vykonává kontrolu obdobnou kontrole, kterou vykonává nad vlastními organizačními složkami, a pokud dodavatel vykonává podstatnou část své činnosti s regionálním nebo místním orgánem, který jej kontroluje.

Spor v původním řízení a předběžné otázky

8 Carbotermo je podnik specializovaný na zakázky dodávek energie a systémů řízení vytápění pro zákazníky z veřejného a soukromého sektoru.

9 Consorzio Alisei je podnik, který dodává energetické výrobky a služby související s klimatizací a vytápěním budov.

10 AGESP Holding SpA (dále jen „AGESP Holding") je akciová společnost, která vznikla z přeměny Azienda per la Gestione dei Servizi Pubblici, specializovaného podniku obce Busto Arsizio, o které bylo rozhodnuto dne 24. září 1997. Základní kapitál AGESP Holding vlastní v současné době ve výši 99,98% obec Busto Arsizio. Ostatními akcionáři jsou obce Castellanza, Dairago, Fagnano Olona, Gorla Minore, Marnate a Olgiate Olona, z nichž každá vlastní jednu akcii.

11 Podle článku 2 stanov je předmětem podnikání AGESP Holding správa služeb veřejného zájmu v oblasti plynu, vody, hygieny životního prostředí, dopravy, parkovišť, veřejných lázní, lékáren, elektrické energie a vytápění, pohřebních služeb a silničního značení.

12 Článek 6 stanov uvádí:

„[...] Většina akcií je vyhrazena [obci Busto Arsizio].

[...]

Kromě [obce Busto Arsizio] mohou do společnosti vstoupit a být její součástí další místní veřejnoprávní orgány (provincie, obce a jejich sdružení), hospodářské a finanční subjekty, regionální, místní a specializovaná sdružení, jakož i občané jako soukromé osoby, kteří přistoupí k cílům uvedeným ve stanovách [...]."

13 Článek 7 stejných stanov uvádí:

„Žádný akcionář, soukromá osoba, nemůže vlastnit více než 10% celkového kapitálu společnosti [...]."

14 Podle článku 18 stanov AGESP Holding, je tato společnost řízena představenstvem.

15 Podle článku 26 uvedených stanov:

„Představenstvo má nejširší pravomoc v oblasti běžného a mimořádného řízení společnosti, a má oprávnění k jakémukoliv jednání, které považuje za nezbytné pro uskutečnění a realizaci předmětu podnikání společnosti, pouze s výjimkou jednání, které zákon nebo stanovy formálně vyhrazují valné hromadě [...]."

16 AGESP je akciová společnost založená dne 12. července 2000 společností AGESP Holding, jejíž základní kapitál v současné době vlastní ve výši 100% AGESP Holding.

17 Podle článku 3 stanov v pozměněném znění, kterým se rozšiřuje předmět podnikání společnosti a které bylo předloženo předkládajícímu soudu, je cílem AGESP výkon činností týkajících se služeb veřejného zájmu v odvětví plynu, vody, hygieny životního prostředí, dopravy, parkovišť, elektrické energie, vytápění, klimatizace, informatiky, telekomunikací, správy podloží, osvětlení, jakož i poskytování různých služeb přidruženým společnostem.

18 Článek 7 stanov AGESP stanoví:

„Žádný akcionář, s výjimkou akciové společnosti AGESP Holding s většinovým podílem, nemůže vlastnit více než desetinu celkového kapitálu společnosti [...]."

19 Podle článku 17 uvedených stanov je AGESP řízena představenstvem.

20 Článek 19 týchž stanov v tomto ohledu upřesňuje:

„Představenstvo má nejširší neomezenou pravomoc v oblasti zajišťování běžného a mimořádného řízení společnosti."

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

22 Carbotermo předložila dne 22. listopadu 2003 nabídku. Consorzio Alisei připravilo nabídku, aniž ji předložilo ve stanovené lhůtě.

23 Dne 21. listopadu 2003 obec Busto Arsizio ve světle rozsudku Consiglio di Stato č. 5316 uvedeného v bodě 7 tohoto rozsudku rozhodla přerušit zadávací řízení až do 10. prosince 2003.

24 Rozhodnutím ze dne 10. prosince 2003 obec Busto Arsizio odvolala zadávací řízení, přičemž si vyhradila možnost zadat zakázku později přímo AGESP.

25 Rozhodnutím ze dne 18. prosince 2003 obec Busto Arsizio zadala dotčenou zakázku přímo AGESP. Toto rozhodnutí bylo odůvodněno tím, že AGESP splňuje obě dvě podmínky pro zadání veřejných zakázek bez zadávacího řízení stanovené judikaturou Společenství a vnitrostátní judikaturou, tedy aby regionální nebo místní orgán vykonával nad subjektem, kterému byla zakázka zadána kontrolu obdobnou kontrole, kterou vykonává nad vlastními organizačními složkami a aby tato entita realizovala podstatnou část své činnosti s orgánem, který jej kontroluje. Preambule tohoto rozhodnutí jednak potvrzuje, že vztah závislosti mezi AGESP a obcí Busto Arsizio vyplývá z okolností, že tato obec vlastní 99,98% kapitálu AGESP Holding, která vlastní 100% kapitálu AGESP. Dále tato preambule uvádí, že největší část obratu AGESP vyplývá z činností, které jí byly svěřeny na základě zakázek získaných přímo od obce Busto Arsizio.

26 Zveřejněním vyhlášení dne 23. ledna 2004 společnost AGESP zahájila zadávací řízení v rámci urychleného řízení na dodávku dotčené topné nafty a dne 27. února 2004 tuto zakázku zadala podniku Pezzoli Petroli Srl. Dne 28. dubna, 18. května, 30. června a 2. září 2004 AGESP zadala dalším podnikům zakázky týkající se přeměny na metan, technologického uvedení do souladu, uvedení do souladu s předpisy a instalace systému kontroly a řízení na dálku pro vytápěcí zařízení různých budov obce. Ani Carbotermo, ani Consorzio Alisei se nenacházely mezi podniky, kterým byly zakázky zadány.

27 Carbotermo a Consorzio Alisei napadly rozhodnutí, kterými se pozastavuje zadávací řízení a dotčená zakázka zadává AGESP, před Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia.

28 Tyto dva podniky před tímto soudem uplatnily, že podmínky umožňující mít za to, že směrnice 93/36 je nepoužitelná, nebyly v dotčeném případě splněny. AGESP jednak není kontrolována obcí Busto Arsizio, neboť tato obec má účast v AGESP pouze přes holdingovou společnost, jíž je akcionářem ve výši 99,98% a AGESP si zachovala veškerou samostatnost akciové společnosti soukromého práva. AGESP

jednak nevykonává většinu své činnosti pro obec Busto Arsizio, neboť s touto obcí uskutečňuje méně než 80% svého obratu, kritérium, jež bylo třeba použít obdobně s článkem 13 směrnice 93/38.

29 Obec Busto Arsizio a AGESP odpověděly, že přímé zadání bylo v projednávaném případě možné, neboť AGESP je kontrolována obcí Busto Arsizio z důvodu účasti této obce na jejím kapitálu, a že AGESP uskutečňuje většinu své činnosti s touto obcí. AGESP v tomto ohledu upřesnila, že více než 28% obratu, který uskutečňuje na území obce Busto Arsizio se vztahuje na plnění přímo poskytovaná obci a že obrat, který uskutečňuje na území uvedené obce představuje 65,59% jejího celkového obratu.

30 Za těchto podmínek se Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia rozhodl přerušit řízení a položit Soudnímu dvoru následující předběžné otázky:

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

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

K předběžným otázkám

K první otázce

31 Soudní dvůr již rozhodl, že pokud jsou předmětem veřejné zakázky zároveň výrobky ve smyslu směrnice 93/36 a služby ve smyslu směrnice Rady 92/50/EHS ze dne 18. června 1992 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na služby (Úř. věst. L 209, s. 1; Zvl. vyd. 06/01, s. 322), vztahuje se na ni směrnice 93/36, pokud hodnota výrobků uvedené zakázky je vyšší než hodnota služeb (rozsudek ze dne 18. listopadu 1999, Teckal, C-107/98, Recueil s. I-8121, bod 38). Na zakázku, jako je dotčená zakázka ve věci v původním řízení, kde hodnota výrobků je vyšší než hodnota služeb, které jsou jejím předmětem, se tedy vztahuje směrnice 93/36, jak to ostatně konstatoval předkládající soud.

32 Existence smlouvy ve smyslu čl. 1 písm. a) směrnice 93/36 předpokládá, že byla uzavřena smlouva mezi dvěma odlišnými subjekty (výše uvedený rozsudek Teckal, bod 49).

33 V souladu s čl. 1 písm. a) uvedené směrnice v zásadě postačuje, aby zakázka byla sjednána smlouvou mezi regionálním nebo místním orgánem na straně jedné

a subjektem právně odlišným od tohoto orgánu na straně druhé. Může tomu být jinak pouze v případě, že regionální nebo místní orgán nad dotčeným subjektem vykonává kontrolu obdobnou kontrole, kterou vykonává nad vlastními organizačními složkami, a že tento subjekt uskutečňuje většinu své činnosti s obcí nebo obcemi, které jej vlastní (výše uvedený rozsudek Teckal, bod 50).

34 Z předkládacího rozhodnutí a ze spisu vyplývá, že za současných okolností zadavatel vlastní 99,98% kapitálu AGESP Holding, přičemž zbývající 0,02% vlastní jiné regionální nebo místní orgány. Podle stanov AGESP Holding mohou mít soukromí akcionáři podíl na kapitálu této společnosti s dvěma výhradami: jednak je většina akcií vyhrazena obci Busto Arsizio, a jednak žádný soukromý akcionář nemůže vlastnit více než desetinu kapitálu této společnosti.

35 AGESP Holding za současných okolností vlastní 100% kapitálu AGESP. Podle stanov posledně uvedené, může být její kapitál zpřístupněn soukromým akcionářům s jedinou výhradou, že žádný akcionář, s výjimkou AGESP Holding, nemůže vlastnit víc než desetinu kapitálu této společnosti.

36 Pro posouzení, zda zadavatel vykonává kontrolu obdobnou kontrole, kterou vykonává nad vlastními organizačními složkami, je třeba zohlednit všechna relevantní ustanovení právních předpisů a relevantní okolnosti. Z tohoto přezkumu musí vyplývat, že dotčená společnost, které byla zakázka zadána, podléhá kontrole umožňující zadavateli ovlivnit rozhodování uvedené společnosti. Musí se jednat o možnost rozhodujícího vlivu jak nad strategickými cíli, tak nad důležitými rozhodnutími této společnosti (viz rozsudek ze dne 13. října 2005, Parking Brixen, C-458/03, Sb. rozh. s. I-8612, bod 65).

37 Okolnost, že zadavatel vlastní, sám nebo s jinými veřejnými orgány, veškerý kapitál společnosti, které byla zakázka zadána, naznačuje, nikoliv však rozhodujícím způsobem, že tento zadavatel vykonává nad touto společností kontrolu obdobnou kontrole, kterou vykonává nad vlastními organizačními složkami ve smyslu bodu 50 výše uvedeného rozsudku Teckal.

38 Ze spisu ve věci vyplývá, že stanovy AGESP Holding a AGESP představenstvu každé z těchto společností propůjčují nejširší pravomoci v oblasti běžného a mimořádného řízení společnosti. Tyto stanovy obci Busto Arsizio nevyhrazují žádnou kontrolní pravomoc nebo zvláštní hlasovací právo za účelem omezení svobody jednání přiznané těmto představenstvům. Kontrola vykonávaná obcí Busto Arsizio nad těmito dvěma společnostmi se v podstatě omezuje na šíři, kterou právo společností přiznává většině akcionářů, což významně omezuje její schopnost ovlivňovat rozhodnutí těchto společností.

39 Krom toho je případný vliv obce Busto Arsizio na rozhodnutí AGESP vykonáván prostřednictvím holdingové společnosti. Zásah takového prostředníka může v okolnostech projednávaného případu oslabit případnou kontrolu vykonávanou zadavatelem nad akciovou společností z pouhého důvodu účasti na jejím kapitálu.

40 Z toho vyplývá, že za takových okolností, s výhradou jejich ověření soudcem rozhodujícím ve věci v původním řízení, nevykonává zadavatel nad společností, které byla dotčená veřejná zakázka zadána, kontrolu obdobnou kontrole, kterou vykonává nad vlastními organizačními složkami.

41 Článek 6 směrnice 93/36 ukládá zadavatelům, kteří zadávají veřejnou zakázku, použít otevřené řízení nebo omezené řízení, ledaže by se zakázky týkal jeden

z výjimečných případů taxativně uvedených v odstavcích 2 a 3 uvedeného článku. Z předkládacího rozhodnutí nevyplývá, že na zakázku dotčenou ve věci v původním řízení se vztahuje jeden z těchto případů.

42 Z toho vyplývá, že směrnice 93/36 brání přímému zadání veřejné zakázky za okolností, jako jsou ty ve věci v původním řízení.

43 Vůči takovému závěru italská vláda namítá, že skutečnost, že AGESP musí použít veřejné zadávací řízení pro získání dotčené topné nafty ukazuje, že obec Busto Arsizio, AGESP Holding a AGESP musí být společně považovány za jediný „veřejnoprávní subjekt" ve smyslu čl. 1 písm. b) směrnice 93/36, povinný zadat veřejné zakázky na dodávky v souladu s právními předpisy Společenství a vnitrostátními předpisy v dotčené oblasti.

44 Tento argument nemůže být přijat. Na obec Busto Arsizio se jednak vztahuje pojem „regionální a místní orgán", a nikoliv „veřejnoprávní subjekt" ve smyslu tohoto ustanovení. Dále obec Busto Arsizio, AGESP Holding a AGESP mají každá odlišnou právní subjektivitu.

45 Ostatně jak Soudní dvůr připomněl v bodě 43 výše uvedeného rozsudku Teckal, jedinými výjimkami z použití směrnice 93/36 jsou výjimky, které jsou v ní taxativně a výslovně uvedeny.

46 Směrnice 93/36 však neobsahuje ustanovení srovnatelná s článkem 6 směrnice 92/50, které ze své působnosti vylučuje veřejné zakázky zadané za určitých podmínek zadavatelům (výše uvedený rozsudek Teckal, bod 44).

47 Na první otázku je tedy třeba odpovědět, že směrnice 93/36 brání přímému zadání zakázky na dodávky a služby, ve které převažuje hodnota dodávek, akciové společnosti, jejíž představenstvo má široké pravomoci řízení, které může samostatně vykonávat, a jejíž kapitál je za současných okolností celkově vlastněn jinou akciovou společností, jejímž většinovým akcionářem je zadavatel.

Ke druhé otázce

48 Druhá otázka má dvě části.

49 Předkládající soud se jednak táže, zda je nutné použít článek 13 směrnice 93/38 pro posouzení podmínky, podle které musí podnik, kterému byla zakázka na dodávky zadána přímo, uskutečňovat většinu své činnosti s obcí, která jej vlastní. Dále se táže, zda může být tato podmínka považována za splněnou, pokud takový podnik uskutečňuje většinu svého obratu s veřejným orgánem, který jej vlastní, nebo pokud uskutečňuje většinu svého obratu na území uvedené obce.

První část druhé otázky

50 Z předkládacího usnesení vyplývá, že na zakázku dotčenou ve věci v původním řízení se vztahuje směrnice 93/36.

51 Jedná se tedy o to, zda výjimka stanovená v článku 13 směrnice 93/38 musí být obdobně použita v působnosti směrnice 93/36.

52 Výjimka stanovená v uvedeném článku 13 se týká pouze zakázek na služby, a nikoliv zakázek na dodávky.

53 Článek 13 směrnice 93/38 se týká subjektů, a zejména společných podniků a podniků, které mají konsolidované roční účetní závěrky, jejichž způsoby fungování jsou odlišné od způsobů fungování zadavatelů, kterých se týká směrnice 93/36.

54 Krom toho uvedený článek obsahuje mechanismus oznamování Komisi, který nemůže být z důvodu nedostatku právního základu použit na směrnici 93/36.

55 Jelikož výjimky musí být vykládány restriktivně, není na místě rozšířit použití článku 13 směrnice 93/38 na působnost směrnice 93/36.

56 Tento závěr je potvrzen skutečností, že během přepracování směrnic ohledně veřejných zakázek v roce 2004 se zákonodárce Společenství rozhodl nezačlenit obdobnou výjimku do směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES ze dne 31. března 2004 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby (Úř. věst. L 134, s. 114; Zvl. vyd. 06/07, s. 132), která nahradila směrnici 93/36, zatímco zachoval uvedenou výjimku v článku 23 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/17/ES ze dne 31. března 2004 o koordinaci postupů při zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb (Úř. věst. L 134, s. 1; Zvl. vyd. 06/07, s. 19).

57 Vzhledem k tomu, co předchází, je třeba na první část druhé otázky odpovědět v tom smyslu, že pro posouzení podmínky týkající se nepoužitelnosti směrnice 93/36, podle které podnik, kterému byla zakázka na dodávky zadána přímo, musí uskutečňovat většinu své činnosti s obcí, která jej vlastní, nemůže být použit článek 13 směrnice 93/38.

Druhá část druhé otázky

58 Je třeba připomenout, že hlavní cíl pravidel Společenství v oblasti veřejných zakázek je volný pohyb zboží a služeb, jakož i otevření nenarušené hospodářské soutěži ve všech členských státech (viz v tomto smyslu rozsudek ze dne 11. ledna 2005, Stadt Halle a RPL Lochau, C-26/03, Sb. rozh. s. I-1, bod 44).

59 Podmínky stanovené výše uvedeným rozsudkem Teckal pro považování směrnice 93/36 za nepoužitelnou na zakázky uzavřené mezi regionálním nebo místním orgánem a právním subjektem od něj odlišným, podle kterých musí regionální nebo místní orgán vykonávat nad dotčeným subjektem kontrolu obdobnou kontrole, kterou vykonává nad vlastními organizačními složkami, a tento subjekt musí uskutečňovat většinu své činnosti s obcí nebo obcemi, které ji vlastní, mají zejména za cíl vyhnout se narušení hospodářské soutěže.

60 Požadavek, aby dotčená osoba uskutečňovala většinu své činnosti s obcí nebo obcemi, které ji vlastní, má za cíl zvláště zajistit, aby směrnice 93/36 zůstala použitelná v případě, kdy podnik kontrolovaný jednou nebo více obcemi je činný na trhu, a tedy může soutěžit s jinými podniky.

61 Podnik totiž není nezbytně zbaven svobody jednat z pouhé skutečnosti, že jej týkající se rozhodnutí jsou kontrolována obcí, která jej vlastní, pokud ještě může vykonávat významnou část své hospodářské činnosti s jinými subjekty.

62 Je rovněž třeba, aby plnění tohoto podniku byla z podstatné části určena pouze této obci. Za takových omezení se jeví odůvodněné, aby se tento podnik vyhnul omezením směrnice 93/36, které jsou dány snahou chránit hospodářskou soutěž, která v tomto případě není odůvodněná.

63 V rámci použití těchto zásad nelze mít za to, že dotčený podnik uskutečňuje většinu své činnosti s obcí, která ji vlastní, ve smyslu výše uvedeného rozsudku Teckal, pouze tehdy, když činnost tohoto podniku je vyhrazena hlavně této obci, přičemž jakákoli jiná činnost má pouze okrajový charakter.

64 Pro posouzení, zda tomu tak je, musí příslušný soudce zohlednit všechny okolnosti konkrétního případu, ať kvalitativní, nebo kvantitativní.

65 Co se týče otázky, zda je třeba v této situaci zohlednit pouze obrat uskutečněný s dozorující obcí nebo obrat uskutečněný na území této obce, je třeba mít za to, že určující obrat je ten, který dotčený podnik uskutečňuje na základě rozhodnutí o zadání zakázky přijatých dozorující obcí, včetně obratu uskutečněného s uživateli v rámci provedení takových rozhodnutí.

66 Činností podniku, kterému byla zakázka zadána, a kterou je třeba zohlednit, je totiž veškerá činnost, kterou tento podnik uskutečňuje v rámci zakázky zadané zadavatelem, bez ohledu na to, kdo je beneficientem, ať již samotný zadavatel, nebo uživatel plnění.

67 Je bezvýznamné, kdo odměňuje dotčený podnik, ať je to obec, která jej vlastní, nebo jiní uživatelé poskytovaných plnění na základě koncesí nebo jiných právních vztahů založených uvedenou obcí. Rovněž není relevantní, na kterém území jsou tato plnění poskytována.

68 V rozsahu, v němž ve věci v původním řízení vlastní kapitál podniku, kterému byla zakázka zadána, nepřímo více obcí, může být relevantní zkoumat, zda činnost, která má být zohledněna, je ta, kterou podnik, kterému byla zakázka zadána, uskutečňuje se všemi obcemi, které jej vlastní, nebo pouze činnost uskutečňovaná s obcí, která jedná v projednávaném případě jako zadavatel.

69 V tomto ohledu je třeba připomenout, že Soudní dvůr upřesnil, že dotčený právně odlišný subjekt musí většinu své činnosti uskutečňovat s „obcí nebo obcemi, které jej vlastní" (výše uvedený rozsudek Teckal, bod 50). Měl tedy na mysli možnost, že by se stanovená výjimka použila nejen v případě, že takovou právnickou osobu vlastní jediná obec, ale i v případě, že ji vlastní více obcí.

70 V případě, že by více obcí vlastnilo podnik, může být podmínka týkající se většiny jeho činnosti splněna, pokud tento podnik uskutečňuje většinu své činnosti nikoliv nezbytně s jednou z těchto obcí, avšak s těmito obcemi jako celkem.

71 Činnost, která má být zohledněna v případě podniku vlastněného více obcemi je tedy taková, kterou podnik uskutečňuje s těmito obcemi jako celkem.

72 Z toho, co předchází, vyplývá, že na druhou část druhé otázky je třeba odpovědět v tom smyslu, že pro posouzení, zda podnik uskutečňuje většinu své činnosti s obcí, která jej vlastní, pro účely rozhodnutí o použitelnosti směrnice 93/36, je třeba zohlednit všechny činnosti, které tento podnik uskutečňuje na základě zakázky zadané zadavatelem, a to nezávisle na tom, kdo tuto činnost odměňuje, ať se jedná o samotného zadavatele, nebo uživatele poskytovaných plnění, přičemž území, kde je činnost vykonávána, není relevantní.

K nákladům řízení

73 Vzhledem k tomu, že řízení má, pokud jde o účastníky původního řízení, povahu incidenčního řízení vzhledem ke sporu probíhajícímu před předkládajícím soudem, je k rozhodnutí o nákladech řízení příslušný uvedený soud. Výdaje vzniklé předložením jiných vyjádření Soudnímu dvoru než vyjádření účastníků řízení se nenahrazují.

Z těchto důvodů Soudní dvůr (první senát) rozhodl takto:

1) **Směrnice Rady 93/36/EHS ze dne 14. června 1993 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na dodávky brání přímému zadání veřejné zakázky na dodávky a služby, ve které převažuje hodnota dodávek, akciové společnosti, jejíž představenstvo má široké pravomoci řízení, které může**

samostatně vykonávat, a jejíž kapitál je za současných okolností celkově vlastněn jinou akciovou společností, jejímž většinovým akcionářem je zadavatel.

2) **Pro posouzení podmínky týkající se nepoužitelnosti směrnice 93/36, podle které podnik, kterému byla zakázka na dodávky zadána přímo, musí uskutečňovat většinu své činnosti s obcí, která jej vlastní, nemůže být použit článek 13 směrnice Rady 93/38/EHS ze dne 14. června 1993 o koordinaci postupů při zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a telekomunikací.**

3) **Pro posouzení, zda podnik uskutečňuje většinu své činnosti s obcí, která jej vlastní, pro účely rozhodnutí o použitelnosti směrnice 93/36, je třeba zohlednit všechny činnosti, které tento podnik uskutečňuje na základě zakázky zadané zadavatelem, a to nezávisle na tom, kdo tuto činnost odměňuje, ať se jedná o samotného zadavatele, nebo uživatele poskytovaných plnění, přičemž území, kde je činnost vykonávána, není relevantní.**

Podpisy.