ROZSUDOK SÚDNEHO DVORA (prvá komora)
z 11. mája 2006 *

Vo veci C-340/04,

ktorej predmetom je návrh na začatie prejudiciálneho konania podľa článku 234 ES, podaný rozhodnutím Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Taliansko) z 27. mája 2004 a doručený Súdnemu dvoru 9. augusta 2004, ktorý súvisí s konaním:

Carbotermo SpA,

Consorzio Alisei

proti

Comune di Busto Arsizio,

AGESP SpA,

za účasti:

Associazione Nazionale Imprese Gestione servizi tecnici integrati (AGESI),

* Jazyk konania: taliančina.

SÚDNY DVOR (prvá komora),

v zložení: predseda prvej komory P. Jann, sudcovia K. Schiemann, N. Colneric, J. N. Cunha Rodrigues (spravodajca) a E. Levits,

generálna advokátka: C. Stix-Hackl,
tajomník: C. Strömholm, referentka,

so zreteľom na písomnú časť konania a po pojednávaní z 10. novembra 2005,

so zreteľom na pripomienky, ktoré predložili:

— Carbotermo SpA, v zastúpení: A. Sansone a P. Sansone, avvocati,

— Consorzio Alisei, spolu s AGESI, v zastúpení: B. Becchi a L. Grillo, avvocati,

— Comune di Busto Arsizio, v zastúpení: C. Caputo, avvocatessa,

— AGESP SpA, v zastúpení: A. Sciumè a D. Tassan Mazzocco, avvocati,

— talianska vláda, v zastúpení: I. M. Braguglia, splnomocnený zástupca, za právnej pomoci G. Fiengo, avvocato dello Stato,

— nemecká vláda, v zastúpení: W.-D. Plessing, splnomocnený zástupca,

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

— poľská vláda, v zastúpení: T. Nowakowski, splnomocnený zástupca,

— vláda Spojeného kráľovstva, v zastúpení: M. Hoskins, splnomocnený zástupca,

— Komisia Európskych spoločenstiev, v zastúpení: X. Lewis a D. Recchia, splnomocnení zástupcovia,

po vypočutí návrhov generálnej advokátky na pojednávaní 12. januára 2006,

vyhlásil tento

Rozsudok

1 Návrh na začatie prejudiciálneho konania sa týka výkladu smernice 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).

2 Tento návrh bol podaný v rámci sporu medzi podnikmi Carbotermo SpA (ďalej len „Carbotermo") a Consorzio Alisei na jednej strane a Comune di Busto Arsizio (ďalej len „obec Busto Arsizio") a podnikom AGESP SpA (ďalej len „AGESP") na strane druhej vo veci uzavretia zmluvy s posledným uvedeným podnikom na dodanie palív, ako aj na údržbu, technickú modernizáciu a uvedenie vykurovacích zariadení v budovách uvedenej obce do súladu s právnymi predpismi.

Právny rámec

Právna úprava Spoločenstva

3 Článok 1 písm. a) a b) smernice 93/36 stanovuje:

„Na účely tejto smernice:

a) ‚verejné zmluvy na dodanie tovaru' sú písomne uzavreté odplatné zmluvy medzi dodávateľom (fyzickou alebo právnickou osobou) a jedným z obstarávateľov definovaných v bode b), ktorých predmetom je kúpa, kúpa prenajatej veci (lízing), kúpa tovaru na splátky alebo prenájom tovaru s možnosťou alebo bez možnosti odkúpenia. Dodanie takých tovarov môže navyše zahŕňať umiestnenie a montáž;

b) ‚obstarávatelia [verejní obstarávatelia — *neoficiálny preklad*]' sú štát, regionálne alebo miestne orgány [územné samosprávne celky — *neoficiálny preklad*], organizácie, ktoré sa spravujú verejným právom, združenia tvorené jedným alebo niekoľkými takýmito orgánmi [územnými samosprávnymi celkami — *neoficiálny preklad*] alebo organizáciami, ktoré sa spravujú verejným právom;

‚organizácia, ktorá sa spravuje verejným právom', je každá organizácia:

— zriadená na osobitné účely, plniaca potreby všeobecného záujmu, ktorá nemá komerčnú alebo priemyselnú povahu, a

— ktorá má právnu subjektivitu, a

— je financovaná prevažne štátom, regionálnymi alebo miestnymi orgánmi, alebo inými organizáciami, ktoré sa spravujú verejným právom, alebo je podriadený riadiacemu dohľadu týchto orgánov, alebo ktorá má v správnom, riadiacom alebo dozornom orgáne viac ako polovicu členov menovaných štátom, regionálnymi alebo miestnymi orgánmi, alebo inými organizáciami, ktoré sa spravujú verejným právom;

..."

4 Článok 6 tej istej smernice stanovuje:

„1. Pri uzatváraní verejných zmlúv na dodanie tovaru použijú obstarávatelia [verejní obstarávatelia — *neoficiálny preklad*] v prípadoch uvedených nižšie... [otvorenú súťaž, užšiu súťaž, rokovacie konanie].

2. Obstarávatelia [verejní obstarávatelia — *neoficiálny preklad*] môžu uzatvoriť zmluvy na dodanie tovaru v rokovacom konaní v prípade...

3. Obstarávatelia [verejní obstarávatelia — *neoficiálny preklad*] môžu uzatvoriť zmluvy na dodanie tovaru v rokovacom konaní bez zverejnenia v týchto prípadoch:

...

4. Vo všetkých ostatných prípadoch obstarávatelia [verejní obstarávatelia — *neoficiálny preklad*] uzatvárajú zmluvy na dodanie tovaru prostredníctvom otvorenej alebo užšej súťaže."

5 Článok 1 ods. 3 smernice Rady 93/38/EHS zo 14. júna 1993 o koordinácii postupy verejného obstarávania subjektov pôsobiacich vo vodnom, energetickom, dopravnom a telekomunikačnom sektore (Ú. v. ES L 199, s. 84; Mim. vyd. 06/002, s. 194) stanovuje:

„Na účely tejto smernice:

...

3. ‚prepojený podnik' znamená akýkoľvek podnik, ktorého ročné účtovné závierky sú konsolidované s účtovnými závierkami obstarávateľa v zhode s požiadavkami siedmej smernice Rady 83/349/EHS z 13. júna 1983 o konsolidovaných účtovných závierkach, vychádzajúca z článku 54 ods. 3 písm. g) zmluvy... [Ú. v. ES L 193, s. 1; Mim. vyd. 17/001, s. 58], alebo v prípade subjektov nepodliehajúcich uvedenej smernici, akýkoľvek podnik, na ktorý má priamo alebo nepriamo dominantný vplyv obstarávateľ v zmysle odseku 2, alebo má dominantný vplyv na obstarávateľa, alebo ktorý spoločne s obstarávateľom podlieha dominantnému vplyvu druhého podniku na základe vlastníctva, finančnej účasti alebo pravidiel, ktorými sa spravuje."

6 Článok 13 tej istej smernice stanovuje:

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

a) obstarávateľ uzatvára s prepojeným podnikom;

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

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

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

2. Obstarávatelia Komisii na jej žiadosť oznámia nasledovné informácie týkajúce sa uplatňovania ustanovení odseku 1:

— názvy príslušných podnikov,

— charakter a hodnotu zmlúv na poskytnutie služby,

— dôkaz považovaný Komisiou za nevyhnutný k preukázaniu, že vzťahy medzi podnikom, s ktorým je zmluva uzavretá, a obstarávateľom, sú v súlade s požiadavkami tohto článku."

Talianske právo

7 Rozsudkom č. 5316 z 18. septembra 2003 Consiglio di Stato rozhodla, že územný samosprávny celok má právo uzavrieť s dodávateľom zmluvu na dodanie tovaru bez vyhlásenia verejného obstarávania v prípade, keď má tento územný samosprávny celok nad daným dodávateľom obdobnú kontrolu ako nad svojimi vlastnými útvarmi a dodávateľ vykonáva podstatnú časť svojej činnosti s územným samosprávnym orgánom, ktorý má nad ním kontrolu.

Spor vo veci samej a prejudiciálne otázky

8 Carbotermo je podnik špecializovaný na zmluvy na dodávky energie a prevádzku vykurovania pre zákazníkov tak z verejného, ako aj zo súkromného sektora.

9 Consorzio Alisei je podnik dodávajúci výrobky energetiky a služby súvisiace s klimatizáciou a vykurovaním budov.

10 AGESP Holding SpA (ďalej len „AGESP Holding") je akciová spoločnosť, ktorá vznikla transformáciou Azienda per la Gestione dei Servizi Pubblici, špecializovaného podniku obce Busto Arsizio, o ktorej bolo rozhodnuté 24. septembra 1997. V súčasnosti je 99,98 % základného imania AGESP vo vlastníctve obce Busto Arsizio. Ďalšími akcionármi sú obce Castellanza, Dairago, Fagnano Olona, Gorla Minore, Marnate a Olgiate Olona, z ktorých každá vlastní jednu akciu.

11 Podľa článku 2 stanov spoločnosti AGESP Holding je predmetom jej činnosti správa služieb vo verejnom záujme v odvetviach plynárenstva a vodného hospodárstva, hygieny životného prostredia, dopravy, parkovania, verejných kúpeľov, lekární, elektrickej energie a vykurovania, pohrebných služieb a dopravného značenia.

12 V článku 6 týchto stanov sa uvádza:

„... [Obci Busto Arsizio] je vyhradená väčšina akcií.

...

Okrem [obce Busto Arsizio] môžu účasť v spoločnosti nadobudnúť iné územné samosprávne celky (provincie, obce a ich združenia), hospodárske a finančné inštitúcie, združenia založené na územnom princípe a špecializované združenia, ako aj občania — súkromné osoby, ktoré súhlasia s cieľmi stanov...“

13 Článok 7 stanov upresňuje:

„Žiaden spoločník — súkromná osoba nemôže vlastniť viac ako 10 % základného imania spoločnosti...“

14 Podľa článku 18 stanov AGESP Holding túto spoločnosť riadi predstavenstvo.

15 Podľa článku 26 týchto stanov:

„Predstavenstvo má plnú právomoc rozhodovať o bežných aj mimoriadnych záležitostiach fungovania spoločnosti a je oprávnené konať vždy, keď to považuje za potrebné na vykonanie a realizáciu predmetu činnosti spoločnosti, okrem prípadov, keď zákon alebo stanovy toto oprávnenie formálne vyhradzujú do pôsobnosti valného zhromaždenia..."

16 AGESP je akciová spoločnosť, ktorú 12. júla 2000 založil AGESP Holding a ktorej základné imanie je v súčasnosti v 100 % vlastníctve AGESP Holding.

17 Podľa článku 3 stanov tejto spoločnosti v ich zmenenom znení, ktoré rozširuje predmet činnosti spoločnosti a bolo predložené vnútroštátnemu súdu, sú predmetom činnosti AGESP činnosti týkajúce sa služieb vo verejnom záujme v odvetví plynárenstva, vodného hospodárstva, hygieny životného prostredia, dopravy, parkovania, elektrickej energie, vykurovania, klimatizácie, výpočtovej techniky, telekomunikácií, správy podzemných priestorov, osvetlenia, ako aj poskytovania rôznych služieb spoločnostiam, ktoré sú jej spoločníkmi.

18 Článok stanov AGESP stanovuje:

„Žiaden akcionár s výnimkou spoločnosti ADESP Holding, ktorá je väčšinovým akcionárom, nemôže vlastniť viac ako 10 % základného imania spoločnosti..."

19 Podľa článku 17 uvedených stanov AGESP riadi predstavenstvo.

20 V tejto súvislosti článok 19 stanov upresňuje:

„Predstavenstvo má plnú právomoc bez obmedzenia rozhodovať o bežných aj mimoriadnych záležitostiach fungovania spoločnosti."

21 Dňa 22. septembra 2003 obec Busto Arsizio uverejnila oznámenie o vyhlásení verejného obstarávania na dodanie palív, ako aj na údržbu a technickú modernizáciu a uvedenie vykurovacích zariadení v obecných budovách do súladu s právnymi predpismi. Zmluva v odhadovanej hodnote 8 450 000 eur spolu s daňou z pridanej hodnoty (DPH) zahŕňala dodanie palív (z toho 4/5 vykurovacieho oleja a 1/5 metánu) v hodnote 5 700 000 eur, údržbu vykurovacích zariadení v hodnote 1 000 000 eur a technickú modernizáciu týchto zariadení a ich uvedenie do súladu s právnymi predpismi v hodnote 1 750 000 eur.

22 Carbotermo predložil ponuku 22. novembra 2003. Consorzio Alisei vypracovalo ponuku, ale v stanovenej lehote ju nepredložilo.

23 Dňa 21. novembra 2003 obec Busto Arsizio vo svetle rozsudku Consiglio di Stato č. 5316 uvedeného v bode 7 tohto rozsudku rozhodla o prerušení verejného obstarávania až do 10. decembra 2003.

24 Rozhodnutím z 10. decembra 2003 obec Busto Arsizio odvolala verejné obstarávanie a zároveň si vyhradila právo neskôr priamo uzavrieť zmluvu s AGESP.

25 Dňa 18. decembra 2003 obec Busto Arsizio rozhodla o priamom uzavretí predmetnej zmluvy s AGESP. Toto rozhodnutie bolo odôvodnené tým, že AGESP spĺňa obidve podmienky stanovené judikatúrou Spoločenstva a vnútroštátnou judikatúrou na uzatváranie verejných zmlúv bez vyhlásenia verejného obstarávania, a síce že územný samosprávny celok má nad subjektom, s ktorým bola uzavretá zmluva, obdobnú kontrolu ako nad svojimi vlastnými útvarmi a že tento subjekt vykonáva podstatnú časť svojej činnosti s územným samosprávnym celkom, ktorý má nad ním kontrolu. Preambula toho rozhodnutia potvrdzuje jednak to, že vzťah závislosti medzi AGESP a obcou Busto Arsizio vyplýva zo skutočnosti, že táto obec vlastní 99,98 % základného imania AGESP Holding, ktorý je zase 100 % vlastníkom AGESP. V preambule sa tiež uvádza, že väčšina obratu AGESP vyplýva z činností, ktoré mu boli zverené zmluvami priamo uzavretými s obcou Busto Arsizio.

26 Dňa 23. januára 2004 AGESP uverejnil oznámenie o vyhlásení verejného obstarávania zrýchleným postupom na dodanie predmetného vykurovacieho oleja a 27. februára 2004 rozhodol o uzavretí zmluvy s podnikom Pezzoli Petroli Srl. V dňoch 28. apríla, 18. mája, 30. júna a 2. septembra 2004 AGESP rozhodol o uzavretí zmlúv s ďalšími podnikmi, a to zmlúv týkajúcich sa transformácie na metán, technologickej modernizácie vykurovacích zariadení rôznych obecných budov, ich uvedenia do súladu s právnymi predpismi a zavedenie systému riadenia a kontroly týchto zariadení na diaľku. Medzi podnikmi, s ktorými boli uzavreté tieto zmluvy, nefiguroval ani Carbotermo, ani Consorzio Alisei.

27 Carbotermo a Consorzio Alisei napadli rozhodnutie o prerušení verejného obstarávania a rozhodnutie o uzavretí predmetnej zmluvy s AGESP na Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia.

28 Obidva tieto podniky pred uvedeným súdom tvrdili, že podmienky umožňujúce vylúčiť uplatnenie smernice 93/36 neboli v predmetnom prípade splnené. Jednak podľa nich obec Busto Arsizio nemá nad AGESP kontrolu, pretože v ňom má účasť len prostredníctvom holdingovej spoločnosti, v ktorej vlastní 99,98 % akcií, a pretože AGESP si zachoval všetku autonómiu akciovej spoločnosti súkromného práva.

Okrem toho podľa nich AGESP nevykonáva podstatnú časť svojej činnosti pre obec Busto Arsizio, pretože s ňom realizuje o dosť menej než 80 % svojho obratu, čo je kritérium, z ktorého bolo treba vychádzať na základe analógie s článkom 13 smernice 93/38.

29 Obec Busto Arsizio a AGESP na to odpovedali, že priame uzavretie zmluvy bolo v predmetnom prípade dovolené, pretože AGESP je pod kontrolou obce Busto Arsizio vzhľadom na účasť tejto obce na jeho základnom imaní a vzhľadom na skutočnosť, že AGESP vykonáva podstatnú časť svojej činnosti s touto obcou. V tejto súvislosti AGESP upresnil, že viac ako 28 % obratu, ktorý realizuje na území obce Busto Arsizio, vyplýva z plnení priamo poskytovaných obci a že obrat, ktorý realizuje na území tejto obce, predstavuje 65,59 % jeho celkového obratu.

30 Za týchto okolností Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia rozhodol o prerušení konania a položení týchto prejudiciálnych otázok Súdnemu dvoru:

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

2. Treba uplatniť článok 13 smernice 93/38... pri posúdení podmienky, podľa ktorej musí podnik, s ktorým bola priamo uzavretá zmluva na dodanie tovaru, vykonávať podstatnú časť svojej činnosti s územným samosprávnym celkom, ktorý ho vlastní, a možno túto podmienku považovať za splnenú, ak predmetný podnik realizuje podstatnú časť svojho obratu s územným samosprávnym celkom, ktorý ho vlastní, prípadne ak podstatnú časť svojho obratu realizuje na území tohto územného samosprávneho celku?"

O prejudiciálnych otázkach

O prvej otázke

31 Súdny dvor už rozhodol, že ak sú predmetom zmluvy súčasne výrobky v zmysle smernice 93/36 a služby v zmysle smernice 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), vzťahuje sa na ňu smernica 93/36, ak je hodnota výrobkov zahrnutých v zmluve vyššia ako hodnota služieb (rozsudok z 18. novembra 1999, Teckal, C-107/98, Zb. s. I-8121, bod 38). Na takú zmluvu, ako je v predmetnej veci, v ktorej hodnota výrobkov prevyšuje hodnotu služieb, ktoré sú jej predmetom, sa teda vzťahuje smernica 93/36, ako to napokon konštatoval aj vnútroštátny súd.

32 Predpokladom existencie zmluvy v zmysle článku 1 písm. a) smernice 93/36 je dohoda medzi dvoma rôznymi osobami (rozsudok Teckal, už citovaný, bod 49).

33 Podľa článku 1 písm. a) uvedenej smernice v zásade stačí, ak bola zmluva uzavretá medzi územným samosprávnym orgánom a subjektom, ktorý je z právneho hľadiska

inou osobou ako tento územný samosprávny celok. Inak tomu môže byť len v prípade, keď má územný samosprávny celok nad danou osobou obdobnú kontrolu ako nad svojimi vlastnými útvarmi a zároveň táto osoba vykonáva podstatnú časť svojej činnosti s územným samosprávnymi celkom alebo celkami, ktoré ju vlastnia (rozsudok Teckal, už citovaný, bod 50).

34 Z rozhodnutia, ktorým bol podaný návrh na začatie prejudiciálneho konania, a z listín v spise vyplýva, že verejný obstarávateľ je v súčasnosti vlastníkom 99,98 % základného imania AGESP Holding a zostávajúcich 0,02 % tohto imania je vo vlastníctve iných územných samosprávnych celkov. Podľa stanov AGESP Holding môžu súkromní akcionári získať účasť v tejto spoločnosti s dvoma výhradami: jednak je väčšina akcií vyhradená obci Busto Arsizio, jednak žiaden súkromný akcionár nesmie vlastniť viac ako 10 % základného imania tejto spoločnosti.

35 AGESP Holding je zase v súčasnosti 100 % vlastníkom AGESP. Podľa stanov tejto spoločnosti sa na jej základnom imaní môžu podieľať súkromní akcionári s jedinou výhradou, že žiaden akcionár okrem AGESP Holding nemôže vlastniť viac ako 10 % základného imania tejto spoločnosti.

36 Pri posúdení, či verejný obstarávateľ má nad spoločnosťou obdobnú kontrolu ako nad svojimi vlastnými útvarmi, treba zohľadniť všetky právne predpisy a relevantné okolnosti. Z preskúmania musí vyplynúť, že spoločnosť, s ktorou bola uzavretá zmluva, podlieha kontrole umožňujúcej verejnému obstarávateľovi ovplyvňovať rozhodnutia tejto spoločnosti. Musí ísť o rozhodujúci vplyv, tak pokiaľ ide o strategické ciele, ako aj o významné rozhodnutia tejto spoločnosti (pozri rozsudok z 13. októbra 2005, Parking Brixen, C-458/03, Zb. s. I-8612, bod 65).

37 Skutočnosť, že verejný obstarávateľ sám alebo spolu s inými verejnými orgánmi vlastní celé základné imanie spoločnosti, s ktorou bola uzavretá zmluva, naznačuje — hoci nie je rozhodujúca — že tento verejný obstarávateľ má nad danou spoločnosťou obdobnú kontrolu ako nad svojimi vlastnými útvarmi v zmysle bodu 50 už citovaného rozsudku Teckal.

38 Zo spisu vyplýva, že stanovy AGESP Holding a AGESP priznávajú predstavenstvu každej z týchto spoločností plnú právomoc pri rozhodovaní o bežných aj mimoriadnych záležitostiach fungovania spoločnosti. Tieto stanovy nevyhradzujú obci Busto Arsizio žiadnu kontrolnú právomoc alebo osobitné hlasovacie právo, aby mohla obmedziť slobodu konania priznanú týmto predstavenstvám. Kontrola týchto dvoch spoločností zo strany obce Busto Arsizio je v podstate obmedzená na oprávnenia, ktoré právo obchodných spoločností priznáva väčšine spoločníkov, čo značne obmedzuje jej možnosť ovplyvniť rozhodnutia týchto spoločností.

39 Okrem toho, obec Busto Arsizio vykonáva svoj prípadný vplyv na rozhodnutia AGESP sprostredkovane cez holdingovú spoločnosť. Pôsobenie takéhoto prostredníka môže podľa okolností predmetného prípadu oslabiť prípadnú kontrolu verejného obstarávateľa nad akciovou spoločnosťou už len na základe toho, že v nej má majetkovú účasť.

40 Z toho vyplýva, že za takých okolností — s výhradou ich overenia vnútroštátnym súdom rozhodujúcim vo veci samej — verejný obstarávateľ nemá nad spoločnosťou, s ktorou bola uzavretá predmetná verejná zmluva, obdobnú kontrolu ako nad svojimi vlastnými útvarmi.

41 Článok 6 smernice 93/36 verejným obstarávateľom ukladá, aby pri uzatváraní verejných zmlúv používali otvorenú súťaž a užšiu súťaž, okrem situácií, keď sa na

zmluvu vzťahuje niektorý z výnimočných prípadov taxatívne vymenovaných v odsekoch 2 a 3 uvedeného článku. Z rozhodnutia vnútroštátneho súdu nevyplýva, že by sa na predmetnú zmluvu vzťahoval niektorý z týchto prípadov.

42 Z toho vyplýva, že smernica 93/36 nepripúšťa priame uzavretie verejnej zmluvy za takých okolností, aké sú vo veci samej.

43 Voči takémuto záveru talianska vláda namieta, že skutočnosť, že AGESP musí na získanie predmetného vykurovacieho oleja použiť postup verejného obstarávania, preukazuje, že na obec Busto Arsizio, AGESP Holding a AGESP treba hľadieť tak, že spolu tvoria jednu „organizáciu, ktorá sa spravuje verejným právom" v zmysle článku 1 písm. b) smernice 93/36, ktorá musí uzatvárať verejné zmluvy na dodanie tovaru v súlade s legislatívou Spoločenstva a vnútroštátnou legislatívou v danej oblasti.

44 S takýmto tvrdením nemožno súhlasiť. Po prvé sa na obec Busto Arsizio vzťahuje pojem „územný samosprávny celok" a nie pojem „organizácia, ktorá sa spravuje verejným právom" v zmysle tohto ustanovenia. Po druhé, obec Busto Arsizio, AGESP Holding a AGESP sú samostatné právnické osoby.

45 Okrem toho, ako už Súdny dvor pripomenul v bode 43 už citovaného rozsudku Teckal, jediné povolené výnimky z aplikácie smernice 93/36 sú tie, ktoré sú v nej výslovne a taxatívne uvedené.

46 Smernica 93/36 neobsahuje ustanovenie porovnateľné s článkom 6 smernice 92/50, ktorý z jej pôsobnosti vylučuje verejné zmluvy uzavreté za určitých podmienok s verejnými obstarávateľmi (rozsudok Teckal, už citovaný, bod 44).

47 Na prvú otázku je preto potrebné odpovedať tak, že smernica 93/36 nepripúšťa priame uzavretie zmluvy na dodanie tovaru a poskytnutie služieb, v ktorej hodnota dodania tovaru prevyšuje hodnotu služieb, s akciovou spoločnosťou, ktorej predstavenstvo disponuje širokými právomocami pri riadení spoločnosti, ktoré môže vykonávať nezávisle, a ktorej základné imanie je v súčasnosti úplne vo vlastníctve inej akciovej spoločnosti, ktorej väčšinovým vlastníkom je zase verejný obstarávateľ.

O druhej otázke

48 Druhá otázka sa skladá z dvoch častí.

49 Vnútroštátny súd sa jednak snaží zistiť, či pri posudzovaní podmienky, podľa ktorej podnik, s ktorým bola priamo uzavretá zmluva na dodanie tovaru, musí vykonávať podstatnú časť svojej činnosti s územným samosprávnym celkom, v ktorého vlastníctve sa nachádza, treba uplatniť článok 13 smernice 93/38. Okrem toho sa pýta, či túto podmienku možno považovať za splnenú, ak podnik realizuje podstatnú časť svojho obratu s územným samosprávnym celkom, v ktorého vlastníctve sa nachádza, alebo ak realizuje podstatnú časť svojho obratu na území uvedeného územného samosprávneho celku.

Prvá časť druhej otázky

50 Z rozhodnutia, ktorým bol podaný návrh na začatie prejudiciálneho konania, vyplýva, že na zmluvu v konaní vo veci samej sa vzťahuje smernica 93/36.

51 Ide teda o to, či sa výnimka stanovená v článku 13 smernice 93/38 musí analogicky uplatniť v rámci pôsobnosti smernice 93/36.

52 Výnimka stanovená v uvedenom článku 13 sa týka len zmlúv na poskytnutie služieb a nevzťahuje sa na zmluvy na dodanie tovaru.

53 Článok 13 smernice 93/38 sa týka subjektov — a to najmä spoločných podnikov a podnikov, ktorých ročné účtovné závierky sú konsolidované — ktorých spôsob fungovania je odlišný od spôsobu fungovania verejných obstarávateľov, na ktorých sa vzťahuje smernica 93/36.

54 Okrem toho uvedený článok obsahuje mechanizmus oznamovania informácií Komisii, ktorý nemožno bez právneho základu prebrať do smernice 93/36.

55 Keďže výnimky treba vykladať zužujúco, nie je namieste rozšíriť uplatnenie článku 13 smernice 93/38 na rozsah pôsobnosti smernice 93/36.

56 Tento záver potvrdzuje aj skutočnosť, že pri prepracúvaní smerníc z oblasti verejného obstarávania v roku 2004 normotvorca Spoločenstva zachoval uvedenú výnimku v článku 23 smernice Európskeho parlamentu a Rady 2004/17/ES z 31. marca 2004 o koordinácii postupov obstarávania subjektov pôsobiacich v odvetviach vodného hospodárstva, energetiky, dopravy a poštových služieb (Ú. v. EÚ L 134, s. 1; Mim. vyd. 06/007, s. 19), ale rozhodol sa nezačleniť analogickú výnimku do smernice Európskeho parlamentu a Rady 2004/18/ES z 31. marca 2004 o koordinácii postupov zadávania verejných zákaziek na práce, verejných zákaziek na dodávku tovaru a verejných zákaziek na služby (Ú. v. EÚ L 134, s. 114; Mim. vyd. 06/007, s. 132), ktorá nahradila smernicu 93/36.

57 Vzhľadom na uvedené skutočnosti treba na prvú časť druhej otázky odpovedať v tom zmysle, že pri posudzovaní podmienky neaplikovateľnosti smernice 93/36, ktorá spočíva v tom, že podnik, s ktorým bola priamo uzavretá zmluva na dodanie tovaru, musí vykonávať podstatnú časť svojej činnosti s územným samosprávnym celkom, ktorý ho vlastní, nemožno uplatniť článok 13 smernice 93/38.

Druhá časť druhej otázky

58 Je potrebné pripomenúť, že hlavným cieľom predpisov Spoločenstva v oblasti verejného obstarávania je voľný pohyb tovaru a služieb, ako aj otvorenie neskreslenej hospodárskej súťaže vo všetkých členských štátoch (pozri v tomto zmysle rozsudok Súdneho dvora z 11. januára 2005, Stadt Halle a RPL Lochau, C-26/03, Zb. s. I-1, bod 44).

59 Podmienky neaplikovateľnosti smernice 93/36 na zmluvy uzavreté medzi územným samosprávnym celkom a subjektom, ktorý je z právneho hľadiska inou osobou ako tento územný samosprávny celok, ktoré stanovil už citovaný rozsudok Teckal a podľa ktorých musí mať územný samosprávny celok nad danou osobou obdobnú kontrolu ako nad svojimi vlastnými útvarmi a súčasne táto osoba musí vykonávať podstatnú časť svojej činnosti s územným samosprávnym celkom alebo celkami, ktoré ju vlastnia, majú za cieľ predovšetkým zabrániť skresleniu hospodárskej súťaže.

60 Požiadavka, aby daná osoba vykonávala podstatnú časť svojej činnosti s územným samosprávnym subjektom alebo subjektmi, ktoré ju vlastnia, má osobitne za cieľ zabezpečiť, aby smernica 93/36 bola naďalej aplikovateľná v prípade, keď podnik — kontrolovaný jedným alebo viacerými územnými samosprávnymi celkami — je aktívny na trhu, a teda môže vstúpiť do hospodárskej súťaže s inými podnikmi.

61 Podnik totiž nie je nevyhnutne zbavený slobody konať len na základe toho, že rozhodnutia, ktoré sa ho týkajú, sú pod kontrolou územného samosprávneho celku, ktorý ho vlastní, ak môže aj naďalej vykonávať značnú časť svojej hospodárskej činnosti s inými subjektmi.

62 Okrem toho je potrebné, aby boli plnenia tohto podniku v podstatnej časti určené výlučne tomuto územnému samosprávnemu celku. V rámci týchto obmedzení sa zdá oprávnené, aby tento podnik nepodliehal obmedzeniam smernice 93/36, ktoré sú diktované snahou o zachovanie hospodárskej súťaže, ktorá už v tomto prípade nemá dôvod existovať.

63 Pri uplatnení týchto zásad možno na predmetný podnik hľadieť tak, že podstatnú časť svojej činnosti vykonáva s územným samosprávnym celkom alebo celkami, ktoré ho vlastnia, v zmysle už citovaného rozsudku Teckal, len pokiaľ je činnosť tohto podniku zameraná hlavne na tento územný samosprávny celok a akákoľvek iná činnosť má len okrajový význam.

64 Aby posúdil, či tomu tak je, musí príslušný súd zohľadniť všetky okolnosti konkrétneho prípadu, a to tak kvalitatívne, ako aj kvantitatívne.

65 Pokiaľ ide o otázku, či v danom kontexte treba zohľadniť len obrat realizovaný s kontrolujúcim územným samosprávnym celkom alebo obrat realizovaný na jeho území, je potrebné sa domnievať, že rozhodujúcim obratom je obrat, ktorý daný podnik realizuje v zmysle rozhodnutí o uzavretí zmluvy prijatých kontrolujúcim územným samosprávnym celkom vrátane obratu realizovaného s užívateľmi pri plnení týchto rozhodnutí.

66 V skutočnosti treba ako činnosť podniku, s ktorým bola uzavretá zmluva, zohľadniť všetku činnosť, ktorú tento podnik vykonáva v rámci uzavretia zmluvy s verejným obstarávateľom, a to bez ohľadu na identitu subjektu, ktorý z nej má prospech, či už je to samotný verejný obstarávateľ alebo užívateľ plnení.

67 Je bezvýznamné, kto odmeňuje dotknutý podnik, či územný samosprávny celok, ktorý ho vlastní, alebo tretie osoby — užívatelia plnení poskytnutých v zmysle koncesie alebo iných právnych vzťahov vytvorených uvedeným územným samosprávnym celkom. Takisto je irelevantné, na akom území sa dané plnenia poskytujú.

68 Vzhľadom na to, že vo veci samej je základné imanie podniku, s ktorým bola uzavretá zmluva, nepriamo vo vlastníctve viacerých územných samosprávnych celkov, môže mať význam preskúmanie otázky, či činnosťou, ktorú treba zohľadniť, je činnosť, ktorú takýto podnik vykonáva so všetkými územnými samosprávnymi celkami, ktoré ho vlastnia, alebo len činnosť vykonávaná s územným samosprávnym celkom, ktorý v predmetnom prípade vystupuje ako verejný obstarávateľ.

69 V tejto súvislosti treba pripomenúť, že Súdny dvor upresnil, že daný subjekt, ktorý je z právneho hľadiska inou osobou, musí vykonávať podstatnú časť svojej činnosti s „územným samosprávnym celkom alebo celkami" (rozsudok Teckal, už citovaný, bod 50). Počítal teda s možnosťou, že stanovená výnimka sa uplatní nielen v prípade, keď takúto právnickú osobu vlastní len jeden územný samosprávny celok, ale aj v prípade, ak ju vlastnia viaceré územné samosprávne celky.

70 V prípade, že je podnik vo vlastníctve viacerých územných samosprávnych celkov, môže byť podmienka týkajúca sa podstatnej časti jeho činnosti splnená vtedy, ak tento podnik vykonáva podstatnú časť svojej činnosti nie nevyhnutne s určitým konkrétnym územným samosprávnym celkom, ale so všetkými týmito územnými samosprávnymi celkami.

71 Činnosťou, ktorú treba vziať do úvahy v prípade podniku vlastneného viacerými územnými samosprávnymi celkami, je preto činnosť, ktorú tento podnik vykonáva so všetkými týmito územnými samosprávnymi celkami.

72 Z uvedených skutočností vyplýva, že na druhú časť druhej otázky je potrebné odpovedať tak, že na to, aby sa s cieľom rozhodnúť o aplikovateľnosti smernice 93/36 dalo posúdiť, či určitý podnik vykonáva podstatnú časť svojej činnosti s územným samosprávnym celkom, ktorý ho vlastní, treba vziať do úvahy všetky činnosti, ktoré tento podnik vykonáva na základe uzavretia zmluvy s verejným obstarávateľom, a to nezávisle od toho, kto ho za túto činnosť odmeňuje, či už je to samotný verejný obstarávateľ, alebo užívateľ poskytovaných plnení, pričom je irelevantné, na akom území sa daná činnosť vykonáva.

O trovách

73 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. **Smernica Rady 93/36/EHS zo 14. júna 1993 o koordinácii postupov verejného obstarávania dodania tovaru nepripúšťa priame uzavretie zmluvy na dodanie tovaru a poskytnutie služieb, v ktorej hodnota dodania tovaru prevyšuje hodnotu služieb, s akciovou spoločnosťou, ktorej predstavenstvo**

disponuje širokými právomocami pri riadení spoločnosti, ktoré môže vykonávať nezávisle, a ktorej základné imanie je v súčasnosti úplne vo vlastníctve inej akciovej spoločnosti, ktorej väčšinovým vlastníkom je zase verejný obstarávateľ.

2. **Pri posudzovaní podmienky neaplikovateľnosti smernice 93/36, ktorá spočíva v tom, že podnik, s ktorým bola priamo uzavretá zmluva na dodanie tovaru, musí vykonávať podstatnú časť svojej činnosti s územným samosprávnym celkom, ktorý ho vlastní, nemožno uplatniť článok 13 smernice Rady 93/38/EHS zo 14. júna 1993 o koordinácii postupy verejného obstarávania subjektov pôsobiacich vo vodnom, energetickom, dopravnom a telekomunikačnom sektore.**

3. **Na to, aby sa s cieľom rozhodnúť o aplikovateľnosti smernice 93/36 dalo posúdiť, či určitý podnik vykonáva podstatnú časť svojej činnosti s územným samosprávnym celkom, ktorý ho vlastní, treba vziať do úvahy všetky činnosti, ktoré tento podnik vykonáva na základe uzavretia zmluvy s verejným obstarávateľom, a to nezávisle od toho, kto ho za túto činnosť odmeňuje, či už je to samotný verejný obstarávateľ, alebo užívateľ poskytovaných plnení, pričom je irelevantné, na akom území sa daná činnosť vykonáva.**

Podpisy