NÁVRHY GENERÁLNEHO ADVOKÁTA
DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER
prednesené 2. júna 2009 [1]

I — Úvod

1. Návrh na začatie prejudiciálneho konania, ktorý podal Tribunale amministrativo regionale della Sicilia (Regionálny správny súd na Sicílii) ponúka Súdnemu dvoru možnosť analyzovať právny režim modelov „verejno-súkromného partnerstva“ [2] (ďalej len „VSP“) v rámci výkonu správy verejných služieb a jeho zlučiteľnosti s článkami 43 ES, 49 ES a 86 ES.

2. Priame zadanie týchto služieb zmiešaným kapitálovým spoločnostiam je v rozpore s právom Spoločenstva, ak sa obídu pravidlá uvedené v smerniciach o verejnom obstarávaní. Otázka sa týka prípadu koncesie služieb v tej miere, v akej porušuje články 43 ES a 49 ES, ako aj zásady rovnosti zaobchádzania, zákazu diskriminácie a transparentnosti, [3] pokiaľ sa rozumným spôsobom nepoužijú vlastné prostriedky alebo vlastné útvary. [4]

3. Predmetný prípad charakterizuje jedna osobitosť, ktorá ho odlišuje od iných prípadov v oblasti verejného obstarávania, o ktorých doteraz rozhodoval Súdny dvor, a síce to, že taliansky súd poukazuje na priame zadanie integrovanej správy vodohospodárskych služieb spoločnosti, v ktorej sa spájajú verejné a súkromné záujmy, ale zároveň zdôrazňuje dôležitosť okolnosti, že predtým sa uskutočnila verejná súťaž, ktorej tradičná úloha sa však zrejme zmenila.

4. Výber zmluvného partnera alebo osoby, ktorej sa zadáva koncesia, sa zmenil na metódu na určenie súkromného spoločníka obchodnej spoločnosti, ktorá získa zákazku alebo koncesiu, pričom toto zadanie so sebou okrem odmeny nesie aj výkon služieb.

1 — Jazyk prednesu: španielčina.

2 — Skratka „VSP“, ktorú niekedy používam, zodpovedá slovenskému označeniu „verejno-súkromné partnerstvo“; v angličtine a vo francúzštine sa používa skratka „PPP“, ktorou sa označuje „public private partnership“ a „partenariat public privat“.

3 — Rozsudky z 10. novembra 2005, Komisia/Rakúsko, C-29/04, Zb. s. I-9705, bod 48; zo 6. apríla 2006, ANAV, C-410/04, Zb. s. I-3303, bod 33, a z 13. októbra 2005, Parking Brixen, C-458/03, Zb. s. I-8585, bod 52.

4 — Pokiaľ sú splnené požiadavky na „in house providing“, čiže na služby vnútornej správy.

5. Na rozdiel od veci Komisia/Rakúsko [5], v ktorej Súdny dvor posudzoval umelú konštrukciu „zahŕňajúcu viacero odlišných etáp“, pričom rozhodol o protiprávnosti zadania spoločnosti so zmiešaným kapitálom, skryté pod simuláciou vzťahu „*in house*“ [6], v tomto spore je hospodárska súťaž zjavne prítomná a prejavuje nevídaný potenciál v konaní, ktoré neskrýva určitú dávku hospodárnosti, keďže jediným aktom sa vytvára spoločnosť, zadáva sa jej koncesia a prijímajú sa kritériá na spojenie so súkromným priemyselným partnerom. Môže sa žiadať viac?

6. Tak vzniká potreba zistiť, či tento metodologický problém spĺňa podmienky práva Spoločenstva. [7]

II — Relevantná právna úprava

A — *Právo Spoločenstva*

1. Rímska zmluva

7. Podľa článku 43 ES:

„V rámci nasledujúcich ustanovení sa zakazujú obmedzenia slobody usadiť sa štátnych príslušníkov jedného členského štátu na území iného členského štátu. …

Sloboda usadiť sa zahŕňa aj právo začať vykonávať samostatnú zárobkovú činnosť, založiť a viesť podniky, najmä spoločnosti v zmysle druhého pododseku článku 48, za podmienok stanovených pre vlastných štátnych príslušníkov právom štátu, v ktorom dochádza k usadeniu sa, pokiaľ ustanovenia kapitoly o pohybe kapitálu nestanovujú inak.“

5 — Rozsudok už citovaný.

6 — Zo skutkových okolností, ktoré Komisia poskytla Súdnemu dvoru na základe článku 226 ES, vyplývalo zrejmé vyhovenie žalobe o nesplnenie povinnosti, keďže v prvej fáze mestský úrad obce Mödling, ktorá vlastnila 100 % účasti na spoločnosti Abfall GmbH, zadal tejto spoločnosti bez akéhokoľvek súťažného postupu vykonávanie služieb zberu a spracovania komunálnych odpadov, pričom o niečo neskôr mestský úrad schválil prevod 49 % podielu na spoločnosť Saubermacher AG, čo bolo rozhodujúcou okolnosťou na to, aby AbfallGmbH mohla vykonávať predmetnú činnosť, čím sa v konečnom dôsledku umožnilo priame zadanie verejnej zmluvy zmiešanej spoločnosti, ktorej 49 % účasť vlastní súkromná spoločnosť.

7 — Toto konštatovanie mi pripomína sarkastickú úvahu, ktorú uviedol DOSSI, C.: *Note Azzurre.* Milano: Adelphi, 1964, zväzok I, s. 248, keď zosmiešňuje hlúposť robiť podvody mimo zákona, keď je možné ich robiť pohodlnejšie v rámci zákona.

8. Podľa článku 46 ES:

„1. Ustanovenia tejto kapitoly a opatrenia z nich vyplývajúce rešpektujú ustanovenia stanovené zákonom, iným právnym predpisom alebo správnym aktom osobitne upravujúce postavenie cudzích štátnych príslušníkov z dôvodov verejného poriadku, verejnej bezpečnosti a verejného zdravia.

2. Rada v súlade s postupom uvedeným v článku 251 vydá usmernenia na koordináciu vyššie uvedených ustanovení.“

9. Prvý odsek článku 49 ES znie:

„V rámci nasledujúcich ustanovení sú zakázané obmedzenia slobody poskytovať služby v Spoločenstve vo vzťahu k štátnym príslušníkom členských štátov, ktorí sa usadili v niektorom inom štáte Spoločenstva ako príjemca služieb.“

10. Článok 86 ES prvý odsek uvádza, že členské štáty „v prípade verejnoprávnych podnikov a podnikov, ktorým členské štáty priznávajú osobitné alebo výlučné práva, tieto štáty neustanovia ani neponechajú v účinnosti opatrenia, ktoré sú v rozpore s pravidlami tejto zmluvy, najmä s pravidlami uvedeným v článkoch 12 a 81 až 89“.

2. Smernice o verejnom obstarávaní

a) Tradičné oblasti

11. Množstvo právnych predpisov o takých hľadiskách, ako sú kritériá na posúdenie výberu podľa predmetu zmluvy alebo postupné obmedzovanie voľnej úvahy verejného obstarávateľa, bolo predzvesťou reformy, ktorá bola po niekoľkých nesmelých pokusoch [8] ukončená kodifikáciou prostredníctvom 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 (ďalej len „smernica 2004/18“) [9].

8 — Takýmto pokusom bola aj smernica 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 (Ú. v. ES L 328, s. 1; Mim. vyd. 06/003, s. 3).

9 — Ú. v. EÚ L 134, s. 114; Mim. vyd. 06/007, s. 132.

12. Zadávanie zákaziek v každom prípade podlieha zásadám Rímskej zmluvy a najmä zásadám voľného pohybu tovaru, slobody usadiť sa, slobody poskytovať služby a všeobecnejším zásadám rovnosti zaobchádzania, zákazu diskriminácie, vzájomného uznávania, proporcionality a transparentnosti.

13. Na účely zabezpečenia úplnej efektivity a otvorenia hospodárskej súťaže sa však pri verejných zákazkách, ktoré presahujú určitú hodnotu, odporúča „vypracovať predpisy pre koordináciu vnútroštátnych postupov pri zadávaní takýchto zákaziek Spoločenstvom, založené na týchto zásadách…“ (odôvodnenie č. 2 smernice 2004/18).

14. Na účely právnej istoty obsahuje článok 1 smernice 2004/18 niekoľko definícií, medzi ktorými by som zatiaľ na účely vymedzenia tenkej hranice medzi zákazkou a koncesiou zdôraznil tieto:

— Verejné zákazky sú: „… zmluvy s peňažným plnením, uzavreté písomne medzi jedným alebo viacerými hospodárskymi subjektmi a jedným alebo viacerými verejnými obstarávateľmi, ktorých predmetom je vykonanie prác, dodávka výrobkov alebo poskytnutie služieb v zmysle tejto smernice“.

— Verejná koncesia na práce: „… je zákazka rovnakého druhu ako verejná zákazka na práce s tým rozdielom, že protiplnením za práce, ktoré sa majú vykonať, je buď len právo na využívanie diela, alebo toto právo spojené s peňažným plnením“.

— Verejná koncesia na služby: „… je zákazka rovnakého druhu ako verejná zákazka na služby s tým rozdielom, že protiplnením za poskytovanie služieb je buď len právo na využívanie služby, alebo toto právo spojené s peňažným plnením“.

b) Vylúčené oblasti

15. Vzhľadom na osobitosť trhov s vodou, energiou, dopravou a poštovými službami by sa všeobecný režim nemohol uplatňovať bez toho, aby sa prispôsobil ich osobitným črtám.

16. Uvedené bolo upravené smernicou 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 (ďalej len „smer-

nica 2004/17“) [10], ktorá zdôrazňuje rovnaké zásady, ktoré už boli citované vyššie, [11] hoci v inom duchu, ako je duch, ktorý inšpiroval smernicu 2004/18, keďže rozhodujúca okolnosť nespočíva v obstarávateľovi, ktorý ponúka zákazku, ale v druhu činnosti, ktorú vykonáva. [12]

17. Smernica 2004/17 sa týka zákaziek na dodávky tovaru, prác a služieb [článok 1 ods. 2 písm. b), c) a d)], pričom ich odlišuje od koncesií [článok 1 ods. 3 písm. a) a b)] a potvrdzuje, že sa vzťahuje na „… prevádzkovanie alebo poskytovanie prístupu do stálych sietí určených na poskytovanie služieb verejnosti v súvislosti s výrobou, prepravou alebo distribúciou pitnej vody“ [článok 4 ods. 1 písm. a)], ako aj na „… zásobovanie takýchto sietí pitnou vodou“ [článok 4 ods. 1 písm. b)].

B — *Talianske právo*

18. Článok 113 ods. 5 legislatívneho dekrétu č. 267 z 18. augusta 2000 o jednotnom texte zákonov týkajúcich sa organizácie miestnych orgánov (ďalej len „legislatívny dekrét č. 267/2000“) [13], v znení platnom *ratione temporis*, [14] ponúka týmto orgánom [15] tri možnosti správy svojich verejných služieb podľa toho, či sa služba zadáva:

„…

a) kapitálovým spoločnostiam určeným prostredníctvom postupov verejného obstarávania;

b) spoločnostiam so zmiešanou verejnou a súkromnou kapitálovou účasťou, v ktorých sa súkromný spoločník vyberá prostredníctvom postupov verejného obstarávania zabezpečujúcich dodržiavanie vnútroštátnych právnych predpisov a práva Spoločenstva v oblasti hospodárskej súťaže v súlade s usmerneniami vydanými príslušnými orgánmi v rámci osobitných opatrení alebo obežníkov;

10 — Ú. v. EÚ L 134, s. 1; Mim. vyd. 06/007, s. 19.

11 — Článok 10 a odôvodnenie č. 9 smernice 2004/17.

12 — Pozri bod 41 mojich návrhov z 22. novembra 2007 vo veci Ing. Aigner, v ktorej bol vydaný rozsudok 10. apríla 2008 (C-393/06, Zb. s. I-2339).

13 — *Gazzeta Ufficiale della Repubblica Italiana* (ďalej len „GURI“) z 28. septembra 2000, riadna príloha č. 227.

14 — Toto ustanovenie bolo nahradené článkom 35 zákona č. 448/2001 (riadna príloha GURI č. 285 z 29. decembra 2001) a zmenené článkom 14 decreto legge (zákonného dekrétu) č. 269, z 30. septembra 2003 o naliehavých ustanoveniach na podporu rozvoja a úpravu vývoja verejného účtovníctva (riadna príloha GURI č. 229 z 2. októbra 2003).

15 — Primerane pripomínajúc potrebu súladu s právnou úpravou v tejto oblasti a s právnou úpravou Európskej únie.

c) spoločnostiam s výlučne verejnou kapitálovou účasťou pod podmienkou, že verejnoprávny subjekt, resp. subjekty, ktoré majetok spoločnosti vlastnia, vykonávajú nad spoločnosťou kontrolu obdobnú tej, akú vykonávajú nad svojimi vlastnými útvarmi, a že táto spoločnosť uskutočňuje podstatnú časť svojej činnosti so subjektom, resp. subjektmi, ktoré ju ovládajú.“

19. Písmeno a) sa týka verejných zákaziek, písmeno c) služieb „*in house providing*“, [16] pričom písmeno b) sa týka problematickej oblasti „verejno-súkromného partnerstva“.

III — Skutkový stav v konaní vo veci samej a prejudiciálna otázka

20. Provincia Regionale di Ragusa (provincia Ragusa) a jej obce uzavreli 10. júla 2002 na základe dohody o spolupráci „Ambiti Territoriali Ottimali (optimálne územné oblasti)“ (ďalej len „ATO“) týkajúce sa vodného systému, ktorého hlavnou úlohou je koordinovaná správa „Servizio Idrico Integrato (Integrovaný vodohospodársky systém)“.

21. Dňa 26. marca 2004 Conferenza dei Sindaci e del Presidente della Provincia Regionale di Ragusa (konferencia starostov a predsedu provincie Ragusa) [17] zverila výkon správy integrovaného vodného systému „zmiešanej spoločnosti s väčšinovou verejnou kapitálovou účasťou“ podľa článku 113 ods. 5 písm. b) legislatívneho dekrétu č. 267/2000; 7. júna 2005 tento orgán schválil návrh zakladateľskej zmluvy akciovej spoločnosti a jej stanov, pričom zveril výlučný mandát zakladanej spoločnosti.

22. V *Úradnom vestníku Európskej únie* (Ú. v. EÚ S 195 z 8. októbra 2005) bolo uverejnené oznámenie o verejnom obstarávaní pre výber podniku ako menšinového súkromného spoločníka, ktorému sa následne zverí operatívna činnosť služby a výkon príslušných prác.

23. Na verejnej súťaži sa zúčastnili tri zoskupenia podnikov: Saceccav Depurazioni Sacede SpA, Acoset SpA a Aqualia SpA.

24. Hodnotiaca komisia vylúčila spoločnosť Aqualia SpA a povolila účasť ostatných, ale vyzvala ich, aby sa vyjadrili, či majú aj naďalej záujem, pričom len Acoset SpA odpovedala kladne.

16 — V už citovanom rozsudku ANAV Súdny dvor preskúmal zlučiteľnosť článku 113 ods. 5 legislatívneho dekrétu č. 267/2000 s právom Spoločenstva, avšak nezaoberal sa ťažkosťami spočívajúcimi v písmene b); Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (regionálny správny súd pre Apúliu) ho totiž požiadal o rozhodnutie o veľmi rozsiahlej možnosti, ktorú táto právna úprava zrejme priznáva orgánom verejnej správy pri zverení výkonu správy verejných dopravných služieb spoločnosti kontrolovanej príslušným orgánom miestnej správy [písm. c)] alebo zadaní postupom verejného obstarávania [písm. a)], ako správne uviedol generálny advokát Geelhoed v bode 11 svojich návrhov z 12. januára 2006.

17 — Rozhodujúci orgán ATO.

25. Dňa 26. februára 2007 sa začalo konanie o zrušenie verejného obstarávania z dôvodu možného porušenia práva Spoločenstva. Po príslušných formalitách Conferenza dei Sindaci e del Presidente della Provincia zrušila verejné obstarávanie uznesením z 2. októbra 2007, pričom zároveň týmto aktom prijala rozhodnutie, že formou správy vodných služieb bude združenie. [18]

26. Acoset SpA podala žalobu proti tomuto opatreniu a proti všetkým ostatným predchádzajúcim, pričom sa domáhala svojho práva na zadanie zákazky alebo na náhradu škody a navrhla dočasný odklad výkonu napadnutých aktov.

27. Vzhľadom na takto začaté konanie Tribunale amministrativo regionale della Sicilia položil Súdnemu dvoru túto prejudiciálnu otázku:

„Je v súlade s právom Spoločenstva, a predovšetkým so zásadami transparentnosti a voľnej hospodárskej súťaže, uvedenými v článkoch 43 ES, 49 ES a 86 ES, model zmiešanej verejno-súkromnej spoločnosti založenej výslovne na výkon určitej verejnej služby s priemyselným významom a s výlučným predmetom činnosti, ktorej je priamo zadané poskytovanie predmetnej služby a v ktorej je súkromný spoločník ‚priemyselného' a ‚operatívneho' charakteru vybraný prostredníctvom postupu verejného obstarávania po predchádzajúcom preverení tak finančných a technických podmienok, ako aj čisto operatívnych a prevádzkových požiadaviek týkajúcich sa služby, ktorá má byť poskytnutá a osobitných plnení, ktoré majú byť dodané?"

18 — Upravené v článku 31 ods. 8 legislatívneho dekrétu č. 267/2000.

IV — Konanie na Súdnom dvore

28. Návrh na začatie prejudiciálneho konania bol doručený do kancelárie Súdneho dvora 14. mája 2008.

29. Vo svojich písomných pripomienkach Conferenza dei Sindaci e del Presidente della Provincia a obec Vittoria navrhujú, aby sa rozhodlo o nezlučiteľnosti verejného obstarávania s právom Spoločenstva, keďže napriek začatiu postupu verejného obstarávania na určenie súkromného spoločníka, služba bola zadaná priamo spoločnosti so zmiešaným kapitálom. Obce Comiso a Modica žiadajú, aby bolo predbežne rozhodnuté o dôsledkoch nezáujmu spoločnosti Acoset SpA vo vzťahu k zrušeniu verejného obstarávania.

30. Acoset SpA, Komisia a talianska, rakúska a poľská vláda naopak uvádzajú, že články 43 ES, 49 ES a 86 ES nebránia takému

zadaniu, pokiaľ sú splnené podmienky práva Spoločenstva.

31. Na pojednávaní 2. apríla 2008 sa zúčastnili zástupcovia spoločnosti Acoset SpA, talianskej vlády a Komisie, aby ústne predniesli svoje pripomienky.

V — O prípustnosti

A — *Úvodná úvaha*

32. Hoci táto otázka nebola vznesená, rád by som rozptýlil akékoľvek pochybnosti o pôsobnosti práva Spoločenstva, pokiaľ ide o prejudiciálnu otázku, ktorú položil Tribunale amministrativo regionale della Sicilia tak, aby sa odstránilo akékoľvek podozrenie, že môže ísť o výlučne vnútroštátny problém jedného členského štátu s prihliadnutím na okolnosť, že všetky dotknuté podniky majú sídlo v Taliansku.

33. Nedá sa vylúčiť, že vzhľadom na význam sporných služieb, môžu tieto služby zaujímať aj spoločnosti so sídlom v iných členských štátoch. Táto okolnosť je určujúca vzhľadom na spojenie s právom Spoločenstva (rozsudky z 25. apríla 1996, Komisia/Belgicko [19], a Parking Brixen, už citovaný), ktoré je posilnené výkladom zásad ustanovení Zmluvy.

34. Okrem toho, aj keď VSP, ako spresním neskôr, nebolo zosúladené, je potrebné preskúmať rovnakú právnu úpravu týkajúcu sa verejných zákaziek a porovnať ju s koncesiou, prinajmenšom ako nástroj na vymedzenie povahy služieb a výkonu správy, ktoré sa týkajú každého prípadu.

B — *Neúplnosť prejudiciálnej otázky*

35. Rakúska vláda tvrdí, že hoci je vznesená požiadavka pochopiteľná a zaslúži si odpoveď, nie je dosť jasná na to, aby bola užitočná vo veci, ktorá je predmetom konania v Taliansku, keďže neposkytuje informácie o osobitnom plnení, o obsahu súťaže ani o rámci „predchádzajúceho overenia kritérií“.

36. Potreba podať výklad práva Spoločenstva, ktorý bude užitočný pre súd a zároveň umožní

19 — Vec C-87/94, Zb. s. I-2043, body 33 a 54.

účastníkom prejudiciálneho konania predniesť pripomienky, [20] vyžaduje, aby vnútroštátny súd určil skutkový a právny rámec, do ktorého patria položené otázky, alebo aby aspoň vysvetlil skutkové okolnosti, na ktorých sa tieto otázky zakladajú. [21]

37. Súdny dvor uviedol, že môže odmietnuť rozhodovať o prejudiciálnej otázke len vtedy, ak je zjavné, že požadovaný výklad nemá nijaký vzťah k realite alebo predmetu sporu vo veci samej, ak ide o problém hypotetickej povahy. [22]

38. Hoci návrh na začatie prejudiciálneho konania poskytuje minimálne informácie o vzťahu medzi článkom 113 ods. 5 legislatívneho dekrétu č. 267/2000 a postupom verejného obstarávania, ktorý sa uskutočnil na základe tohto ustanovenia a relevantných právnych predpisov a zásad práva Spoločenstva, je Súdny dvor povinný rozhodnúť, [23] keďže neexistujú dôvody na odmietnutie prejudiciálnej otázky *ad limine*.

20 — Rozsudok z 1. apríla 1982, Holdijk a i., 141/81 až 143/81, Zb. s. 1299, bod 6.

21 — Rozsudok z 26. januára 1993, Telemarsicabruzzo a i., C-320/90 až C-322/90, Zb. s. I-393, bod 6, a uznesenia z 19. marca 1993, Banchero, C-157/92, Zb. s. I-1085, bod 4; zo 7. apríla 1995, Grau Gomis a i., C-167/94, Zb. s. I-1023, bod 8, ako aj z 20. marca 1996, Sunino a Data, C-2/96, Zb. s. I-1543, bod 4.

22 — Rozsudok z 22. januára 2002, Canal Satélite Digital, C-390/99, Zb. s. I-607, bod 19.

23 — Rozsudok z 13. marca 2001, PreussenElektra, C-379/98, Zb. s. I-2099, bod 38.

C — Legitimácia spoločnosti Acoset SpA

39. Konferencia a obce Comiso a Modica oznámili Súdnemu dvoru nezáujem spoločnosti Acoset o toto prejudiciálne konanie, keďže má v úmysle navrhnúť len zrušenie postupu výberu súkromného spoločníka.

40. Táto námietka nie je dôvodná a musí byť nepochybne zamietnutá.

41. Z článku 234 Zmluvy vyplýva, že návrh na začatie prejudiciálneho konania [24] môže podať výlučne vnútroštátny súd a nie účastníci konania, s tým, že účastníci konania môžu byť vypočutí. [25] Súdnemu dvoru stačí konštatovať postavenie účastníka vnútroštátneho konania na to, aby mu umožnil účasť na konaní, pričom Acoset SpA túto podmienku v celom rozsahu spĺňa. [26]

24 — O vedomí jeho významu ako nástroja spolupráce v rámci Spoločenstva pozri rozsudky z 1. decembra 1965, Schwarze, 16/65, Zb. s. 910, a zo 16. januára 1974, Rheinmühlen, 166/73, Zb. s. 33.

25 — Článok 23 Štatútu Súdneho dvora.

26 — V každom prípade priťahuje pozornosť argument vychádzajúci zo zrušenia verejnej súťaže na účely popretia legitimácie spoločnosti Acoset, keď práve toto zrušenie je predmetom sporu.

VI — Vecná analýza prejudiciálnej otázky

A — *O samostatnom pojme „verejno-súkromné partnerstvo“*

1. Vnútroštátne hľadiská

42. Hospodárska činnosť a výkon správy verejnej moci prešli v priebehu minulého storočia veľkou zmenou. Z pôvodného liberálneho nezasahovania, ktorého jediným cieľom bolo zachovať verejný poriadok tradičnými kontrolnými opatreniami ako príkazmi a zákazmi, sa tieto činnosti vyvinuli do poskytovania plnení občanom [27] a napokon sa dospelo k asistenčnému modelu štátu vychádzajúcemu zo solidarity. [28]

43. Z tohto hľadiska sa klasický príklad verejnej služby odložil, keďže v súčasnosti stupeň otvorenosti medzi verejnou správou a občanmi neumožňuje rozdeliť ich vzájomné funkcie do jasne definovaných skupín.

44. Hoci sa snaha verejnej správy upriamuje na všeobecný záujem, spôsoby jeho naplnenia sú rôznorodé, pričom treba upozorniť na tie spôsoby, pri ktorých v prípade poverenia súkromných osôb vykonávaním činností verejnej povahy, existujú zjavné prvky spolupráce. [29]

45. Ako príklady tejto zhody majú osobitne významné postavenie takzvaná nepriama správa verejných služieb alebo verejné zákazky, ktoré sú modelmi s koreňmi v histórii práva.

46. Keď teda súkromný podnik prevezme zodpovednosť za dodávku a motivovaný odmenou riskuje svoj majetok, aby zabezpečil správnosť a riadny priebeh svojho plnenia, vzniká úzky vzťah s verejnými financiami. Rovnako k tomu dochádza, keď si je verejná správa vedomá svojich technických alebo hospodárskych obmedzení a rozhodne, že poskytovateľ je vhodný na výkon práce alebo služby.

27 — FORSTHOFF, E.: *Die Verwaltung als Leistungsträger*. Stuttgart: Kohlhammer, 1938, vedie k pojmu nazvanému „existenciálna asistencia“ a k zavedeniu pojmu *Daseinsvorsorge* týkajúceho sa životných potrieb spoločnosti, čím sa vytvára silná a dynamická výkonná moc, schopná zodpovedať na tieto otázky; na správne pochopenie tohto predpokladu pozri Retortillo, Martín, L.: La configuración jurídica de la Administración pública y el concepto de Daseinsvorsorge. In: *Revista de Administración Pública,* č. 38, máj až august, 1962, s. 35 — 65.

28 — Jeden z hlavných priekopníkov, DUGUIT, L.: *Leçons de Droit public général*. Paríž: Boccard, 1926, s. 36, zamieta silu ako nevyhnutný prvok štátu, pričom mu priznáva úlohu podporiť sociálnu solidaritu.

29 — Na druhej strane štát podlieha súkromno-právnemu režimu, keď vykonáva priemyselnú činnosť a nachádza sa v rovnocennom postavení s inými hospodárskymi subjektmi.

47. Súkromný kapitál funguje ako sprostredkovateľ medzi orgánom, ktorý je zodpovedný za činnosť alebo za službu a jeho prijímateľmi, a preto v rôznych prípadoch je model spoločnej práce v týchto štruktúrach prítomný a charakterizuje všetky hľadiská činnosti alebo služby, pričom vždy podlieha odlišnostiam v závislosti na ich druhu.

48. Okrem toho popri modeli zákazky a koncesie nie je pre orgán verejnej správy cudzie ani nezvyčajné zveriť výkon verejných funkcií súkromným subjektom, ktoré však nie sú súčasťou jeho štruktúry. [30]

49. Preto je na definovanie „verejno-súkromného partnerstva“ ako samostatnej kategórie potrebné prihliadať na všetky vzájomné vplyvy, ktoré charakterizujú mnohé právne inštitúty.

50. Odrazy anglosaského pôvodu tohto pojmu možno nájsť v diskusiách o „New Public Management“, čo bolo skutočnou živnou pôdou pri vzniku VSP, ktoré otvára dvere verejnej správy modelom podnikateľskej správy, ktoré si vyžadujú súkromné finančné príspevky („Private Finance Initiative“).

30 — SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: *Principios de derecho administrativo*. Vol. I, 3ª ed., Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, s. 460, pri opise tejto spolupráce uvádza, že okrem verejnej správy v úzkom zmysle existovala vždy aj určitá „nepravá verejná správa“.

51. Neskôr sa však metodológia zmenila, keďže v niektorých vnútroštátnych právnych poriadkoch boli skúšané modely „zmluvy o partnerstve“ [31], zatiaľ čo v iných právnych poriadkoch zostali tieto iniciatívy výlučne atypické. [32]

2. Rôznorodé postoje v rámci Spoločenstva

52. Právo Spoločenstva sa snaží zosúladiť vnútroštátne právne poriadky v oblasti verejného obstarávania, ale táto snaha sa spomalila, keď sa objavil fenomén VSP. [33]

53. Členské štáty podporujú úpravu na úrovni Spoločenstva z hľadiska narastajúceho počtu VSP vo verejnej oblasti, keďže príťažlivé kvality a výhody, ktoré ponúkajú, neostávajú nepovšimnuté.

31 — Vo Francúzsku je tento postup upravený v uznesení č. 2004/559 zo 17. júna 2004 a zákone č. 2008-735 z 28. júla 2008 o „contrats de partenariat“. V Španielsku zákon č. 30/2007 z 30. októbra 2007 o verejných zákazkách (BOE č. 261 z 31. októbra 2007, s. 44336) priznáva povahu zmluvy „verejno-súkromnému partnerstvu“.

32 — Príklad diskusie o typickosti týchto činností sa môže nájsť v GONZÁLEZ GARCÍA, J.: *Colaboración público-privada. Entre la atipicidad contractual y el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado*, pred uverejnením; predvída zrod nového zmluvného modelu a zakladá svoje úvahy na presvedčení, že ide o prostriedok „na zahrnutie všetkých netypických vzťahov, ktoré sa rozvíjajú vo svete hospodárskych vzťahov medzi súkromnými osobami, do správnej praxe“, pričom oceňuje atypickosť, ktorá lepšie vyhovuje potrebe flexibility a vnáša predstavivosť do plnenia služieb.

33 — „Zelená kniha o verejno-súkromných partnerstvách a o verejných zákazkách a koncesiách v práve Spoločenstva [*neoficiálny preklad*]“ z 30. apríla 2004, KOM(2004) 327 v konečnom znení (ďalej len „Zelená kniha“) uvádza, že aspoň v období uverejnenia si „VSP“ podľa Komisie zaslúžili toto označenie.

54. Okrem toho, že fungujú ako bezpečnostná poistka pre rozpočtové obmedzenia, tieto nástroje podporujú súkromné financovanie a využívanie kvalít podnikov, ktoré nepatria do verejného rámca, ako odpoveď na porážku štátu po liberalizácii, keďže jeho postavenie ako priameho hospodárskeho subjektu sa vyvinulo do postavenia regulátora správania sa na trhu, pričom je jeho posledným garantom, keď má vplyv na všeobecný záujem.

55. V kontexte, v ktorom nie je žiadny osobitný záväzný režim, ktorý by upravoval takéto správanie, vládne právna neistota, najmä v oblasti účasti a mechanizmov zahrnutia súkromných spoločníkov do týchto nástrojov hospodárskej stabilizácie.

56. Tak vznikla potreba vymedziť kritériá na zosúladenie týchto praktík so zásadami Zmluvy, čím sa zaoberalo výkladové oznámenie [34] Komisie z 5. februára 2008 týkajúce sa uplatňovania práva Spoločenstva v oblasti verejného obstarávania a koncesií inštitucionalizovaným verejno-súkromným partnerstvám (IVSP). [35]

57. Podľa môjho názoru neexistencia zosúladenia [36] na úrovni Spoločenstva zabraňuje VSP, aby sa osamostatnili ako pravé zmluvy, pričom však táto skutočnosť nebráni uznaniu, že tieto nové modely spolupráce obsahujú ustanovenia, ktoré majú zmluvnú povahu alebo sa približujú vlastnostiam koncesie.

58. Vyčerpávajúca úprava by odstránila určité nevýhody a poskytla by usmernenie verejným orgánom a súkromným subjektom, keďže vládnuca neistota ich často odrádza od zavedenia VSP (tak sa uvádza v oznámení), [37] čo je nevýhodné pre financovanie infraštruktúry a verejných služieb vzhľadom na pravdepodobnosť, že tieto formy spolupráce nie sú v súlade s právnou úpravou Európskej únie.

34 — ALONSO GARCÍA, R.: El soft law comunitario. In: *Revista de Administración Pública*, január až apríl 2001, č. 154, s. 79, uvádza medzi kvalitami týchto nástrojov podľa článku 249 ES kvalitu poskytovať správcom a súkromným hospodárskym subjektom rámec, charakterizovaný jasnosťou a súdržnosťou, aby sa usmernilo ich správanie tak, aby bolo zlučiteľné s právom Spoločenstva.

35 — K(2007) 6661, ďalej len „oznámenie“.

36 — Európsky parlament však vo svojom stanovisku v prvom čítaní z 10. mája 2002 navrhol Komisii, aby preskúmala možnosť prijať návrh smernice KOM(2000) 275. Európsky hospodársky a sociálny výbor považoval za potrebnú legislatívnu iniciatívu [stanovisko HSV (Ú. v. ES C 14, zo 16. januára 2001), spravodajca Levaux, bod 4.1.3, a stanovisko HSV (Ú. v. ES C 193, z 10. júla 2001), spravodajca Bo Green, bod 3.5].

37 — Túto reakciu, ktorá je prirodzená pre právnikov, potvrdzuje CARBONNIER, J.: *Sociologie juridique*. Paris: Quadrige, PUF, 1994, s. 331, ktorý zdôrazňuje rôznu citlivosť právnikov a sociológov v súvislosti so zložitosťou práva: zatiaľ čo prvá skupina to považujú za nešťastie, takmer patológiu, a želá si návrat k jednoduchosti, druhá skupina túto komplexnosť nehodnotí, ale považuje ju len za čistú heterogénnosť, ktorá si vyžaduje analýzu.

59. Táto medzera relativizuje pokusy klasifikovať činnosti výkonu správy ako akty kontroly, podpory a verejnej služby; [38] k čomu treba prirátať skutočnosť, že v globalizovanom právnom spoločenstve každá z týchto zložiek odráža iné vnímanie podľa krajín.

60. Verejná služba sa osobitne prejavuje silnou heterogénnosťou, [39] keďže ak je v niektorých systémoch tento pojem základným kameňom správneho právneho poriadku, [40] v iných neobstojí štruktúra „régime administratif" a ani pojem „publicatio" nezohráva hlavnú úlohu. [41]

61. Podľa môjho názoru jeden z dôvodov heterogénnosti v oblasti VSP spočíva v tom, že sa musí vysporiadať so závažnejším problémom: normotvorca Spoločenstva zosúladil verejné obstarávanie, ale nie komplikovanú oblasť koncesií, [42] ani verejných služieb. Keďže tieto kategórie sú prítomné v mnohých VSP, nedostatky v právnej úprave, ktorá sa ich týka, nie sú náhodou.

38 — Ako sa snaží PRESUTTI, E.: *Principi fondamentali di scienze dell'amministrazione*. Milano: Società Editrice Libraria, 1903.

39 — Potvrdzuje to stanovisko Hospodárskeho a sociálneho výboru z 22. mája 2003 o Zelenej knihe o službách vo verejnom záujme [KOM(2003) 270 v konečnom znení (Ú. v. ES C 76)].

40 — Zjavne je to tak vo Francúzsku, v Taliansku a Španielsku na rozdiel od smerovania, ktoré prevážilo napríklad vo Veľkej Británii, v Nemecku alebo Dánsku.

41 — Niekedy sa terminológia odlišuje, hoci podstata verejnej služby sa nemení: GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S.: *El derecho administrativo privado*. Madrid: Montecorvo, 1996, s. 398.

42 — Napriek tomu, že výkladové oznámenie Komisie o koncesiách v práve Spoločenstva (Ú. v. ES C 121, s. 6) obsahuje pojem, ktorý je nezávislý na vnútroštátnych pojmoch.

B — *Triedenie VSP*

62. Napriek neexistencii definície pojmov bola v Zelenej knihe navrhnutá klasifikácia, pretože na základe praxe možno konštatovať, že existujú dva hlavné modely, ktoré odrážajú rôznorodosť VSP v členských štátoch, podľa toho, či sa spolupráca zakladá na výlučne zmluvných záväzkoch (zmluvné VSP) alebo nadobudne formu organizácie (inštitucionalizované VSP alebo „IVSP").

63. Tento dualizmus je zrejmý v oznámení Komisie, ktorého predmet sa obmedzuje na druhú skupinu, a to možno z toho dôvodu, že mnoho foriem zmluvného partnerstva vyplývajúcich zo zjavne rozsiahlej autonómnej vôle, sa horšie prispôsobuje systemizácii. [43]

64. Pri IVSP sú úlohy verejného spoločníka a úlohy súkromného spoločníka upravené v subjekte, ktorý má samostatnú právnu subjektivitu, prostredníctvom ktorej spoločníci dohliadajú na výkon prác alebo poskytovanie služby v prospech verejnosti.

43 — Podľa Zelenej knihy „... definuje rôzne druhy činností, v ktorých sa súkromnému partnerovi zveruje jedna alebo viac viac-menej rozsiahlych úloh, medzi ktoré patria projektovanie, financovanie, uskutočnenie, obnova alebo používanie prác a služieb".

65. Na rozdiel od niektorých zmluvných modelov, v ktorých sa vytvára priamy vzťah medzi súkromným účastníkom, ktorý poskytuje služby namiesto orgánu, a konečným spotrebiteľom, pri IVSPI má obchodná spoločnosť, ktorej bola zadaná zákazka alebo koncesia, „oficiálny“ vzťah s konečným spotrebiteľom služby, hoci činnosť „materiálne“ vykonáva súkromný investor. Preto má zmysel spresnenie, ktoré na pojednávaní počas tohto prejudiciálneho konania uviedol zástupca spoločnosti Acoset, ktorý potvrdil, že v skutočnosti súkromný spoločník poskytuje svoje služby spoločnosti so zmiešaným kapitálom.

66. Okrem opísaných výhod IVSP sústreďujú v rukách verejného spoločníka relatívne vysokú úroveň kontroly vývoja činností, vďaka jeho prítomnosti v rámci akcionárskej štruktúry a v rozhodujúcich orgánoch.

67. Analýza prípadov v podstate naznačuje dve možnosti vytvorenia IVSP: vytvoriť novú organizáciu alebo zmeniť základné imanie už existujúcej organizácie, ktorá bola pôvodne verejná a teraz sa čiastočne dostala do súkromných rúk. Je zrejmé, že správny výklad tohto druhého prípadu znamená, že prevaha súkromného sektora sa prejaví skôr alebo zároveň so zadaním, ale nie až po zadaní. [44]

68. Článok 113 ods. 5 písm. b) legislatívneho dekrétu č. 267/2000 ustanovuje IVSP prvého druhu, keďže sa vytvára spoločnosť so zmiešaným kapitálom, ktorého súkromný spoločník preberie celkovú správu miestneho vodného systému [45] po skončení postupu verejného obstarávania, ktorého cieľom je jeho výber.

69. Napokon IVSP sa vzťahuje na zákazky alebo koncesie, pričom sa ustanovuje ďalší rozdiel týkajúci sa jeho predmetu, ktorý je rozhodujúci na objasnenie právnej úpravy Spoločenstva.

C — *Rozdiel medzi zákazkou a koncesiou*

70. S poukazom na klasifikáciu uvedenú v predchádzajúcom odseku je potrebné vymedziť hranice zákazky a koncesie ešte pred spresnením právneho režimu IVSP v Raguse.

44 — To vyplýva z bodu 42 už citovaného rozsudku Komisia/Rakúsko: aby sa vylúčili podvodné praktiky, ktoré umožňujú obchádzať právo Spoločenstva, nemôžu verejní obstarávatelia „vykonávať operácie s cieľom zastrieť uzavretie verejných zmlúv na poskytovanie služieb so spoločnosťami so zmiešaným vlastníctvom“.

45 — Je veľmi významné, že Zelená kniha uznáva, že v členských štátoch sa používajú tieto štruktúry „na výkon správy verejných služieb na miestnej úrovni (napríklad pre služby zásobovania vodou alebo pre zber odpadu) [*neoficiálny preklad*]“.

71. Súhlasím s úvahami Komisie, podľa ktorých zadanie takej miestnej verejnej služby, akou je výkon správy integrovaného vodného systému, sa môže uskutočniť pomocou zákazky alebo koncesie, a že nedostatok informácií poskytnutých v návrhu na začatie prejudiciálneho konania neumožňuje pochopiť, či sa zvolil jeden alebo druhý model.

72. Je však potrebné zvážiť tieto skutočnosti: po prvé Tribunale amministrativo regionale della Sicilia vychádza len z ustanovení a zásad Zmluvy bez toho, aby odkázal na smernicu o zákazkách, [46] po druhé používa výraz „koncesionárska" spoločnosť so zmiešaným kapitálom a po tretie dĺžka trvania ustanovená na tridsať rokov sa lepšie prispôsobuje koncesii. [47]

73. Rozdiel je podstatný, keďže ak sa spoločnosti so zmiešaným kapitálom zverí výkon verejnej zákazky, smernice 2004/17 alebo 2004/18 stanovujú kritériá na zverejnenie a spôsob výberu súkromného spoločníka, ktorý má tento výkon zabezpečiť, keď suma presiahne finančný prah, ktorý tieto predpisy ustanovujú. Naopak, ak ide o koncesiu na služby alebo verejnú zákazku, ktoré nespadajú do pôsobnosti týchto smerníc (napríklad preto, že príslušná suma nedosahuje stanovený prah), budú zásady a slobody ustanovené v Zmluve jediným prejavom týchto pravidiel.

74. Z uvedeného vyplýva, že je potrebné spresniť kritériá na vymedzenie nejasnej hranice medzi zákazkou a koncesiou, [48] čo v konečnom dôsledku vzhľadom na nedostatok potrebných informácií prináleží vnútroštátnemu súdu na základe faktorov „riziko poskytovania služby" a „odmena za plnenie" tak, ako ich vyložil Súdny dvor.

75. V tomto návrhu na začatie prejudiciálneho konania sa uvádzajú prvé ťažkosti pri pokuse rozlíšiť medzi „zákazkou na verejnú službu" a „koncesiou na verejnú službu".

76. V dôsledku zákazky na služby vzniká nárok na odmenu, ktorú platí priamo verejný obstarávateľ poskytovateľovi. Ak však odmena nepochádza od dotknutého orgánu verejnej správy, ale zo súm zaplatených

46 — Sicílsky súd prijal opatrný prístup, ktorý je hodný pochvaly, keďže pri zložitosti právnych predpisov a režimov spôsobilých vštepiť právny život IVSP odkazuje len na slobody a zásady Zmluvy, minimálny spoločný menovateľ zákaziek a koncesií, pričom postupuje podľa rady, ktorú uviedol BACON, F.: *Essays*. Ed. Cosimo, 2007, kapitola LVI, of Judicatory, s. 137, „Judges must beware of hard constructions, and strained inferences; for there is no worse torture, than the torture of laws".

47 — Na základe tejto informácie nemá ani Talianska republika a ani Acoset pochybnosti pri zatriedení tohto fenoménu ako koncesie. Ako bolo okrem toho zdôraznené na pojednávaní, dĺžka trvania závisí na výške investície vzhľadom na potrebu amortizácie nákladov.

48 — PASSERIEUX, R., THOUVENIN, J. M.: Le partenariat public/privé à la croisée des chemins, entre marché et concession. In: *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, apríl 2005, č. 487, s. 237, vidia v možnosti kĺzania týchto kategórií hlavný prameň právnej neistoty, s prihliadnutím na riziko, že kategórie zaradené pod flexibilný režim koncesie („VSP concessions") budú preklasifikované ako „VSP marchés".

tretími prijímateľmi, ide o koncesiu na verejné služby. [49]

77. Okrem toho prevod „rizika výkonu správy“ [50] je jedným z dôležitých rozlišovacích kritérií, keďže predstavuje podstatný prvok koncesie, [51] pričom zákazka ho neobsahuje. [52]

78. Tribunale di Catania však nemôže znížiť pozornosť, lebo sa pravdepodobne ešte stretne s ďalšími prekážkami pri svojej úlohe určiť hraničné línie vo veci, o ktorej má rozhodnúť. Okrem výkonu správy služieb sú totiž dôležité činnosti na účely umožnenia jej výkonu, čoho dôsledkom je potreba zistiť rozdiely medzi „zákazkou na služby“, „koncesiou na práce“ a „koncesiou na služby“. [53]

79. Článok 18 smernice 2004/17 vylučuje „koncesie na práce a koncesie na služby, ktoré zadávajú obstarávatelia vykonávajúci jednu alebo viac činností uvedených v článkoch 3 až 7, ak sa tieto koncesie zadávajú na vykonávanie takýchto činností“. Je potrebné uviesť, že na rozdiel od smernice 2004/18, ktorá vo svojom článku 17 vylučuje len koncesie na služby, smernica 2004/17 vylučuje aj koncesie na práce, čo vzhľadom na článok 12 smernice 2004/18 vedie k záveru, že koncesie na práce, aj keď sa týkajú osobitných oblastí (akou je oblasť vodného hospodárstva), podliehajú právnej úprave týkajúcej sa tradičných oblastí. [54]

80. Na účely vyjasnenia zmätočnej situácie, ktorú môžu vyvolať zákazky týkajúce sa rôznych činností (napríklad vodné služby, ktoré si vyžadujú vykonanie prác), smernica 2004/17 stanovuje objektívne kritérium, že sa majú uplatniť právne predpisy týkajúce sa hlavnej činnosti (článok 9 ods. 1) v súlade s judikatúrou, ktorá neuznáva, aby sa činnosť klasifikovala ako zákazka „na práce“, pokiaľ tieto práce sú len vedľajšou činnosťou popri poskytovaní služieb alebo dodaní tovaru. [55]

81. Po objasnení tejto neistoty je zrejmé, že koncesia na služby podlieha právnym predpisom a základným zásadám Zmluvy, zatiaľ čo koncesia na práce podlieha aj ustanoveniam

49 — Rozsudky z 10. novembra 1998, BFI Holding, C-360/96, Zb. s. I-6821, a Parking Brixen, už citovaný.

50 — V tejto súvislosti je potrebné poukázať na jasnosť, s akou zástupca spoločnosti Acoset na pojednávaní uviedol, že riziko na seba prevzal súkromný spoločník.

51 — Rozsudky z 18. júla 2007, Komisia/Taliansko, C-382/05, Zb. s. I-6657, bod 34, a z 13. novembra 2008, Komisia/Taliansko, C-437/07, bod 29.

52 — Rozsudok z 27. októbra 2005, Contse a i., C-234/03, Zb. s. I-9315, bod 22.

53 — Jasnosť v tejto delikátnej otázke poskytujú úvahy, ktoré uviedol GIMENO FELIÚ, J. M.: *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. La necesaria adopción de una nueva Ley de contratos públicos y propuestas de reforma*. Madrid: Thomson Civitas, 2006, s. 151 — 175, na základe pojmového spresnenia rôznych typológií.

54 — Vylúčenie koncesií z pôsobnosti smerníc o zákazkách bolo stanovené v uznesení z 30. mája 2002, Buchhändler-Vereinigung (C-358/00, Zb. s. I-4685), ale rozsudok zo 7. decembra 2000, Telaustria a Telefonadress (C-324/98, Zb. s. I-10745), zaradil koncesie na práce do pôsobnosti právnej úpravy tradičných oblastí.

55 — Rozsudok z 19. apríla 2004, Gestión Hotelera Internacional, C-331/92, Zb. s. I-1329.

smernice 2004/18, ktoré sa na ňu vzťahujú z dôvodov jej finančnej hodnoty.

84. Nie je vhodné zvoliť pragmatizmus — cieľ akéhokoľvek právneho poriadku — za výlučný základ právnej úvahy. Berúc do úvahy uvedené spresnenie, súhlasím s názorom Komisie, ktorý je potrebné doplniť o určité preskúmanie požiadaviek, ktorými Spoločenstvo podmieňuje zákazky a koncesie a ktoré z dôvodu osmózy určujú kontext, v akom sa rozvíjajú IVSP.

D — *Kontrolné parametre IVSP*

82. Pochybnosti, ktoré vyvoláva článok 113 ods. 5 písm. b) legislatívneho dekrétu č. 267/2000 sa sústreďujú na potrebu objasniť, či je okrem uverejnenia oznámenia na výber súkromného spoločníka potrebné aj ďalšie výberové konanie na účely zadania plnenia. [56] Keby sa táto pochybnosť objasnila v prospech jediného výberového konania, bolo by potrebné preskúmať právny základ, z ktorého vychádza jeho oprávnenosť, s odkazom na slobodu usadiť sa (článok 43 ES) a slobodné poskytovanie služieb (článok 49 ES), ako aj na pravidlá hospodárskej súťaže (článok 86 ES).

85. Zavedenie dvojitého postupu nie je v súlade s hospodárnosťou konania, z ktorej vychádzajú partnerstvá, keďže ustanovenie týchto organizácií v jednom akte spája výber súkromného hospodárskeho prvku a zadanie verejnej zákazky alebo koncesie spoločnosti so zmiešaným kapitálom.

86. Striktne povedané nie je prípustné, aby účinnosť bola v protiklade so zásadou zákonnosti, keďže predpokladom zákonnosti je účinnosť, takže stačí konštatovať, že neúčinný výkon správy je protiprávny.

1. Jediné výberové konanie s dvojitým účelom

83. Vo svojom oznámení Komisia usudzuje, že „… dvojitý postup (prvý na výber súkromného partnera IVSP a druhý na pridelenie verejnej zákazky alebo koncesie subjektu so zmiešaným kapitálom) je ťažko realizovateľný…“.

87. Keď sa dodržiavajú ich hranice, [57] IVSP sa môžu stať spoľahlivými indikátormi hodnotenia založeného na kritériách racionality, motivácie, koordinácie a hospodárnosti, ktoré podporujú zodpovedný výkon správy

56 — Toto tvrdí Conferenza dei Sindaci e del Presidente della Provincia a obec Vittoria.

57 — Teda tie, ktoré vyplývajú z práva na dobrú správu vecí verejných podľa článku 41 hlavy V Charty základných práv Európskej únie, venovanej občianstvu, ktoré s odkazom na zákaz brániť právu na obhajobu uvádzam vo svojich návrhoch z 27. novembra 2007, ktoré boli sčasti pretavené do rozsudku z 15. mája 2008, SECAP (C-147/06 a C-148/06, Zb. s. I-3595).

pri hľadaní spoločného prospechu a zároveň ho vzďaľujú od čistej funkcie „prenosovej reťaze“ [58] zákona.

88. Jednou z kľúčových okolností je tá, že podnik, ktorý sa stane súčasťou novej organizácie, sa v skutočnosti správa ako úspešný uchádzač alebo koncesionár, pričom na seba preberá zodpovednosť za uskutočnenie služby. Táto úloha je zrejmá, keďže jedným z kritérií pri výbere podniku je okrem prvkov týkajúcich sa organizačno-správneho príspevku k riadeniu spoločnosti preskúmanie jeho schopnosti poskytovať služby. [59]

89. Výber úspešného uchádzača alebo koncesionára sa tak uskutoční nepriamo, už v okamihu výberu priemyselného spoločníka, a preto je jeho činnosť veľmi významná. Keby sa presnejšie zadefinovali charakteristiky, vyhlo by sa manipulácii IVSP na účely obchádzania nových postupov verejnej súťaže.

90. Táto okolnosť súvisí s dôvodom jeho existencie, čo v danom prípade osobitne spočíva v integrovanej vodohospodárskej službe, ako sa uvádza v prejudiciálnej otázke so slovami „výlučný predmet činnosti spoločnosti“.

91. Okrem toho účel IVSP sa nesmie počas jeho trvania [60] zmeniť, hoci nie je zakázané prispôsobiť ho technologickým inováciám alebo schopnosti súkromného spoločníka, pokiaľ sa nezmenia podstatné podmienky [61] zadávacieho konania. [62]

92. Na základe informácií Tribunale amministrativo regionale della Sicilia sa zdá, že postup je v súlade s týmito základnými spresneniami, keďže v oznámení o vyhlásení zadávacieho konania sa uvádza, že zadanie prác, [63] ktoré nemá vykonávať priamo súkromný spoločník, musí podliehať „zadávaciemu konaniu v zmysle zákona“.

93. Talianska republika však vo svojich pripomienkach (bod 8) zdôraznila, že na

58 — „Transmission belt“, výraz, ktorý je uvedený v už klasickom diele, ktorého autorom je Stewart, R. B: *The reformation of American Administrative Law*. Harvard Law Review, vol. 88, č. 8, 1975, s. 1675.

59 — Vzhľadom na to, že jediným konaním je možné splniť všetky stanovené kritériá, relativizuje sa tvrdenie obce Vittoria týkajúce sa okolnosti, že výberové konanie na spoločníka nesmie mať prednosť pred zadaním služby, berúc do úvahy obsahové a účelové rozdiely.

60 — V tomto prípade je to rozhodujúca informácia, ak sa prihliadne na trvanie ustanovené na 30 rokov.

61 — Podľa rozsudku z 29. apríla 2004, Komisia/CAS Succhi di Frutta SpA (C-496/99 P, Zb. s. I-03801, bod 116) podstatný význam podmienky spočíva v tom, že ak je ustanovená v oznámení o vyhlásení zadávacieho konania alebo v zadávacích podkladoch zákazky, umožnila by uchádzačom predložiť podstatne inú ponuku.

62 — Okrem výnimiek ustanovených v článkoch 31 a 61 smernice 2004/18 a v článku 40 ods. 3 písm. f) a g) smernice 2004/17/ES akákoľvek zmena podstatných podmienok zmluvy, ktorá nebola ustanovená v zadávacích podkladoch, si vyžaduje nové zadávacie konanie tak, ako sa to uvádza v rozsudku z 5. októbra 2000, Komisia/Francúzsko (C-337/98, Zb. I-8377, bod 50).

63 — Pôvodne tie, ktoré boli uvedené v Plano Operativo Triennale (trojročný operatívny plán), ktorý schválila konferencia starostov na zasadnutí 15. decembra 2003.

základe *ius variandi* ustanovenie uvedené v oznámení o vyhlásení zadávacieho konania umožňuje prípadný prevod časti základného imania verejných akcionárov na burze.

94. Zo zmluvného hľadiska je možné počas fázy výkonu povoliť niektoré zmeny, aj keď sa na účely zachovania transparentnosti a neskreslenia podstaty plnenia vyžaduje výslovné povolenie. [64]

95. Bez ohľadu na skutočnosť, že kótovanie na burze môže zmeniť jednotnosť podmienok, talianska vláda vo svojich písomných pripomienkach zdôraznila okolnosť, že takýto prevod základného imania by mohol spôsobiť zánik spoločnosti, keďže jej stanovy ustanovujú „väčšinovú verejnú účasť“, čo by znamenalo, že skôr ako protiprávne postavenie spoločnosti by táto okolnosť spôsobila jej zánik. Avvocato dello Stato (štátny zástupca) toto stanovisko zdôraznil na pojednávaní s odkazom na „iné alternatívne formy kontroly“, ktoré sa nezakladajú na vlastníctve základného imania, s čím súhlasím, pokiaľ väčšia prítomnosť súkromného vlastníctva neskreslí váhu verejného prvku v spoločnosti, vyplývajúcu z väčšinového vlastníctva základného imania alebo aspoň z nepochybného vplyvu na strategické rozhodnutia týkajúce sa činnosti zásobovania vodou. [65]

64 — Rozsudok Komisia/CAS Succhi di Frutta SpA, už citovaný.

65 — V každom prípade je nepopierateľné, že stanovy spoločnosti so zmiešaným kapitálom odkazujú na „väčšinovú verejnú účasť“, a preto napriek snahe zachovať kontinuitu spoločnosti v prípade, ak verejný kapitál klesne pod 50 %, nebola by splnená jedna z podstatných podmienok na vytvorenie tejto spoločnosti.

2. Spoločnosť so zmiešaným kapitálom a plnenia „*in house*“: dve protichodné situácie

96. Vo väčšine pripomienok predložených v tomto prejudiciálnom konaní sa citujú prípady vykonávania správy poverenými organizáciami, aj keď s rozporným výkladom: zatiaľ čo niektorí odkazujú na tieto poverenia na podporu toho, že nezodpovedajú navrhnutému „Servizio Idrico Integrato“, iní ich citujú na zdôraznenie rozdielov vo vzťahu k IVSP.

97. Podľa môjho názoru je zadanie odôvodnené v prípadoch služieb „*in house*“, ale aj v prípade niektorých IVSP, ktoré pri zachovaní transparentnosti spĺňajú zásady rovnosti zaobchádzania a zákazu diskriminácie.

98. Judikatúra uvádza, že uplatnenie článkov 12 ES, 43 ES a 49 ES, ako aj všeobecných zásad, ktoré z nich vyplývajú, je vylúčené, ak kontrola vykonávaná verejným obstarávateľom nad koncesionárom je obdobná tej, ktorú tento orgán vykonáva nad svojimi vlastnými organizačnými útvarmi, a zároveň, ak predmetný subjekt vykonáva podstatnú časť svojej činnosti s verejným orgánom, ktorý ho vlastní. [66]

66 — Rozsudky z 18. novembra 1999, Teckal, C-107/98, Zb. s. I-8121, bod 50; Parking Brixen, už citovaný, bod 62, a z 13. novembra 2008, Coditel Brabant SA, C-324/07, Zb. s. I-8457, bod 26.

99. Činnosť, ktorú vykonáva spoločnosť, ktorej základné imanie je zložené aj z príspevkov, ktoré nepatria orgánu verejnej správy, pojmovo nepatrí do modelu „*in house*“, keďže účasť súkromnej spoločnosti vylučuje, aby mal orgán verejnej správy takúto „obdobnú kontrolu“. [67]

100. Aj keď treba uznať, že je veľmi zložité ustanoviť primerané percentá, ktoré by umožnili takúto kontrolu, bolo by veľmi užitočné, keby Súdny dvor v tejto súvislosti definoval svoje stanovisko.

101. Na jednej strane sa v niektorých rozsudkoch uvádza, že skutočnosť, že verejný obstarávateľ vlastní celé základné imanie spoločnosti, ktorá je uchádzačom, by mohlo znamenať, aj keď to nie je rozhodujúce, že tento orgán verejnej správy vykonáva nad dotknutou spoločnosťou obdobnú kontrolu ako nad svojimi vlastnými útvarmi. [68]

102. Naopak súkromná účasť vylučuje prípad, že ide o operácie „*in house*“, ako to vyplýva z citovaných rozsudkov Stadt Halle a Coname, podľa ktorých aj menšinová súkromná účasť vylučuje takúto kontrolu.

103. Na druhej strane sa zdá, že táto judikatúra nie je taká jasná, keď Súdny dvor pripomína rozsudok Asemfo a uvádza, že „za určitých okolností môže byť podmienka kontroly vykonávanej verejným orgánom splnená aj vtedy, ak takýto orgán vlastní len 0,25 % základného imania verejnoprávneho podniku“. [69]

104. Keďže pri spolupráci, ktorú podporuje Conferenza dei Sindaci e del Presidente della Provincia e dai comuni [della provincia] di Ragusa (konferencia starostov a predsedu regionálneho zastupiteľstva v Raguse) mal súkromný spoločník upísať 49 % základného imania novej spoločnosti, [70] „*in house*“ povaha operácií sa vzhľadom na túto vysokú kapitálovú účasť nezdá byť odôvodnená, a preto by mal vnútroštátny súd zistiť, či vplyv verejného akcionára je spôsobilý prevážiť nad vôľou súkromného akcionára pri strategickom rozhodovaní spoločnosti. [71]

3. Právna analýza

105. Po vylúčení inštrumentálneho charakteru tejto hybridnej spoločnosti je potrebné zistiť, či jej vznik odôvodňuje neuskutočnenie zadávacieho konania na vodohospodárske služby.

67 — Ako vyplýva z rozsudkov z 11. januára 2005, Stadt Halle a RPL Lochau, C-26/03, Zb. s. I-1, bod 49, a z 21. júla 2005, Coname, C-231/03, Zb. s. I-7287, bod 26.

68 — Rozsudky z 11. mája 2006, Carbotermo, C-340/04, Zb. s. I-4137, bod 37, a z 19. apríla 2007, Asemfo, C-295/05, Zb. s. I-2999, bod 57.

69 — Rozsudok Coditel, už citovaný, bod 53, ktorý odkazuje na body 56 až 61 rozsudku Asemfo, z ktorého však nevyplýva takéto percento účasti.

70 — Bod II. 7 pripomienok spoločnosti Acoset a bod 5 pripomienok talianskej vlády.

71 — Rozsudky Parking Brixen, už citovaný, a Carbotermo, už citovaný.

106. Hoci nechcem rozoberať právnu kategóriu „inštitucionalizovaného verejnosúkromného partnerstva“, domnievam sa, že sa z neho musia oddeliť niektoré prvky.

107. Nič nebráni tomu, aby miestne orgány verejnej správy vytvorili právnickú osobu a aby splnili úlohy spojené s týmto úkonom, akými sú vyhotovenie stanov, upísanie základného imania a spojenie sa s tými, ktorých považujú za najvhodnejších kandidátov.

108. Treba tiež súhlasiť so zverejnením ponuky, ktorej cieľom je doplniť túto spoločnosť o súkromné osoby, ktoré sú ochotné poskytnúť finančné prostriedky potrebné na fungovanie tejto spoločnosti.

109. Neuskutočnenie žiadneho zadávacieho konania na niektoré služby nie je v zásade v súlade s článkami 43 ES a 49 ES a so zásadami rovnosti zaobchádzania a zákazu diskriminácie. „Servizio Idrico Integrato“ by teda mohlo byť predmetom výhrad, ale protiváha na vyriešenie tohto problému pri jeho vzniku spočíva v kritériách výberu súkromného spoločníka.

110. Uchádzači musia preukázať osobnú a finančnú spôsobilosť stať sa akcionármi spoločnosti, pričom však ich technická spôsobilosť a hospodárske a iné výhody, ktoré zaručuje ich ponuka, musia mať prednostný význam medzi hľadiskami, ktoré sa majú posudzovať.

111. Oznámenie o IVSP totiž spresňuje, že „skutočnosť, že súkromný subjekt a verejný obstarávateľ spolupracujú v rámci jedného subjektu so zmiešaným kapitálom, nemôže ospravedlniť nedodržiavanie ustanovení, ktoré sa týkajú zadávacieho konania na verejné zmluvy a koncesie, keď sa tomuto súkromnému subjektu alebo subjektu so zmiešaným kapitálom prideľuje verejná zákazka alebo koncesie“.

112. Preto je vecná platnosť IVSP ohraničená zásadami spravodlivého zaobchádzania a transparentnosti, aby mali všetci zjavní alebo potenciálni uchádzači prístup k primeraným informáciám o pláne verejného obstarávateľa vytvoriť spoločnosť so zmiešaným kapitálom s cieľom prideliť jej verejnú zákazku alebo koncesiu.

113. Požiadavka zverejnenia pre zákazky vyplýva z článku 41 a nasl. smernice 2004/17/ES a z článkov 35, 36 a 58 smernice 2004/18/ES; pre koncesie na verejné služby uložila judikatúra [72] povinnosť

72 — Rozsudky Telaustria a Telefonadress, už citovaný, body 60 až 62, a Coname, už citovaný, body 16 až 19.

zverejnenia, ktorá sa považuje za prostriedok na zabezpečenie zásad transparentnosti, rovnosti zaobchádzania a zákazu diskriminácie z dôvodu štátnej príslušnosti. [73]

114. Súdny dvor uviedol, že články 43 ES a 49 ES odrážajú zásadu rovnosti zaobchádzania [74] a zákazu diskriminácie z dôvodu štátnej príslušnosti. [75]

115. Čo sa týka hospodárskej súťaže, v mojich návrhoch vo veci Ing. Aigner upozorňujem na krátkozrakosť tých, ktorí vidia úlohu práva Spoločenstva v oblasti zákaziek len v koordinácii postupov verejného obstarávania, keďže v skutočnosti sleduje cieľ s oveľa širším dosahom: zavedenie účinnej hospodárskej súťaže v tejto oblasti na základe realizácie základných slobôd v procese európskej integrácie. [76]

116. Hoci sa uvedený prípad vzťahuje na zákazky, aj pri koncesiách na verejné služby [77] je potrebné zastaviť narúšanie hospodárskej súťaže, keďže aj pre ne platia rovnaké zásady Zmluvy, hoci množstvo vnútroštátnych pojmov týkajúcich sa „koncesií“, „verejných služieb všeobecného záujmu“, „osobitných práv“ a „výlučných práv“ ukrýva vzťah s článkami 81 ES, 82 ES a 86 ES. [78]

4. Záver

117. Zdá sa, že kladná odpoveď na položenú prejudiciálnu otázku je nevyhnutná, keďže zodpovedá základnej požiadavke účinnosti pri

73 — Všetci uchádzači musia mať k dispozícii rovnaké možnosti bez ohľadu na ich štátnu príslušnosť, ako sa uvádza v rozsudku z 25. apríla 1996, Komisia/Belgicko, už citovanom, body 33 a 54.

74 — Rozsudok z 5. decembra 1989, Komisia/Taliansko, C-3/88, Zb. s. 4035, bod 8.

75 — Rozsudok z 8. októbra 1980, Überschär, 810/79, Zb. s. 2747, bod 16.

76 — V zmysle odôvodnenia č. 2 smernice 2004/18 a odôvodnenia č. 9 smernice 2004/17, ako aj okrem iných rozsudkov z 22. júna 1989, Fratelli Costanzo, 103/88, Zb. s. 1839, bod 18 na konci; BFI Holding, už citovaný, bod 41; z 3. októbra 2000, University of Cambridge, C-380/98, Zb. s. I-8035, bod 16; z 1. februára 2001, Komisia/Francúzsko, C-237/99, Zb. s. I-939, bod 41; Stadt Halle RPL Lochau, už citovaného, bod 44, a Carbotermo, už citovaného, bod 58.

77 — MUÑOZ MACHADO, S.: *Servicio público y mercado. Los fundamentos*. vol.I, Madrid: Civitas, 1998, s. 40, uisťuje, že Európa sa neštíti verejnej služby, ale chce tento pojem len uviesť do medzí hospodárskej súťaže, čo predstavuje novú výzvu, ale nie ukončenie existencie verejnej služby.

78 — Tieto hľadiská zhrňuje NEERGAARD, U.: The concept of concession in the EU public procurement law versus EU competition law and nacional Law. In: NIELSEN, R., TREUMER, S. (ed.): *The new EU public procurement Directives.* Djøf Publishing 2005, s. 149 — 181.

výkone správy, samozrejme pod podmienkou, že sa neporušia záruky vyplývajúce z práva Spoločenstva.

118. Základné slobody Zmluvy vyžadujú, aby sa dodržiavali zásady transparentnosti a zákazu diskriminácie už vo fáze výberového konania na súkromného spoločníka spoločnosti, ktorej osud, s výnimkou niektorých nepodstatných zmien, je spojený so správou služby. Zmiešanej spoločnosti sa formálne zveruje zákazka, pričom jej výkonná fáza prináleží súkromnej spoločnosti.

119. Výberové kritériá súkromného spoločníka sa musia zakladať nielen na kapitále, ktorý má investovať, ale aj na jeho skúsenosti a charakteristike jeho ponuky týkajúcej sa osobitných plnení služby, ktorá sa má poskytnúť.

120. Sicílsky súd musí posúdiť, či je oznámenie zverejnené v *Úradnom vestníku Európskej únie* primerané na účely ochrany hospodárskej súťaže, slobodného poskytovania služieb a slobody usadiť sa, ako aj záujmov potenciálnych dotknutých osôb.

121. Okrem toho s cieľom zabrániť tomu, aby mal súkromný spoločník neprimerané výhody oproti svojim konkurentom, [79] musí vnútroštátny súd zistiť, či jeho výber bol v súlade so zadávacím konaním stanoveným v smerniciach 2004/17 a 2004/18 podľa toho, či má IVSP charakter zákazky na služby alebo koncesie na práce.

122. Na to, aby dospel k rozhodnutiu, musí zistiť, či IVSP v Raguse predstavuje zákazku alebo koncesiu a či v zmysle uvedeného sa odkazuje na práce alebo verejnú službu, pričom takto vymedzí právny režim, ktorý sa vyžaduje na správne zadanie zákazky a kompletné zverejnenie.

79 — Spoľahlivé usmernenia sú uvedené v oznámení, v ktorom sa uvádza, že verejná zákazka alebo koncesia, ktorá má byť pridelená vytváranej spoločnosti so zmiešaným kapitálom, ako aj jej stanovy sú uvedené v oznámení o vyhlásení zadávacieho konania alebo v zadávacích podkladoch. V oznámení sa taktiež špecifikujú dohody medzi akcionármi, zmluvný vzťah medzi verejným obstarávateľom a súkromným spoločníkom, vzťah medzi verejným obstarávateľom a zmiešanou spoločnosťou bez toho, aby sa opomenula možnosť obnovy alebo zmeny verejnej zákazky alebo koncesie a možnosť zadania aj iných úloh.

VII — Návrh

123. Vzhľadom na predchádzajúce úvahy navrhujem, aby Súdny dvor odpovedal na otázku, ktorú položil Tribunale amministrativo regionale della Sicilia takto:

Články 43, 49 a 86 Zmluvy, smernica 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 a smernica 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 nebránia priamemu zadaniu verejnej služby, ktoré predpokladá predchádzajúci výkon prác, spoločnosti so zmiešaným kapitálom vytvorenej osobitne na tento účel, pokiaľ sú splnené tieto podmienky:

— aby si spoločnosť zachovala výlučný predmet činnosti počas celej svojej existencie,

— aby bol súkromný spoločník vybraný prostredníctvom zadávacieho konania po predchádzajúcom preverení finančných, technických, operatívnych a prevádzkových požiadaviek, ako aj vlastností jeho ponuky týkajúcich sa služieb, ktoré majú byť poskytnuté,

— aby súkromný spoločník prevzal ako priemyselný partner vykonávanie služby a prác, a

— aby boli pri výberovom konaní dodržané zásady voľnej hospodárskej súťaže, transparentnosti a rovnosti zaobchádzania, ktoré ukladá právo Spoločenstva pre koncesie a prípadne pravidlá zverejňovania a zadávacieho konania pre verejné zákazky.