ROZSUDOK SÚDNEHO DVORA (štvrtá komora)

z 10. apríla 2008 *

Vo veci C-393/06,

ktorej predmetom je návrh na začatie prejudiciálneho konania podľa článku 234 ES, podaný rozhodnutím Vergabekontrollsenat des Landes Wien (Rakúsko) zo 17. augusta 2006 a doručený Súdnemu dvoru 22. septembra 2006, ktorý súvisí s konaním:

Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt, GmbH

proti

Fernwärme Wien GmbH,

SÚDNY DVOR (štvrtá komora),

v zložení: predseda štvrtej komory K. Lenaerts, sudcovia G. Arestis, E. Juhász (spravodajca), J. Malenovský a T. von Danwitz,

* Jazyk konania: nemčina.

generálny advokát: D. Ruiz-Jarabo Colomer,
tajomník: B. Fülöp, referent,

so zreteľom na písomnú časť konania a po pojednávaní z 11. októbra 2007,

so zreteľom na pripomienky, ktoré predložili:

— Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt GmbH, v zastúpení: S. Sieghartsleitner a M. Pichlmair, Rechtsanwälte,

— Fernwärme Wien GmbH, v zastúpení: P. Madl, Rechtsanwalt,

— rakúska vláda, v zastúpení: M. Fruhmann a C. Mayr, splnomocnení zástupcovia,

— maďarská vláda, v zastúpení: J. Fazekaz, splnomocnená zástupkyňa

— fínska vláda, v zastúpení: A. Guimaraes-Purokoski, splnomocnená zástupkyňa,

— švédska vláda, v zastúpení: A. Falk, splnomocnená zástupkyňa,

— Komisia Európskych spoločenstiev, v zastúpení: X. Lewis, splnomocnený zástupca, za právnej pomoci M. Núñez-Müller, Rechtsanwalt,

po vypočutí návrhov generálneho advokáta na pojednávaní 22. novembra 2007,

vyhlásil tento

Rozsudok

1 Návrh na začatie prejudiciálneho konania, ktorý sa týka výkladu relevantných ustanovení 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. 114; Mim. vyd. 06/007, s. 19) a 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. 1; Mim. vyd. 06/007, s. 132).

2 Tento návrh bol predložený v rámci sporu medzi Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt GmbH (ďalej len „Ing. Aigner“) a Fernwärme Wien GmbH (ďalej len „Fernwärme Wien“) vo veci nezrovnalosti v zadávacom konaní, ktoré vyhlásila Fernwärme Wien.

Právny rámec

Právna úprava Spoločenstva

3 Smernica 2004/17 zavádza koordináciu postupov verejného obstarávania v špecifických odvetviach, akými sú odvetvie vodného hospodárstva, energetiky, dopravy a poštových služieb. Táto smernica zrušila a nahradila smernicu Rady 93/38/EHS zo 14. júna 1993 o koordinácii postupov verejného obstarávania vo vodnom, energetickom, dopravnom a telekomunikačnom sektore (Ú. v. ES L 199, s. 84; Mim. vyd. 06/002, s. 194), ktorá sa zaoberala tou istou problematikou.

4 Na osobitnosť odvetví, na ktoré sa vzťahuje smernica 2004/17, poukazuje odôvodnenie č. 3 tejto smernice, v ktorom sa uvádza, že koordinácia v týchto odvetviach je potrebná vzhľadom na uzatvorenú povahu trhov, na ktorých pôsobia predmetní obstarávatelia, z dôvodu existencie osobitných alebo výlučných práv udelených členskými štátmi, ktoré sa týkajú zásobovania sietí, poskytovania prístupu do sietí alebo prevádzkovania sietí na účely poskytovania príslušných služieb.

5 Článok 2 ods. 1 písm. a) druhý pododsek smernice 2004/17 a článok 1 ods. 9 druhý pododsek smernice 2004/18 vymedzujú pojmy „verejný obstarávateľ“ a „inštitúcia, ktorá sa spravuje verejným právom“, t. j.:

„… každá inštitúcia:

— zriadená na osobitný účel plnenia potrieb všeobecného záujmu, ktoré nemajú priemyselný alebo obchodný charakter,

— má právnu subjektivitu a

je z väčšej časti financovaná štátnymi, regionálnymi alebo miestnymi orgánmi alebo inými inštitúciami, ktoré sa spravujú verejným právom; alebo jej riadenie podlieha dohľadu týchto inštitúcií; alebo má správny, riadiaci alebo dozorný orgán, ktorého viac ako polovicu členov vymenúvajú štátne, regionálne alebo miestne orgány alebo iné inštitúcie, ktoré sa spravujú verejným právom.“

6 Článok 2 ods. 1 písm. b) smernice 2004/17 stanovuje:

„Na účely tejto smernice

…

b) ‚verejný podnik' je každý podnik, nad ktorým môžu verejní obstarávatelia vykonávať priamy alebo nepriamy rozhodujúci vplyv z dôvodu vlastníctva, finančnej účasti v takom podniku alebo z dôvodu pravidiel, ktorými sa spravuje."

7 Článok 2 ods. 2 tejto smernice stanovuje:

„Táto smernica sa vzťahuje na obstarávateľov:

a) ktorí sú verejnými obstarávateľmi alebo verejnými podnikmi a ktorí vykonávajú jednu z činností uvedených v článkoch 3 až 7;

b) ktorí, ak nie sú verejnými obstarávateľmi alebo verejnými podnikmi, vykonávajú jednu alebo viacero činností uvedených v článkoch 3 až 7 a pôsobia na základe osobitných alebo výlučných práv, ktoré im udelil príslušný orgán členského štátu."

8 V článkoch 3 až 7 smernice 2004/17 sú uvedené odvetvia činností, na ktoré sa smernica vzťahuje. Týmito odvetviami sú plyn, teplo a elektrická energia (článok 3), voda (článok 4), dopravné služby (článok 5), poštové služby (článok 6) a prieskum alebo ťažba ropy, plynu, uhlia alebo ostatných tuhých palív, ako aj prístavy a letiská (článok 7).

9 Článok 3 ods. 1 uvedenej smernice stanovuje:

„v prípade plynu a tepla sa táto smernica vzťahuje na tieto činnosti:

a) prevádzkovanie alebo poskytovanie prístupu do stálych sietí určených na poskytovanie služieb verejnosti v súvislosti s výrobou, prepravou alebo distribúciou plynu alebo tepla; alebo

b) zásobovanie týchto sietí plynom alebo teplom.“

10 V článku 9 tejto smernice sa uvádza:

„1. Pre zákazku, ktorej účelom je zahrnúť viacero činností, platia pravidlá vzťahujúce sa na činnosť, na ktorú je zákazka predovšetkým určená.

Výber medzi zadaním jednej zákazky a zadaním niekoľkých oddelených zákaziek sa však nesmie urobiť s cieľom vylúčiť ju z pôsobnosti tejto smernice alebo prípadne smernice 2004/18/ES.

2. Ak sa na jednu z činností, na ktorú je zákazka určená, vzťahuje táto smernica a na ostatné činnosti smernica 2004/18/ES a ak je objektívne nemožné určiť, na ktorú činnosť je predovšetkým určená, zákazka sa zadá v súlade so smernicou 2004/18/ES.

…“

11 Článok 20 ods. 1 tej istej smernice pod názvom „Zákazky zadávané na iné účely ako je vykonávanie činnosti, na ktorú sa vzťahuje táto smernica, alebo na účely vykonávania takejto činnosti v tretej krajine“ stanovuje:

„Táto smernica sa nevzťahuje na zákazky, ktoré obstarávatelia zadávajú na iné účely, ako je vykonávanie ich činností v zmysle článkov 3 až 7 alebo na vykonávanie takýchto činností v tretej krajine, v podmienkach, ktoré si nevyžadujú fyzické využitie siete alebo geografického územia v rámci Spoločenstva.“

12 Nakoniec článok 30 smernice 2004/17 pod názvom „Postup určovania, či je daná činnosť priamo vystavená hospodárskej súťaži“ stanovuje:

„1. Zákazky, ktorých cieľom je umožniť činnosť uvedenú v článkoch 3 až 7 a ktoré sa majú vykonať, nepodliehajú tejto smernici, ak v členskom štáte, v ktorej sa vykonávajú, je táto činnosť priamo vystavená hospodárskej súťaži na trhoch, na ktoré nie je obmedzený prístup.

2. Na účely odseku 1 sa o otázke, či je činnosť priamo vystavená hospodárskej súťaži, rozhodne na základe kritérií, ktoré sú v súlade s ustanoveniami zmluvy, ktoré sa týkajú hospodárskej súťaže, ako sú charakteristika príslušného tovaru alebo služieb, existencia alternatívneho tovaru alebo služieb, cena a skutočná alebo možná prítomnosť viac ako jedného dodávateľa príslušného tovaru alebo služieb.

…“

13 V hlave II kapitole II oddiele 3 smernice 2004/18 sú uvedené zákazky vyňaté z pôsobnosti tejto smernice. Medzi týmito zákazkami sa nachádzajú zákazky v odvetviach vodného hospodárstva, energetiky, dopravy a poštových služieb. Článok 12, ktorý sa týka týchto zákaziek, stanovuje:

„Táto smernica sa nevzťahuje na verejné zákazky, ktoré podľa smernice 2004/17/ES zadávajú verejní obstarávatelia vykonávajúci jednu alebo viac činností uvedených v článkoch 3 až 7 uvedenej smernice a ktoré sú zadávané na účely vykonávania týchto činností …

…“

14 Prebratie právnej úpravy Spoločenstva do rakúskeho práva bolo vykonané spolkovým zákonom o verejnom obstarávaní (Bundesvergabegesetz) z roku 2006.

Spor vo veci samej a prejudiciálne otázky

15 Fernwärme Wien bola založená spoločenskou zmluvou z 22. januára 1969 na účely zabezpečenia dodávok tepla do bytov, verejných inštitúcií, kancelárií a podnikov na území mesta Viedeň. Na účely výroby tepla využíva energiu zo spaľovania odpadkov namiesto využívania energie pochádzajúcej z neobnoviteľných zdrojov.

16 Fernwärme Wien má právnu subjektivitu a vlastníkom celého obchodného podielu je mesto Viedeň, ktoré vymenúva a odvoláva konateľov, ako aj členov dozornej rady podniku a schvaľuje ich konanie. Ďalej mestský úrad môže prostredníctvom Kontrollamt der Stadt Wien (účtovný dvor) skúmať hospodárske a finančné použitie finančných prostriedkov tohto podniku.

17 Súbežne s poskytovaním dodávok vykurovacieho tepla sa Fernwärme Wien zaoberá všeobecným plánovaním chladiarenských systémov pre väčšie projekty nehnuteľností. Túto činnosť vykonáva za podmienok voľnej hospodárskej súťaže.

18 Spoločnosť Fernwärme Wien vyhlásila 1. marca 2006 verejnú súťaž na vybudovanie chladiarenského zariadenia pre projekt kancelárskeho a obchodného centra vo Viedni, pričom stanovila, že na predmetnú verejnú súťaž sa neuplatnia rakúske vnútroštátne právne predpisy. Ing. Aigner sa svojou ponukou zúčastnila na zadávacom konaní. Spoločnosť Fernwärme Wien jej 18. mája 2006 oznámila, že jej ponuka nebude zohľadnená z dôvodu existencie nevyhovujúcich prvkov. Ing. Aigner napadla predmetné rozhodnutie na vnútroštátnom súde, ktorý podal návrh na začatie prejudiciálneho konania, pričom uvádza, že by sa mali uplatniť predpisy Spoločenstva v oblasti verejného obstarávania.

19 Vnútroštátny súd uvádza, že na činnosť Fernwärme Wien týkajúcu sa prevádzkovania stálej rozvodovej siete vykurovacieho tepla sa nepochybne vzťahuje smernica 2004/17. Naopak, na jej činnosti v oblasti chladiarenských zariadení sa táto smernica nevzťahuje. Vnútroštátny súd sa však pýta, či sa na tieto vyššie uvedené činnosti nevzťahujú ustanovenia uvedenej smernice vzhľadom na uplatnenie *mutatis mutandis* zásad vyplývajúcich z rozsudku z 15. januára 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria a i. (C-44/96, Zb. s. I-73, najmä body 25 a 26), tento postup sa v doktríne bežne nazýva „infekčná teória." Podľa výkladu, ktorý v tomto rozsudku podal vnútroštátny súd, pokiaľ do rozsahu pôsobnosti smerníc o verejnom obstarávaní spadá jedna z činností subjektu, potom spadajú do pôsobnosti týchto smerníc aj všetky jej ostatné činnosti bez ohľadu na to, či tieto činnosti majú priemyselný alebo obchodný charakter.

20 Za predpokladu, že už citovaný rozsudok Mannesmann Anlagenbau Austria a i. by sa týkal iba verejných obstarávateľov, konkrétne „inštitúcie, ktorá sa spravuje verejným právom", v tom zmysle, že ak subjekt, ktorý napĺňa potreby všeobecného záujmu, ktoré nemajú priemyselný alebo obchodný charakter, musí byť považovaný za „inštitúciu, ktorá sa spravuje verejným právom", v zmysle predpisov Spoločenstva, nezávisle od otázky, či tento orgán vykonáva súbežne iné činnosti, ktoré nemajú tento charakter, vnútroštátny súd sa pýta, či Fernwärme Wien je inštitúciou, ktorá sa spravuje verejným právom, t. j. verejným obstarávateľom v zmysle smerníc 2004/17 alebo 2004/18.

21 Vnútroštátny súd sa nakoniec pýta, či je možné v prípade, že subjekt vykonáva činnosti, ktoré nemajú priemyselný alebo obchodný charakter, a súčasne činnosti vystavené hospodárskej súťaži, odlíšiť posledné uvedené činnosti a nezahrnúť ich do pôsobnosti pravidiel Spoločenstva v oblasti verejného obstarávania, v prípade, že je možné obidva druhy činností oddeliť, a teda medzi nimi nedochádza k žiadnej hospodárskej interferencii. Vnútroštátny súd v tomto zmysle odkazuje na bod 68 návrhov generálneho advokáta Jacobsa z 21. apríla 2005 vo veci, v ktorej bolo z dôvodu späťvzatia návrhu na začatie prejudiciálneho konania vydané uznesenie o výmaze

z 23. marca 2006, Impresa Portuale di Cagliari (C-174/03), kde sa v tomto zmysle navrhuje obmedziť zásadu vyplývajúcu z už citovaného rozsudku Mannesmann Anlagenbau Austria a i.

22 Vzhľadom na tieto úvahy sa Vergabekontrollsenat des Landes Wien rozhodol prerušiť konanie a položiť Súdnemu dvoru tieto prejudiciálne otázky:

„1. Má sa smernica 2004/17/ES … vykladať tak, že obstarávateľ vykonávajúci činnosť v odvetviach uvedených v článku 3 tejto smernice spadá do rozsahu pôsobnosti tejto smernice aj pokiaľ ide o jeho vedľajšie činnosti vykonávané v rámci hospodárskej súťaže?

2. V prípade, ak by vyššie uvedené malo platiť iba pre verejných obstarávateľov: je potrebné kvalifikovať podnik ako [Fernwärme Wien] inštitúciu, ktorá sa spravuje verejným právom v zmysle smernice 2004/17 alebo smernice 2004/18 …, ak poskytuje dodávky tepla na určitom území bez existencie skutočnej hospodárskej súťaže, alebo je potrebné vychádzať z trhu s teplom na vykurovanie, ktorý zahŕňa aj iné energetické médiá ako plyn, vykurovací olej, uhlie atď.?

3. Je potrebné zahrnúť do rozsahu pôsobnosti smernice 2004/17/ES alebo smernice 2004/18/ES činnosť vykonávanú v rámci hospodárskej súťaže spoločnosťou, ktorá vykonáva aj činnosť, ktorá nemá priemyselný alebo obchodný charakter, pokiaľ možno účinnými opatreniami, ako sú bilančne a účtovnícky oddelené záznamy, vylúčiť krížové financovanie činností vykonávaných v rámci hospodárskej súťaže?“

O prejudiciálnych otázkach

O prvej otázke

23 Touto otázkou sa vnútroštátny súd pýta, či obstarávateľ v zmysle smernice 2004/17, ktorý vykonáva činnosti v odvetviach uvedených v článkoch 3 až 7 tejto smernice, sa musí riadiť podľa postupu stanoveného v tejto smernici pri zadávaní zákaziek v oblasti činností, ktoré tento subjekt vykonáva súbežne v rámci hospodárskej súťaže v odvetviach, na ktoré sa vyššie uvedené ustanovenia nevzťahujú.

24 S cieľom odpovedať na túto otázku je potrebné vyzdvihnúť, že medzi smernicami 2004/17 a 2004/18 existujú významné rozdiely, čo sa týka subjektov, na ktoré sa ich ustanovenia vzťahujú, ako aj čo sa týka podstaty a pôsobnosti týchto smerníc.

25 V prvom rade čo sa týka subjektov, na ktoré sa vzťahujú ustanovenia uvedených smerníc, treba konštatovať, že na rozdiel od smernice 2004/18, ktorá sa v zmysle svojho článku 1 ods. 9 prvého pododseku vzťahuje na „verejných obstarávateľov“, subjekty, na ktoré sa vzťahuje smernica 2004/17, sa podľa jej článku 2 nazývajú „obstarávatelia“. Z článku 2 ods. 2 písm. a) a b) vyplýva, že smernica 2004/17 sa nevzťahuje len na obstarávateľov, ktorí sú „verejnými obstarávateľmi“, ale aj na tých, ktorí sú „verejnými podnikmi“ alebo podnikmi, ktoré majú „osobitné alebo výlučné práva udelené príslušným orgánom členského štátu“, pokiaľ tieto subjekty vykonávajú niektorú z činností uvedených v článkoch 3 až 7 uvedenej smernice.

26 V druhom rade z článkov 2 až 7 smernice 2004/17 vyplýva, že koordinácia, ktorú zaviedla táto smernica, sa nevzťahuje na všetky oblasti hospodárskej činnosti, ale týka sa presne vymedzených odvetví, o čom svedčí okrem iného aj skutočnosť, že táto smernica je bežne nazývaná „odvetvová smernica“. Naopak, pôsobnosť smernice 2004/18 zahrňuje takmer všetky odvetvia hospodárskeho života, čo odôvodňuje jej bežné pomenovanie „všeobecná smernica“.

27 Za týchto okolností treba už teraz konštatovať, že všeobecný dosah smernice 2004/18 a obmedzený dosah smernice 2004/17 si vyžaduje, aby ustanovenia poslednej uvedenej smernice boli vykladané reštriktívne.

28 Hranice medzi pôsobnosťou oboch smerníc sú vyznačené explicitnými ustanoveniami. Článok 20 ods. 1 smernice 2004/17 stanovuje, že uvedená smernica sa nevzťahuje na zákazky, ktoré obstarávatelia zadávajú na iné účely, ako je vykonávanie takýchto činností v odvetviach stanovených v článkoch 3 až 7 tejto smernice. Podobným ustanovením v smernici 2004/18 je článok 12 prvý odsek, v ktorom sa uvádza, že táto smernica sa nevzťahuje na verejné zákazky, ktoré podľa smernice 2004/17 zadávajú verejní obstarávatelia vykonávajúci jednu alebo viac činností uvedených v článkoch 3 až 7 smernice 2004/17 a sú zadávané pre výkon týchto činností.

29 Týmto spôsobom je pôsobnosť smernice 2004/17 presne vymedzená, čo neumožňuje rozšírenie uplatnenia tam stanovených postupov za hranice tejto pôsobnosti.

30 Z tohto dôvodu vyššie uvedené ustanovenia neumožňujú uplatnenie prístupu nazývaného „infekčná teória“ v rámci smernice 2004/17, ktorý bol rozvinutý po vydaní už

citovaného rozsudku Mannesmann Anlagenbau Austria a i. Uvedený rozsudok bol vydaný Súdnym dvorom v rámci uplatnenia smernice Rady 93/37/EHS zo 14. júna 1993 o koordinácii postupov verejného obstarávania prác (Ú. v. ES L 199, s. 54; Mim. vyd. 06/002, s. 163), a teda v oblasti, ktorá v súčasnosti spadá do pôsobnosti smernice 2004/18.

31 Ako správne poznamenali najmä rakúska, maďarská a fínska vláda, ako aj Komisia Európskych spoločenstiev, do pôsobnosti smernice 2004/17 spadajú iba zákazky, ktoré subjekt v postavení „obstarávateľa“ v zmysle uvedenej smernice zadáva v súvislosti s činnosťami v odvetviach uvedených v článkoch 3 až 7 tejto smernice.

32 Tento záver vyplýva z rozsudku zo 16. júna 2005, Strabag a Kostmann, C-462/03 a C-463/03, Zb. s. I-5397, bod 37. V uvedenom rozsudku Súdny dvor rozhodol, že pokiaľ sa zákazka netýka výkonu jednej z činností upravených v odvetvovej smernici, bude sa táto zákazka riadiť pravidlami stanovenými v smernici o verejnom obstarávaní služieb, smernicou o verejnom obstarávaní prác alebo smernicou o verejnom obstarávaní tovarov.

33 Vzhľadom na vyššie uvedené úvahy je potrebné odpovedať na prvú položenú otázku tak, že obstarávateľ v zmysle smernice 2004/17 musí uplatniť postup stanovený v uvedenej smernici iba pri zadávaní zákaziek súvisiacich s činnosťami, ktoré tento subjekt vykonáva v jednom alebo vo viacerých odvetviach stanovených v článkoch 3 až 7 tejto smernice.

O druhej otázke

34 V druhej otázke sa vnútroštátny súd pýta, či subjekt, akým je Fernwärme Wien, má byť považovaný za inštitúciu, ktorá sa spravuje verejným právom, v zmysle smernice 2004/17 alebo smernice 2004/18.

35 V tejto súvislosti je potrebné pripomenúť, ako to vyplýva z bodu 5 tohto rozsudku, že ustanovenia článku 2 ods. 1 písm. a) druhého pododseku smernice 2004/17 a článku 1 ods. 9 druhého pododseku smernice 2004/18 obsahujú rovnakú definíciu pojmu „inštitúcia, ktorá sa spravuje verejným právom“.

36 Z uvedených ustanovení vyplýva, že za „inštitúciu, ktorá sa spravuje verejným právom“ je možné považovať každú inštitúciu, ktorá bola po prvé zriadená na osobitný účel plnenia potrieb všeobecného záujmu, ktoré nemajú priemyselný alebo obchodný charakter, po druhé má právnu subjektivitu a po tretie je z väčšej časti financovaná štátnymi, regionálnymi alebo miestnymi orgánmi alebo inými inštitúciami, ktoré sa spravujú verejným právom; alebo jej riadenie podlieha dohľadu týchto inštitúcií; alebo má správny, riadiaci alebo dozorný orgán, ktorého viac ako polovicu členov vymenúvajú štátne, regionálne alebo miestne orgány alebo iné inštitúcie, ktoré sa spravujú verejným právom. Podľa judikatúry Súdneho dvora majú tieto tri podmienky kumulatívny charakter (rozsudok z 1. februára 2001, Komisia/Francúzsko, C-237/99, Zb. s. I-939, bod 40 a citovaná judikatúra).

37 Okrem toho vzhľadom na cieľ smerníc Spoločenstva v oblasti verejného obstarávania vylúčiť najmä možnosť, že organizácia financovaná alebo riadená štátom, miestnymi či regionálnymi orgánmi alebo inými verejnoprávnymi orgánmi sa nechá viesť inými ako ekonomickými úvahami, musí sa pojem „inštitúcia, ktorá sa spravuje verejným právom“ vykladať funkčne (pozri v tomto zmysle rozsudok z 13. decembra 2007, Bayerischer Rundfunk a i., C-337/06, Zb. s. I-11173, body 36 a 37, ako aj citovanú judikatúru).

38 V prejednávanej veci je nesporné, že posledné dve kritériá stanovené v právnej úprave uvedenej v bode 36 tohto rozsudku sú splnené, pretože Fernwärme Wien má právnu subjektivitu, mesto Viedeň je vlastníkom celého obchodného podielu tejto spoločnosti a kontroluje hospodárske a finančné použitie finančných prostriedkov. Zostáva teda určiť, či tento subjekt bol zriadený na osobitný účel plnenia potrieb všeobecného záujmu, ktoré nemajú priemyselný alebo obchodný charakter.

39 V prvom rade, pokiaľ ide o zriadenie predmetného subjektu a charakter plnených potrieb, je vhodné konštatovať, že zo spisu, ktorý bol predložený Súdnemu dvoru, vyplýva, že Fernwärme Wien bola založená na špecifické účely zabezpečenia dodávok tepla do bytov, verejných inštitúcií, kancelárií a podnikov na území mesta Viedeň prostredníctvom spaľovania odpadov. Na pojednávaní na Súdnom dvore bolo objasnené, že v súčasnosti tento vykurovací systém slúži približne 250 000 obyvateľom, veľkému množstvu kancelárií a priemyselným zariadeniam, ako aj prakticky všetkým verejným inštitúciám. Zabezpečenie vykurovacieho tepla pre mestskú aglomeráciu prostredníctvom systému, ktorý chráni životné prostredie, predstavuje cieľ, ktorý je nepochybne vo všeobecnom záujme. Z tohto dôvodu nie je možné spochybniť skutočnosť, že Fernwärme Wien bola založená na osobitný účel plnenia potrieb všeobecného záujmu.

40 V tomto smere nie je relevantné, či sú tieto potreby skutočne plnené alebo či by mohli byť plnené súkromnými podnikmi. Je dôležité, aby išlo o potreby, ktoré sú vo všeobecnosti z dôvodov týkajúcich sa všeobecného záujmu plnené samotným štátom alebo územnou samosprávou alebo si tieto orgány chcú v súvislosti s uvedenými potrebami zachovať rozhodujúci vplyv (pozri v tomto zmysle rozsudky z 10. novembra 1998, BFI Holding, C-360/96, Zb. s. I-6821, body 44, 47, 51 a 53, ako aj z 10. mája 2001, Agorà a Excelsior, C-223/99 a C-260/99, Zb. s. I-3605, body 37, 38 a 41).

41 Po druhé s cieľom preskúmať, či potreby, ktoré sú plnené predmetným subjektom vo veci samej, majú iný ako priemyselný alebo obchodný charakter, je vhodné zohľadniť všetky relevantné právne a faktické skutočnosti, akými sú okolnosti, ktoré existovali v dobe zriadenia predmetného subjektu, a podmienky, v ktorých vykonáva svoju činnosť. V tejto súvislosti je potrebné najmä preskúmať, či je činnosť predmetného subjektu vystavená hospodárskej súťaži (pozri rozsudok z 22. mája 2003, Korhonen a i., C-18/01, Zb. s. I-5321, body 48 a 49, ako aj citovanú judikatúru).

42 Ako už bolo uvedené v bode 39 tohto rozsudku, Fernwärme Wien bola založená na osobitný účel zabezpečenia vykurovacieho tepla na území mesta Viedeň. Je nesporné,

že pri jej založení nebolo cieľom tohto subjektu dosahovanie zisku. Nie je vylúčené, že táto činnosť môže priniesť zisk, ktorý bude vo forme dividend distribuovaný akcionárom tejto spoločnosti. Dosahovanie zisku však nie je hlavným cieľom tejto spoločnosti (pozri v tomto zmysle rozsudok Korhonen a i., už citovaný, bod 54).

43 Pokiaľ ide o relevantné hospodárske prostredie, alebo inak povedané relevantný trh, ktorý treba zohľadniť na posúdenie skutočnosti, či predmetný subjekt vykonáva svoju činnosť v rámci hospodárskej súťaže, je vhodné zohľadniť, ako to navrhuje generálny advokát v bodoch 53 a 54 svojich návrhov, vzhľadom na funkčný výklad pojmu „inštitúcia, ktorá sa spravuje verejným právom“, odvetvie, pre ktoré bola spoločnosť Fernwärme Wien zriadená, t. j. dodávky vykurovacieho tepla pomocou mestskej rozvodovej siete získaného prostredníctvom spaľovania odpadov.

44 Z vnútroštátneho uznesenia, ktorým bol podaný návrh na začatie prejudiciálneho konania, vyplýva, že spoločnosť Fernwärme Wien má *de facto v* tomto odvetví skoro monopolné postavenie vzhľadom na to, že ďalšie dve spoločnosti, ktoré pôsobia v tomto odvetví, majú zanedbateľný rozmer, a teda nepredstavujú skutočných konkurentov. Ďalej, toto odvetvie má značnú autonómiu v tom zmysle, že mestský vykurovací systém by mohol byť len ťažko nahradený inými energiami, pretože by si to vyžadovalo významné transformačné práce. Nakoniec mesto Viedeň priznáva tomuto vykurovaciemu systému značný význam aj z dôvodu ochrany životného prostredia. Vzhľadom na tlak verejnej mienky by mestský úrad nepripustil zrušenie tohto systému, a to aj keby mala byť jeho prevádzka stratová.

45 Vzhľadom na tieto jednotlivé informácie predložené vnútroštátnym súdom, a ako to zdôraznil aj generálny advokát v bode 57 svojich návrhov, spoločnosť Fernwärme Wien je v súčasnosti jediným podnikom schopným vyhovieť takejto potrebe všeobecného záujmu v predmetnom odvetví, takže jej konanie v oblasti zadávania zákaziek teda môže byť vedené inými ako čisto hospodárskymi kritériami.

46 V už citovaných rozsudkoch BFI Holding (bod 49) a Agorà a Excelsior (bod 38) Súdny dvor zdôraznil, že existencia rozvinutej hospodárskej súťaže môže byť indíciou na podporu tvrdenia, že nejde o potrebu všeobecného záujmu, ktorý nemá priemyselný alebo obchodný charakter. Z návrhu na začatie prejudiciálneho konania jasne vyplýva, že vzhľadom na okolnosti sporu vo veci samej toto kritérium nie je ani zďaleka splnené.

47 Je potrebné dodať, že v tejto súvislosti je nerelevantné, či uvedený subjekt vykonáva okrem svojej úlohy vo všeobecnom záujme aj iné činnosti, ktorých cieľom je dosiahnutie zisku, ak aj naďalej plní potreby všeobecného záujmu, ku ktorých uspokojeniu sa osobitne zaviazal. Význam činností, ktoré sú vykonávané s cieľom dosiahnuť zisk, je zanedbateľný v porovnaní s celkovými činnosťami tohto subjektu na účely jeho kvalifikácie ako inštitúcia, ktorá sa spravuje verejným právom (pozri v tomto zmysle rozsudky Mannesmann Anlagenbau Austria a i., už citovaný, bod 25; z 27. februára 2003, Adolf Truley, C-373/00, Zb. s. I-1931, bod 56, ako aj Korhonen a i., už citovaný, body 57 a 58).

48 Vzhľadom na predchádzajúce úvahy treba na druhú otázku odpovedať, že subjekt, akým je Fernwärme Wien, musí byť považovaný za inštitúciu, ktorá sa spravuje verejným právom, v zmysle článku 2 ods. 1 písm. a) druhého pododseku smernice 2004/17 a článku 1 ods. 9 druhého pododseku smernice 2004/18.

O tretej otázke

49 V tretej otázke sa vnútroštátny súd pýta, či sa na všetky zákazky zadané subjektom, ktorý je inštitúciou, ktorá sa spravuje verejným právom, v zmysle smernice 2004/17

alebo smernice 2004/18, vzťahujú pravidlá jednej alebo druhej smernice, pokiaľ možno účinnými opatreniami dosiahnuť jasné oddelenie činností, ktoré tento subjekt vykonáva s cieľom uskutočniť jeho poslanie plniť potreby všeobecného záujmu, a činnosťami, ktoré tento subjekt vykonáva v rámci hospodárskej súťaže, pričom by toto oddelenie vylúčilo krížové financovanie medzi týmito dvomi druhmi činností.

50 V tomto zmysle je potrebné pripomenúť, že problematika, ktorá tvorí základ tejto otázky, bola po prvýkrát preskúmaná Súdnym dvorom vo veci, v ktorej bol vydaný už citovaný rozsudok Mannesmann Anlagenbau Austria a i., ktorý sa týkal výkladu smernice 93/37 v oblasti verejného obstarávania prác. Súdny dvor dospel v bode 35 tohto rozsudku k záveru, že všetky verejné zákazky zadané subjektom, ktorý má charakter verejného obstarávateľa nezávisle od jeho podstaty, sa musia riadiť pravidlami stanovenými v tejto smernici.

51 Súdny dvor potvrdil tento postoj, pokiaľ ide o verejné zákazky na služby, v rozsudkoch BFI Holding, už citovaný, body 55 a 56, a Korhonen a i., už citovaný, body 57 a 58, ako aj, pokiaľ ide o zákazky na dodávky tovaru, v rozsudku Adolf Truley, už citovaný, bod 56. Tento postoj je taktiež možné uplatniť na smernicu 2004/18, ktorá predstavuje prepracovanie ustanovení všetkých predchádzajúcich smerníc v oblasti verejného obstarávania, ktoré nahrádza (pozri v tomto zmysle rozsudok Bayerischer Rundfunk a i., už citovaný, bod 30).

52 Tento záver platí taktiež pre subjekty, ktoré vedú účtovníctvo tak, aby vnútorne jasne oddelili činnosti, ktoré tieto subjekty vykonávajú s cieľom uskutočniť ich poslanie plniť potreby všeobecného záujmu a činnosti, ktoré tento subjekt vykonáva v rámci hospodárskej súťaže.

53 Ako to zdôraznil generálny advokát v bodoch 64 a 65 svojich návrhov, je možné vážne pochybovať o tom, či je v skutočnosti možné stanoviť takéto oddelenie medzi

jednotlivými činnosťami subjektu, ktorý je jedinou právnickou osobou, ktorého majetkový režim a vlastníctvo sú jediné a ktorého rozhodnutia v oblasti riadenia a spravovania sú prijímané jednotne, a to bez ohľadu na mnohé ďalšie praktické prekážky týkajúce sa kontroly úplného oddelenia medzi jednotlivými oblasťami činnosti predmetného subjektu *ex ante a ex post* a týkajúce sa zaradenia predmetnej činnosti do jednej z oblastí.

54 Taktiež z dôvodu právnej istoty, transparentnosti a predvídateľnosti, ktoré musia byť zohľadnené pri akomkoľvek zadávacom konaní, treba dodržiavať judikatúru Súdneho dvora uvedenú v bodoch 50 a 51 tohto rozsudku.

55 V každom prípade, ako to vyplýva z bodu 49 tohto rozsudku, otázka vnútroštátneho súdu sa súbežne týka smernice 2004/17 a smernice 2004/18.

56 V tomto zmysle treba zdôrazniť, že v rámci preskúmania druhej prejudiciálnej otázky bolo konštatované, že subjekt, akým je spoločnosť Fernwärme Wien, má byť považovaný za inštitúciu, ktorá sa spravuje verejným právom, v zmysle smernice 2004/17 a smernice 2004/18. Okrem toho po preskúmaní prvej prejudiciálnej otázky Súdny dvor dospel k záveru, že obstarávateľ musí v zmysle smernice 2004/17 uplatniť postup stanovený v uvedenej smernici iba pri zadávaní zákaziek súvisiacich s činnosťami, ktoré tento subjekt vykonáva v jednom alebo vo viacerých odvetviach stanovených v článkoch 3 až 7 tejto smernice.

57 Je vhodné upresniť, že podľa judikatúry Súdneho dvora sa smernica 2004/17 vzťahuje na zákazky, ktoré sa zadávajú v oblasti jednej z činností, ktoré sú výslovne uvedené v článkoch 3 až 7 tejto smernice, ako aj na zákazky, ktoré aj napriek tomu, že majú inú podstatu a mohla by sa na ne teda vzťahovať smernica 2004/18, slúžia na výkon

činností uvedených v smernici 2004/17 (pozri v tomto zmysle rozsudok Strabag a Kostmann, už citovaný, body 41 a 42).

58 Z tohto dôvodu sa na zákazky zadávané subjektom, akým je Fernwärme Wien, vzťahujú postupy stanovené v smernici 2004/17, pokiaľ majú súvislosť s činnosťou vykonávanou touto spoločnosťou v odvetviach uvedených v článkoch 3 až 7 tejto smernice. Naopak, na všetky ostatné činnosti zadávané takýmto subjektom v súvislosti s výkonom iných činností sa vzťahujú postupy stanovené v smernici 2004/18.

59 Na tretiu otázku treba teda odpovedať, že na zákazky zadané subjektom, ktorý je inštitúciou, ktorá sa spravuje verejným právom v zmysle smernice 2004/17 alebo smernice 2004/18 a ktoré súvisia s výkonom činností, ktoré tento subjekt vykonáva v jednom alebo vo viacerých odvetviach stanovených v článkoch 3 až 7 smernice 2004/17, sa vzťahujú postupy stanovené v tejto smernici. Na všetky ostatné zákazky zadané týmto subjektom v súvislosti s výkonom iných činností sa však vzťahujú postupy stanovené v smernici 2004/18. Každá z týchto dvoch smerníc sa uplatňuje bez rozdielu medzi činnosťami, ktoré uvedený subjekt vykonáva s cieľom uskutočniť svoje poslanie plniť potreby všeobecného záujmu, a činnosťami, ktoré tento subjekt vykonáva v rámci hospodárskej súťaže, a to aj pri existencii účtovníctva, ktoré je vedené tak, aby činnosti, ktoré tento subjekt vykonáva, boli oddelené s cieľom vyhnúť sa krížovému financovaniu medzi jednotlivými odvetviami.

O trovách

60 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 (štvrtá komora) rozhodol takto:

1. **Obstarávateľ v zmysle 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 musí uplatniť postup stanovený v uvedenej smernici iba pri zadávaní zákaziek súvisiacich s činnosťami, ktoré tento subjekt vykonáva v jednom alebo vo viacerých odvetviach stanovených v článkoch 3 až 7 tejto smernice.**

2. **Subjekt, akým je Fernwärme Wien GmbH, musí byť považovaný za inštitúciu, ktorá sa spravuje verejným právom v zmysle článku 2 ods. 1 písm. a) druhého pododseku smernice 2004/17 a článku 1 ods. 9 druhého pododseku 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.**

3. **Zákazky zadané subjektom, ktorý je inštitúciou, ktorá sa spravuje verejným právom v zmysle smernice 2004/17 alebo smernice 2004/18 a ktoré súvisia s výkonom činností, ktoré tento subjekt vykonáva v jednom alebo vo viacerých odvetviach stanovených v článkoch 3 až 7 smernice 2004/17, sa vzťahujú postupy stanovené v tejto smernici. Na všetky ostatné zákazky zadané týmto subjektom v súvislosti s výkonom iných činností sa však vzťahujú postupy stanovené v smernici 2004/18. Každá z týchto dvoch smerníc sa uplatňuje bez rozdielu medzi činnosťami, ktoré uvedený subjekt vykonáva s cieľom uskutočniť svoje poslanie plniť potreby všeobecného záujmu, a činnosťami, ktoré tento subjekt vykonáva v rámci hospodárskej súťaže, a to aj pri existencii účtovníctva, ktoré je vedené tak, aby činnosti, ktoré tento subjekt vykonáva, boli oddelené s cieľom vyhnúť sa krížovému financovaniu medzi jednotlivými odvetviami.**

Podpisy