

NÁVRHY GENERÁLNEJ ADVOKÁTKY

CHRISTINE STIX-HACKL

prednesené 23. septembra 2004¹

I — Úvod

1. Tento návrh na začatie prejudiciálneho konania sa v podstate týka dvoch problémov práva verejného obstarávania: aká je súdna ochrana v prípade priameho obstarávania (to znamená, kde sa nevedie formálne konanie o verejnom obstarávaní), a aké podmienky sa pripisujú výnimke týkajúcej sa kvázi-interného obstarávania? Táto druhá otázka sa týka výkladu rozsudku Teckal².

II — Právny rámec

2. Položené otázky sa týkajú v prvom rade výkladu smernice Rady 89/665/EHS z 21. decembra 1989 o koordinácii zákonov, iných právnych predpisov a správnych opatrení týkajúcich sa uplatňovania postupov preskúmania v rámci verejného obstaráva-

nia tovarov a prác³ (ďalej len „smernica 89/665“) a v druhom rade výkladu smernice Rady 92/50/EHS z 18. júna 1992 o koordinácii postupov verejného obstarávania služieb⁴ (ďalej len „smernica 92/50“).

3. Článok 1 ods. 1 smernice 89/665 v platnom znení stanovuje:

„1. Členské štáty prijímú potrebné opatrenia, aby zabezpečili, že v oblasti postupov verejného obstarávania, na ktoré sa vzťahujú smernice 71/305/EHS, 77/62/ES a 92/50/EHS, môžu byť rozhodnutia obstarávateľov [verejných obstarávateľov — *neoficiálny preklad*] účinne a predovšetkým tak rýchlo, ako je to možné, preskúmané v súlade s podmienkami stanovenými v nasledujúcich článkoch, najmä v článku 2 ods. 7, ak tieto rozhodnutia porušili právo spoločenstva v oblasti verejného obstarávania, alebo vnútroštátne právne predpisy prijaté na jeho vykonanie.“

1 — Jazyk prednesu: nemčina.

2 — Rozsudok Súdneho dvora z 18. novembra 1999, C-107/98, Zb. s. I-8121.

3 — Ú. v. ES L 395, s. 33; Mim. vyd. 06/001, s. 246, zmeny a doplny článkom 41 smernice Rady 92/50/EHS z 18. júna 1992 o koordinácii postupov verejného obstarávania služieb (Ú. v. ES L 209, s. 1; Mim. vyd. 06/001, s. 322).

4 — Ú. v. ES, L 209, s. 1; Mim. vyd. 06/001, s. 322, v zmenenom a doplnenom znení.

4. Príslušné ustanovenia článku 1 písm. a) smernice 92/50 sú:
- a) uzatvára spoločným podnikom vytvoreným niekoľkými obstarávateľmi na účely vykonania osobitnej činnosti v zmysle článku 2 ods. 2 pre jedného z týchto obstarávateľov alebo pre podnik, ktorý je prepojený s jedným z týchto obstarávateľov,

„Na účely tejto smernice:

- a) ‚verejné zmluvy na poskytnutie služieb‘ sú odplatné zmluvy uzavreté písomne medzi poskytovateľom služieb a obstarávateľom [verejným obstarávateľom — *neoficiálny preklad*]...“

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

5. Pred vnútroštátnym súdom bola takisto citovaná smernica Rady 93/38/EHS zo 14. júna 1993 o koordinácii postupov verejného obstarávania subjektov pôsobiacich vo vodnom, energetickom, dopravnom a telekomunikačnom sektore (ďalej len „smernica 93/38“) ⁵. Článok 13 ods. 1 tejto smernice stanovuje:

Keď viac ako jeden podnik prepojený s obstarávateľom poskytuje tie isté alebo podobné služby, berie sa do úvahy celkový obrat vyplývajúci z poskytovania služieb týmito podnikmi.“

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

III — Skutkový stav a konanie vo veci samej

- a) obstarávateľ uzatvára s prepojeným podnikom;

6. Stadt Halle (mesto Halle, Nemecko) predložilo na začiatku roku 2001 plán na vypracovanie projektu týkajúceho sa úpravy odpadu pred zhodnotením alebo zneškodnením odpadu, ktorý bolo potrebné spracovať, prípadne odpadu, ktorý nebolo potrebné spracovať, prostredníctvom dopravcu kontrolovaného mestskou radou. Rozhodnutím

5 — Ú. v. ES L 199, s. 84; Mim. vyd. 06/002, s. 194 v zmenenom a doplnenom znení.

z 12. decembra 2001 mesto Halle uzavrelo s RPL Recyclingpark Lochau GmbH (ďalej len „RPL“) zmluvu na vypracovanie projektu, získanie technických povolení a na stavebné práce na výstavbu Thermische Abfallbeseitigungs- und Verwertungsanlage (tepelnej stanice na zneškodňovanie a zhodnocovanie odpadu, ďalej len „TABVA“) v Lochau. Mesto Halle sa zároveň rozhodlo bez predchádzajúceho formálneho postupu verejného obstarávania začať s RPL rokovania na účely uzavretia zmluvy na odstraňovanie zvyškového odpadu mesta Halle počínajúc 1. júnom 2005. Zmluva, ktorej návrh už bol vypracovaný, by ďaleko presahovala hranicu určenú pre takéto typ zmlúv o službách. S cieľom zabezpečiť dostatočné využívanie kapacity stanice malo mesto Halle taktiež v úmysle uzavrieť dohody s dvoma susednými okresmi, na základe ktorých ju tieto regionálne orgány poveria zabezpečením úloh, ktoré sú spojené so spracovaním a zhodnotením odpadov, tak, aby bolo spracovanie zvyškového odpadu týchto okresov nakoniec uskutočnené takisto v TABVA, riadeným RPL. Mesto Halle sa domnieva, že ide o „interný úkon“, na ktorý sa nevzťahuje povinnosť vyhlásiť postup verejného obstarávania.

7. Spoločnosť RPL bola založená v roku 1996; je spoločnosťou s účasťou verejného sektora vo forme spoločnosti s ručením obmedzeným. Jej spoločníkmi sú Stadtwerke Halle GmbH, ktorej jediný spoločník, Verwaltungsgesellschaft für Versorgungs- und Verkehrsbetriebe der Stadt Halle mbH, je úplne vo vlastníctve mesta Halle, ktorý vlastní 75,1 % jej obchodného imania, zatiaľ čo 24,9 % patrí súkromnej spoločnosti RWE

Umwelt Sachsen-Anhalt GmbH. Súčasnú vlastnícke vzťahy boli dohodnuté v rámci spoločenskej zmluvy až koncom roku 2001, v súvislosti so zamýšľaným uzavretím zmluvy na služby na odvoz odpadu od 1. júna 2005. Podľa spoločenskej zmluvy je predmetom podnikania spoločnosti RPL využívanie zariadení na recykláciu a odstraňovanie odpadu, osobitne využívanie zariadení na kompostovanie biologického odpadu a spracovanie zmesi stavebného a priemyselného odpadu, a výstavba a využívanie zariadení na spracovanie a zhodnocovanie kanalizačného odpadu, zhodnocovanie priesakových vôd, skládkových a biologických plynov, ako aj tepelná recyklácia odpadu.

8. Spoločenská zmluva stanovuje, že rozhodnutia spoločníkov sú prijímané jednoduchou väčšinou, s výnimkou niektorých rozhodnutí, akým je menovanie dvoch konateľov spoločnosti, kde je potrebná 75 % väčšina hlasov. Vedenie spoločnosti musí každý mesiac predložiť spoločníkom správu podľa interných predpisov platných v Stadtwerke Halle GmbH pre podávanie správ. Určité obchody a opatrenia, vrátane uzatvárania alebo zmeny zmlúv o preprave vecí, a všetky rozhodnutia týkajúce sa investovania a pôžičiek si vyžadujú, v prípade že prekračujú určitú hranicu stanovenú pre každú z týchto transakcií, súhlas valného zhromaždenia. Obchodné a technické vedenie RPL je v súčasnosti zverené tretej spoločnosti. Kontrolné funk-

cie, ktoré prináležia dozornej rade vykonáva dozorná rada Stadtwerke Halle GmbH. V súlade so spoločenskou zmluvou, pokiaľ ide o účtovnú závierku spoločnosti, mesto Halle má určité práva, osobitne právo preverovať účty, a jeho kontrolný orgán má právo na priamy prístup k informáciám.

10. Mesto Halle a RPL ihneď podali proti tomuto rozhodnutiu odvolanie na Oberlandesgericht Naumburg.

IV — Položené prejudiciálne otázky

9. Listami z 21. decembra 2001 a 30. januára 2002 Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna (ďalej len „TREA“) namietala, že neboli splnené podmienky „interného úkonu“ a že v dôsledku toho je úmysel mesta uzavrieť zmluvu o poskytnutí služieb na likvidáciu odpadu od 1. júna 2005, bez formálneho vyhlásenia verejného obstarávania, v rozpore s právom verejného obstarávania. Listom zo 7. februára 2002 a na stretnutí 19. februára 2001 mesto Halle potvrdilo, že na svojom názore trvá. Dokumentom z 21. februára 2001 TREA požiadala o preskúmanie konania pred Vergabekammer (komora verejného obstarávania) pri Regierungspräsidium (obvodnom riaditeľstve) Halle, usilujúc sa o to, aby bola mestu Halle uložená povinnosť vyhlásiť verejné obstarávanie. Dňa 27. mája 2002 komora verejného obstarávania pri Regierungspräsidium Halle, nariadila mestu Halle, aby uzavrelo zmluvu na predmetné služby — „likvidácia zvyškového odpadu mesta Halle od 1. júna 2005“ — na konkurenčnom základe prostredníctvom transparentného postupu verejného obstarávania v súlade s vnútroštátnym Verdingungsordnung (zákon o verejnom obstarávaní).

11. Oberlandesgericht Naumburg konanie prerušil a položil Súdnemu dvoru tieto prejudiciálne otázky:

- „1. Ukladá článok 1 ods. 1 smernice 89/665 členským štátom, aby zabezpečili možnosť účinného a čo možno najrýchlejšieho preskúmania rozhodnutia verejného obstarávateľa o tom, že verejnú zmluvu neuzavrie v rámci postupu prispôbeného ustanoveniam smerníc o verejnom obstarávaní?
2. Ukladá tiež článok 1 ods. 1 smernice 89/665 členským štátom, aby zabezpečili možnosť účinného a čo možno najrýchlejšieho preskúmania rozhodnutí verejného obstarávateľa, ktoré prijal pred formálnym vyhlásením verejného obstarávania, najmä rozhodnutia o predbežných otázkach, či určité

postup zadávania zákazky patrí vo všeobecnosti do osobnej alebo vecnej pôsobnosti smerníc o verejnom obstarávaní, alebo či ide výnimočne o výnimku z práva verejného obstarávania?

3. V prípade kladnej odpovede na prvú otázku a v prípade zápornej odpovede na druhú otázku: Splní si členský štát svoju povinnosť zabezpečiť možnosť účinného a čo možno najrýchlejšieho preskúmania rozhodnutia verejného obstarávateľa o tom, že verejnú zmluvu neuzavrie v rámci postupu prispôbobeňného ustanoveniam smerníc o verejnom obstarávaní, ak je možnosť začatia prieskumného konania podmienená tým, že postup zadávania zákazky dospel do určitého formálneho štádia, napr. do začatia ústnych alebo písomných zmluvných rokovaní s treťou stranou?
4. Za predpokladu, že verejný obstarávateľ, akým je napríklad územný samosprávny celok, zamýšľa uzavrieť so subjektom, ktorý je od neho formálne odlišný, ďalej len — „druhá zmluvná strana“ — písomnú odpltnú zmluvu o službách, na ktorú sa vzťahuje smernica 92/50 a na druhej strane táto zmluva výnimočne nie je verejnou zmluvou na poskytnutie služieb v zmysle článku 1 písm. a) smernice 92/50, keďže druhú zmluvnú stranu možno pokladať za závislú od verejnej správy alebo útvarov verejného obstarávateľa — ďalej len „vlastný úkon oslobodený od verejného obstarávania“ — je kvalifikovanie takejto zmluvy ako vlastného úkonu oslobodeného od verejného obstarávania ešte vždy vylúčené len preto, že v spoločnosti, ktorá je druhou zmluvnou stranou, má obchodný podiel súkromná spoločnosť?
5. V prípade zápornej odpovede na štvrtú otázku: Za akých podmienok treba druhú zmluvnú stranu, v ktorej má obchodný podiel súkromná spoločnosť — ďalej len „spoločnosť s účasťou verejného sektora“ — považovať za závislú od verejnej správy alebo útvarov verejného obstarávateľa? Najmä:
 - a) Postačuje na to, aby mohla byť spoločnosť s účasťou verejného sektora považovaná za závislú od útvarov verejného obstarávateľa z hľadiska usporiadania a intenzity kontroly, skutočnosť, že táto spoločnosť je „pod dominantným vplyvom“ verejného obstarávateľa, napr. v zmysle článku 1 bodu 2 a článku 13 ods. 1 smernice Rady 93/38/EHS zo 14. júna 1993 o koordinácii postupov verejného obstarávania subjektov pôsobiacich vo vodnom, energetickom, dopravnom a telekomunikačnom sektore (Ú. v. ES, L 199, s. 84; Mim. vyd. 06/002,

s. 194), zmenenej a doplnenej aktom [o podmienkach pristúpenia Rakúskej republiky, Fínskej republiky a Švédskeho kráľovstva a o úpravách zmlúv, na ktorých je založená Európska únia (Ú. v. ES C 241, 1994, s. 21, a Ú. v. ES L 1, 1995, s. 1)], ako aj smernicou Európskeho parlamentu a Rady 98/4/ES [zo 16. februára 1998, ktorá mení a dopĺňa smernicu 93/38 (Ú. v. ES L 101, s. 1; Mim. vyd. 06/003, s. 91, ďalej len „sektorová smernica“)?

- b) Vylučuje právna možnosť, že súkromný spoločník spoločnosti s účasťou verejného sektora získa vplyv na strategické ciele druhej zmluvnej strany a/alebo na konkrétne rozhodnutia prijaté v rámci riadenia podniku, aby bola spoločnosť považovaná za závislú od útvarov verejného obstarávateľa?
- c) Postačuje veľká riadiaca právomoc týkajúca sa výlučne rozhodnutí o uzavretí zmluvy a poskytovaní plnení, pokiaľ ide o zadávanie zákazky, na to, aby sa spoločnosť s účasťou verejného sektora považovala za závislú od útvarov verejného obstarávateľa z hľadiska usporiadania alebo intenzity kontroly?
- d) Postačuje na to, aby bola spoločnosť s účasťou verejného sektora považovaná za závislú od útvarov verejného obstarávateľa, pokiaľ ide o realizáciu podstatnej časti jej aktivít v spojení s ním, ak najmenej 80 % obratu dosiahnutého priemerne touto spoločnosťou v priebehu troch posledných rokov v sektore služieb v Spoločenstve pochádza z poskytovania týchto služieb verejnému obstarávateľovi alebo prepojeným podnikom, prípadne závislým podnikom, alebo ak — v prípade podniku so zmiešaným vlastníctvom, ktorý ešte nezavšíl tri roky činnosti — predpovede umožňujú počítať s tým, že práh 80 % bude dosiahnutý?“

V — Prejudiciálne otázky týkajúce sa súdnej ochrany (prvé tri prejudiciálne otázky)

A — O prípustnosti

12. Pokiaľ ide o otázky týkajúce sa súdnej ochrany, je potrebné najskôr rozhodnúť, či sú prípustné, a ak áno, tak v akom rozsahu.

13. Súdny dvor je v zásade povinný rozhodnúť o prejudiciálnej otázke, pokiaľ nie je zjavné, že otázka v skutočnosti smeruje k tomu, aby prinútila Súdny dvor rozhodnúť o fiktívnom spore, alebo k tomu, aby vydal posúdenia ku všeobecným alebo hypotetickým otázkam, alebo že požadovaný výklad práva Spoločenstva nemá žiadny vzťah ku skutkovým stavom a cieľom konania o veci samej, alebo že Súdny dvor nemá k dispozícii skutkový alebo právny podklad potrebný pre poskytnutie vhodnej odpovede na jemu položené otázky⁶.

metom konkrétneho sporu pred vnútroštátnym súdom. Vnútroštátny súd takisto nevyvetlil, prečo zastáva názor, že odpoveď týkajúca sa týchto skutočností je preňho nevyhnutná na to, aby mohol vo veci rozhodnúť.

14. V daných konaniach zo spisu vyplýva, že budúce uzavretie zmluvy, ktoré je predmetom konania o veci samej sa nachádza v určitom štádiu: existuje totiž návrh zmluvy. Položené otázky sú preto prípustné len do tej miery, do akej majú byť zodpovedané s cieľom vyriešiť právny spor v danom prípade. Hoci sa prejudiciálne otázky týkajú dôležitých otázok súdnej ochrany, procesné pravidlá nepripúšťajú v tejto veci zaoberať sa takýmito všeobecnými otázkami, pretože okolností, ktorých sa týkajú, nie sú pred-

15. Keďže neexistuje nič z čoho by vyplývalo, že na účely vyriešenia sporu vo veci samej je nutná odpoveď, musia byť tieto otázky považované za hypotetické a v dôsledku toho za neprípustné⁷.

16. Keďže sa prejudiciálne otázky snažia objasniť všeobecné právne otázky, sú z toho dôvodu neprípustné. Podobne ako aj otázka zlučiteľnosti vnútroštátneho práva s právom Spoločenstva, ktorá je predmetom tretej otázky. S výnimkou týchto obmedzení sú však otázky týkajúce sa súdnej ochrany prípustné z iného hľadiska, a to vo vzťahu ku skutočnostiam konania o veci samej. Vzhľadom na to, že prvé tri otázky majú rovnakú podstatu sporu, a to, ktoré konania zo strany verejného obstarávateľa majú byť preskúmané, zdá sa vhodné posudzovať a zodpovedať ich spoločne.

6 — K postupu obstarávania pozri rozsudky zo 16. októbra 2003, Traunföllner, C-421/01, Zb. s. I-11941, bod 37, a zo 4. decembra 2003, EVN a Wienstrom, C-448/01, Zb. s. 14527, bod 76. Pozri tiež rozsudky zo 16. decembra 1981, Foglia, 244/80, Zb. s. 3045, bod 18; z 15. decembra 1995, Bosman, C-415/93, Zb. s. I-4921, bod 61; zo 16. januára 1997, USSL n 47 di Biella, C-134/95, Zb. s. I-195, bod 12, a zo 7. januára 2003, BIAO, C-306/99 Zb. s. I-1, bod 89.

7 — Rozsudky Traunföllner, už citovaný v poznámke pod čiarou 6, bod 38 a nasl., a EVN a Wienstrom, už citovaný v poznámke pod čiarou 6, bod 83; pozri tiež rozsudok z 18. marca 2004, Siemens a ARGE Telekom, C-314/01, Zb. s. 2549, bod 36.

B — *Skutková podstata*

17. Predmetom položených prejudiciálnych otázok týkajúcich sa súdnej ochrany proti určitým rozhodnutiam zo strany verejného obstarávateľa v podstate je, od ktorého štádia pred skutočným uzavretím zmluvy musí byť umožnený vnútroštátny postup preskúmania stanovený v smernici 89/665. Problémom je v podstate určiť okamih, kedy projekt budúceho verejného obstarávania dospel do konkrétnej podoby požadovanej pre uplatnenie súdnej ochrany.

18. Výhodiskom je zásada, že „rozhodnutia“ v zmysle článku 1 ods. 1 a „rozhodnutia“ ako konania verejného obstarávateľa, ktoré sa majú preskúmať v zmysle článku 2 ods. 1 písm. b smernice 89/665 (ktorými sú tie konania zo strany verejného obstarávateľa, ktoré sú predmetom namietania), predstavujú pojem, ktorý je podľa ustálenej judikatúry Súdneho dvora potrebné vykladať široko.

19. Podľa tejto ustálenej judikatúry článok 1 ods. 1 smernice 89/665 neuvádza „žiadne obmedzenia týkajúce sa povahy a obsahu“ týchto rozhodnutí⁸.

20. Článok 1 ods. 3 smernice 89/665 navyše žiada od členských štátov, aby zabezpečili, že postupy preskúmania uvedené v smernici budú prípustné „prinajmenšom“ každej osobe, ktorá má alebo mala záujem na získaní určitej verejnej zmluvy a ktorá bola alebo môže byť poškodená údajným porušením práva Spoločenstva v oblasti verejného obstarávania alebo vnútroštátnych právnych predpisov transponujúcich toto právo.

21. Otázkou v tomto konaní je, či široký pojem „rozhodnutia“ zahŕňa takisto rozhodnutia, ktoré sú prijaté „skôr“ — čo v právnom jazyku predstavuje rozhodnutia, ktoré sú prijaté pred začatím postupu verejného obstarávania. Predmetné rozhodnutia sú preto viac než len úvahy a menej než rozhodnutie začať alebo nezačať postup verejného obstarávania.

22. Cieľom smernice 89/665 — zabezpečiť účinné postupy preskúmania, ako je to výslovne uvedené v článku 1 ods. 1, — je, že sa musí vzťahovať aj na rozhodnutia urobené pred začatím postupu verejného obstarávania.

⁸ — Rozsudky z 28. októbra 1999, Alcatel Austria a i., C-81/98, Zb. s. I-7671, bod 35; z 18. júna 2002, HI, C-92/00, Zb. s. I-5553, bod 49, a z 19. júna 2003, GAT, C-315/01, Zb. s. I-6351, bod 52.

23. Pokiaľ ide o možnosť preskúmať rozhodnutie nezačať postup verejného obstarávania, ide o rozhodnutie, ktoré je možné považovať za protiklad rozhodnutia o ukončení postupu verejného obstarávania.

24. Rozhodnutia verejného obstarávateľa ukončiť postup verejného obstarávania sú súčasťou konaní, ktoré podliehajú preskúmaniu. Súdny dvor to v súvislosti so zrušením postupu verejného obstarávania. „Úplná realizácia cieľa sledovaného smernicou 89/665 by bola spochybnená, ak by bolo verejným obstarávateľom umožnené zrušiť verejné obstarávanie na verejnú zmluvu na poskytnutie služieb bez toho, aby boli predmetom konaní súdneho preskúmania, cieľom ktorých je zabezpečiť účinné dodržiavanie smerníc stanovujúcich podstatné pravidlá týkajúce sa verejných zmlúv a zásad, na ktorých sú tieto smernice v skutočnosti založené“⁹.

25. Je zřejmé, že rozhodnutie nezačať postup verejného obstarávania v zmysle smerníc o verejnom obstarávaní (na rozdiel od rozhodnutia zrušiť konanie, ktoré sa už začalo) vo svojej podstate netvorí časť konania o verejnom obstarávaní; čo však v žiadnom prípade nevyklučuje použitie smernice 89/665.

26. V skutočnosti, podľa judikatúry Súdneho dvora, smernica 89/665, ktorej cieľom je zvýšiť súdnu ochranu, obsahuje viac než len preskúmanie porušení smerníc o verejnom obstarávaní. Článok 1 ods. 1 smernice 89/665 sa použije na „všetky rozhodnutia prijaté obstarávateľmi [verejnými obstarávateľmi — *neoficiálny preklad*], ktoré sú predmetom pravidiel práva Spoločenstva v oblasti verejného obstarávania“¹⁰, Súdny dvor sa v tomto rozsudku rozhodol neobmedzovať rozsah ustanovenia na pravidlá stanovené v smerniciach o verejnom obstarávaní.

27. Členské štáty nie sú povinné sprístupniť postupy preskúmania každej osobe, ktorá si želá uzavrieť zmluvu na základe verejného obstarávania. Naopak, môžu navyše žiadať, aby dotknutej osobe vznikla, alebo aby jej hrozila škoda v dôsledku údajného porušenia.¹¹ V tomto zmysle preto v zásade môžu určiť, aby sa osoba zúčastnila na príslušnom postupe verejného obstarávania predtým, ako sama preukáže záujem na získaní predmetnej zmluvy a zároveň preukáže hrozbu škody v dôsledku údajnej protiprávnej povahy uzavretia.

10 — Pozri najmä rozsudok z 23. januára 2003, *Makedoniko Metro a Míchaničí*, C-57/01, Zb. s. I-1091, bod 68. Pozri tiež rozsudky HI, už citovaný v poznámke pod čiarou 8, bod 37, a GAT, už citovaný v poznámke pod čiarou 8, bod 52.

11 — Rozsudky z 12. februára 2004, *Grossmann Air Service*, C-230/02, Zb.s. I-1829, bod 25 a naśl., a z 19. júna 2003, *Hackermüller*, C-249/01, Zb. s. I-6319, bod 18.

9 — Rozsudok HI, už citovaný v poznámke pod čiarou 8, bod 53.

28. Súdny dvor už určil, že ak podnik nepredložil výzvu na predkladanie ponúk z dôvodu údajných diskriminačných špecifikácií v dokumentoch týkajúcich sa verejného obstarávania, alebo v zmluvných dokumentoch, ktoré mu v skutočnosti zabránili v tom, aby bol schopný poskytnúť všetky požadované služby, je oprávnený priamo žiadať o preskúmanie týchto špecifikácií, a to aj pred skončením postupu dotknutého verejného obstarávania¹².

30. Pre použitie smerníc o preskúmaní, a teda ani pre postupy preskúmania nie je preto rozhodujúce, aby k postupu verejného obstarávania stanoveného smernicami o verejnom obstarávaní v skutočnosti došlo. Pôsobnosť smerníc o preskúmaní totiž nezávisí na skutočnom uplatnení smerníc o verejnom obstarávaní, akou je napríklad smernica 93/39, ale na skutočnosti, že jedna z týchto smerníc by mohla byť alebo je použiteľná, napríklad ak postup, ktorý má byť preskúmaný spadá do pôsobnosti jednej z týchto smerníc.

31. Z tohto vyplýva, že aj určité úkony urobené pred začatím postupu verejného obstarávania môžu byť predmetom preskúmania v zmysle smernice 89/665. Existujú však určité obmedzenia.

29. Podobne, tak ako podniku musí byť umožnené, aby ihneď požiadal o preskúmanie konaní na účely zistenia porušenia, bez toho aby čakal na skončenie postupu verejného obstarávania¹³, musí mať podnik takisto možnosť kontrolovať určité rozhodnutia týkajúce sa postupu verejného obstarávania bez toho, aby musel čakať na začatie postupu verejného obstarávania. Je príznačné, že v prípadoch, ktoré nás zaujímajú, kde sa vyskytne takýto druh problému, sa postup verejného obstarávania nekončí v zmysle smerníc o verejnom obstarávaní — od podniku je len ťažko možné žiadať, aby predložil ponuku, ak sa postup verejného obstarávania vôbec nezačal.

32. Možnosti, aby boli všetky úkony verejného obstarávateľa preskúmané, bráni nielen skutočnosť, že jednotlivé etapy, ktorými sa začína postup verejného obstarávania sa v jednotlivých členských štátoch líšia, ale navyše aj skutočnosť, že závisia od konkrétneho projektu.

33. Je takisto potrebné pripomenúť jedno osobitné kritérium týkajúce sa poskytovania súdnej ochrany, ktoré rozvinul Súdny dvor. Podľa neho cieľom smernice 89/665 „je

12 — Rozsudok Grossmann Air Service, už citovaný v poznámke pod čiarou 11, bod 28.

13 — Rozsudok Grossmann Air Service, už citovaný v poznámke pod čiarou 11, bod 29 a nasl.

posilniť existujúcu štruktúru tak na vnútroštátnej úrovni, ako aj na úrovni Spoločenstva na účely zabezpečenia účinného uplatnenia smerníc Spoločenstva o uzatváraní zmlúv na základe verejného obstarávania, osobitne v štádiu, *kedy je možné porušenia ešte napraviť*.¹⁴

34. Iný rozsudok Súdneho dvora uvádza, že nie každý úkon verejného obstarávateľa je preskúmateľný. Daný prípad sa týka obmedzení stanovených vnútroštátnymi predpismi o možnosti preskúmať niektoré rozhodnutia verejného obstarávateľa. Analýza aplikovaná Súdnyim dvorom sa týkala toho, či je zaručená súdna ochrana. Súdny dvor dospel k záveru, že súdna ochrana bola zaručená, hoci podľa príslušných vnútroštátnych právnych predpisov je možné napadnúť iba procesné úkony, ktoré priamo alebo nepriamo rozhodujú o skutkovej podstate veci a v dôsledku ktorých nie je možné v konaní pokračovať alebo sa obhajovať, alebo ktoré spôsobili nenahraditeľnú škodu na zákonných právach či oprávnených záujmoch.¹⁵

35. Ak je teda možné, t. j. zlučiteľné so smernicou 89/665, vylúčiť akékoľvek preskúmanie určitých úkonov uskutočnených po začatí postupu verejného obstarávania,

a *fortiori* musí byť umožnené, aby boli niektoré úkony, ktoré predchádzajú začatiu postupu verejného obstarávania vylúčené.

36. Nakoniec je potrebné pripomenúť, že cieľom smerníc o verejnom obstarávaní je iba koordinácia — harmonizácia — samotného postupu verejného obstarávania a nie regulovanie štádií, ktoré mu predchádzajú.

37. Dospela som preto k záveru, že smernica 89/665 nezaručuje celkovú preventívnu súdnu ochranu.

38. Rozhodujúcim kritériom pre určenie, ktoré úkony sú preskúmateľné, je hmotné právo určujúce osobitnú situáciu, či podľa príslušných smerníc o verejnom obstarávaní podnik má alebo nemá právo na to, aby bol určitý úkon vykonaný, alebo či je potrebné sa ho zdržať.

39. V zásade teda prichádza do úvahy takisto právo prijať zakázané opatrenie. Takéto právo môže napríklad zakázať subjektu, na ktorý sa vzťahujú smernice o verejnom obstarávaní, aby uskutočnil verejné obstará-

14 — Rozsudky Alcatel Austria a i., už citovaný v poznámke pod čiarou 8, bod 33 (kurzlvou zvýraznila generálna advokátka); pozri tiež rozsudok z 11. augusta 1995, Komisia/Nemecko, C-433/93, Zb. s. I-2303, bod 23.

15 — Rozsudok z 15. mája 2003, Komisia/Španielsko, C-214/00, Zb. s. I-4667, bod 77 a nasl.

vanie spadajúce do pôsobnosti týchto smerníc bez toho, aby viedol postup verejného obstarávania, ktorý si vyžadujú smernice. V systéme súdnej ochrany to vytvára súbeh so zákazom uzavrieť zmluvu verejným obstarávateľom.

40. Pre určenie úkonov predchádzajúcich začatiu postupu verejného obstarávania, ktoré musia byť preskúmané, je tak možným kritériom účinok týchto úkonov na podniky, ktoré žiadajú o preskúmanie. Ide preto o podmienku práva na preskúmanie (aktívna legitímácia).

41. V danom konaní však ide len o podmienky, ktoré musia byť splnené pre určitý úkon podliehajúci preskúmaniu.

42. Ďalšie obmedzenie, ktoré je potrebné vziať do úvahy v danom prejudiciálnom konaní, vyplýva z procesných predpisov týkajúcich sa tohto druhu konania pred Súdnym dvorom. V rámci tohto prejudiciálneho konania nemôže ísť o poskytnutie všeobecnej definície preskúmateľných úkonov, ale len o poskytnutie vhodnej odpovede vnútroštátnemu súdu na to, aby mohol vo veci rozhodnúť.

43. Predmetom tohto konania preto nie je stanoviť všeobecné kritériá, ktoré umožnia určiť, či určitý úkon verejného obstarávateľa má byť preskúmaný, ale stanoviť iba tie kritériá, ktoré sa týkajú úkonov v konaní pred vnútroštátnym súdom.

44. V tejto súvislosti je možné poznamenať, že smernica 89/665 sa netýka len interných úvah, teda hodnotenia potrieb, prípravy technických podmienok a ani samotného prieskumu trhu. Nerozširuje sa ani na situáciu, v ktorej verejný obstarávateľ robí interné právne úvahy o tom, či určité úkony týkajúce sa verejného obstarávania spadajú alebo nespádajú do pôsobnosti smerníc o verejnom obstarávaní.

45. Navyše tu nie je potrebné skúmať, či samotné rozhodnutie začať rokovania s iným podnikom je možné považovať za úkon, ktorý má byť preskúmaný, alebo či je pre preskúmanie potrebné, aby rokovania prebiehali. Tieto otázky sú hypotetické, keďže predmetom konania o veci samej, a teda aj prejudiciálneho konania je situácia, keď už existuje návrh zmluvy.

46. Za týchto okolností je verejný obstarávateľ v situácii, v ktorej je pripravený zmluvu uzavrieť. Toto jeho postavenie je zhodné s inou, často sa vyskytujúcou situáciou

v rámci verejného obstarávania, ktorou je prípad, že je v štádiu priamo predchádzajúcemu uzavretiu zmluvy. V jednotlivých vnútroštátnych právnych predpisov môže totiž samotné verejné obstarávanie predchádzať uzavretiu zmluvy alebo samotnú zmluvu tvorí, a ak sa chápe ako prijatie ponuky, má to za následok uzavretie predmetnej zmluvy.

47. Pre zabezpečenie efektívnej súdnej ochrany nemožno robiť rozdiely v tom, či sa v takejto situácii postup verejného obstarávania začal alebo nezačal.

48. Odpovede na prvé tri otázky budú preto znieť tak, že článok 1 ods. 1 smernice 89/665 sa má vykladať v tom zmysle, že členské štáty sú za určitých podmienok povinné zabezpečiť, aby boli určité rozhodnutia verejných obstarávateľov, urobené mimo postupu verejného obstarávania, účinne a čo možno najrýchlejšie preskúmané; k týmto rozhodnutiam môže patriť rozhodnutie týkajúce sa predbežného určenia o tom, či k určitému uzavretiu zmluvy môže dôjsť aj bez usku-točnenia postupu verejného obstarávania.

VI — Prejudiciálne otázky týkajúce sa kvázi-interného verejného obstarávania (štvrtá a piata prejudiciálna otázka)

49. Druhá skupina prejudiciálnych otázok sa týka podmienok, ktoré sa spájajú s kvázi-interným verejným obstarávaním. Ako rakúska vláda správne zdôraznila, na rozdiel od interného verejného obstarávania (vlastných úkonov) ide o zákazky pre subjekty, ktoré sú právnickou osobou, odlišnou od verejného obstarávateľa. Ak by subjekt, ktorý tieto služby poskytuje, nebol právnickou osobou, nemohlo by dôjsť k uzavretiu zmluvy. Chýbala by jedna z podmienok potrebných pre typ zmluvy v zmysle smerníc o verejnom obstarávaní.

50. Predmet daného sporu sa striktne týka výkladu pojmu „zmluva“, ktorého existencia je podmienkou uplatnenia smerníc o verejnom obstarávaní. Východiskom je rozsudok Teckal: Súdny dvor v ňom rozhodol, že určité štádiá postupu verejného obstarávania nespádajú do pôsobnosti smerníc o verejnom obstarávaní.

51. Podľa tohto rozsudku sa smernice o verejnom obstarávaní neuplatňujú tam, kde „územné samosprávne celky vykonávajú

nad dotknutou osobou *kontrolu, ktorá je podobná tej, ktorú vykonávajú nad svojimi vlastnými organizačnými útvarmi* a keď v tom istom čase táto osoba uskutočňuje *podstatnú časť svojich činností* spolu s jedným alebo viacerými územnými samosprávnymi celkami, ktoré majú účasť na jej imaní“¹⁶.

sú „zmluvami“, ktoré zodpovedajú tomuto pojmu. Použitie smerníc o verejnom obstarávaní preto zostáva pravidlom.¹⁷

52. Súdny dvor preto stanovil dve podmienky, ktoré musia byť splnené pre to, aby postup verejného obstarávania spadal mimo dosah smerníc o verejnom obstarávaní, a tým zúžil pojem „zmluvy“ na teleologický výklad.

55. Je tiež potrebné pripomenúť pôvod kvázi-interných postupov, a teda aj výnimočnosť rozsudku Teckal, ktorou je osobitná úprava interných postupov, t. j. interného obstarávania, a prípadnom, ktoré sú s ním rovnocenné.

53. V prvom rade je potrebné zdôrazniť, že Súdny dvor sám výslovne uviedol, že neuplatnenie predmetných smerníc zostáva výnimkou. Všeobecná zásada, že výnimky majú byť vykladané úzko, sa preto musí použiť a musí zahŕňať splnenie dvoch nasledujúcich podmienok.

56. Nakoniec je v tomto kontexte potrebné pripomenúť ciele smerníc o verejnom obstarávaní, t. j. otvoriť sa trhom a zabezpečiť ochranu hospodárskej súťaže.

54. Takisto zdôrazňujem, že na rozdiel od výnimky v rozsudku Teckal a určitých iných výnimiek (napríklad článok 6 smernice 92/50), vo všeobecnosti platí, že zmluvy so subjektmi, ktoré sú samé verejnými obstarávateľmi (akými sú určité dcérske spoločnosti)

57. Toto sú skutočnosti, ktoré sú relevantné pre výklad výnimky stanovenej v rozsudku Teckal.

58. Vo všeobecnosti je potrebné rozlišovať medzi tromi rozdielnymi kvázi-internými obstarávaniami: uzavretie zmluvy s vlastnými spoločnosťami (spoločnosťami so 100 % účasťou verejného obstarávateľa alebo

16 — Rozsudok Teckal, už citovaný v poznámke pod čiarou 2, bod 50 (kurzívou zvýraznila generálna advokátka).

17 — Rozsudky zo 7. decembra 2000, ARGE, C-94/99, Zb. s. I-11037, bod 40, a Teckal, už citovaný v poznámke pod čiarou 2, bod 50.

subjektov, ktoré je možné s ním porovnať), uzavretie zmluvy so zmiešanými verejnými spoločnosťami (spoločnosťami, kde sú zúčastnení viacerí verejní obstarávatelia) a uzavretie zmluvy so spoločnosťami so zmiešanou účasťou (spoločnosťami, v ktorých majú účasť aj súkromné osoby).

59. Konanie pred vnútroštátnym súdom sa týka budúceho verejného obstarávania, ktoré mesto Halle, ktoré je bez akýchkoľvek pochybností verejný obstarávateľ v zmysle smerníc o verejnom obstarávaní, chcelo začať so spoločnosťou RPL, dcérskou spoločnosťou spoločnosti „Stadwerke Halle GmbH“. Zatiaľ čo mesto Halle má 100 % podiel v dcérskej spoločnosti, ktorá má 100 % podiel v spoločnosti Stadwerke Halle GmbH, ale ktorá má iba 75,1 % podiel vo svojej vlastnej dcérskej spoločnosti s tým, že zvyšok podielov vlastní súkromný podnik.

60. Predmetné konanie sa preto týka spoločnosti so zmiešanou účasťou, t. j. kde väčšina podielov je (nepriamo) vo vlastníctve verejného obstarávateľa, zatiaľ čo účastník, ktorý nie je verejným obstarávateľom, má menší nový podiel.

61. Z procesných dôvodov sa budem ďalej v mojich návrhoch zaoberať len tými okolnosťami, ktoré sa týkajú sporu vo veci samej. Aplikovanie práva na konkrétne skutočnosti prípadu v spore vo veci samej zostáva úlohou vnútroštátneho súdu.¹⁸

A — Prvé kritérium: kontrola podobná tej, ktorá sa vykonáva nad vlastnými organizačnými útvarmi

62. Prvá podmienka, ktorá musí byť splnená pre použitie výnimky, a teda na neuplatnenie smerníc o verejnom obstarávaní, sa týka povahy kontroly vykonanej verejným obstarávateľom nad subjektom, s ktorým sa má uzavrieť zmluva. Súdny dvor požaduje, aby kontrola obstarávateľom bola „podobná tej, ktorú vykonáva nad svojimi vlastnými organizačnými útvarmi“.

63. Súdny dvor preto vychádzal z kritéria prevzatého z verejného práva. No ak aj pojem „kontrola“ podobne ako „zmluva“ a „verejný obstarávateľ“ musí byť chápaný funkčne a nie formálne, nebráni to jeho aplikovaniu na vzťah medzi verejným obstarávateľom a právnickými osobami upravenými súkromným právom, ako je v danom konaní spoločnosť s ručením obmedzeným. Použitie pojmu „organizačný útvar“ vyplýva z pôvodného zdôvodnenia vytvárania autonómnych inštitúcií, ktorým bolo presunutie určitých organizačných útvarov mimo sídla.

64. Navyše skutočnosť, že v rozsudku Tecal, ktorého jazykom konania bola taliančina, vyžadoval Súdny dvor len podobnú kontrolu

18 — Pozri uznesenie zo 14. novembra 2002, Comune di Udine a i., C-310/01, neuverejnené v Zbierke.

(„analogo“), t. j. porovnateľnú, ale nie zhodnú, podporuje stanovisko, že predmetné kritérium je možné okrem iného aplikovať na ďalšiu skupinu prípadov¹⁹.

65. Právne postavenie väčšinového spoločníka je preto potrebné posudzovať na základe relevantných ustanovení vnútroštátneho práva — v danom konaní právo týkajúce sa spoločností s ručením obmedzeným. Ďalej je potrebné zohľadniť ustanovenia — obyčajne spoločenskú zmluvu —, ktoré osobitne upravujú predmetné vzťahy. Nestačí preto čisto abstraktné posúdenie založené na právnej forme (povedzme typu právnickej osoby) vybranej pre subjekt nad ktorým sa kontrola vykonáva.

66. Právna úprava stanovená vnútroštátnymi ustanoveniami — všeobecne vo forme zákonov — má preto obmedzený význam. Osobitne je tomu tak v prípade pravidiel stanovujúcich práva menšinových spoločníkov a podmienky uplatnenia týchto práv. Takéto pravidlá v podstate dávajú spoločníkom určitú kontrolu a blokujú ich práva podľa výšky ich účasti — napríklad 10 % alebo 25 %, prípadne nad 50 %.

67. Tieto pravidlá však zakladajú skôr predpoklad toho, aké práva môže mať menšinový vlastník. Rozhodujúcim zostávajú osobitné okolnosti prípadu. V tejto súvislosti je najdôležitejším prípadom „dominantná“ zmluva, ktorá určitému spoločníkovi, bez ohľadu na výšku jeho podielu, priznáva určité práva, ktoré presahujú zákonom stanovené minimum.

68. Vzhľadom na to, že rozhodujúce sú práve osobitné okolnosti prípadu a nie ustanovenia vnútroštátnych právnych predpisov, nemôže byť jediným rozhodujúcim kritériom výška podielu verejného obstarávateľa a naopak ani výška podielu menšinového spoločníka.

69. Z toho vyplýva, že zameranie sa na určité percento účasti len sťažuje dosiahnutie vhodného riešenia, ak znemožní zohľadniť špecifické okolnosti každého prípadu a ak úplne vylúči uplatnenie kritéria kontroly v situáciách, v ktorých príslušný spoločník zostáva pod percentuálnym určením.

70. Zo skutočnosti, že subjekty, v ktorých má účasť menšinový súkromný spoločník, môžu takisto splniť kritérium kontroly však vyplýva, že výnimka stanovená v rozsudku Teckal neplatí len pre dcérske spoločnosti,

19 — Pozri naopak návrhy, ktoré predniesol generálny advokát Léger 15. júna 2000 vo veci ARGE (rozsudok už citovaný v poznámke pod čiarou 17) a v ktorých v bode 66 dokonca požaduje, aby verejný obstarávateľ, „ktorý vyžaduje od subjektu poskytovanie rôznych služieb nebol v skutočnosti iným orgánom ako verejnoprávny orgán, ktorý ho tesne kontroluje“.

ktoré sú v 100 % vlastníctve, ale aj pre spoločnosti so zmiešanou účasťou. Účasť súkromných podnikov preto v podstate nie je prekážkou.

71. V tomto štádiu je možné pripomenúť, že generálny advokát Léger sa navyše domnieva, že výnimka stanovená v rozsudku Teckal sa môže použiť aj v prípade, kde výška podielu spoločníka je 50,5 %²⁰.

72. V každom prípade pre splnenie kritéria kontroly vypracovaného Súdnym dvorom je potrebný viac než „dominantný vplyv“, tak ako ho používa právo spoločností, alebo tak ako je použitý v prvom článku smerníc o verejnom obstarávaní na určenie rôznych subjektov ako verejných obstarávateľov. „Dominantný vplyv“ v zmysle článku 1 ods. 3 v spojení s článkom 13 smernice 93/38 nie je takisto dostatočný. V prvom rade ide o sektorovú právnu úpravu, ktorá nemá náprotivok v smernici použiteľnej v danom prípade, a po druhé ide o výnimku, ktorá sa má vo všeobecnosti vykladať reštriktívne.

73. Tak zákonodarstvo Spoločenstva v smerniciach a ani Súdny dvor v rozsudku Teckal sa neodvolávajú na ustanovenia smerníc o verejnom obstarávaní.

74. Rozsah požadovanej kontroly nemožno preto odvodzovať z osobitných ustanovení smerníc o verejnom obstarávaní; ide to nad rámec toho, čo si vyžadujú ostatné výnimky, a to preto, lebo ide o výnimočnú situáciu.

75. V rámci návrhu na začatie prejudiciálneho konania je na vnútroštátnom sudcovi, aby vykladal ustanovenia vnútroštátneho práva a potom tieto a iné ustanovenia aplikoval na skutočnosti konkrétneho prípadu, o ktorom rozhoduje. V danom konaní musí preto vnútroštátny súd zistiť, aké práva má mesto Halle — materská spoločnosť spoločnosti Verwaltungsgesellschaft für Versorgungs- und Verkehrsbetriebe der Stadt Halle GmbH — vo vzťahu k spoločnosti RPL.

76. Pri uplatnení kritéria kontroly musí vnútroštátny sudca vychádzať z právomoci kontrolného orgánu. Jednoducho z hľadiska právnej istoty, otázky akými sú napríklad tie, či a ako sa takáto kontrola v praxi vykonáva, nemôžu byť rozhodujúce, a už vôbec nie dohadovať sa o tom, ako by mohol väčšinový vlastník využiť svoj podiel, t. j. či môžu zísť až tak ďaleko, aby zrušili to, čo chce menšinový vlastník. Z tohto hľadiska význam akejkoľvek povinnosti konať v dobrej viere zo strany väčšinového vlastníka je preto potrebné chápať relatívne, predovšetkým preto, že je potrebné brať do úvahy podobnú povinnosť zo strany menšinového vlastníka — tak, ako to mimochodom uviedlo mesto Halle.

20 — Návrhy, ktoré predniesol generálny advokát Léger vo veci ARGE, už citované v poznámke pod čiarou 19 (rozsudok už citovaný v poznámke pod čiarou 17), bod 60.

77. Pokiaľ ide o predmet kontroly, výnimka vyplývajúca z rozsudku Teckal ju neobmedzila len na osobitné rozhodnutia kontrolovaného subjektu. Samotná kontrola rozhodnutí o uzatvorení zmluvy vo všeobecnosti, alebo dokonca kontrola konkrétneho rozhodnutia o verejnom obstarávaní nie je dostatočná.

80. Toto kritérium je možné chápať širšie v tom zmysle, že sú po prvé zohľadnení nielen priami vlastníci, ale takisto ako je tomu v danom prípade, nepriami vlastníci materskej spoločnosti Verwaltungsgesellschaft für Versorgungs- und Verkehrsbetriebe der Stadt Halle GmbH, a po druhé, že nie je potrebné sa obmedzovať na územné samosprávne celky.

78. Znenie a cieľ kritéria „kontroly podobnej tej, ktorú vykonáva nad vlastnými organizačnými útvarmi“ naznačuje, že je potrebná možnosť úplnej kontroly. Takáto kontrola sa nesmie obmedzovať na strategické obchodné rozhodnutia, ale má byť takisto rozšírená na jednotlivé rozhodnutia vedenia podniku. V rámci tohto prejudiciálneho konania nie je potrebné zachádzať do väčších podrobností, keďže to na účely vyriešenia sporu vo veci samej nie je nevyhnutné.

81. Kritérium v rozsudku Teckal sa preto týka určitej minimálnej účasti na celkových činnostiach uskutočňovaných kontrolovaným subjektom. Je preto nevyhnutné určiť celkový rozsah činností a rozsah tých, ktoré sú uskutočňované spoločníkom v širšom ponímaní tohto pojmu.

B — Druhé kritérium: podstatná časť činností uskutočňovaná s vlastníkom podielu

79. Druhá podmienka, ktorá musí byť splnená v záujme použitia výnimky stanovenej v rozsudku Teckal, sa týka činností kontrolovaného subjektu. Podľa relevantnej časti rozsudku je výnimka použiteľná iba vtedy, „ak táto osoba uskutočňuje *podstatnú časť svojich činností* spolu s jedným alebo viacerými územnými samosprávnymi celkami, ktoré majú účasť na jej imaní“.

82. V tomto ohľade je potrebné taktiež poznamenať, že aj keď v danej súvislosti sa pojem „spoločník“ nesmie vykladať príliš reštriktívne, neznamená to, že zahŕňa takisto činnosti poskytované tretím osobám, ktoré by mal inak poskytovať sám spoločník. V praxi sa to osobitne týka poskytnutia verejnoprospešných služieb, a teda samospráv (obcí), ktoré majú povinnosť poskytovať určité služby *vis-à-vis* určitým osobám. Táto všeobecná otázka nie je predmetom prejudiciálneho konania, keďže vnútroštátny súd nepotrebuje na účely rozhodnutia sporu odpoveď na túto otázku.

83. Je potrebné poznamenať, že dôležitou je skutočná činnosť, a nie činnosť, ktorú umožňuje zákon alebo spoločenská zmluva, a ani činnosť, ktorú je kontrolovaný subjekt povinný uskutočniť.

84. Hlavnou otázkou teda je, aká účasť je potrebná na to, aby sa mohla použiť výnimka stanovená v rozsudku Teckal. Existuje mnoho rôznych odpovedí, od účasti „vyššej ako 50 %“ cez „prevažnú časť“ a „takmer výlučnú“ až po „výlučnú“.

85. V tomto kontexte niektoré názory predstavujú pozitívnu koncepciu založenú na rozsahu služieb poskytnutých spoločníkovi, negatívna koncepcia má takisto svojich zástancov. Negatívna koncepcia zahŕňa pomer služieb poskytnutých iným osobám, ako je spoločník. Takáto koncepcia sa nenachádza len v danom konaní, ale tiež v návrhoch, ktoré predniesol generálny advokát Léger, ktorého v danom konaní citovali niekoľkí účastníci konania. Podľa neho je smernica použiteľná tam, kde subjekt „realizuje podstatnú časť svojej činnosti spolu s dopravcami alebo samosprávou *inou, ako sú tí*, ktorí sú súčasťou verejného obstarávateľa“²¹. No vzhľadom na to, že v rozsudku Teckal ide o pozitívnu koncepciu, nebudem sa v mojich návrhoch negatívnou koncepciou zaoberať.

86. Vyššie uvedená pasáž z návrhov, ktoré predniesol generálny advokát Léger, však objasnila ešte ďalší dôležitý aspekt, ktorý je pri určení účasti potrebné vziať do úvahy.

87. Otázkou je, či umožňuje výnimka stanovená v rozsudku Teckal iba kvantitatívny prístup, alebo je potrebné zohľadniť takisto kvalitatívne prvky. Druhá možnosť môže vyplývať zo znenia a cieľa výnimky, ktorá neuvádza, ako majú byť činnosti hodnotené. Pôvodná (talianka) verzia príslušného bodu rozsudku Teckal navyše nevyklučuje podporný alebo alternatívny kvalitatívny prístup („la parte più importante della propria attività“).

88. Výnimka stanovená v rozsudku Teckal navyše nenaznačuje spôsob výpočtu účasti. Nie je preto zrejmé, že dôležitým kritériom je len obrat.

89. Je teda na vnútroštátnom sudcovi, aby určil „podstatnú časť činnosti“ na základe kvantitatívnych a kvalitatívnych parametrov. Postavenie kontrolovaného subjektu na trhu môže byť tiež relevantné, t. j. osobitne jeho schopnosť konkurovať *vis-à-vis* prípadným konkurentom.

21 — Tamže, bod 93 (kurzívou zvýraznila generálna advokátka).

90. Pokiaľ ide o návrhy, ktoré predniesol generálny advokát Léger, ktorého v súvislosti s druhou podmienkou stanovenou v rozsudku Teckal citovali niekoľkí účastníci konania, je potrebné pripomenúť, že rozhodujúcim je návrh v jazyku, ktorý si generálny advokát zvolil za jazyk prednesu.

93. Je potrebné uviesť, že akékoľvek iné stanovenie percenta môže byť takisto objektívne alebo vhodné. Práve prísnosť stanovenia percenta môže predstavovať prekážku vhodného riešenia. Navyše to neumožňuje zohľadniť kvalitatívne prvky.

91. Pri zohľadnení tejto zásady nám z návrhov, ktoré predniesol generálny advokát Léger, vyplýva, že má na mysli služby poskytnuté „kvázi výlučne“, preložené do nemčiny ako „sämtliche Dienstleistungen“²². A takisto odráža spôsob, akým je výnimka v rozsudku Teckal vyjadrená v taliančine, jazyku konania, pri použití výrazu „z veľkej časti“²³, čo bolo preložené do nemčiny ako „im Wesentlichen“, alebo „podstatnú časť jeho činnosti“, „la plus grande partie de leur activité“ (v nemeckej verzii „den größten Teil ihrer Tätigkeit“²⁴).

94. Hlavným dôvodom proti možnosti preniesť 80 % kritérium je, že ide o výnimku uvedenú v smernici, ktorá sa samotná uplatňuje len na určité sektory. V súlade s úmyslom zákonodarcu Spoločenstva sa hodnotenie v nej uvedené obmedzuje len na túto uvedenú smernicu. Aj keď by v praxi mohla byť myšlienka použitá aj nad rámec predmetných sektorov, skutočnosťou zostáva, že pokiaľ ide o dané konanie, nie je žiadne takéto ustanovenie uvedené v smernici.

92. Niekoľko účastníkov k tomuto konaniu navrhlo, aby kritérium „podstatnej činnosti“ bolo definované presnejšie prostredníctvom jeho výkladu v spojení s ustanoveniami upravujúcimi uzatváranie zmluvy s podnikmi prepojenými s verejným obstarávateľom. Ide o 80 % kritérium stanovené v článku 13 smernice 93/38. Toto kritérium sa považuje za „objektívne“ alebo „vhodné“.

95. Existuje ďalší dôvod, ktorý je proti použitiu článku 13 smernice 93/38. Odsek 2 tohto článku zaväzuje zmluvný podnik na to, aby Komisii na jej žiadosť oznámil určité informácie. Táto procesná požiadavka tak vyvažuje výnimku uvedenú v článku 13. V prípade výnimky stanovenej v rozsudku Teckal si však Súdny dvor zvolil iný postup, a to taký, že sa uspokojil s obidvoma samostatnými podmienkami uvedenými v tomto rozsudku. Práve z toho dôvodu, že neexistuje porovnateľná procesná požiadavka, musia sa tieto podmienky vykladať reštriktívne.

22 — Tamže, bod 74.

23 — Tamže, bod 81.

24 — Tamže, bod 83.

VII — Návrh

96. Vzhľadom na vyššie uvedené navrhujem, aby Súdny dvor odpovedal na položené otázky takto:

1. Článok 1 ods. 1 smernice Rady 89/665/EHS z 21. decembra 1989 o koordinácii zákonov, iných právnych predpisov a správnych opatrení týkajúcich sa uplatňovania postupov preskúmania v rámci verejného obstarávania tovarov a prác treba vykladať v tom zmysle, že za určitých podmienok sú členské štáty povinné zabezpečiť, aby tiež určité rozhodnutia verejných obstarávateľov prijaté mimo postupu verejného obstarávania boli účinné a čo možno najrýchlejšie preskúmané; medzi takéto rozhodnutia môže patriť rozhodnutie týkajúce sa prejudiciálnej otázky o tom, či k určitému nadobudnutiu môže dôjsť bez toho, aby sa viedol postup verejného obstarávania.
2. Smernicu Rady 92/50/EHS z 18. júna 1992 o koordinácii postupov verejného obstarávania služieb treba vykladať v tom zmysle, že jej použitie nie je možné vylúčiť len z dôvodu účasti súkromného podniku v spoločnosti, ktorá je zmluvným partnerom verejného obstarávateľa a v ktorej má verejný obstarávateľ priamu alebo nepriamu účasť.
3. Či sa má druhá zmluvná strana s účasťou súkromnej osoby podľa práva spoločností — „spoločnosť s účasťou verejného sektora“ — považovať za závislú od verejnej správy alebo organizačných útvarov verejného obstarávateľa, závisí na osobitosti tohto vzťahu, pričom veľkosť účasti ako takej nie je rozhodujúca.

Nasledujúce skutočnosti nie sú postačujúce na dané určenie:

- spoločnosť s účasťou verejného sektora je pod dominantným vplyvom verejného obstarávateľa v zmysle článku 1 bodu 2 a článku 13 ods. 1 smernice Rady 93/38/EHS zo 14. júna 1993 o koordinácii postupov verejného obstarávania subjektov pôsobiacich vo vodnom, energetickom, dopravnom a telekomunikačnom sektore,
 - veľká riadiaca právomoc týkajúca sa len všeobecných rozhodnutí o uzavretí zmluvy alebo rozhodnutí o uzavretí zmluvy, ktoré sa týkajú dotknutého prípadu.
4. Na rozdiel od kritéria stanoveného v článku 13 smernice 93/38/EHS na to, aby bolo možné považovať spoločnosť s účasťou verejného sektora za súčasť organizačných útvarov verejného obstarávateľa z hľadiska „realizácie podstatnej časti jej aktivít v spojení s ním“, nie je potrebné, aby najmenej 80 % obratu dosiahnutého priemerne touto spoločnosťou v priebehu troch posledných rokov v sektore služieb v Spoločenstve pochádzalo z poskytovania týchto služieb verejnému obstarávateľovi alebo prepojeným podnikom, prípadne závislým podnikom, alebo ak — v prípade podniku so zmiešaným vlastníctvom, ktorý ešte nezavšiel tri roky činnosti — predpovede umožňovali počítať s tým, že prah 80 % bude dosiahnutý.

Pre rozhodnutie o tom, či sa má na spoločnosť pozeráť takto, je potrebné, aby vnútroštátny sudca zohľadnil skôr skutočné činnosti a osobitne obidva parametre, kvantitatívne aj kvalitatívne.