

STANOVISKO GENERÁLNÍ ADVOKÁTKY

C. STIX-HACKL

přednesené dne 23. září 2004¹

I – Úvod

1. Toto řízení o předběžné otázce se týká v podstatě dvou následujících právních problémů v oblasti práva veřejných zakázek: soudní ochrany proti přímému zadávání zakázek, tj. bez formálního postupu při zadání zakázky, a podmínek výjimky týkající se kvaziinterních transakcí. Tento poslední bod se týká výkladu rozsudku vydaného ve věci Teckal².

II – Právní rámec

2. Položené předběžné otázky se týkají především výkladu směrnice Rady 89/665/EHS ze dne 21. prosince 1989 o koordinaci právních a správních předpisů týkajících se přezkumného řízení při zadávání veřejných

zakázek na dodávky a stavební práce³ (dále jen „směrnice 89/665“) a dále výkladu směrnice Rady 92/50/EHS ze dne 18. června 1992 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na služby⁴ (dále jen „směrnice 92/50/EHS“).

3. V platném znění směrnice 89/665 zní čl. 1 odst. 1 takto:

„Pokud jde o postupy při zadávání veřejných zakázek, které spadají do působnosti směrnic 71/305/EHS a 77/62/EHS a 92/50/EHS, přijmou členské státy opatření nezbytná pro zajištění účinného, a zejména co nejrychlejšího přezkumu rozhodnutí učiněných zadavateli podle následujících článků, a zejména čl. 2 odst. 7 z toho důvodu, že rozhodnutí porušila právo Společenství v oblasti veřejných zakázek nebo vnitrostátní předpisy je provádějící“.

1 — Původní jazyk: němčina.

2 — Rozsudek Soudního dvora ze dne 18. listopadu 1999, Teckal, C-107/98, Recueil, s. I-8121.

3 — Úř. věst. L 395, s. 33; Zvl. vyd. 06/01, s. 246, ve znění článku 41 směrnice Rady 92/50/EHS ze dne 18. června 1992 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na služby (Úř. věst. L 209, s. 1; Zvl. vyd. 06/01, s. 322), nazývaná překládajícím soudem „směrnice o přezkumu“.

4 — Úř. věst. L 209, s. 1; Zvl. vyd. 06/01, s. 322, v platném znění, nazývaná překládajícím soudem „směrnice o službách“.

4. Relevantní jsou následující ustanovení čl. 1 písm. a) směrnice 92/50:

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

„Pro účely této směrnice:

a) se „veřejnými zakázkami na služby“ rozumí zakázky sjednané písemně úplatnou smlouvou mezi poskytovatelem služeb a zadavatelem, [...]“

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

5. V průběhu původního řízení byl rovněž učiněn odkaz na směrnici Rady 93/38/EHS ze dne 14. června 1993 o koordinaci postupů při zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a telekomunikací (dále jen „směrnice 93/38“)⁵. Článek 13 odst. 1 této směrnice stanoví, že:

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

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

III – Skutkové okolnosti a původní řízení

a) zadavatel zadává přidruženému podniku;

6. Město Halle (Německo) zadalo na jaře 2001 vypracování záměru směřujícího k předběžnému zpracování, využití a odstranění svých odpadů podléhajících povinnosti odvozu a případně i odpadů, které povinnosti svozu odpadu nepodléhají, pro-

5 – Úř. věst. L 199, s. 84; Zvl. vyd. 06/02, s. 194, v platném znění.

střednictvím subjektu pod kontrolou města. Rozhodnutím ze dne 12. prosince 2001 pověřilo město Halle RPL Recyclingpark Lochau GmbH (dále jen „RPL“) vypracováním projektu, vyřízením technických povolení a stavebními pracemi potřebnými pro výstavbu tepelného zařízení pro odstraňování a využití odpadů Lochau (dále jen „zařízení Lochau“). Město Halle se současně rozhodlo bez předchozího formálního postupu při zadávání zakázky zahájit s RPL jednání za účelem uzavření smlouvy na odvoz zbytkového odpadu od 1. června 2005. Tato smlouva nacházející se ve stadiu návrhu by dalece přesahovala prahovou hodnotu stanovenou pro tento typ zakázek na služby. S cílem zajistit optimální využití kapacity zařízení má město Halle kromě toho v úmyslu uzavřít programové dohody se dvěma sousedními okresy, v jejichž rámci je tyto regionální orgány pověřily zajišťováním úkolů spojených se zpracováním a využitím odpadů tak, aby v konečném stadiu bylo zpracování zbytkového odpadu těchto okresů rovněž prováděno na zařízení Lochau RPL. Město Halle má za to, že se jedná o „interní transakci“, na kterou se nevztahuje povinnost vyhlášení zakázek.

7. RPL je společností s účastí veřejného sektoru existující od roku 1996 v právní formě společnosti s ručením omezeným. Jejími společníky jsou Stadtwerke Halle GmbH vlastníci kapitál ve výši 75,1 % – jejíž jediný společník, Verwaltungsgesellschaft für Versorgungs- und Verkehrsbetriebe des Stadt Halle mbH patří ze 100 % městu Halle

– a soukromá společnost RWE Umwelt Sachsen-Anhalt GmbH vlastníci kapitál ve výši 24,9 %. Současné vlastnické vztahy byly dohodnuty v rámci společenské smlouvy až koncem roku 2001, v souvislosti s uvažovaným zadáním služeb na odvoz odpadu od 1. června 2005. Podle společenské smlouvy je předmětem podnikání společnosti RPL provozování zařízení pro recyklaci a odvoz odpadů, a zejména provozování zařízení pro kompostování biologického odpadu, pro předběžnou úpravu směsného stavebního a průmyslového odpadu, výstavba a provozování zařízení pro zpracování a využití kalů z čistíren odpadních vod, využití průsakových vod a skládkových a biologických plynů, jakož i tepelné zpracování odpadu.

8. Podle společenské smlouvy jsou usnesení společníků přijímána buď prostou většinou, anebo v některých případech, jako je jmenování dvou jednatelů společnosti, kvalifikovanou většinou 75 % hlasů. Správní orgán musí každý měsíc společníkům předkládat zprávy v souladu s předpisy platnými ve Stadtwerke Halle GmbH pro podávání zpráv. Některé transakce a opatření, mezi něž patří uzavírání nebo změny provozovatelských smluv, rozhodnutí o investicích a sjednání půjček, podléhají, překračují-li určitou prahovou hodnotu stanovenou pro každou z těchto transakcí, schválení valné hromady společníků. V současné době je obchodní a technické vedení RPL smluvně svěřeno

třetímu podniku. Kontrolní funkce, jež obvykle náleží dozorčí radě, vykonává dozorčí rada Stadtwerke Halle GmbH. Pokud jde o výroční účetní závěrku společnosti, má město Halle v souladu se společenskou smlouvou zejména právo provádět kontrolu účetnictví a jeho kontrolní orgán má právo na přímý přístup k informacím.

10. Město Halle a RPL okamžitě podaly odvolání proti tomuto rozhodnutí k Oberlandesgericht Naumburg.

IV – Položené předběžné otázky

11. Oberlandesgericht Naumburg přerušil řízení a předložil Soudnímu dvoru následující předběžné otázky:

9. Dopisy ze dne 21. prosince 2001 a 30. ledna 2002 Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna (dále jen „TREA“) uplatnila u města Halle, že nebyly splněny podmínky „interní transakce“, a že v důsledku toho záměr žalované strany zadat od 1. června 2005 služby týkající se odvozu odpadu bez formálního vyhlášení zakázky je v rozporu s pravidly pro zadávání zakázek. Dopisem ze dne 7. února 2002, jakož i při krátké schůzce dne 19. února 2002, město Halle potvrdilo, že na svém stanovisku trvá. Písemností ze dne 21. února 2001 se TREA obrátila k senátu veřejných zakázek při Regierungspräsidium Halle s žádostí o přezkum směřující k tomu, aby městu Halle byla uložena povinnost vyhlásit veřejnou zakázku. Dne 27. května 2002 senát veřejných zakázek při Regierungspräsidium Halle městu Halle uložil, aby dotčené služby – „tedy odvoz zbytkových odpadů města Halle od 1. června 2005“ – zadalo v rámci výzvy k účasti v soutěži a prostřednictvím transparentního postupu při zadání zakázky v souladu s Verdingungsordnung (zákoník veřejných zakázek).

1. Ukládá čl. 1 odst. 1 směrnice o přezkumném řízení členskými státy zajistit možnost účinného a zejména co nejrychlejšího přezkumu rozhodnutí zadavatele nezadat veřejnou zakázku v rámci postupu přizpůsobeného ustanovením směrnic týkajících se zadávání veřejných zakázek?
2. Ukládá čl. 1 odst. 1 směrnice o přezkumu členskými státy rovněž zajistit možnost účinného a zejména co nejrychlejšího přezkumu rozhodnutí učiněných zadavateli před formálním vyhlášením zakázky, zejména rozhodnutí ohledně předběžných otázek týkajících se zjištění, zda je získání určité

zakázky obecně v osobní nebo věcné působnosti směrnic o zadávání veřejných zakázek nebo zda se výjimečně jedná o případ vynětí z práva zadávání zakázek?

čl. 1 písm. a) směrnice o službách, jelikož smluvní partner může být považován za subjekt patřící k veřejné správě nebo k organizačním útvarům zadavatele – dále jen „interní transakce nepodléhající zadání zakázky“ –, je kvalifikace takové smlouvy jako interní transakce nepodléhající zadání zakázky vyloučena pouze z toho důvodu, že soukromý podnik má v souladu s právem společností účast na smluvním partnerovi?

3. V případě kladné odpovědi na první otázku a záporné odpovědi na druhou otázku: splní členský stát svoji povinnost zajistit možnost účinného a zejména co nejrychlejšího přezkumu rozhodnutí zadavatele nezadat veřejnou zakázku v rámci postupu přizpůsobeného ustanovením směrnic o zadávání veřejných zakázek, jestliže přístup k přezkumnému řízení je podmíněn skutečností, že získání dosáhlo určitého formálního stadia, například zahájení ústního nebo písemného smluvního jednání se třetí osobou?

5. V případě záporné odpovědi na čtvrtou otázku: Za jakých podmínek musí být smluvní partner, ve kterém má v souladu s právem společností účast soukromá osoba – dále jen „společnost s účastí veřejného sektoru“ – považován za společnost patřící k veřejné správě nebo k organizačním útvarům zadavatele? Zvláště:

4. V případě, že jednak zadavatel, jakým jsou regionální nebo místní orgány, má v úmyslu uzavřít se subjektem od něj formálně odlišným – dále jen „smluvní partner“ – písemnou úplatnou smlouvu o službách, na které se vztahuje směrnice o službách, a že by jednak tato smlouva výjimečně nepředstavovala veřejnou zakázku na služby ve smyslu

a) Aby byla společnost s účastí veřejného sektoru považována za společnost patřící k organizačním útvarům zadavatele z pohledu uspořádání a intenzity kontroly, stačí, aby tato společnost byla „ovládána“ zadavatelem, například ve smyslu článku 1 bodu 2 a čl. 13 odst. 1 směrnice Rady 93/38/EHS ze dne

14. června 1993 o koordinaci postupů při zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a telekomunikací (Úř. věst. 1993, L 199, s. 84; Zvl. vyd. 06/02, s. 194) ve znění aktu o přistoupení z roku 1994 (Úř. věst. C 241, 29.8.1994, s. 228) a směrnice Evropského parlamentu a Rady 98/4/ES (Úř. věst. L 101, 16.2.1998, s. 1; Zvl. vyd. 06/03, s. 91) – dále jen „odvětvová směrnice“?

- b) Vylučuje jakákoli právní možnost získání vlivu soukromého společníka společnosti s účastí veřejného sektoru na strategické cíle smluvního partnera nebo na zvláštní rozhodnutí činěná v rámci řízení podniku, aby tato společnost byla považována za společnost patřící k organizačním útvarům zadavatele?
- c) Postačuje pro to, aby společnost s účastí veřejného sektoru byla považována za společnost patřící k organizačním útvarům zadavatele z pohledu uspořádání a intenzity kontroly, široká pravomoc řízení týkající se pouze rozhodnutí o uzavření smlouvy a plnění v tom, co se týče dotčeného získání zakázky?
- d) Postačuje pro to, aby společnost s účastí veřejného sektoru byla považována za společnost patřící k organizačním útvarům zadavatele z pohledu realizace podstatné části své činnosti spolu s ním, že nejméně 80 % průměrného obrátu dosaženého touto společností ve Společenství během posledních tří let v oblasti služeb pochází z poskytování těchto služeb zadavatelem nebo jeho přidruženým podnikům nebo podnikům k němu patřícím nebo že – v rozsahu, ve kterém podnik se smíšenou účastí dosud nevyvíjí činnost po dobu tří let – odhady umožňují počítat s tím, že tato prahová hodnota 80 % bude dosažena?

V – Předběžné otázky týkající se soudní ochrany (tři první předběžné otázky)

A – K přípustnosti

12. Nejprve je nutno zkoumat, zda a v jakém rozsahu jsou otázky týkající se soudní ochrany přípustné.

13. Soudní dvůr je v zásadě povinen rozhodnout v jakékoliv žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce, pokud není zjevné, že otázka ve skutečnosti směřuje k tomu, aby Soudní dvůr přiměla k rozhodnutí prostřednictvím fiktivního sporu, nebo k tomu, aby poskytl posouzení k obecným nebo hypotetickým otázkám; že požadovaný výklad práva Společenství nemá žádný vztah ke skutečnosti nebo předmětu sporu nebo také pokud nemá Soudní dvůr k dispozici skutkové či právní skutečnosti potřebné pro užitečnou odpověď na otázky, jež mu jsou položeny⁶.

14. V projednávané věci ze spisu vyplývá, že plánované zadání zakázky, jež je předmětem původního řízení, se nachází v určitém stadiu: existuje již totiž konkrétní návrh smlouvy. Z toho vyplývá, že předběžné otázky jsou přípustné pouze v míře nezbytné pro vyřešení sporu v tomto daném případě. Předběžné otázky se jistě týkají základních problémů soudní ochrany, procesní pravidla však vylučují zabývat se takovými všeobecnými úvahami, neboť se týkají variant, které nejsou předmětem konkrétního sporu, který byl předložen překládajícímu soudu. Překládající soud ostatně nevysvětluje důvody, které jej vedly k domněnce, že potřebuje

odpověď ohledně takovýchto případů, aby mohl rozhodnout ve sporu, který mu byl předložen.

15. V důsledku toho, neexistují-li skutečnosti, z nichž by vyplývalo, že pro vyřešení sporu v původním řízení je nezbytná odpověď ohledně těchto případů, musí být tyto otázky považovány za hypotetické, a tudíž nepřipustné⁷.

16. Vzhledem k tomu, že předběžné otázky směřují k vyjasnění obecných právních otázek, je na místě určit, že jsou nepřipustné. Stejně tak je tomu, pokud jde o slučitelnost vnitrostátního práva s právem Společenství, která je předmětem třetí předběžné otázky. Vyjma těchto omezení jsou zbylé předběžné otázky týkající se soudní ochrany přípustné, alespoň pokud jde o konkrétní podobu sporu v původním řízení. Vzhledem k tomu, že první tři otázky mají stejný účel, pokud jde o věcnou podstatu, tj. určení úkonů zadavatele, které mohou být předmětem přezkumu, je třeba posuzovat a zodpovědět všechny tři otázky společně.

⁶ — K otázkám postupu při zadávání zakázek viz rozsudky ze dne 16. října 2003, Trauffellner (C-421/01, Recueil, s. I-11941, bod 37) a ze dne 4. prosince 2003, EVN a Wienstrom (C-448/01, Recueil, s. I-14527, bod 76).

Viz mimo jiné zejména rozsudky ze dne 16. prosince 1981, Foglia (244/80, Recueil, s. 3045, bod 18), ze dne 15. prosince 1995, Bosman (C-415/93, Recueil, s. I-4921, bod 61), ze dne 16. ledna 1997, USSL n° 47 di Biella (C-134/95, Recueil, s. I-195, bod 12) a ze dne 7. ledna 2003, BIAO (C-306/99, Recueil, s. I-1, bod 89).

⁷ — Rozsudky Trauffellner (uvedený výše v poznámce pod čarou 6), body 38 a násl., a EVN a Wienstrom (uvedený výše v poznámce pod čarou 6), bod 83; viz rovněž rozsudek ze dne 18. března 2004, Siemens a Arge Telekom (C-314/01, Recueil, s. I-2549, bod 36).

B – Posouzení věci samé

17. Předběžné otázky týkající se soudní ochrany proti určitým rozhodnutím zadavatele se týkají především odpovědi na otázku, od kterého stadia před samotným zadáním veřejné zakázky musí být umožněno žádat o přezkum vnitrostátními orgány, tak jak to stanoví směrnice 89/665. Jedná se v podstatě o určení okamžiku, kdy projekt získání zakázky dosáhl stupně konkretizace požadovaného pro uplatnění soudní ochrany.

18. Pro začátek je třeba vyjít ze zásady, že pojem „rozhodnutí“ ve smyslu čl. 1 odst. 1 a pojem „rozhodnutí“ jakožto úkon zadavatele podléhající přezkumu ve smyslu čl. 2 odst. 1 písm. b) směrnice 89/665, tj. úkony zadavatele podléhající přezkumu, musí být podle judikatury Soudního dvora vykládány široce.

19. Podle této judikatury neuvádí čl. 1 odst. 1 směrnice 89/665 „žádné omezení, pokud jde o povahu a obsah“⁸ rozhodnutí.

20. Kromě toho jsou v souladu s čl. 1 odst. 3 směrnice 89/665 členské státy povinny zajistit, aby přezkumná řízení uvedená ve směrnici byla přístupná „alespoň“ každé osobě, která má nebo měla zájem na získání určité veřejné zakázky a které vznikla nebo jí hrozí škoda v důsledku domnělého porušení ustanovení práva Společenství v oblasti veřejných zakázek nebo vnitrostátních právních předpisů provádějících tato ustanovení.

21. V projednávané věci je kladena otázka, zda pojem „rozhodnutí“ v širším smyslu slova zahrnuje rovněž rozhodnutí, která jsou přijata v předchozí fázi, anebo vyjádřeno právníkem, která jsou přijata před zahájením postupu při zadání zakázky. Jedná se tudíž o rozhodnutí, která se nacházejí někde mezi pouhými úvahami a zahájením či nezahájením postupu při zadání zakázky.

22. S ohledem na cíle směrnice 89/665, to znamená na záruku účinné soudní ochrany, tak jak je výslovně definována v čl. 1 odst. 1 této směrnice, je třeba, aby se směrnice použila rovněž na rozhodnutí učiněná před zahájením postupu při zadání zakázky.

⁸ — Rozsudky ze dne 28. října 1999, Alcatel Austria a další (C-81/98, Recueil, s. I-7671, bod 35), ze dne 18. června 2002, HI (C-92/00, Recueil, s. I-5553, bod 49) a ze dne 19. června 2003, Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH [GAT] v. Österreichische Autobahnen und Schnellstraßen AG [ÖSAG] (C-315/01, Recueil, s. I-6351, bod 52).

23. Pokud jde o možnost přezkumu rozhodnutí nezahájit postup při zadání zakázky, jedná se o rozhodnutí, které lze považovat za protějšek rozhodnutí o ukončení postupu při zadání zakázky.

24. Rozhodnutí zadavatele týkající se upuštění od postupu při zadání zakázky jsou součástí úkonů, které podléhají přezkumu. Soudní dvůr to výslovně zdůraznil v souvislosti s odvoláním postupu při zadání zakázky: „úplná realizace cíle sledovaného směrnici 89/665 by byla zpochybněna, pokud by bylo zadavatelům dovoleno odvolat postupy při vyhlášení veřejných zakázek na služby, aniž by podléhali postupům soudní kontroly, jejichž účelem je zajistit v každém ohledu účinné dodržování směrnic stanovících věcná pravidla pro veřejné zakázky a zásady, na nichž jsou tato pravidla založena“⁹.

25. Je zřejmé, že na rozdíl od upuštění od již zahájeného postupu při zadání zakázky se rozhodnutí nezahájit postup při zadání zakázky ve smyslu směrnice v oblasti veřejných zakázek nachází svojí podstatou mimo jakýkoliv postup při zadání zakázky, což však absolutně nevylučuje použití směrnice 89/665.

26. Podle judikatury Soudního dvora není totiž působnost směrnice 89/665 o soudní ochraně omezena na kontrolu protiprávního jednání v oblasti veřejných zakázek. Článek 1 odst. 1 směrnice 89/665 je tudíž použitelný na „veškerá rozhodnutí učiněná zadavateli, která podléhají právním předpisům Společenství v oblasti veřejných zakázek“¹⁰, aniž by se Soudní dvůr omezoval na ustanovení směrnic v oblasti veřejných zakázek.

27. Členské státy nejsou povinny zpřístupnit přezkumná řízení každé osobě přející si získat veřejnou zakázku. Mohou naopak navíc vyžadovat, aby byla dotčená osoba poškozena domnělým protiprávním jednáním anebo jí takové poškození hrozilo¹¹. V tomto smyslu mohou tedy v zásadě stanovit účast v postupu při zadání zakázky jakožto podmínku, jejíž splnění je vyžadováno, aby bylo možno určit, že příslušná osoba prokázala zájem předmětnou zakázku získat anebo že jí hrozí újma z důvodu domněle protiprávního charakteru rozhodnutí o zadání této zakázky.

10 — Viz zejména rozsudek ze dne 23. ledna 2003, *Makedoniko Metro a Michaniki* (C-57/01, Recueil, s. I-1091, bod 68).
Viz mimo jiné rozsudky HI (uvedený výše v poznámce pod čarou 8), bod 37, a GAT (uvedený výše v poznámce pod čarou 8), bod 52.

11 — Rozsudek ze dne 12. února 2004, *Grossmann Air Service* (C-230/02, Recueil, s. I-1829, bod 25 a násl.) a rozsudek ze dne 19. června 2003, *Hackermüller* (C-249/01, Recueil, s. I-6319, bod 18).

9 — Rozsudek HI (uvedený výše v poznámce pod čarou 8), bod 53.

28. Soudní dvůr však již určil, že za předpokladu, že podnik nepředložil nabídku z důvodu domněle diskriminačních specifikací v dokumentaci týkající se vyhlášení zakázky nebo v zadávací dokumentaci, které mu zabránily, aby byl schopen dodat veškeré požadované služby, je podnik oprávněn požádat přímo o přezkoumání těchto specifikací, a to i před uzavřením postupu při zadání příslušné veřejné zakázky¹².

30. Pro použití směrnic o přezkumu, a tudíž ani pro přezkumná řízení, není tedy rozhodující, aby byl uskutečněn postup při zadávání veřejných zakázek stanovený směrnicemi v oblasti veřejných zakázek. Působnost směrnic o přezkumu totiž není vázána na skutečné uplatnění směrnic v oblasti veřejných zakázek, například směrnice 93/38, ale na skutečnost, že jedna z těchto směrnic by mohla být anebo je použitelná, například pokud transakce, která má být kontrolována, spadá do její působnosti.

31. Z těchto úvah vyplývá, že i úkony učiněné před zahájením postupu při zadání zakázky mohou podléhat přezkumu ve smyslu směrnice 89/665. Existují však určitá omezení.

29. Stejně jako musí být podniku umožněno, aby požádal přímo o přezkum jednotlivých protiprávních činů, aniž by čekal na ukončení postupu při zadání zakázky¹³, musí mít podnik rovněž možnost kontrolovat určitá rozhodnutí důležitá pro zadání zakázky, aniž by musel čekat na zahájení postupu při zadání zakázky. Pro případy, jakým je i projednávaná věc, je totiž příznačné právě to, že nekončí postupem při zadání zakázky ve smyslu směrnic v oblasti veřejných zakázek. Nelze však na podniku požadovat, aby předložil nabídku, jestliže nebyl žádný postup při zadání zakázky zahájen.

32. Možnosti, aby veškeré úkony zadavatele podléhaly přezkumu, brání nejen skutečnost, že jednotlivé fáze předcházející zahájení postupu při zadání zakázky se v jednotlivých členských státech liší, ale i to, že navíc závisejí na konkrétním projektu získání příslušné zakázky.

33. Navíc je třeba připomenout kritérium rozvinuté Soudním dvorem, pokud jde o poskytování soudní ochrany. Podle tohoto kritéria „je cílem směrnice 89/665 jak na

12 — Rozsudek Grossmann Air Service (uvedený výše v poznámce pod čarou 11), bod 28.

13 — Rozsudek Grossmann Air Service (uvedený výše v poznámce pod čarou 11), bod 29 a násl.

vnitrostátní úrovni, tak na úrovni Společenství posílit stávající mechanismy způsobem umožňujícím zajistit účinné uplatňování směrnic Společenství v oblasti veřejných zakázek, zejména ve stadiu, kdy může být protiprávní jednání ještě napraveno¹⁴.

34. Skutečnost, že veškeré úkony zadavatele nepodléhají přezkumu, je podpořena dalším rozsudkem Soudního dvora, týkajícím se omezení stanovených vnitrostátními právními předpisy pro možnost přezkumu některých rozhodnutí zadavatele. V tomto rozsudku se Soudní dvůr opíral o kritérium určující, zda je zaručena náležitá soudní ochrana, a rozhodl, že se jednalo o adekvátní soudní ochranu, i když podle vnitrostátních právních předpisů jsou napadnutelné pouze procesní úkony, které přímo či nepřímo rozhodují o skutkové podstatě věci, v jejichž důsledku nelze pokračovat v řízení nebo se hájit nebo které způsobí nenahraditelnou újmu na zákonných právech či oprávněných zájmech¹⁵.

35. Je-li tedy možné, tj. slučitelné se směrnicí 89/665 vyloučit jakýkoliv přezkum určitých úkonů provedených po zahájení postupu při zadání zakázky, tím spíše musí

být možné vyloučit některé úkony předcházející zahájení postupu při zadání zakázky.

36. Konečně je třeba připomenout, že směrnice v oblasti veřejných zakázek se omezují na koordinaci, to znamená na pouhou harmonizaci postupu při zadání zakázky a neupravují předcházející fáze.

37. Je tedy třeba učinit závěr, že směrnice 89/665 nezaručuje globální preventivní soudní ochranu.

38. Základní faktor pro určení úkonů podléhajících přezkumu je dán hmotným právem, tj. odpovědí na otázku, zda má podle směrnic v oblasti veřejných zakázek podnik právo, aby určitý úkon byl, či nebyl vykonán.

39. V zásadě tedy přichází v úvahu rovněž právo přijmout zakazující opatření. Jeho cílem může například být zakázat subjektu, na nějž se vztahuje směrnice v oblasti veřejných zakázek, aby získal zakázku spa-

14 — Rozsudek Alcatel Austria a další (uvedený výše v poznámce pod čarou 8), bod 33 (zvýrazňuje generální advokátka); viz rozsudek ze dne 11. srpna 1995, Komise v. Německo (C-433/93, Recueil, s. I-2303, bod 23).

15 — Rozsudek ze dne 15. května 2003, Komise v. Španělsko (C-214/00, Recueil, s. I-4667, bod 77 a násl.).

dající do působnosti těchto směrnic, aniž by přitom prošel jedním z postupů při zadání zakázky stanovených těmito směrnicemi. Tím je v soudní ochraně zajištěn paralelismus se zákazem zadání zakázky.

43. Předmětem tohoto řízení není tudíž stanovit obecná kritéria umožňující rozhodnout, zda určitý úkon zadavatele podléhá přezkumu, ale pouze kritéria vztahující se k úkonům původního řízení.

40. Pro určení úkonů předcházejících zahájení postupu při zadání zakázky, které musí podléhat přezkumu, je tudíž možným kritériem účinek těchto úkonů na podniky, které přezkum požadují. Jedná se tedy o podmínku práva na přezkum (aktivní legitimace).

44. V tomto rámci stačí uvést, že směrnice 89/665 se netýká čistě vnitřních úvah, ani hodnocení potřeb, zpracování zadávací dokumentace nebo prostého průzkumu trhu. Netýká se tudíž ani vnitřních právních úvah zadavatele ohledně určení toho, zda se na získání zakázky vztahují směrnice v oblasti veřejných zakázek.

41. V předmětné věci se naopak jedná výlučně o podmínky, za nichž určitý úkon podléhá přezkumu.

45. Kromě toho zde není třeba zkoumat otázku, zda pouhé rozhodnutí zahájit jednání s jiným podnikem může být považováno za úkon podléhající přezkumu, nebo zda je nutno, aby probíhala smluvní jednání. Jedná se totiž o hypotetické otázky, neboť předmět původního řízení, a tudíž i řízení o předběžné otázce je jiný případ, a sice případ, v němž již existuje návrh smlouvy.

42. Další omezení, které je nutno zohlednit v předmětném řízení o předběžné otázce, vyplývá z procesních předpisů týkajících se tohoto typu řízení před Soudním dvorem. V rámci tohoto řízení o předběžné otázce se podle těchto předpisů nemůže jednat o poskytnutí obecné definice úkonů podléhajících přezkumu, ale pouze o poskytnutí užitečné odpovědi vnitrostátnímu soudci, aby mohl rozhodnout ve sporu, který mu byl předložen.

46. V tomto případě se zadavatel chystá uzavřít smlouvu. A situace tohoto druhu tudíž odpovídá jiné její variantě často se vyskytující v rámci veřejných zakázek, a to

případu spadajícímu do fáze přímo předcházející zadání zakázky. V jednotlivých vnitrostátních právních předpisech může totiž zadání zakázky buďto předcházet uzavření smlouvy, nebo s ním splývat, a jestliže je chápáno jako přijetí nabídky, má za následek uzavření zmíněné smlouvy.

47. Pro efektivnost soudní ochrany je málo významné, zda je v takové situaci postup při zadání zakázky zahájen anebo, jako je tomu v předmětné věci, zahájen není.

48. Je tudíž namístě odpovědět na první tři předběžné otázky, že čl. 1 odst. 1 směrnice 89/665 musí být vykládán v tom smyslu, že za určitých podmínek jsou členské státy povinny nabídnout možnost účinného a co nejrychlejšího přezkumu určitých rozhodnutí zadavatele, která jsou učiněna mimo postup při zadání zakázky; k těmto rozhodnutím mohou patřit i rozhodnutí týkající se předběžného určení, zda má k určitému získání zakázky dojít bez provedení postupu při zadání veřejné zakázky.

VI – Předběžné otázky týkající se zadání kvaziinterní zakázky (čtvrtá a pátá předběžná otázka).

49. Druhá skupina předběžných otázek se týká podmínek zadávání kvaziinterních zakázek. Jak správně zdůrazňuje rakouská vláda, jedná se na rozdíl od zadávání interních zakázek (služby poskytnuté uvnitř organizace) o zakázky svěřené subjektům, které jsou právní osobou odlišnou do zadavatele. Kdyby totiž subjekt, který službu poskytuje, nebyl právnickou osobou, nemohlo by dojít k uzavření smlouvy. Chyběla by totiž podmínka pro to, aby se jednalo o zakázku ve smyslu směrnic o veřejných zakázkách.

50. Přísně vzato se předmětná věc týká výkladu termínu „zakázka“, kterým je podmíněno použití směrnic o veřejných zakázkách. Je třeba vycházet z rozsudku Soudního dvora ve věci Teckal, v němž Soudní dvůr považoval určitá získání zakázek za transakce nespádající do působnosti směrnic o veřejných zakázkách.

51. Podle tohoto rozsudku se směrnice o veřejných zakázkách nepoužijí za předpokladu, kdy „regionální nebo místní orgán

vykonává nad dotčeným subjektem *kontrolu obdobnou, jako je ta, kterou vykonává nad svými organizačními útvary*, a kdy tento subjekt realizuje *podstatnou část své činnosti* ve spolupráci s jedním nebo více regionálními nebo místními orgány, které mají účast na kapitálu tohoto subjektu“¹⁶.

52. Stanovením dvou podmínek, jejichž splnění má za následek nepoužitelnost směrnic o veřejných zakázkách, provedl Soudní dvůr teleologickou redukci pojmu „zakázka“.

53. V prvé řadě je v tomto bodě nutno zdůraznit, že Soudní dvůr sám výslovně popsal nepoužitelnost směrnic o veřejných zakázkách jakožto výjimku. A striktní výklad výjimky patří k obecným zásadám. Tuto skutečnost je třeba mít na zřeteli při následujícím posuzování obou podmínek.

54. Mimoto je třeba zdůraznit, že – kromě výjimky vyplývající z věci Teckal a některých dalších, jako je výjimka uvedená v čl. 6 směrnice 92/50 – smlouvy se subjekty, které jsou samy zadavateli, jako například některé dceřiné společnosti, obvykle odpovídají

pojmu „zakázka“. Použitelnost směrnic o veřejných zakázkách zůstává tudíž pravidlem¹⁷.

55. Navíc je třeba připomenout původ kvaziinterních transakcí, a tudíž i výjimečnost věci „Teckal“, a sice zvláštní zacházení vyhrazené interním transakcím, to znamená zadávání interních zakázek, a případům, které jsou interním zakázkám postaveny na roveň.

56. Konečně je v tomto kontextu rovněž třeba zohlednit cíle směrnic o veřejných zakázkách, tj. otevřenost trhu a zachování hospodářské soutěže.

57. Toto jsou skutečnosti, na které je třeba odkazovat při výkladu výjimky stanovené ve věci „Teckal“.

58. Obecně je třeba rozlišovat tři následující případy zadávání kvaziinterních zakázek: zadávání zakázek vlastním společenstvem (společnosti se 100 % účastí zadavatele nebo subjektů, které jsou chápány jako patřící

16 – Rozsudek Teckal (uvedený výše v poznámce pod čarou 2), bod 50 (zvyrazňuje generální advokátka).

17 – Rozsudky ze dne 7. prosince 2000, ARGE Gewässerschutz (C-94/99, Recueil, s. I-11037, bod 40) a Teckal (uvedený výše v poznámce pod čarou 2), bod 50.

k zadavateli), smíšeným veřejným společnos-
tem (společnosti s účastí několika zadava-
telů) a společností se smíšenou účastí
(společnosti, v nichž mají účast i skutečné
soukromé osoby).

*A – První kritérium: kontrola obdobná, jako
je ta, která je vykonávána nad vlastními
organizačními útvary*

59. Původní řízení se týká zakázky, kterou
město Halle, které je nepochybně zadavate-
lem ve smyslu směrnic o veřejných zakáz-
kách, hodlalo zadat dceřině společnosti jedné
vnukovské společnosti. Město Halle ovšem
kontroluje 100 % podílů své dceřině společ-
nosti, která kontroluje veškeré podíly vnu-
kovské společnosti, avšak tato vnukovská
společnost kontroluje pouze 75,1 % podílů
své vlastní dceřině společnosti. Zbytek podílů
v posledně jmenované společnosti vlastní
čistě soukromý podnik.

60. Předmětná věc se tudíž týká společnosti
se smíšenou účastí, to znamená společnosti
s většinou (nepřímou) účastí zadavatele
a účastí třetí osoby nemající statut zadava-
tele.

61. Z procesních důvodů je třeba se dále
zabývat pouze takovou variantou, jakou
představuje případ sporu v původním řízení.
Aplikace na konkrétní okolnosti sporu
v původním řízení zůstává v kompetenci
vnitrostátního soudce¹⁸.

62. První podmínka pro použití výjimky,
a tudíž nepoužitelnost směrnic o veřejných
zakázkách se týká povahy kontroly vykoná-
vané zadavatelem nad subjektem, kterému
má být zakázka zadána. Soudní dvůr vyža-
duje, aby zadavatelský subjekt vykonával
„kontrolu obdobnou, jako je ta, kterou
vykonává nad svými organizačními útvary“.

63. Soudní dvůr tudíž vychází z kritéria
převzatého z veřejného práva. Nicméně
vzhledem k tomu, že stejně jako pojem
zakázka a pojem zadavatel musí být
i kritérium kontroly chápáno funkčně,
a nikoli formálně, nebrání to jeho přenesení
na vztah mezi zadavatelem a soukromými
právníky osobami, jakou je
v projednávané věci společnost s ručením
omezeným. Odkaz na pojem organizační
útvary se vysvětluje spíše původní funkcí
vytváření autonomních orgánů, již bylo
rozdělení na útvary.

64. Navíc skutečnost, že v jednacím jazyce,
kterým byla italština, vyžaduje rozsudek
Teckal pouze obdobnou („analogo“) kon-

18 — Viz usnesení Soudního dvora ze dne 14. listopadu 2002,
Comune di Udine a další (C-310/01, nezveřejněno ve Sbírce
rozhodnutí).

trolu, to jest srovnatelnou, avšak nikoli identickou, hovoří ve prospěch přenesení na jiné případy¹⁹.

65. Právní situace většinového společníka musí být tudíž posuzována jednak na základě relevantních ustanovení vnitrostátního práva, v projednávané věci právních předpisů pro společnosti s ručením omezeným, a jednak je třeba zohlednit dokumenty, které upravují vztahy přesněji, a to zpravidla společenskou smlouvu. To znamená, že nepostačuje čistě abstraktní analýza založená na právní formě zvolené pro subjekt podléhající kontrole, např. typ právnické osoby.

66. To však znamená, že právní úprava stanovená ustanoveními vnitrostátního práva, nejčastěji zákony, má pouze omezený význam. To platí zejména v případě ustanovení o právech menšinových společníků a podmínkách výkonu těchto práv. Jde především o ustanovení, která podmiňují kontrolní a blokační práva společníků vůči jejich účasti, například 10 %, 25 % nebo více než 50 %.

19 — Viz naopak generální advokát P. Léger, který ve svém stanovisku ze dne 15. června 2000 ve věci ARGE (rozsudek uvedený v poznámce pod čarou 17), bod 66, dokonce vyžaduje, aby zadavatel, „který požaduje na subjektu poskytnutí různých služeb, byl veřejnoprávní orgán, který nad ním vykonává těsnou kontrolu, a nikoli jiný orgán.“

67. Tato ustanovení zakládají spíše předpoklad ohledně práv, která může mít menšinový společník. Rozhodující zůstává konkrétní uspořádání každého jednotlivého případu. V této souvislosti je nejdůležitějším případem ovládací smlouva, která přiznává určitému společníkovi – nezávisle na jeho účasti – jistá práva přesahující zákonem stanovené minimum.

68. Jelikož tedy nejsou rozhodující vnitrostátní právní předpisy, ale konkrétní uspořádání dané situace, nemůže být sama o sobě rozhodující ani výše účasti zadavatele nebo naopak menšinového soukromého společníka.

69. Z toho tedy vyplývá, že fixní procentuální účast je na překážku vhodnému řešení, jestliže nedovolí zohlednit konkrétní uspořádání dané situace a pokud, v případech neodpovídajících procentuálnímu kritériu, kategoricky vylučuje použití kritéria kontroly.

70. Ze skutečnosti, že subjekty, v nichž má účast menšinový soukromý společník, mohou rovněž splňovat kritérium kontroly, však vyplývá, že výjimka stanovená ve věci „Teckal“ neplatí pouze pro 100% dceřiné

společnosti, ale rovněž pro společnosti se smíšenou účastí. Účast soukromých společností nemá tudíž v podstatě nepříznivý účinek.

71. V tomto stadiu je možno připomenout, že generální advokát P. Léger považoval výjimku stanovenou ve věci „Teckal“ za použitelnou i v případě účasti, která byla pouze 50,5 %²⁰.

72. Pro splnění kritéria kontroly vypracovaného Soudním dvorem je však zapotřebí něco více než jen vykonávat dominantní vliv ve smyslu práva společností nebo vliv, který je vyžadován, aby byly určité subjekty kvalifikovány jako zadavatelé ve smyslu požadavků článku 1 směrnice v oblasti veřejných zakázek. Dominantní vliv ve smyslu čl. 1 bodu 3 v kombinaci s ustanovením čl. 13 směrnice 93/38 rovněž není dostačující. Jedná se totiž v první řadě o odvětvovou právní úpravu, která nemá protějšek ve směrnici použitelné v projednávané věci, a za druhé se jedná o výjimku, která musí být obecně vykládána restriktivním způsobem.

73. Na ustanovení směrnice o veřejných zakázkách se neodvolávají ani autoři právních předpisů Společenství ve směrnících, ani Soudní dvůr v rozsudku „Teckal“.

74. Stupeň intenzity kontroly požadovaný v projednávané věci nesmí být tudíž dovozen z určitých ustanovení směrnic o veřejných zakázkách a, vzhledem k tomu, že se jedná o výjimku, jde nad rámec požadavků ostatních právních úprav stanovicích výjimky.

75. V rámci řízení o předběžné otázce je věcí vnitrostátního soudce, aby jednak vykládal vnitrostátní ustanovení a jednak tato a jiná ustanovení použil na konkrétní případ. Překládající soud musí tudíž zkoumat, jaká práva má město Halle vůči RPL, dceři její vnukovské společnosti.

76. Při použití kritéria kontroly se musí vnitrostátní soudce opírat o kontrolní pravomocí. I kdyby to bylo pouze z důvodů právní jistoty, nezáleží na tom vědět, zda a jak je kontrola skutečně vykonávána, nebo dokonce předvídat, jak by většinový vlastník využil svoji účast, tj. zda by sám přijímal rozhodnutí v neprospěch minoritního společníka. Z tohoto hlediska musí být relativizován rovněž význam případné povinnosti loajálnosti většinového účastníka, především proto, že, jak uvádí město Halle, je třeba brát v úvahu také povinnost loajálnosti menšinového společníka.

20 – Stanovisko generálního advokáta P. Légera ve věci ARGE (uvedené výše v poznámce pod čarou 19, rozsudek uvedený výše v poznámce pod čarou 17), bod 60.

77. Pokud jde o předmět kontroly, výjimka vyplývající z věci „Teckal“ ji neomezila na určitá rozhodnutí kontrolovaného subjektu. Pouhá kontrola rozhodnutí o zadání zakázky obecně nebo přímo konkrétního rozhodnutí o zadání příslušné zakázky není tudíž dostačující.

78. S ohledem na formulaci a cíl kritéria „kontroly obdobné, jako je ta, která je vykonávána nad vlastními organizačními útvary“, je nutno požadovat možnost úplné kontroly. Tato možnost nesmí být v žádném případě omezena na strategická obchodní rozhodnutí, ale musí být rozšířena také na jednotlivá rozhodnutí vedení podniku. V rámci tohoto řízení o předběžné otázce není nutno zacházet do větších podrobností, neboť to není nezbytné pro řešení sporu v původním řízení.

B – Druhé kritérium: podstatná část činnosti je realizována spolu s vlastníkem účasti

79. Druhá podmínka, která musí být splněna v zájmu použití výjimky stanovené ve věci „Teckal“, se týká činnosti kontrolovaného subjektu. Podle znění příslušné pasáže rozsudku je výjimka použitelná, pouze pokud subjekt „realizuje *podstatnou část činnosti* spolu s jedním nebo více regionálními nebo místními orgány, které jej vlastní“.

80. Toto kritérium může být zobecněno, pokud jsou zaprvé zohledněni nejenom vlastníci přímých účastí, ale rovněž nepřímí vlastníci, jako v projednávané věci společnost „praparodičovská“, a pokud jsou zadruhé dotčeny i jiné subjekty než regionální a místní orgány.

81. Kritérium zavedené rozsudkem ve věci „Teckal“ se tudíž týká určité minimální účasti na celkové činnosti realizované kontrolovaným subjektem. Jde tedy o to, posoudit celkový rozsah realizovaných služeb a rozsah služeb realizovaných pro společníka v širokém smyslu.

82. V tomto ohledu je nicméně třeba poznamenat, že skutečnost, že pojem vlastníka účastí nesmí být vykládán příliš restriktivně, neznamena, že zahrnuje rovněž služby poskytované třetím osobám, které by měl jinak poskytovat sám společník. V praxi se to týká zejména služeb obecného zájmu, a tudíž městských úřadů (obcí), které mají povinnost poskytovat určité služby určitým osobám. Tato obecná otázka není předmětem řízení o předběžné otázce, neboť překládající soud pro vyřešení probíhajícího sporu odpověd v této záležitosti nepožaduje.

83. Dále je nutno upřesnit, že důležitá je skutečná činnost, a nikoli činnost, kterou umožňuje zákon nebo stanovy společnosti, a dokonce ani činnost, kterou je kontrolovaný subjekt povinen realizovat.

84. Ústřední otázkou tedy je, jaká výše účasti je nutná pro dosažení prahové hodnoty, aby mohla být použita výjimka stanovená ve věci „Teckal“. V tomto směru existuje množství různých názorů, podle nichž je výše této účasti více než 50 %, nebo „značná část“, „nejvýznamnější část“, „téměř výlučná“ nebo až „výlučná“.

85. V této souvislosti existuje kromě pozitivního kritéria založeného na rozsahu služeb realizovaných pro vlastníka podílů rovněž kritérium negativní. Podle tohoto negativního kritéria je třeba brát v úvahu poměr služeb poskytnutých jiným osobám než vlastníkovu podílů. Kromě předmětné věci nalezneme tento pohled ve stanovisku generálního advokáta P. Légera citovaném vícero účastníky. Podle něj se „směrnice použije, pokud tento subjekt realizuje podstatnou část činnosti *společně s jinými* subjekty, nebo s jinými veřejnoprávními orgány než s těmi, které jsou součástí zadavatele²¹. Nicméně vzhledem k tomu, že ve výjimce stanovené ve věci „Teckal“ bylo zvoleno pozitivní kritérium, není v projednávané věci na místě zabývat se dále negativním kritériem.

86. Výše uvedená pasáž ze stanoviska generálního advokáta P. Légera však připomíná ještě jiný důležitý aspekt, který musí být brán do úvahy při určení účasti.

87. Je totiž otázkou, zda výjimka stanovená ve věci „Teckal“ umožňuje pouze kvantitativní přístup, nebo zda je nutno zohlednit rovněž kvalitativní prvky. Tato druhá hypotéza se může opřít o znění a smysl samotné výjimky, která neuvádí, jak mají být činnosti hodnoceny. Původní verze příslušného bodu rozsudku Teckal, tj. verze italská, nevylučuje, aby se podpůrně nebo alternativně vycházelo z kvalitativního kritéria hodnocení („la parte più importante della propria attività“).

88. Kromě toho výjimka stanovená ve věci „Teckal“ neobsahuje ani údaje týkající se způsobu výpočtu účasti. Není tudíž zřejmé, že důležitý je pouze obchodní obrat.

89. Vnitrostátní soudce musí tudíž ohodnotit, „nakolik je činnost podstatná“ na základě kvantitativních a kvalitativních prvků. Určitou roli by ostatně mohla hrát i pozice kontrolovaného subjektu na trhu, to znamená především jeho konkurenceschopnost vůči případným konkurentům.

21 — Stanovisko generálního advokáta P. Légera ve věci ARGE (uvedené výše v poznámce pod čarou 19), bod 93 (zvýrazňuje generální advokátka).

90. Pokud jde o stanovisko generálního advokáta P. Légera citované několika účastníky řízení v souvislosti s druhou podmínkou stanovenou ve věci „Teckal“, je třeba připomenout, že rozhodující platnost má stanovisko v jazyce zvoleném generálním advokátem za jazyk originálu.

91. S ohledem na tuto zásadu tudíž ze stanoviska generálního advokáta P. Légera vyplývá, že: na jedné straně se odvolává na „quasi-vylučnost“ poskytovaných služeb, což bylo do němčiny přeloženo jako „sämtliche Dienstleistungen“²². Na druhé straně při své analýze výjimky stanovené ve věci „Teckal“ vychází z verze v jednacím jazyce, jímž byla italština, a používá výrazy „z velké části“, což bylo přeloženo do němčiny jako „im Wesentlichen“²³, nebo „největší část jejich činnosti“ (v německé verzi „den größten Teil ihrer Tätigkeit“) ²⁴.

92. Ve snaze o přesnost navrholo několik účastníků, aby bylo kritérium rázu podstatné činnosti vykládáno ve smyslu ustanovení, jež se používá na zadávání zakázek podnikům, které jsou přidruženy k zadavateli. Jedná se o kritérium 80 % stanovené čl. 13 směrnice 93/38. Jako odůvodnění bylo uvedeno, že toto kritérium je „objektivní“ a „vhodné“.

22 – Stanovisko generálního advokáta Légera ve věci ARGE (uvedené výše v poznámce pod čarou 19), bod 74.

23 – Tamtéž, bod 81.

24 – Tamtéž, bod 83.

93. K tomu je třeba poznamenat, že jakékoliv jiné fixní procento by rovněž mohlo být objektivní a vhodné. Právě rigidita fixního procenta však může být zároveň na překážku vhodnému řešení. Navíc neumožňuje zohlednění kvalitativních prvků.

94. Možnost přenesení kritéria 80 % se zdá být vyloučena zejména proto, že se jedná o ustanovení o výjimce ze směrnice vztahující se pouze na určitá odvětví. V souladu s vůlí zákonodárce Společenství se hodnocení tam uvedené omezuje pouze na uvedenou směrnici. I když v praxi by mohla být základní myšlenka použita i mimo rámec těchto odvětví, je jisté, že žádná taková právní úprava není uvedena ve směrnici, kterou lze použít v projednávané věci.

95. Na článek 13 směrnice 93/38 se nelze odvolávat i z jiného důvodu. Odstavec 2 tohoto článku ukládá totiž zadavatelským subjektům, aby poskytly Komisi na její žádost určité informace. Toto ustanovení představuje procesní protiváhu výjimky upravené v článku 13. V případě výjimky stanovené ve věci „Teckal“ však Soudní dvůr sledoval jiný směr. Spokojil se s oběma podmínkami věcné povahy stanovenými touto výjimkou. Tyto podmínky musí být vykládány restriktivně právě z důvodu neexistence srovnatelné procesní úpravy.

VII – Závěry

96. Vzhledem k výše uvedenému navrhuje odpovědět na předběžné otázky takto:

1. Článek 1 odst. 1 směrnice 89/665/EHS musí být vykládán v tom smyslu, že za určitých podmínek jsou členské státy povinny nabídnout možnost účinného a co nejrychlejšího přezkumu rovněž některých rozhodnutí zadavatele, která jsou učiněna mimo postup při zadávání zakázek; k těmto rozhodnutím mohou patřit i rozhodnutí týkající se předběžného zjišťování, zda má k určitému získání zakázky dojít bez provedení postupu při zadání zakázky.
2. Směrnice Rady 92/50/EHS ze dne 18. června 1992 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na služby musí být vykládána v tom smyslu, že její nepoužití nemůže být vyloučeno pouze z důvodu účasti soukromého podniku ve společnosti, v níž má být smluvním partnerem zadavatele a v níž má zadavatel přímou či nepřímou účast.
3. Otázka, zda společnost, s níž má být uzavřena smlouva a v níž má podle práva společností účast soukromá osoba – dále jen „společnost s účastí veřejného sektoru“ – je součástí veřejné správy nebo organizačních útvarů zadavatele, závisí na konkrétním uspořádání tohoto vztahu, aniž by význam účasti mohl být sám o sobě považován za rozhodující.

Pro účely této kvalifikace nepostačuje:

- dominantní vliv zadavatele ve společnosti s účastí veřejného sektoru ve smyslu čl. 1 bodu 2 a čl. 13 odst. 1 směrnice Rady 93/38/EHS ze dne 14. června 1993 o koordinaci postupů při zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a telekomunikací;
 - rozsáhlé řídicí pravomoci týkající se pouze rozhodnutí o udělení zakázky obecně nebo rozhodnutí o udělení zakázky týkajících se dotčeného získání zakázky.
4. Na rozdíl od kritéria stanoveného v článku 13 směrnice 93/38/EHS, aby bylo možno společnost s účastí veřejného sektoru považovat za patřící k organizačním útvarům zadavatele z pohledu „realizace podstatné části činnosti spolu s ním“ není třeba, aby nejméně 80 % průměrného obratu dosaženého touto společností ve Společenství během posledních tří let v oblasti služeb pocházelo z poskytování těchto služeb zadavateli nebo jeho přidruženým podnikům nebo aby – v rozsahu, ve kterém podnik se smíšenou účastí dosud nevyvíjí činnost po dobu tří let – odhady umožnily počítat s tím, že tato prahová hodnota 80 % bude dosažena.

Aby mohl vnitrostátní soudce rozhodnout o přidružení k zadavateli, musí se vnitrostátní soudce opírat spíše o skutečnou činnost a vzít přitom do úvahy zejména kvalitativní a kvantitativní prvky.