

NÁVRHY GENERÁLNEHO ADVOKÁTA

M. POIARES MADURO

prednesené 24. novembra 2004¹

1. Komisia sa touto žalobou o nespĺnenie povinnosti domáha určenia, že Francúzska republika si tým, že vyhradila v článku 4 zákona č. 85-704 z 12. júla 1985 o verejnom obstarávaní stavieb a jeho vzťahoch so súkromným stavebným dozorom v znení zákona č. 91-662 z 13. júla 1991 a zákona č. 96-987 zo 14. novembra 1996² úlohu zastupovania investora taxatívne vymedzeným právnickým osobám založeným podľa francúzskeho práva, nespĺnila povinnosti, ktoré jej vyplývajú zo smernice Rady 92/50/EHS z 18. júna 1992 o koordinácii postupov verejného obstarávania služieb³ a osobitne z jej článkov 8 a 9, ako aj z článku 49 ES.

2. Táto žaloba umožňuje upresniť vecnú pôsobnosť smernice 92/50 a najmä pojem zmluvy. Okrem toho zároveň odkazuje na dodržiavanie vyššie citovanej smernice a na zásadu slobodného poskytovania služieb stanovenú v článku 49 ES, čo si vyžaduje definovanie prepojenia medzi týmito dvoma textmi.

I — Skutkový a právny kontext

3. Na úvod je potrebné upresniť, že článok 4 zákona č. 85-704, ktorý je predmetom tejto žaloby, je v procese zmeny. Nariadenie č. 2004-566 zo 17. júna 2004 mení tento článok tak, že povoľuje, aby mandát bolo odteraz možné zveriť tak právnickej osobe verejného práva, ako aj súkromnej osobe.⁴ Nariadenie zavádza nezlučiteľnosť medzi funkciou mandatára a „akoukoľvek úlohou stavebného dozoru, zhotoviteľa diela alebo technickej kontroly týkajúcou sa diela alebo diel, na ktoré sa vzťahuje mandát“, aby nedošlo ku konfliktu záujmov.⁵ Nezlučiteľnosť je rozšírená na podniky spojené s mandatárom. Návrh zákona smerujúci k schváleniu tohto nariadenia bol predložený Národnému zhromaždeniu 15. septembra 2004. Podľa ustálenej judikatúry sa však musí nespĺnenie povinnosti posudzovať k dátumu uplynutia lehoty dvoch mesiacov od vydania odôvodneného stanoviska datovaného 27. júna 2002. Preto budem následne v týchto návrhoch odkazovať na francúzsky zákon, ktorý bol účinný v rozhodnom období.

1 — Jazyk prednesu: portugalčina.

2 — V následnosti JORF z 13. júla 1985, s. 7914, z 19. júla 1991, s. 9524, a z 15. novembra 1996, s. 16656, ďalej „zákon č. 85-704“.

3 — Ú. v. ES L 209, s. 1; Mim. vyd. 06/001, s. 322.

4 — JORF č. 141 z 19. júna 2004.

5 — Takáto nezlučiteľnosť sa predpokladala iba vo vzťahu k mandatárom uvedeným v článku 4 druhej zarážke zákona v jeho predchádzajúcom znení.

4. Skôr než objasním vzájomné pozície Francúzskej republiky a Komisie vo vzťahu k týmto dvom bodom, stručne vysvetlím relevantné vnútroštátne ustanovenia a ustanovenia práva Spoločenstva.

5. Smernica 92/50 upravuje verejné obstarávanie služieb. Jej cieľom je „odstránenie prekážok voľného pohybu služieb a tovaru a teda ochrana záujmov hospodárskych subjektov usadených v členskom štáte ponúkajúcich tovary a služby verejným obstarávateľom usadeným v inom členskom štáte“.⁶ Na dosiahnutie tohto cieľa sa smernica snaží „zabezpečiť, aby podniky iných členských štátov boli schopné predložiť zmluvy alebo súbory zmlúv spôsobilé na to, aby boli objektívne zaujímavé vzhľadom na ich hodnotu“.⁷ Smernica 92/50 podriaďuje rozdielnemu režimu dve kategórie služieb, utriedených v jej prílohách I A a I B. Pravidlá, ktoré sa uplatňujú na služby zapísané v prílohe I B, sa v súlade s článkom 9 smernice týkajú výlučne požiadavky definovania technických špecifikácií a zaslania oznámenia týkajúceho sa výsledku verejného obstarávania. Naopak, služby zapísané v prílohe I A smernice podliehajú podľa článku 8 zložitejším povinnostiam: musia byť napríklad vopred oznámené určitým spôsobom a v stanovených lehotách.

6. Zásada slobodného poskytovania služieb stanovená v článku 49 ES sa uplatňuje na každé poskytovanie služieb, pokiaľ sa naň nevzťahujú výnimky uvedené v článkoch 45 ES a 46 ES. Keďže smernica 92/50 sa uplatňuje iba na poskytovanie služieb na základe verejného obstarávania⁸, služby vykonávané na iných základoch podliehajú výlučne zásade slobodného poskytovania služieb. Článku 49 ES sú podriadené taktiež zmluvy, ktoré neprekračujú peňažné prahové hodnoty stanovené v článku 13 smernice 92/50.

7. Zákon, ktorý je predmetom tejto žaloby, upravuje verejné objednávanie stavieb. Uplatňuje sa na realizáciu stavieb budov alebo infraštruktúry, ako aj na priemyselné zariadenia určené na ich prevádzkovanie, ktorých investormi sú štát, verejné inštitúcie alebo niektoré určené súkromné inštitúcie.⁹ V tomto rámci môže investor uzatvoriť mandátnu zmluvu v súlade s ustanoveniami tohto zákona.

8 — Ošme odôvodnenie smernice 92/50.

9 — Článok 1 zákona č. 85-704: „Investormi sú 1. štát a jeho verejné zariadenia; 2. územné samosprávne celky, ich verejné zariadenia, verejné zariadenia nového mestského plánovania, ktoré vznikli na základe článku L. 321-1 urbanistického zákona, ich zoskupenia a zmiešané syndikáty uvedené v článku L. 166-1 zákona o obciach; 3. súkromné inštitúcie uvedené v článku L. 64 zákona o sociálnom zabezpečení a ich únie a federácie; 4. súkromné inštitúcie bývania so zníženým nájomným uvedenú v článku L. 411-2 zákona o výstavbe a bývaní, ako aj ekonomicky zmiešané spoločnosti, pre byty spoločného užívania podporované štátom a zhotovené prostredníctvom týchto inštitúcií a spoločností“.

6 — Rozsudok z 10. novembra 1998, BFI Holding, C-360/96, Zb. s. I-6821, bod 41.

7 — Rozsudok z 5. októbra 2000, Komisia/Francúzsko, C-16/98, Zb. s. I-8315, bod 44. Rozsudok sa týkal smernice Rady 93/38/EHS zo 14. júna 1993 o koordinácii postupov verejného obstarávania vo vodnom, energetickom, dopravnom a telekomunikačnom sektore (Ú. v. ES L 199, s. 84; Mim. vyd. 06/002, s. 194).

8. Náležitosti zmluvy sú presne vymedzené v článku 5 zákona č. 85-704: „Vzťahy medzi investorom a [mandatárom] sú určené dohodou, v ktorej musí byť pod hrozbou neplatnosti vymedzené: dielo, ktoré je predmetom dohody, oprávnenia zverené mandátárovi, podmienky, za ktorých investor potvrdí ukončenie úlohy mandátára, spôsob určenia jeho odmeny, sankcie uplatniteľné za nesplnenie jeho povinností a podmienky vypovedania zmluvy...“.

— príprava výberu zhotoviteľa, podpísanie zmluvy o dielo po schválení výberu zhotoviteľa investorom a sledovanie plnenia zmluvy o dielo,

— úhrada odmeny za úlohu stavebného dozoru a za zhotovenie diela,

9. Tento zákon vymenúva v článku 3 oprávnenia, ktoré môžu byť investorom zverené mandátárovi:

— prevzatie diela,

„— definovanie administratívnych a technických podmienok, podľa ktorých bude dielo naprojektované a vykonané,

— vykonanie všetkých úkonov súvisiacich s vyššie uvedenými oprávneniami.“

— príprava výberu stavebného dozoru, podpísanie zmluvy o stavebnom dozore po schválení výberu stavebného dozoru investorom a sledovanie plnenia zmluvy o stavebnom dozore,

10. Podľa článku 2 uvedeného zákona investor nemôže splnomocniť vykonaním určitých úloh iné osoby. Ide o všeobecné plánovanie diela a riadenie jeho zhotovenia.

— schválenie predbežných projektov a dohôd o projekte,

11. Ako vyplýva z vyššie citovaných ustanovení zákona, ktorý je predmetom žaloby, oprávnenia, ktoré môžu byť investorom zverené mandátárovi, sú veľmi široké. Špecifickosťou mandátnej zmluvy je ale totožnosť mandátára, ktorého si investor môže vybrať

- iba medzi kategóriami ohraničujúco určenými v článku 4 predmetného zákona:
- miestn[e] ekonomicky zmiešan[é] spoločnosti spravovan[é] zákonom č. 83-597 zo 7. júla 1983 o miestnych ekonomicky zmiešaných spoločnostiach,
- „— právnick[é] osob[y] uveden[é] v bodoch 1° a 2° článku 1 tohto zákona [to znamená štát a jeho verejné zariadenia; územné samosprávne celky, ich verejné zariadenia, verejné zariadenia nového mestského plánovania, ich zoskupenia a zmiešané syndikáty], s výnimkou verejných zdravotníckych a sociálnych zariadení, ktoré môžu byť mandatármi iba pre iné verejné zdravotnícke a sociálne zariadenia,
- verejn[é] zariadenia zriaden[é] na základe článku L. 321-1 urbanistického zákona, ako aj mestsk[é] pozemkov[é] združenia autorizovan[é] alebo vytvoren[é] z úradnej moci uplatnením článkov L. 322-1 urbanistického zákona,
 - spoločnost[i] založen[é] na základe článku 9 zákona č. 51-592 z 24. mája 1951 o osobitných účtoch Pokladnice na rok 1951, v znení článku 28 zákona č. 62-933 z 8. augusta 1962, ktorý dopĺňa zákon pre poľnohospodárske zameranie,
 - každ[á] verejn[á] alebo súkromn[á] osob[a], ktorej bola zverená realizácia zóny organizovaného plánovania alebo parcelovania v zmysle prvej hlavy knihy III urbanistického zákona na diela zahrnuté v týchto činnostiach,
- právnick[é] osob[y], ktorých viac ako polovicu základného imania priamo alebo sprostredkovane vlastní právnické osoby uvedené v bodoch 1° a 2° článku 1 a ktorých úlohou je poskytovať investorovi podporu, pod podmienkou, že nevykonávajú činnosť stavebného dozoru alebo zhotoviteľa na účet tretích osôb,
 - súkromn[é] inštitúci[e] bývania so zníženým nájomným uvedeným v článku L. 411-2 zákona o výstavbe a bývaní, ale iba pre iné inštitúcie bývania so zníženým nájomným a pre diela súvisiace s podporovanými bytmi,
 - spoločnost[i], ktoré uzavreli zmluvu podľa článku L. 222-1 zákona o výstavbe a bývaní na realizáciu činností územnej reštrukturalizácie veľkých celkov a poškodených obytných

štvrtí uvedených v I článku 1466 A Všeobecného daňového zákonníka.“

nepresvedčili, táto vydala 27. júna 2002 odôvodnené stanovisko. Aj keď Francúzska republika ohlásila skoré zrušenie sporných ustanovení, Komisia sa rozhodla obrátiť sa na Súdny dvor.

12. Na mandátne zmluvy uzavreté podľa zákona č. 85-704 sa nevzťahuje francúzsky zákon o verejnom obstarávaní.¹⁰ Investor nie je povinný vyhlásiť predchádzajúce zadávacie konanie na výber jeho mandatára. Naopak, na mandatára sa vzťahuje, pre zmluvy, ktoré uzatvára v mene investora, francúzsky zákon o verejnom obstarávaní.¹¹ Ponúka sa preto otázka, či mandátne zmluvy uzavreté podľa zákona č. 85-704 musia byť podriadené zásadám vyhlásenia zadávacieho konania a predchádzajúceho oznámenia, ktoré vyplývajú zo smernice 92/50 a z ustanovení Zmluvy o slobodnom poskytovaní služieb.

14. Upresním, že výhrady Komisie sa týkajú dvoch hľadísk. Na jednej strane sa na mandátne zmluvu tak, ako je opísaná francúzskym zákonom, podľa nej vzťahuje pôsobnosť smernice 92/50 a jej úprava nie je v súlade s článkami 8 a 9 tejto smernice. Na druhej strane v prípade, ak by smernicu 92/50 nebolo možné uplatniť, článok 4 predmetného zákona v časti, v ktorej vyhradzuje mandátne zmluvy určitým právnickým osobám, podľa nej nie je v súlade s ustanoveniami Zmluvy o slobodnom poskytovaní služieb.

13. Po tom, čo 31. mája 2000 zaslala Francúzskej republike list so žiadosťou o informácie, Komisia, nespokojná s odpoveďami, ktoré jej došli, jej 25. júla 2001 zaslala list obsahujúci výzvu. Keďže odpovede francúzskych úradov Komisiu

15. Dodržiavanie smernice 92/50 bude preskúmané v rozsahu, v akom je uplatniteľná. Následne bude potrebné určiť, či zákon č. 85-704 je v súlade s článkom 49 ES pre prípady, kedy smernica nie je uplatniteľná.

10 — Vyplývalo to z článku 3 ods. 7 zákona o verejnom obstarávaní, prijatého dekrétom č. 2001-210 zo 7. marca 2001 o zákone o verejnom obstarávaní (JORF z 8. marca 2001, s. 3700). Pozri k tomu RICHER, L.: *Le contrat de mandat au risque du droit administratif*. CJEG 1999, s. 127. Treba poznamenať, že toto ustanovenie bolo rozsudkom Štátnej rady (Francúzsko) z 8. marca 2003 vyhlásené za neplatné. Zákon o verejnom obstarávaní prijatý dekrétom č. 2004-15 zo 7. januára 2004 (JORF z 8. januára 2004, s. 703) berie toto rozhodnutie do úvahy: mandátne zmluvy mu odtiaľ podliehajú.

11 — Článok 4 posledný pododsek zákona č. 85-704.

II — Nezlučiteľnosť zákona č. 85-704 so smernicou 92/50

16. Aby bolo možné určiť, či, ako to tvrdí Komisia vo svojej žalobe, je článok 4 zákona

č. 85-704 nezlučiteľný s ustanoveniami smernice 92/50, budem musieť najprv preskúmať, či situácie predpokladané týmto zákonom patria do pôsobnosti smernice.

A — *Zahrnutie mandátnej zmluvy definovanej zákonom č. 85-704 do pôsobnosti smernice 92/50*

17. Účastníci konania si v podstate odporujú v otázke, či mandátne zmluvy definované zákonom č. 85-704 spadajú do vecnej pôsobnosti smernice 92/50. Pôsobnosť tejto smernice je stanovená v jej článku 1. Na určenie, či došlo k prípadnému nespĺneniu povinnosti, je potrebné najskôr preskúmať, či mandátna zmluva definovaná zákonom č. 85-704 spĺňa kritériá článku 1 písm. a) smernice 92/50.

18. Podľa definície v zmysle tohto ustanovenia „verejné zmluvy na poskytnutie služieb sú odplatné zmluvy uzavreté písomne medzi poskytovateľom služieb a obstarávateľom [verejným obstarávateľom — *neoficiálny preklad*]“. Tieto kritériá sa zdajú byť v prejednávanej veci splnené.

19. V prvom rade sú verejnými obstarávateľmi v zmysle článku 1 písm. b) smernice

„štátne, regionálne alebo miestne orgány [štát, územné samosprávne celky — *neoficiálny preklad*], verejnoprávne inštitúcie, združenia tvorené jedným alebo viacerými takýmito orgánmi [územnými samosprávnymi celkami — *neoficiálny preklad*] alebo verejnoprávnymi inštitúciami“. Verejnoprávne inštitúcie sú definované v rovnakom článku funkčne ako „akékoľvek inštitúcie, ktoré boli založené na osobitné účely, plniace potreby všeobecného záujmu a nemajú priemyselný alebo komerčný charakter“ a kontrolované štátom, či už z dôvodu ovládania väčšiny základného imania alebo možnosti ustanovenia riadiacich orgánov dotknutej inštitúcie. Podľa článku 1 zákona č. 85-704 osoby, ktoré môžu vykonávať funkciu investora, sú štát a jeho verejné zariadenia, územné samosprávne celky, ich verejné zariadenia, verejné zariadenia nového mestského plánovania, ich zoskupenia a zmiešané syndikáty. Rovnako môžu mandátne zmluvy podľa zákona č. 85-704 uzavrieť súkromné zariadenia uvedené v článku L. 64 zákona o sociálnom zabezpečení a ich únie a federácie, ako aj súkromné inštitúcie bývania so zníženým nájomným a ekonomicky zmiešané spoločnosti, pre byty spoločného užívania podporované štátom a zhotovené prostredníctvom týchto inštitúcií a spoločností. Je nepochybné, že všetky tieto inštitúcie sú verejnými obstarávateľmi v zmysle smernice 92/50.

20. V druhom rade vyplýva z článku 5 zákona č. 85-704, že každá mandátna zmluva musí byť uzavretá písomne. Druhá podmienka uvedená v článku 1 písm. a) smernice 92/50 je preto splnená.

21. V treťom rade sa pod hrozbou neplatnosti mandátnej zmluvy v článku 5 tohto zákona predpokladá odmena mandatára. Mandátna zmluva na zastupovanie investora je teda odplatná zmluva.

22. V štvrtom rade sa oprávnenia zverené mandatárovi tak, ako sú opísané v článku 4 tohto zákona, javia ako poskytovanie služieb.

23. Z prvotnej analýzy podľa týchto kritérií vyplýva, že mandátna zmluva v zmysle francúzskeho zákona je verejnou zmluvou na poskytnutie služieb v zmysle článku 1 písm. a) smernice 92/50.

24. Napriek tomu Francúzska republika predkladá proti takémuto posúdeniu dve tvrdenia. Najskôr uvádza, že vzhľadom na jej mnohé špecifickosti mandátna zmluva definovaná zákonom č. 85-704 nemôže byť posudzovaná ako verejná zmluva na poskytnutie služieb. Navyše zastáva názor, že na základe úvah, ktorými sa riadil Súdny dvor v rozsudku Ordine degli Architetti a i.¹², uplatniteľných analogicky, by bolo možné dospieť taktiež k vylúčeniu mandátnej zmluvy v zmysle zákona č. 85-704 z pôsobnosti smernice 92/50.

1. Vedie mandátna zmluva na zastupovanie investora k prevodu verejnej moci?

25. Z pohľadu žalovaného štátu sa mandátna zmluva na zastupovanie investora odlišuje od zmluvy o poskytovaní služieb z viacerých dôvodov. Podstatou mandátnej zmluvy je podľa neho oprávnenie, ktoré sa zveruje mandatárovi na zastupovanie investora. Táto funkcia zastupovania sa nerozlučne viaže na ďalšie oprávnenia udelené mandatárovi. Mandatár je takto splnomocnený na úlohu vo verejnom záujme a disponuje aj právom spolurozhodovania s investorom. Vzťahy medzi investorom a mandatárom sú tak úplne iné ako tie, ktoré vyplývajú zo zmluvy obchodnej povahy. Tieto špecifickosti vo svojej spojitosti podľa tvrdenia žalovaného štátu bránia tomu, aby bola mandátna zmluva považovaná za zmluvu o poskytovaní služieb.

26. Komisia popiera každú z uvedených skutočností. Podľa nej skutočnosť, že poskytovanie služieb je vykonávané na základe mandátnej zmluvy, nepostačuje na to, aby ju bolo možné vylúčiť z pôsobnosti smernice 92/50. Napríklad mandátne zmluvy uzavreté medzi advokátom a jeho klientom spadajú do pôsobnosti uvedenej smernice podľa bodu 21 jej prílohy I B. Takéto posúdenie je okrem iného v súlade s tým, ktoré uviedla Štátna rada vo svojom rozsudku z 5. marca 2003¹³,

v ktorom zastávala názor, že všeobecné a systematické vylúčenie mandátnych zmlúv zo zákona o verejnom obstarávaní nebolo zlučiteľné so smernicou 92/50. Nakoniec ani existencia úvah o verejnom záujme nevylučuje posudzovanie zmlúv o poskytovaní služieb v zmysle smernice, keďže tieto prvky sa veľmi často nachádzajú v zmluvách podliehajúcich smernici.¹⁴ Žiadna zo špecifickostí uvedených Francúzskou republikou tak podľa tvrdenia Komisie nie je spôsobilá vylúčiť ju z pôsobnosti smernice 92/50.

verejnej moci z investora na mandatára. Pokúša sa takto načrtnúť paralelu medzi judikatúrou v oblasti koncesí a líniou, ktorú by mohol prijať Súdny dvor o mandátnej zmluve na zastupovanie investora. Z analýzy judikatúry totiž vyplýva, že je to práve existencia takéhoto prevodu výkonu verejnej moci na koncesionára, ktorá odôvodňuje jej vylúčenie z pôsobnosti smernice 92/50. Po poukázaní na judikatúru Spoločenstva týkajúcu sa koncesí sa pozriem, či je prípadne použiteľná na mandátnu zmluvu v prejednávanej veci.

27. Prvá otázka, ktorú je potrebné vyriešiť, sa týka povahy zmluvy uzavretej medzi investorom a jeho mandatárom. Napriek tomu, že je v zásade nerozhodné, ako vnútroštátne právo posudzuje zmluvu uzavretú medzi verejným obstarávateľom a poskytovateľom služieb na účely jej posúdenia na úrovni práva Spoločenstva, je predsa len vhodné poznamenať, že smernica sa uplatňuje iba na „zmluvy“ na poskytnutie služieb, s výnimkou predovšetkým koncesí na verejné služby.

29. Zatiaľ čo na koncesie na verejné práce sa výslovne vzťahuje smernica Rady 93/37/EHS zo 14. júna 1993 o koordinácii postupov verejného obstarávania prác¹⁶, koncesie na služby nie sú upravené smernicou 92/50. Bolo pritom ustálené, že sú vylúčené z jej pôsobnosti.¹⁷ Smernica Parlamentu a Rady 2004/18/ES z 31. marca 2004 o koordinácii

28. Bez toho, aby Francúzska republika tvrdila, že dotknutý zmluvný vzťah by bol porovnateľný s koncesiou¹⁵, zastáva názor, že jednako dochádza k prevodu výkonu

14 — Pozri v tejto súvislosti rozsudok z 5. decembra 1989, Komisia/Itálsko, 3/88, Zb. s. 4035.

15 — Poznámam, že rôzne typy zmlúv o prenesení právomoci v oblasti verejných služieb existujúcich vo francúzskom práve môžu byť v práve Spoločenstva považované za koncesie. Pojem koncesia je v práve Spoločenstva širší ako vo francúzskom práve.

16 — Článok 3 smernice 93/37 (Ú. v. ES L 199, s. 54; Mim. vyd. 06/002, s. 163); smernica naposledy zmenená smernicou Komisie 2001/78/ES z 13. septembra 2001 o zmene a doplnení prílohy IV k smernici Rady 93/36/EHS, príloh IV, V a VI k smernici Rady 93/37/EHS, príloh III a IV k smernici Rady 92/50/EHS v znení zmenenom a doplnenom smernicou Rady 97/52/ES, a príloh XII až XV, XVII a XVIII k smernici Rady 93/38/EHS v znení zmenenom a doplnenom smernicou 98/4/ES (smernica o používaní štandardných formulárov pri uverejňovaní oznámení o verejnom obstarávaní) (Ú. v. ES L 285, s. 1; Mim. vyd. 06/004, s. 94).

17 — Rozsudok zo 7. decembra 2000, Tele Austria a Telefonadress, C-324/98, Zb. s. I-10745, bod 48, a uznesenie z 30. mája 2002, Buchhändler-Vereinigung, C-358/00, Zb. s. I-4685, body 27 a 28.

postupov zadávania verejných zákaziek na práce, verejných zákaziek na dodávku tovaru a verejných zákaziek na služby¹⁸, ktorá najmä nahrádza smernicu 92/50, zachováva toto vylúčenie koncesí na služby z jej pôsobnosti.

30. Kritérium koncesie, napriek tomu, že nie je založené na ustanoveniach s legislatívnou hodnotou, môže byť určené na základe porovnania s definíciou uvedenou v smernici 93/37.¹⁹ Európska komisia sa vo svojom výkladovom oznámení o koncesiách v práve Spoločenstva²⁰ pokúša vypracovať definíciu tohto pojmu a poukazuje na nebezpečenstvo jeho použitia ako určujúceho kritéria. Je možné si všimnúť, že smernica 2004/18 odstraňuje v tejto súvislosti akúkoľvek neistotu, pretože definuje koncesiu na služby v jej článku 1 ods. 4 ako „zákazku rovnakého druhu ako verejná zákazka na služby s tým rozdielom, že protiplnením za poskytovanie služieb je buď len právo na využívanie služby, alebo toto právo spojené s peňažným plnením“.

18 — Ú. v. EÚ L 134, s. 114; Mim. vyd. 06/007, s. 132. Článok 17 tejto smernice stanovuje, že „táto smernica sa nevzťahuje na koncesie na služby“.

19 — Článok 1 písm. d) smernice 93/37 definuje koncesie na verejné práce ako „zmluvu rovnakého typu, ako je uvedený v písmene a) [to znamená verejnú zmluvu na zhotovenie prác, s tým rozdielom, že protiplnenie za práce pozostáva výhradne z práva používať stavby alebo z tohto práva a zaplatenia ceny“.

20 — Ú. v. ES C 121, 2000, s. 2.

31. Súdny dvor v rozsudku BFI Holding uviedol, že zmluva považovaná vo vnútroštátnom práve za koncesiu, týkajúca sa zberu odpadov, mohla spadať do pôsobnosti smernice 92/50.²¹ Bez toho, aby sa pridržiaval vnútroštátnej kvalifikácie, sa Súdny dvor fakticky len odvolal na podmienky stanovené v článku 1 smernice 92/50.

32. Generálny advokát Fennelly vo svojich návrhoch vo veci Telaustria a Telefonadress navrhol v prvom rade vyzdvihnúť „povinnosť samotného koncesionára znášať hlavné podnikateľské riziko“.²² Skutočnosť, že koncesionárska zmluva je uzavretá na účet tretích osôb užívateľov, je len podporným kritériom a požiadavka povahy verejného záujmu povolennej služby by podľa neho mala byť odstránená. Súdny dvor sa v tejto veci nevyjadril k presným hraniciam pojmu, no vyvodil záver, že išlo o koncesiu, keď „protiplnenie poskytnuté prvým podnikom druhému spočíva tom, že tento posledný uvedený získa právo užívania, vzhľadom na jeho odmenu, jeho vlastného plnenia“.²³

21 — Už citovaný rozsudok. Generálny advokát I. Pergola situáciu analyzoval odlišne: „Na záver, podľa môjho názoru, ARA nemá v predjednávanej veci postavenie tretej osoby vo vzťahu ku dvom obciam, to znamená, že sa od nich v podstate neodlišuje. Stojíme pred formou splnomocnenia medzi orgánmi, ktorá nevychádza z úradnej sféry obcí, ktoré zveriac ARA dotknuté činnosti nemali v žiadnom prípade úmysel priznať jej úlohy, ktoré na seba predtým prevzali v tomto sektore. Konec koncov, podľa môjho názoru, vzťah, ktorý spája obce a ARA, nemôže byť považovaný za zmluvu v zmysle smernice“ (bod 38 návrhov).

22 — Návrhy generálneho advokáta prednesené 18. mája 2000 vo veci Telaustria a Telefonadress, už citovanej, bod 30.

23 — Rozsudok Telaustria a Telefonadress, už citovaný, bod 58.

33. Keď preskúmaval koncesiu na Loto v Taliansku²⁴, Súdny dvor usúdil, že pri neexistencii prevodu verejnej moci na koncesionára mala byť táto považovaná za zmluvu podliehajúcu smernici Rady 77/62/EHS z 21. decembra 1976 o koordinácii postupov verejného obstarávania tovarov [*neoficiálny preklad*].²⁵

34. Kritérium odmeňovania koncesionára nemožno použiť na odôvodnenie vo vzťahu k mandátnej zmluve. Nemôže totiž existovať právo užívania v rámci mandátu investora. Naopak preskúvam, či mandátna zmluva vedie k prevodu verejnej moci z investora na mandátára. Bolo by to znamením, že takáto zmluva v skutočnosti nie je zmluvou v zmysle smernice 92/50. V prípade neexistencie takéhoto prevodu by malo byť tvrdenie Francúzskej republiky odmietnuté.

35. Náročnosť tohto prípadu spočíva v osobitnej povahe mandátnej zmluvy, podľa ktorej mandatár zastupuje mandanta. Predsa len, a preto tvrdenie žalovaného štátu založené na tejto zvláštnosti nemôže uspieť, mandátna zmluva na zastupovanie investora definovaná zákonom č. 85-704 nie je iba

zmluvou, ktorou sa mandatár zaväzuje zastupovať investora. Ako vyplýva zo zoznamu rôznych oprávnení, ktoré možno zveriť mandatárovi podľa článku 3 tohto zákona, mandatár vykonáva súčasne pomocné funkcie pre investora.²⁶

36. Francúzska republika tvrdí, že obe funkcie vykonávané mandatárom sú neoddeliteľné. Napriek tomu skutočnosť, že článok 3 zákona č. 85-704 sa obmedzuje na poskytnutie orientačného zoznamu funkcií, ktoré môžu byť zverené mandatárovi, svedčí proti výkladu predloženého žalovaným štátom. Podľa tohto ustanovenia predmetného zákona sa investor môže rovnako dobre obrátiť na poskytovateľa, aby vykonával poskytovanie určitých služieb, a mandatárovi zveriť iba funkcie zastupovania. Dovoľené mu je tiež zveriť všetky úlohy uvedené v článku 3 tohto zákona jednej osobe. Priestor jeho manévrovania je obmedzený iba článkom 2 toho istého zákona, ktorý mu zakazuje zbaviť sa funkcie „hlavnej osoby zodpovednej za dielo“. Výber úloh, ktoré zverí alebo nezverí mandatárovi, ponechaný na investorovi, ukazuje, že do úvahy prichádza oddelenie rôznych úloh, ktoré mu môžu pripadnúť: na jednej strane tie, ktoré sa týkajú poskytovania služieb, na druhej strane tie, ktoré zahŕňajú funkciu zastupovania investora.

24 — Rozsudok z 26. apríla 1994, Komisia/Taliansko, C-272/91, Zb. s. I-1409, bod 24.

25 — Ú. v. ES L 13, 1977, s. 1, zmenená smernicou Rady 88/295/EHS z 22. marca 1988, ktorou sa mení smernica 77/62 a ktorou sa zrušujú niektoré ustanovenia smernice 80/767/EHS [*neoficiálny preklad*] (Ú. v. ES L 127, s. 1).

26 — Napríklad definícia administratívnych a technických podmienok, podľa ktorých bude dielo naprojektované a vykonané, alebo správa zmlúv o stavebnom dozore alebo zmlúv o dielo.

37. Keďže je možné rozlišovať dva typy oprávnení zverených mandátárovi, nič nebráni tomu, aby tieto dve kategórie úloh boli prípadne podriadené rôznemu režimu. Čo sa týka poskytovania služieb vykonávaných na základe mandátnej zmluvy na zastupovanie investora, toto zodpovedá pojmu verejná zmluva na poskytnutie služieb v zmysle článku 1 písm. a) smernice 92/50. Mandátna zmluva na zastupovanie investora uzavretá podľa zákona č. 85-704 bude preto prinajmenšom do tej miery, do akej zahŕňa poskytovanie služieb, podliehať ustanoveniam tejto smernice.

38. Analyzujem teraz druhú kategóriu úloh zverených mandátárovi, aby som určil, či môžu byť vylúčené z pôsobnosti smernice, pokiaľ sa týkajú prevodu verejnej moci. Mandatár zastupuje investora v dvoch prípadoch: jednak pri uzatváraní zmluvy o stavebnom dozore a pri uzatváraní zmluvy o dielo a jednak vtedy, keď uhrádza dodávateľom a zhotoviteľom ich odmenu.

39. Aj keď je mandatár oprávnený uzatvárať zmluvy o stavebnom dozore a zmluvy o dielo v mene investora, môže tak urobiť až potom, ako dostal jeho súhlas.²⁷ Za týchto okolností neexistuje skutočný prevod verejnej moci a mandatár nie je spôsobilý rozhodovať samostatne.

40. Pokiaľ ide o úhradu odmeny dodávateľom a zhotoviteľom, financovanie zabezpečuje investor, a preto mandatár nedisponuje ani v tejto oblasti voľnosťou. Obmedzuje sa len na vynakladanie prostriedkov, ktoré mu poskytuje investor.

41. Hoci mandatár môže vykonávať niektoré právne úkony v mene investora, nedisponuje dostatočnou voľnosťou pri ich plnení na to, aby mohol byť považovaný za nadobúdateľa v rámci prevodu verejnej moci.²⁸ Tvrdenie Francúzskej republiky týkajúce sa špecifickej mandátu investora musí byť preto odmietnuté a táto zmluva v celom svojom rozsahu musí byť podriadená smernici 92/50.

2. Možný účinok judikatúry Ordine degli Architetti a i.

42. Podľa Francúzskej republiky sú úvahy vyjadrené v už citovanom rozsudku Ordine

27 — Zdôrazňujem, že mandatár nemôže naopak odporovať rozhodnutiu prijatému investorom.

28 — O neexistencii voľnosti splnomocnenca schváleného Office de contrôle des assurances, rozsudok z 13. júla 1993, Thijssen, C-42/92, Zb. s. I-4047, body 20 až 22. Pozri tiež rozsudky z 5. decembra 1989 a z 26. apríla 1994, Komisia/ Taliansko, už citované.

degli Architetti a i. uplatniteľné na základe analógie a vedú k vylúčeniu všetkých mandátnych zmlúv z pôsobnosti smerníc o verejnom obstarávaní. Na Súdny dvor sa v tejto veci obrátil taliansky súd vo veci zlučiteľnosti vnútroštátneho právneho predpisu, stanovujúceho, že žiadateľ o stavebné povolenie môže byť čiastočne alebo v celom rozsahu oslobodený od povinnosti platiť príspevok z dôvodu udelenia tohto povolenia za priame uskutočnenie zhotovenia zariadenia (napríklad rezidenčné cesty, letiskové plochy alebo distribučné siete plynu) s právom Spoločenstva.

lovi, ktorý mal stavebné povolenie, prostredníctvom dohôd, ktoré s ním uzatvára, povinnosť zhotoviť dohodnuté diela použitím postupov predpokladaných smernicou, a to pre splnenie povinností, ktoré v tejto súvislosti pre obecnú správu z uvedenej smernice vyplývajú. V tomto prípade musí byť zhotoviteľ považovaný, vzhľadom na dohody uzavreté s obcou, ktoré ho oslobodzujú od povinnosti platiť príspevok na výdavky na zariadenie za zhotovenie verejného zariadenia, za držiteľa výslovného mandátu udeleného obcou na zhotovenie tohto diela. Takáto možnosť uplatnenia pravidiel smernice o oznamovaní inými osobami ako verejným obstarávateľom je okrem toho výslovne stanovená v jej článku 3 ods. 4 v prípade koncesie na verejnú prácu.“

43. Potom, čo analyzoval zhotovenie takýchto diel a dospel k záveru, že spadajú do oblasti pôsobnosti smernice 93/37, Súdny dvor uzavrel, že vnútroštátne ustanovenie v prejednávanej veci je nezlučiteľné s touto smernicou, len čo hodnota predmetného diela prekročí prahovú hodnotu určenú touto smernicou.²⁹ Inými slovami, Súdny dvor sa domnieva, že zmluva uzavretá medzi obcou a vlastníkom pozemku žiadajúcim o stavebné povolenie spadá do pôsobnosti tejto smernice. Predtým, než dospel k takémuto záveru, Súdny dvor vyslovil výhrady v bode 100 rozsudku: „To neznamená, že na to, aby bola smernica dodržiavaná v prípade zhotovenia zariadenia, je nevyhnutné, aby obecná správa sama uplatňovala v nej uvedené postupy verejného obstarávania. Jej potrebný účinok by bol tiež dodržaný, keby vnútroštátna legislatíva umožňovala obecnej správe uložiť zhotovite-

44. Komisia a Francúzska republika podávajú rozdielny výklad tejto časti.

45. Francúzska republika sa z nej snaží vyvodit' všeobecnú teóriu o mandáte.³⁰ Navrhuje také vysvetlenie tejto časti, podľa ktorého by na dodržanie ustanovení nachádzajúcich sa v smernici 93/37 alebo v smernici 92/50 postačilo, aby nimi bol viazaný samotný mandatár. Zákon č. 85-704

29 — Rozsudok Ordine degli Architetti a i, už citovaný, bod 103.

30 — Francúzska republika na pojednávaní doplnila, že smernica 2004/18 túto teóriu mandátu preberá do článku 11, uplatňujúc ju na nákupné centrá.

by bol teda v súlade s právom Spoločenstva, pretože zmluvy uzavreté mandatárom podriaďuje rovnakým povinnostiam, ako keby boli uzavreté investorom.³¹

tejto smernice je zachovaný.³² Inak povedané, na dodržanie cieľov smernice 93/37 je nerozhodné, či investorom, ktorý je povinný vyhlásiť zadávacie konanie, bude obec alebo vlastník, ktorý žiada o stavebné povolenie.

46. Komisia sa pokúša určiť rozdiely medzi prejednávanou vecou a tou, v ktorej bol vydaný rozsudok Ordine degli Architetti a i. Predovšetkým poznamenáva, že ide o rôzne smernice. Následne zdôrazňuje, že v prípade, ako je Ordine degli Architetti a i., obec nemá na výber svojho mandatára, ktorým je nevyhnutne držiteľ stavebného povolenia. Napokon zmluva uzavretá medzi obcou a vlastníkom pozemku žiadajúcim o stavebné povolenie sa obmedzuje na úpravu odpočítania výdavkov dlžných za zhotovenie zariadenia, s výnimkou akéhokoľvek iného poskytovania služieb v prospech obce.

47. Na základe týchto skutočností sa mi zdá, že rozsudok Ordine degli Architetti a i. nemožno vykladať tak, ako to navrhuje Francúzska republika. Ako vysvetľuje Komisia, pokiaľ sú zmluvy na verejné obstarávanie prác uzavreté vlastníkom podriadené ustanoveniam smernice 93/37, potrebný účinok

48. Ak by sa teda na základe analógie pripustilo, že zmluva o poskytovaní služieb uzavretá medzi investorom a mandatárom môže byť vylúčená z pôsobnosti smernice 92/50, išlo by sa proti potrebnému účinku tejto smernice. Na rozdiel od prípadu preskúmaného Súdnym dvorom vo veci Ordine degli Architetti a i. treba rozlišovať na jednej strane úlohu zastupovania, ako je uzatváranie zmlúv v mene investora a na druhej strane plnenia vykonávané mandatárom za odplatu pre investora. Prípadné uplatnenie rozsudku Ordine degli Architetti a i. by sa mohlo dotýkať len tých prvých. Ak došlo k prevodu verejnej moci z investora na mandatára, bolo by možné sa domnievať, že uplatnenie smernice 92/50 na samotného mandatára by postačovalo na zabezpečenie potrebného účinku tohto predpisu. Naopak, čo sa týka poskytovania služieb uskutočnených na účet investora, nemôže iba skutočnosť, že boli uskutočnené v rámci mandátnej zmluvy, zabrániť ich podriadeniu uvedenej smernici.

32 — Samozrejme by sme dospeli k rozdielnemu záveru, ak by sa na vlastníka pozemku a držiteľa stavebného povolenia nevzťahovali povinnosti vyplývajúce zo smernice pre zmluvy, ktoré uzatvára so zhotoviteľmi, pretože v takom prípade by bolo uplatnenie smernice úplne vylúčené, hoci budovy, ktoré sa majú postaviť, sú „verejnými prácami“ v zmysle smernice.

31 — Článok 4 posledný pododsek zákona č. 85-704.

49. Pokiaľ ide o zastupovanie mandátára, možno tieto činnosti pri neexistencii prevodu verejnej moci považovať za poskytovanie služieb. Okrem toho, pokiaľ nič nebráni tomu, aby investor zveril poskytovateľovi v rámci zmluvy o verejnom obstarávaní a nie podľa mandátu rovnaké poskytovanie pomoci ako to, ktoré by mohlo byť vykonané mandátárom, nemôže tu byť žiadna pochybnosť o uplatnení smernice 92/50 na mandátnu zmluvu na zastupovanie investora. Je teda nepochybné, že kvalifikácia zmluvy vo vnútroštátnom práve nemôže mať za následok obchádzanie uplatniteľnosti práva Spoločenstva. Z uvedeného vyplýva, že smernica 92/50 sa uplatňuje na poskytovanie služieb poskytnutých mandátárom investorovi bez toho, aby to mohla kvalifikácia zmluvného vzťahu vo vnútroštátnom práve akokoľvek ovplyvniť.

50. V každom prípade, a ako to podrobnejšie uvidíme v tretej časti, aj keby mandátna zmluva tak, ako je definovaná francúzskym zákonom, nespadá do pôsobnosti smernice, vzťahovali by sa na ňu ustanovenia o slobodnom poskytovaní služieb.

B — Nezlučiteľnosť článku 4 zákona č. 85-704 so smernicou 92/50

51. Ak teda mandátna zmluva v zmysle zákona č. 85-704 spadá do pôsobnosti

smernice 92/50, pozrime sa, či je jej francúzske znenie zlučiteľné s uvedenou smernicou. Článok 4 zákona č. 85-704, ktorý je predmetom tejto žaloby, vyhradzuje úlohu mandátára taxatívne vymedzeným právnickým osobám verejného práva založeným podľa francúzskeho práva.

52. To sa zdá byť zjavne v rozpore s cieľom smernice 92/50, ktorým je priznanie rovnakého prístupu všetkým poskytovateľom služieb k verejnej objednávke.³³ Ako totiž Súdny dvor rozhodol vo vzťahu k smernici Rady 71/305/EHS z 26. júla 1971 o koordinácii postupov verejného obstarávania prác [*neoficiálny preklad*]³⁴, „ak aj smernica výslovne nespomína zásadu rovnosti zaobchádzania s uchádzačmi, nič to nemení na tom, že povinnosť dodržiavať túto zásadu zodpovedá samotnej podstate tejto smernice“.³⁵ Rovnaké tvrdenie platí aj pre smernicu 92/50. Článok 4 zákona č. 85-704 je tak zjavne v rozpore so zásadou rovnosti zaobchádzania s uchádzačmi vzhľadom na to, že vyhradzuje možnosť uzavrieť mandátne zmluvy na zastupovanie investora výlučne niektorým kategóriám právnických osôb verejného práva.

33 — Pozri najmä dvadsiate odôvodnenie smernice.

34 — Ú. v. ES L 185, s. 5.

35 — Rozsudok z 22. júna 1993, Komisia/Dánsko, C-243/89, Zb. s. I-3353, bod 33. Pozri tiež bod 18 návrhov, ktoré predniesol generálny advokát Tesouro v tejto veci: „V tejto súvislosti je sotva potrebné zdôrazniť, že v rámci verejného obstarávania, práve preto, že ide o postup pri vyhlásení záväzacieho konania, bude nevyhnutné zabezpečiť rovnosť všetkých účastníkov konania: inak by nešlo o verejnú obstarávanie, ale skôr o súkromné... rokovanie. Celkovo vzaté, rovnosť zaobchádzania je základom každej právnej úpravy verejného obstarávania, keďže tvorí jej samotnú podstatu“.

53. Zákon č. 85-704 navyše nestanovuje povinnosť predchádzajúceho vyhlásenia zadávacieho konania na uzavretie mandátnej zmluvy, takže investor má úplnú voľnosť vo svojom výbere v rámci kategórií právnických osôb verejného práva ustanovených v článku 4 tohto zákona, aj keď úhrn poskytovaných služieb prekračuje prahovú hodnotu podľa článku 13 smernice 92/50.

54. Ako bolo uvedené vyššie, povinnosti vyhlásenia zadávacieho konania a predchádzajúceho oznámenia sa líšia podľa toho, či sú poskytnuté služby ponúkané verejnému obstarávateľovi uvedené na zozname prílohy I A alebo I B smernice 92/50. Otázka, či určitá služba patrí do kategórie I A alebo I B, má teda dosah na režim, ktorý sa na ňu uplatní. Zmluvy na služby zaradené do prílohy I B podliehajú užším povinnostiam ako tie, ktoré sa týkajú služieb zaradených v prílohe I A. V prípade zmiešanej zmluvy článok 10 smernice stanovuje: „Zmluvy, predmetom ktorých sú služby uvedené tak v prílohe I A, ako aj v prílohe I B, sa uzatvárajú v súlade s ustanoveniami kapitol III až VI v tých prípadoch, keď hodnota služieb uvedených v prílohe I A je vyššia ako hodnota služieb uvedených v prílohe I B. V opačnom prípade sa uzatvárajú v súlade s článkami 14 a 16“.

55. V danom prípade aj bez toho, aby bolo potrebné určiť, aký postup sa mal uplatniť na mandátnu zmluvu na zastupovanie investora, si postačí všimnúť, že kritizovaný zákon

nestanovuje žiadne pravidlá vyhlásenia zadávacieho konania na výber mandatára. Bez ohľadu na to, či poskytované služby, ktoré mu sú zverené, sú zaradené v prílohe I A alebo v prílohe I B, treba skonštatovať, že zákon č. 85-704 nie je zlučiteľný s článkami 8 a 9 smernice 92/50.

56. Aj keď klasifikácia povinností mandatára nemá veľký význam vo vzťahu k nezlučiteľnosti vnútroštátneho zákona so smernicou 92/50, je nutné jej objasnenie, keďže účastníci konania obraňujú svoje protichodné názory.³⁶ Žalovaný štát subsidiárne tvrdí, že plnenia vykonané mandátárom spočívajú najmä v právnych službách, tak, ako sú uvedené v bode 21 prílohy I B smernice 92/50, prípadne v administratívnych úlohách, ako príprava vyhlásenia zadávacieho konania a uzavretia zmlúv, ako aj v účtovných aspektoch vyplývajúcich z kategórie 27 (iné služby) tej istej prílohy. Podľa názoru Komisie mandatár väčšinou poskytuje služby v oblasti architektúry a stavebníctva, zaradené v bode 12 prílohy I A. Úlohy mandatára spočívajúce výlučne v zastupovaní patria podľa Komisie do bodu 27 prílohy I B smernice 92/50 s nadpisom „Iné služby“.

36 — Okrem toho táto otázka zahŕňa otázku súladu zákona č. 85-704 v znení nariadenia č. 2004-566 so smernicou 92/50.

57. Pri čítaní článku 3 zákona č. 85-704, citovaného v bode 9 týchto návrhov, opisujúceho úlohy, ktoré môžu byť zverené mandatárovi, je ťažko predstaviteľné tvrdenie Komisie, že úlohy zverené mandatárovi spočívajú výlučne v príprave plánov architektúry a stavebníctva podľa kategórie 12 prílohy I A, aj keď sa zdá, že „definovanie administratívnych a technických podmienok, podľa ktorých bude dielo naprojektované a zhotovené“³⁷, ako aj „prevzatie diela“³⁸ patria do tejto kategórie. V tejto súvislosti nemožno obmedziť rozbor od prípadu k prípadu. Investor bude v súlade s článkom 10 smernice 92/50 schopný určiť, aký režim sa uplatní na mandátnu zmluvu na zastupovanie investora v tejto veci, pretože sa z dôvodu rôznosti predmetov takýchto zmlúv zdá byť nemožné podriaďiť ich jednotnému režimu.³⁹

58. Vzhľadom na tieto úvahy je na mieste skonštatovať nezlučiteľnosť článku 4 uvedenej zmluvy s článkami 8 a 9 smernice 92/50.⁴⁰ Pre prípady, kedy sa smernica neuplatňuje, zostáva určiť, či článok 4 zákona č. 85-704 je v súlade so zásadou slobodného poskytovania služieb.

III — Nezlučiteľnosť článku 4 zákona č. 85-704 s článkom 49 ES

59. Možno si položiť otázku, aký je záujem na kumulatívnom uplatnení článkov Zmluvy týkajúcich sa voľného poskytovania služieb a slobody usadiť sa so smernicami upravujúcimi verejné obstarávanie, v prejednávanej veci so smernicou 92/50. Ustanovenia Zmluvy týkajúce sa voľného pohybu sa však prirodzene majú uplatniť na každé verejné obstarávanie, na ktoré sa nevzťahujú smernice.⁴¹ Takisto zmluvy mimo pôsobnosti smernice 92/50, ako napríklad zmluvy na koncesie, podliehajú všeobecným ustanoveniam Zmluvy.⁴² Teda v prípade, že mandátna zmluva na zastupovanie investora nedosiahne peňažné prahové hodnoty smernice 92/50⁴³, alebo by sa na ňu vzťahovali výnimky z uvedenej smernice, bude treba určiť, či článok 4 predmetného zákona je v súlade s článkom 49 ES.

60. Podľa názoru Francúzskej republiky sa článok 49 ES na prejednávanej veci neuplatňuje, pretože mandatár neposkytuje služby.

37 — Článok 3 prvá zarážka zákona č. 85-704.

38 — Článok 3 šiesta zarážka zákona č. 85-704.

39 — Rozsudok zo 14. novembra 2002, Felix Swoboda, C-411/00, Zb. s. I-10567.

40 — V tejto súvislosti poznamenávam, že podľa článku 2 ods. 2 francúzskeho zákona o verejnom obstarávaní, ako bol prijatý dekrétom č. 2004-15, na „zmluvy uzavreté na základe mandátu udeleného jednou z právnických osôb verejného práva uvedených v 1^o tohto článku“ sa vzťahujú ustanovenia tohto zákona.

41 — Rozsudok z 9. júla 1987, CEI a i., 27/86 až 29/86, Zb. s. 3347, bod 15, a uznesenie z 3. decembra 2001, Vestergaard, C-59/00, Zb. s. I-9505, body 19 až 21.

42 — Rozsudok z 9. septembra 1999, RLSAN, C-108/98, Zb. s. I-5219, bod 20, a Telaustria a Telefonadress, už citovaný, bod 60. Pozri tiež CASSIA, P.: *Contrats publics et principe communautaire d'égalité de traitement*. RTDEur. 2002, s. 413.

43 — Článok 7 smernice 92/50.

Na rozdiel od poskytovateľa služieb sa mandatár zúčastňuje na úlohách vykonávaných vo verejnom záujme, vykonáva funkciu zastupovania právnickej osoby verejného práva a využíva prevod oprávnení spojených s rozhodovacou právomocou.

61. Ako bolo rozoberané vyššie, nič by nemalo brániť kvalifikácii úloh vykonávaných mandátrom ako poskytovania služieb.

62. Žalovaný štát len znova opakuje svoju argumentáciu založenú na už citovanom rozsudku Ordine degli Architetti a i. a domnieva sa, že právna úprava je v súlade s článkom 49 ES, keďže sa na mandátára vzťahujú pravidlá verejného obstarávania na zmluvy, ktoré uzatvára v mene investora.

63. Vysvetlenie tohto rozsudku Francúzskou republikou nie je presvedčivé. Ako už bolo vysvetlené vyššie, úlohou mandátára nie je iba uzatváranie zmlúv na účet investora, ale tiež poskytovanie rôznych služieb za odplatu. Kritika Komisie mieri výlučne na tento zmluvný vzťah, v ktorom je mandatár v skutočnosti poskytovateľom služieb. Rozsudok Ordine degli Architetti a i. sa teda zaoberá iba mandátom v užšom zmysle, to znamená prípadom, kedy sa mandatár uspo-

kojí s konaním na účet osoby, ktorú zastupuje. Tento rozsudok navyše vôbec nevyklučuje považovanie mandátnej zmluvy za poskytovanie služieb. Od momentu, kedy mandatár koná aj ako poskytovateľ služieb, podlieha ako taký článku 49 ES.

64. Vyhradenie práva uzavrieť mandátne zmluvy na zastupovanie investora určitým právnickým osobám verejného práva podľa článku 4 zákona č. 85-704 vytvára prekážku voľného pohybu služieb. Aj keď sporné ustanovenie výslovne neodkazuje na štátnu príslušnosť oprávnených poskytovateľov, podnik z iného členského štátu je takmer nemožné získať právne postavenie právnickej osoby založenej podľa francúzskeho verejného práva.⁴⁴

65. Navyše, aj keby zahraničný podnik mohol patriť do jednej z kategórií právnických osôb uvedených v článku 4 predmetného zákona, požiadavka zmeny právneho postavenia preto, aby mohol poskytovať služby, je v rozpore so zásadou slobodného poskytovania služieb. Ako to zdôraznil generálny advokát Lenz v bode 22 svojich

⁴⁴ — Rozsudky z 5. decembra 1989, Komisia/Taliansko, už citovaný, a z 26. apríla 1994, Komisia/Taliansko, už citovaný. V oblasti voľného pohybu tovaru Súdny dvor nasleduje rovnaké dôvody: rozsudok z 20. marca 1990, Du Pont de Nemours Italiana, C-21/88, Zb. s. I-889. Pozri k tomu taktiež štúdiu NOGUEILLOU, R.: „La délégation de maîtrise d'ouvrage publique face au droit communautaire: un conflit latent“. In: *Problèmes actuels de droit communautaire*, LGD, 1998.

návrhov vo veci Komisia/Taliansko⁴⁵, „sloboda podnikania, ktorú článok 59 dôsledne ochraňuje, znamená, že je potrebné zdržať sa tohto opatrenia“.

66. Nakoniec článok 4 zákona č. 85-704 bráni slobodnému poskytovaniu služieb tým, že vedie k vyhradeniu zmlúv na služby vymenované v článku 3 tohto zákona poskytovateľom služieb s francúzskou štátnou príslušnosťou.

67. Potom, čo bol preukázaný nesúlad zákona č. 85-704 s článkom 49 ES, je na mieste zaoberať sa prípadným uplatnením článku 45 prvého odseku ES, podľa ktorého „ustanovenia tejto kapitoly sa v členskom štáte nevzťahujú na činnosti, ktoré v tomto štáte súvisia, hoci len príležitostne, s výkonom štátnej moci“. Komisia zamýšľala uplatnenie tejto výnimky, no neskôr ju vylúčila. Pripomína, že táto výnimka musí byť jednoznačne vykladaná tak, že sa vzťahuje na „činnosti, ktoré samy osebe zahŕňajú priamu účasť na výkone verejnej moci“⁴⁶ a konštatuje, že úlohy zverené mandatárovi sú v prevažnej miere technickej povahy, čo nezodpovedá tejto definícii.

68. Čo sa týka činností, pri ktorých mandatár zastupuje investora, ako je uzatváranie zmlúv so stavebným dozorom a zmlúv o dielo a odmeňovanie zhotoviteľov a poskytovateľov, Komisia uzatvára, že článok 45 ES nemožno uplatniť. Uzavretie zmlúv je podriadené súhlasu investora, takže podľa Komisie neobstojí tvrdenie, že mandatár môže skutočne ťažiť zo zverenia verejnej moci. Platenie odmien zhotoviteľom a poskytovateľom by o nič viac nezodpovedalo výkonu verejnej moci mandatárom, keďže financovanie je zabezpečené investo-rom.

69. Ako bolo preukázané vyššie, mandatár sa nezúčastňuje na výkone verejnej moci, či už pre pomocné úlohy alebo úlohy spojené so zastupovaním, ktoré mu sú zverené. Výnimka stanovená v článku 45 ES sa naňho preto nevzťahuje.⁴⁷

70. Rovnako nemožno uplatniť výnimku podľa článku 46 ES, pretože žiadne dôvody týkajúce sa verejného poriadku, verejnej bezpečnosti alebo verejného zdravia neboli žalovaným štátom predložené.

45 — Rozsudok z 3. júna 1992, C-360/89, Zb. s. I-3401.

46 — Rozsudok z 5. decembra 1989, Komisia/Taliansko, už citovaný.

47 — Pozri v tejto súvislosti judikatúru už citovanú v poznámke pod čiarou 27.

IV — Návrh

71. Vzhľadom na vyššie uvedené navrhujem Súdnemu dvoru, aby určil, že Francúzska republika si tým, že vyhradila v článku 4 zákona č. 85-704 z 12. júla 1985 o verejnom obstarávaní stavieb a jeho vzťahoch so súkromným stavebným dozorom v znení zákona č. 91-662 z 13. júla 1991 a zákona č. 96-987 zo 14. júla 1996 úlohu zastupovania investora taxatívne vymedzeným právnickým osobám založeným podľa francúzskeho práva, nesplnila povinnosti, ktoré jej vyplývajú zo smernice Rady 92/50/EHS z 18. júna 1992 o koordinácii postupov verejného obstarávania služieb a osobitne z jej článkov 8 a 9, ako aj z článku 49 ES.