

Věc C-692/23

**Shrnutí žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce podle čl. 98 odst. 1
jednacího řádu Soudního dvora****Datum doručení:**

17. listopadu 2023

Předkládající soud:

Gerechtshof Den Haag (Nizozemsko)

Datum předkládacího rozhodnutí:

14. listopadu 2023

Žalobkyně:

AVR-Afvalverwerking BV

Žalované:

NV BAR-Afvalbeheer

Gemeente Barendrecht

Gemeente Albrandswaard

Gemeente Ridderkerk

NV Irado

Afvalsturing Friesland NV

Předmět původního řízení

Předmětem původního řízení jsou zakázky tří obcí v provincii Zuid-Holland (Jižní Holandsko, Nizozemsko) a jedné další právnické osoby na zpracování zbytkového komunálního odpadu těchto tří obcí, u kterých podle tvrzení žalobkyně neprávem nebylo provedeno zadávací řízení.

Předmět a právní základ žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce

Tato žádost předložená na základě článku 267 SFEU se týká otázky, zda je při použití „kritéria činnosti“ podle směrnice 2014/24, na jehož základě není nezbytné provést výběrové řízení, zapotřebí vycházet výhradně z obratu ovládané právnické osoby, která je součástí skupiny, nebo z obratu této skupiny, jak se pak tento obrat určí a zda je – v prvně uvedeném případě – při určení obratu ovládané právnické osoby nezbytné vzít v úvahu obrat, který generují třetí osoby jako uživatelé skládky, kterou tato osoba provozuje.

Předběžné otázky

1. Musí být kritérium činnosti stanovené v čl. 12 odst. 3 prvním pododstavci písm. b) směrnice 2014/24 ve spojení s jejím čl. 12 odst. 5

vykládáno v tom smyslu, že,

pokud se v něm uvedený procentuální podíl činností určí na základě obratu a ovládaná právnická osoba je součástí skupiny,

je nezbytné vzít v úvahu výlučně obrat ovládané právnické osoby samotné, nebo rovněž obrat všech podniků spojených nebo nespojených ve skupině, jako je například

(i) konsolidovaný obrat, kdy se obrat dotčené právnické osoby podle vnitrostátních ustanovení provádějících článku 22 a 24 směrnice 2013/34 přičte k obratu jiných podniků ve skupině, nebo

(ii) obrat podniků, se kterými ovládaná právnická osoba tvoří ve smyslu pojmu podnik, jak jej definuje unijní právo hospodářské soutěže, hospodářskou jednotku?

2. V případě odpovědi na první otázku v tom smyslu, že musí být přihlédnuto výhradně k obratu ovládané právnické osoby samotné, musí být kritérium činnosti uvedené v této otázce

vykládáno v tom smyslu, že

obrat, který je generován tím, že třetí osoby jako uživatelé ukládají odpady na skládku, kterou ovládaná právnická osoba provozuje z pověření ovládajícího veřejného zadavatele, je nezbytné považovat za obrat pocházející z provádění úkolů, které byly této právnické osobě svěřeny tímto ovládajícím veřejným zadavatelem, pokud se vezme v úvahu, že konkurenty ovládané právnické osoby jsou i soukromí poskytovatelé?

Uplatňovaná ustanovení unijního práva

Článek 12 odst. 1, 3 a 5 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES (Úř. věst. 2014, L 94, s. 65) (dále jen „směrnice 2014/24“).

body 1, 5 první věta, 31 a 32 odst. 1 odůvodnění směrnice 2014/24

Články 22 a 24 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2013/34/EU ze dne 26. června 2013 o ročních účetních závěrkách, konsolidovaných účetních závěrkách a souvisejících zprávách některých forem podniků, o změně směrnice Evropského parlamentu a Rady 2006/43/ES a o zrušení směrnic Rady 78/660/EHS a 83/349/EHS (Úř. věst. 2013, L 182, s. 19) (dále jen „směrnice 2013/34“).

Uplatňovaná ustanovení vnitrostátního práva

Článek 2:24 odst. 1, články 2:24a a 2:24b Aanbestedingswet (zákon o zadávání veřejných zakázek) z roku 2012 (dále jen „zákon o veřejných zakázkách“)

Články 2:405, 2:406 a 2:410 Burgerlijk Wetboek (občanský zákoník, dále jen „BW“)

Stručný popis skutkového stavu a původního řízení

- 1 Společnost AVR- Afvalverwerking BV (dále jen „žalobkyně“) je komerční podnik zabývající se zpracováním odpadu.
- 2 Obce provincie Frísko založily v roce 1995 společnost Afvalsturing Friesland NV (dále jen „AF“) jako společného neziskového zpracovatele odpadů. Společnost AF řídí skupinu dceřiných společností, které podnikají rovněž v jiných oblastech, než je zpracování odpadů. Sestavuje konsolidované roční závěrky, v nichž konsoliduje své vlastní finanční údaje s finančními údaji svým dceřiných společností, jiných společností skupiny a jiných právnických osob, na které může uplatňovat rozhodující vliv nebo které jsou jí jednotně řízeny.
- 3 Obce Barendrecht, Albrandswaard a Ridderkerk (dále jen „obce BAR“) leží v provincii Jižní Holandsko a založily společnost NV BAR-Afvalbeheer (dále jen „BAR“) jako neziskový výkonný subjekt pro nakládání s odpady.
- 4 Společnost NV Irado (dále jen „Irado“) byla založena jinými třemi obcemi v provincii Jižní Holandsko jako neziskový výkonný subjekt pro nakládání s odpady a správu veřejného prostoru. Společnost Irado pověřuje od roku 2017 společnost AF zpracováním zbytkového komunálního odpadu a v témže roce se stala také její akcionářkou.
- 5 Samotná společnost AF (tedy nikoliv prostřednictvím společností patřících do její skupiny) provozuje z pověření obcí provincie Frísko skládku odpadu (dále jen

„skládku“), na které se neskládkuje zbytkový komunální odpad, nýbrž mimo jiné odpady z podnikání a ze sanace půdy.

- 6 Pro skládky v Nizozemsku platí plán kapacity v souladu s třetím Landelijke Afvalbeheerplan (národní plán odpadového hospodářství). V rámci tohoto plánu jsou skládky v Nizozemsku provozovány jak soukromými poskytovateli, tak i veřejnými subjekty.
- 7 Do 31. prosince 2019 včetně měla každá obec BAR vlastní dohodu s různými zpracovateli odpadů a žalobkyně zpracovávala na základě těchto dohod zbytkový komunální odpad z těchto obcí. V roce 2019 obce BAR rozhodly, že se společnost BAR může stát akcionářkou společnosti Irado, kterou pověřily svozem a zpracováním jejich zbytkového komunálního odpadu. Dne 13. prosince 2019 uzavřely společnosti Irado a AF dohodu, která se týkala mimo jiné zpracování zbytkového komunálního odpadu v obcích BAR. Dne 20. prosince 2019 uzavřely společnosti BAR a Irado dohodu mimo jiné o poskytování služeb týkajících se zpracování zbytkového komunálního odpadu z obcí BAR. Dne 31. prosince 2019 se společnost BAR stala akcionářkou společnosti Irado.
- 8 Žalobkyně se u Rechtbank Den Haag (Okresní soud v Haagu, Nizozemsko) domáhala toho, aby dohody mezi společnostmi Irado a AF na straně jedné a mezi společnostmi Irado a BAR na straně druhé byly prohlášeny za neplatné, podpůrně zrušeny nebo jejich provádění zakázáno, protože mělo proběhnout výběrové řízení.
- 9 Rechtbank Den Haag (Okresní soud v Haagu) tyto návrhy zamítl.
- 10 Navrhovatelka podala proti tomuto rozhodnutí opravný prostředek k Gerechtshof Den Haag (Odvolací soud v Haagu) a požaduje od žalovaných náhradu škody.

Hlavní argumenty účastníků původního řízení

Právní rámec

- 11 Soudní dvůr ve svém rozsudku ze dne 18. listopadu 1999, Teckal (C-107/98, EU:C:1999:562 [dále jen „rozsudek Teckal“, bod 50) rozhodl, že se právní předpisy upravující zadávání veřejných zakázek nepoužijí, pokud veřejný zadavatel zadá zakázku subjektu od něj odlišnému, který ovládá a který převážnou část své činnosti vykonává ve prospěch veřejného orgánu, který jej ovládá. Poslední podmínka je známá jako „kritérium činnosti“.
- 12 Skutečnost, že obě strany dohody jsou samy veřejnými orgány, sama o sobě nevylučuje použití pravidel pro zadávání veřejných zakázek. Použití pravidel pro zadávání veřejných zakázek by nicméně nemělo veřejným orgánům bránit svobodně vykonávat úkoly veřejné služby, jež jsou jim svěřeny, s využitím vlastních zdrojů. Na druhé straně nesmí spolupráce mezi orgány veřejné správy

vyjmutá z oblasti působnosti vést ve vztahu k soukromým hospodářským subjektům k narušení hospodářské soutěže (bod 31 odůvodnění směrnice 2014/24, viz rovněž rozsudek Soudního dvora ze dne 11. května 2006, Carbotermo a Consorzio Alisei (C-340/04, EU:C:2006:308 [dále jen „rozsudek Carbotermo“], bod 59).

- 13 Právě v tomto ohledu je kritérium činnosti rozhodující. Toto kritérium je splněno, pokud ovládaná právnická osoba provádí více než 80 % činností při plnění úkolů, jež jí byly svěřeny ovládajícím veřejným zadavatelem nebo jinými právnickými osobami, jež uvedený veřejný zadavatel ovládá (bod 33 odůvodnění a čl. 12 odst. 1 směrnice 2014/24). V případě, že ovládaná právnická osoba uskutečňuje většinu své činnosti pro veřejného zadavatele a tedy jakákoli jiná činnost má pouze okrajový charakter, se již nejedná o skutečnou hospodářskou soutěž (rozsudek Carbotermo, bod 62), v opačném případě ještě ano.
- 14 Kromě toho Soudní dvůr v rozsudku ze dne 8. prosince 2016, *Undis Servizi* (C-553/15, EU:C:2016:935) rozhodl, že jakákoli výjimka z povinnosti provést zadávací řízení podle práva hospodářské soutěže musí být vykládána restriktivně (bod 29). Vzhledem k tomu, že orgán veřejné moci má možnost vykonat úkoly veřejného zájmu vlastními prostředky, je výjimka týkající se takzvaných „in house“ zadávání odůvodněna, pokud subjekt, jemuž je veřejná zakázka zadávána, je téměř součástí interních organizačních složek veřejného zadavatele (byť se jedná o subjekt právně odlišný od veřejného zadavatele), a veřejný zadavatel proto „využívá vlastních prostředků“ (bod 30). Podmínkou je, aby veřejný zadavatel vykonával nad subjektem, jemuž je zakázka zadávána, obdobnou kontrolu, jako vykonává nad vlastními organizačními složkami, a aby tento subjekt uskutečňoval převážnou část své činnosti ve prospěch veřejného zadavatele (bod 31).

Argumenty účastníků řízení

- 15 Podstatnou otázkou původního řízení je, zda společnost AF splňuje kritérium činnosti.
- 16 Podle názoru žalobkyně je nezbytné vzít při použití kritéria činnosti v úvahu konsolidovaný obrat. Je totiž nezbytné vycházet z obratu skupiny podniků, do níž ovládaná právnická osoba (ve smyslu hospodářské jednotky, která se může skládat z fyzických nebo právnických osob) patří, protože pouze tak je možné dostatečně zohlednit skutečnou a hospodářskou situaci. Žalobkyně poukazuje na skutečnost, že společnost AF je hospodářsky a organizačně spojena se svými dceřinými společnostmi, takže se *de facto* jedná o jediný podnik. Přihlédnutí pouze k obratu ovládané právnické osoby vede k vysokému počtu výjimek z použitelnosti směrnice 2014/24, který není odůvodněný, a v důsledku toho k menší hospodářské soutěži, což není slučitelné s cílem ustanovení o zadávání veřejných zakázek. Ovládaná právnická osoba navíc může poměr 80 % ku 20 % obejít tím, že působí v rámci skupiny a v této souvislosti sama pracuje více než z 80 % ve prospěch

ovládajícího veřejného zadavatele, zatímco jedna nebo několik společností skupiny působí na volném trhu.

- 17 Žalované mají za to, že pro výpočet procentuálního podílu na obratu z činností, které společnost AF vykonává v rámci úkolů, které jí byly svěřeny ovládajícím veřejným zadavatelem (dále jen „obrat v rámci plnění úkolů“), je nezbytné vycházet z obratu generovaného samotnou společností AF, protože čl. 12 odst. 3 první pododstavec písm. b) směrnice 2014/24 odkazuje na činnosti *právnícké osoby* a podle čl. 12 odst. 5 směrnice lze hledat i jiný vhodný ukazatel založený na činnosti, jako jsou například náklady vzniklé příslušné *právnícké osobě* v souvislosti s dotčenými službami; tento obrat činí více než 80 %, takže se právní předpisy upravující zadávání veřejných zakázek nepoužijí. Při použití konsolidovaného obratu by byl zohledněn i obrat jiných právníckých osob, což by se rovnalo použití kritéria činnosti *contra legem*. Konečně mají žalované za to, že konsolidovaný obrat, pokud je nezbytné vycházet z jiných obrátů než obrátů ovládané právnícké osoby, nejsou vhodným referenčním bodem, protože konsolidační předpisy jsou příliš technické a komplikované a navíc existuje příliš mnoho výjimek.
- 18 K druhé předběžné otázce žalobkyně uvádí, že na dotčené skládce není možné ukládat zbytkový komunální odpad a že společnost AF je na této skládce v hospodářské soutěži se soukromými poskytovateli, takže obrat generovaný touto skládkou nelze považovat za obrat v rámci plnění úkolů.
- 19 Žalované tvrdí, že provincie může pro skládkování zbytků ze zpracování komunálního odpadu poskytnout výjimku, a odkazují přitom na rozsudek Carbotermo, v němž Soudní dvůr rozhodl, že obrat uskutečněný se skládkami (dále jen „obrat ze skládek“) přichází do úvahy jako obrat při plnění úkolů i tehdy, pokud je uskutečňován provozovateli. Podle tohoto rozsudku činnosti uskutečňované ovládanou právníckou osobou pro veřejný orgán resp. orgány, které ji na základě rozhodnutí o zadání veřejné zakázky kontrolují, totiž mohou prospět nejen ovládajícímu veřejnému zadavateli, nýbrž i třetím osobám, jako uživatelům. V případě, že za to třetí osoby jako uživatelé zaplatily, jak je tomu v projednávané věci, je nezbytné vzít tento obrat v úvahu jako obrat v rámci plnění úkolů.

Stručné odůvodnění žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce

- 20 Ohledně použití kritéria činnosti není vzhledem k odlišným stanoviskům účastníků řízení ve skutkovém ohledu a k okolnosti, že výše uvedená judikatura nevede v projednávané věci k cíli, předkládajícímu soudu jasné, zda je při určení obratu nezbytné vycházet pouze z obratu společnosti AF nebo z obratu skupiny, a jak se v posledně jmenovaném případě obrat skupiny určí. Určení obratu má rozhodující význam pro odpověď na otázku, zda se použijí právní ustanovení o zadávání zakázek nebo nikoliv a jaké tedy musí být rozhodnutí v původním řízení.

- 21 Je-li nezbytné přihlídnout pouze k obratu společnosti AF, pak vyvstává otázka, zda obrat dosahovaný společností AF se skládkou musí být považován za obrat při plnění úkolů; tato otázka je rozhodující pro odpověď na další otázku, zda je splněno kritérium činnosti a proto je relevantní pro rozhodnutí v původním řízení. Z rozsudku Carbotermo vyplývá, že obrat dosahovaný třetími osobami lze považovat za obrat v rámci plnění úkolů. Určujícím obratem pro ovládaný podnik je totiž obrat, který je uskutečňován na základě rozhodnutí o zadání zakázky – a to včetně obratu uskutečněného s uživateli v rámci provedení takových rozhodnutí. Činností podniku, kterému byla zakázka zadána, a kterou je třeba zohlednit, je totiž veškerá činnost, kterou tento podnik uskutečňuje v rámci zakázky, bez ohledu na to, kdo je beneficentem, ať již samotný zadavatel, nebo uživatel plnění. Je bezvýznamné, kdo odměňuje dotčený podnik, ať je to veřejný zadavatel, který je jeho akcionářem, nebo třetí osoby jako uživatelé služeb (rozsudek Carbotermo, body 65 až 67). Naproti tomu žalobkyně tvrdí, že společnost AF jako ovládaná právnická osoba je při provozování skládky v soutěži se soukromými poskytovateli, takže není 100 % jisté, zda její obrat ze skládky lze považovat za obrat v rámci plnění úkolů. Předkládající soud proto považuje i druhou předběžnou otázku za nezbytnou.

PRACOVNÍ DOKUMENT