

Vec C-692/23

**Zhrnutie návrhu na začatie prejudiciálneho konania podľa článku 98 ods. 1
Rokovacieho poriadku Súdneho dvora**

Dátum podania:

17. november 2023

Vnútroštátny súd:

Gerechtshof Den Haag

Dátum rozhodnutia vnútroštátneho súdu:

14. november 2023

Žalobkyňa:

AVR-Afvalverwerking BV

Žalovaní:

NV BAR-Afvalbeheer

Gemeente Barendrecht

Gemeente Albrandswaard

Gemeente Ridderkerk

NV Irado

Afvalsturing Friesland NV

Predmet sporu vo veci samej

Konanie vo veci samej sa týka zákaziek zadaných tromi obcami v provincii Zuid-Holland (Južné Holandsko, Holandsko) a inou právnickou osobou na recykláciu zvyškového odpadu z domácností týchto troch obcí, pri ktorých podľa žalobcu nesprávne nebolo vykonané obstarávanie.

Predmet a právny základ návrhu na začatie prejudiciálneho konania

Tento návrh podľa článku 267 ZFEÚ sa týka otázky, či sa pri uplatňovaní „kritéria činnosti“ smernice 2014/24, čo znamená, že postup obstarávania nie je povinný, má zohľadniť len obrat kontrolovanej právnickej osoby patriacej do skupiny, alebo sa má zohľadniť obrat skupiny, ako sa má potom tento obrat určiť a – v prvom prípade – či sa má pri obrate kontrolovanej právnickej osoby zohľadniť obrat, ktorý generujú tretie osoby ako užívatelia ňou prevádzkovej skládky.

Prejudiciálne otázky

1. Musí sa kritérium činnosti podľa článku 12 ods. 3 prvého pododseku písm. b) smernice 2014/24 v spojení s článkom 12 ods. 5 uvedenej smernice

vykladať v tom zmysle, že,

ak je percentuálny podiel činností v ňom uvedených určený na základe obratu a kontrolovaná právnická osoba patrí do skupiny,

má sa zohľadniť len obrat samotnej kontrolovanej právnickej osoby alebo obrat všetkých pridružených alebo nepridružených spoločností v skupine, ako napríklad

(i) konsolidovaný obrat, pri ktorom sa má obrat príslušnej právnickej osoby pripočítať k obratu ostatných podnikov v skupine v súlade s vnútroštátnou transpozíciou článkov 22 a 24 smernice 2013/34, alebo

(ii) obrat podnikov, s ktorými kontrolovaná právnická osoba tvorí hospodársku jednotku v zmysle pojmu podnik podľa práva Únie v oblasti hospodárskej súťaže?

2. Ak je odpoveďou na otázku 1, že sa má zohľadniť len obrat samotnej kontrolovanej právnickej osoby, musí sa kritérium činnosti uvedené v tejto otázke

vykladať v tom zmysle, že

má sa obrat, ktorý vznikne, keď tretie osoby ako užívatelia vyložia odpad na skládke, ktorú kontrolovaná právnická osoba prevádzkuje v mene kontrolujúcich verejných obstarávateľov, považovať za obrat vyplývajúci z plnenia úloh, ktoré na

túto právnickú osobu preniesli kontrolujúci verejní obstarávatelia, ak sa zohľadní skutočnosť, že kontrolovaná právnická osoba v tomto smere konkuruje aj súkromným subjektom?

Relevantné ustanovenia práva Únie

Článok 12 ods. 1, 3 a 5 smernice Európskeho parlamentu a Rady 2014/24/EÚ z 26. februára 2014 o verejnom obstarávaní a o zrušení smernice 2004/18/ES (Ú. v. EÚ L 94, 2014, s. 65) (ďalej len „smernica 2014/24“).

Odôvodnenia 1, 5 prvá veta, 31 a 32 odsek 1 smernice 2014/24

Články 22 a 24 smernice Európskeho parlamentu a Rady 2013/34/EÚ z 26. júna 2013 o ročných účtovných závierkach, konsolidovaných účtovných závierkach a súvisiacich správach určitých druhov podnikov, ktorou sa mení smernica Európskeho parlamentu a Rady 2006/43/ES a zrušujú smernice Rady 78/660/EHS a 83/349/EHS (Ú. v. EÚ L 182, 2013, s. 19) (ďalej len „smernica 2013/34“).

Relevantné ustanovenia vnútroštátneho práva

Článok 2:24 ods. 1, článok 2:24a a 2:24b Aanbestedingswet (zákon o verejnom obstarávaní) z roku 2012 (ďalej len „zákon o verejnom obstarávaní“).

Články 2:405, 2:406 a 2:410 Burgerlijk Wetboek (Občiansky zákonník, ďalej len „BW“)

Stručný opis skutkového stavu a konania

- 1 AVR-Afvalverwerking BV (ďalej len „žalobkyňa“) je komerčný spracovateľ odpadu.
- 2 V roku 1995 založili obce provincie Frízsko spoločnosť Afvalsturing Friesland NV (ďalej len „AF“) ako spoločného neziskového spracovateľa odpadu. AF riadi skupinu dcérskych spoločností, ktoré pôsobia aj v iných oblastiach ako je recyklácia odpadu. AF zostavuje konsolidované účtovné závierky, v ktorých konsoliduje svoje vlastné finančné údaje s finančnými údajmi svojich dcérskych spoločností, iných spoločností v skupine a iných právnických osôb, na ktoré môže mať rozhodujúci vplyv alebo ktoré podliehajú jej jednotnému riadeniu.
- 3 Obce Barendrecht, Albrandswaard a Ridderkerk (ďalej len „obce BAR“) sa nachádzajú v provincii Južné Holandsko a založili NV BAR-Afvalbeheer (ďalej len „BAR“) ako neziskovú výkonnú organizáciu pre nakladanie s odpadmi.
- 4 Spoločnosť NV Irado (ďalej len „Irado“) založili tri ďalšie obce v provincii Južné Holandsko ako neziskovú výkonnú organizáciu pre nakladanie s odpadmi a správu verejných priestranstiev. Spoločnosť Irado si od roku 2017 necháva recyklovať

zvyškový odpad z domácností spoločnosťou AF a v tom istom roku sa stala aj jej akcionárom.

- 5 Spoločnosť AF sama (t. j. nie prostredníctvom niektorej zo spoločností patriacich do jej skupiny) prevádzkuje v mene obcí provincie Frízsko skládku odpadov (ďalej len „skládku“), na ktorej sa ukladá zvyškový odpad nepochádzajúci z domácností, a to okrem iného komerčný odpad a odpad zo sanácie pôdy.
- 6 V Holandsku skládky podliehajú kapacitnému plánovaniu v súlade s tretím Landelijke Afvalbeheerplan (národný plán odpadového hospodárstva). V rámci tohto plánovania prevádzkujú skládky v Holandsku súkromní poskytovatelia aj verejné subjekty.
- 7 Do 31. decembra 2019 vrátane mala každá obec BAR uzatvorenú vlastnú zmluvu s rôznymi recyklačnými spoločnosťami a žalobkyňa na základe týchto zmlúv recyklovala zvyškový odpad z domácností týchto obcí. V roku 2019 sa obce BAR rozhodli, že BAR sa môže zapojiť do spoločnosti Irado, a poverili spoločnosť Irado zberom a recykláciou ich zvyškového odpadu z domácností. Dňa 13. decembra 2019 uzavreli spoločnosti Irado a AF dohodu týkajúcu sa okrem iného recyklácie zvyškového odpadu z domácností obcí BAR. Dňa 20. decembra 2019 spoločnosti BAR a Irado uzavreli dohodu o poskytovaní služieb týkajúcich sa okrem iného recyklácie zvyškového odpadu z domácností v obciach BAR. Dňa 31. decembra 2019 sa spoločnosť BAR stala akcionárom spoločnosti Irado.
- 8 Žalobkyňa sa obrátila na Rechtbank Den Haag (Okresný súd v Haagu, Holandsko) s návrhom na vyhlásenie neplatnosti zmlúv medzi spoločnosťami Irado a AF na jednej strane a medzi spoločnosťami Irado a BAR na strane druhej, alternatívne na zrušenie alebo zákaz ich plnenia, pretože bolo potrebné vypísať súťaž.
- 9 Rechtbank Den Haag (Okresný súd v Haagu) tieto žiadosti zamietol.
- 10 Žalobkyňa sa proti tomu odvolala na Gerechtshof Den Haag (Odvolací súd v Haagu, Holandsko) a žiada od žalovaných náhradu škody.

Hlavné tvrdenia účastníkov konania vo veci samej

Právny rámec

- 11 V rozsudku z 18. novembra 1999, Teckal (C-107/98, EU:C:1999:562 [ďalej len „rozsudok Teckal“], bod 50), Súdny dvor rozhodol, že pravidlá verejného obstarávania sa neuplatnia, ak verejný obstarávateľ zadá zákazku inej osobe, ako je on sám, nad ktorou vykonáva kontrolu a ktorá vykonáva svoju činnosť primárne pre kontrolný orgán. Táto posledná podmienka je známa ako „kritérium činnosti“.

- 12 Skutočnosť, že obe strany dohody sú samy verejnými subjektmi, sama osebe nestačí na vylúčenie uplatňovania pravidiel obstarávania. Uplatňovanie pravidiel verejného obstarávania by však nemalo obmedzovať verejné subjekty v ich slobode plniť verejné úlohy, ktoré im boli zverené, s použitím vlastných zdrojov. Na druhej strane spolupráca [v rámci] verejného sektora vylúčená z rozsahu pôsobnosti nesmie viesť k narušeniu hospodárskej súťaže vo vzťahu k súkromným hospodárskym subjektom (odôvodnenie 31 smernice 2014/24, pozri tiež rozsudok Súdneho dvora z 11. mája 2006, Carbotermo a Consorzio Alisei (C-340/04, EU:C:2006:308 [ďalej len „rozsudok Carbotermo“], bod 59).
- 13 Rozhodujúce je tu kritérium činnosti. Toto kritérium je splnené, ak kontrolovaná právnická osoba vykonáva viac ako 80 % úloh, ktorými ju poveril kontrolujúci verejný obstarávateľ alebo iné ním kontrolované právnické osoby (odôvodnenie 33 a článok 12 ods. 1 smernice 2014/24). Ak kontrolovaná právnická osoba vykonáva svoju činnosť v podstatnej časti pre verejného obstarávateľa, a akákoľvek iná činnosť je preto druhoradá, skutočná hospodárska súťaž už neexistuje (rozsudok Carbotermo, bod 62), v opačnom prípade stále existuje.
- 14 Okrem toho v rozsudku z 8. decembra 2016, Undis Servizi (C-553/15, EU:C:2016:935), Súdny dvor rozhodol, že každú výnimku z povinnosti uskutočniť obstarávanie treba vykladať reštriktívne (bod 29). Keďže verejný subjekt má možnosť plniť svoje úlohy vo všeobecnom záujme vlastnými zdrojmi, výnimka v súvislosti s „in-house“ obstarávaním je opodstatnená, ak je poverený subjekt takmer súčasťou interných služieb verejného obstarávateľa (aj keď ide o subjekt právne odlišný od verejného obstarávateľa), a verejný obstarávateľ preto „použil vlastné prostriedky“ (bod 30). Predpokladom toho je, že verejný obstarávateľ vykonával nad subjektom, ktorému sa zákazka zadáva, podobnú kontrolu ako nad svojimi vlastnými organizačnými zložkami, aby tento subjekt vykonával podstatnú časť svojich činností v prospech verejného obstarávateľa (bod 31).

Argumentácia strán

- 15 Kľúčovým bodom konania je otázka, či AF spĺňa kritérium činnosti.
- 16 Podľa žalobkyne sa pri uplatňovaní kritéria činnosti musí zohľadniť konsolidovaný obrat. Musí sa vychádzať z obratu skupiny spoločností, do ktorej kontrolovaná právnická osoba (v zmysle hospodárskej jednotky, ktorá môže pozostávať z fyzických alebo právnických osôb) patrí, pretože len tak možno primerane zohľadniť skutočnú a hospodársku situáciu. Žalobkyňa zdôrazňuje, že AF je hospodársky a organizačne prepojená so svojimi dcérskymi spoločnosťami, takže *de facto* predstavuje jednu spoločnosť. Ak by sa zohľadňoval len obrat kontrolovanej právnickej osoby, viedlo by to k neodôvodnene vysokému počtu výnimiek z uplatniteľnosti smernice 2014/24, a tým k nižšej hospodárskej súťaži, čo je nezlučiteľné s cieľom pravidiel verejného obstarávania. Okrem toho by kontrolovaná právnická osoba mohla obísť pomer 80 % ku 20 % tým, že by

pôsobila v rámci skupiny a v tejto súvislosti by sama pracovala na viac ako 80 % v prospech kontrolujúcich verejných obstarávateľov a umožnila by jednej alebo viacerým spoločnostiam v skupine pôsobiť na voľnom trhu.

- 17 Podľa názoru žalovaných pri výpočte percentuálneho podielu obratu z činností, ktoré AF vykonáva v rámci plnenia úloh, ktoré na ňu preniesol kontrolujúci verejný obstarávateľ (ďalej len „obrat v rámci plnenia úloh“), treba vychádzať z obratu, ktorý dosiahla samotná AF, keďže článok 12 ods. 3 prvý pododsek písm. b) smernice 2014/24 sa vzťahuje na činnosti *právnickej osoby* a podľa článku 12 ods. 5 smernice možno hľadať aj vhodný alternatívny ukazovateľ založený na činnosti, napríklad náklady, ktoré vznikli dotknutej *právnickej osobe* v súvislosti s predmetnými službami; tento obrat predstavuje viac ako 80 %, takže sa neuplatňujú ustanovenia o verejnom obstarávaní. Ak by sa vychádzalo z konsolidovaného obratu, bol by zahrnutý aj obrat iných právnických osôb, čo by znamenalo uplatnenie kritéria činnosti *contra legem*. Napokon žalované zastávajú názor, že ak sa má vychádzať z iného obratu ako obrat kontrolovanej právnickej osoby, konsolidovaný obrat nie je vhodným styčným bodom, pretože pravidlá konsolidácie sú príliš technické a príliš komplikované a existuje okrem toho mnoho výnimiek.
- 18 Pokiaľ ide o druhú prejudiciálnu otázku, žalobkyňa tvrdí, že na predmetnú skládku nemožno ukladať zvyškový odpad z domácností a že AF na tejto skládke konkuruje súkromným subjektom, takže jej obrat z tejto skládky nemožno zohľadniť ako obrat v rámci plnenia jej úloh.
- 19 Žalovaní tvrdia, že provincia môže udeliť výnimku na skládkovanie zvyškov z recyklácie odpadu z domácností, a odvolávajú sa na rozsudok vo veci Carbotermo, v ktorom Súdny dvor rozhodol, že obrat vytvorený skládkami (ďalej len „obrat zo skládky“) možno považovať za obrat aj v rámci plnenia úloh, ak ho vytvárajú podniky. Podľa tohto rozsudku z činností, ktoré kontrolovaná právnická osoba vykonáva pre subjekt alebo subjekty, ktoré ju kontrolujú na základe rozhodnutí o zadaní zákazky, môže mať prospech nielen samotný kontrolujúci verejný obstarávateľ, ale aj tretie osoby ako užívatelia. Ak za to tretie osoby ako užívatelia platia, ako je to v tomto prípade, tento obrat sa musí zohľadniť ako obrat v rámci plnenia úloh.

Stručné odôvodnenie návrhu

- 20 Pokiaľ ide o uplatnenie kritéria činnosti, vzhľadom na rozdielne stanoviská účastníkov konania k skutkovým okolnostiam a na skutočnosť, že uvedená judikatúra nie je relevantná pre riešenie tejto veci, vnútroštátnemu súdu nie je jasné, či sa má na účely určenia obratu zohľadniť samotný obrat AF alebo obrat skupiny, a v druhom prípade, ako sa má určiť obrat skupiny. Určenie obratu má rozhodujúci význam pre zodpovedanie otázky, či sa pravidlá obstarávania uplatnia alebo nie, a teda ako rozhodnúť vo veci samej.

- 21 Ak sa má zohľadniť len obrat AF, vzniká otázka, či sa obrat dosiahnutý AF prostredníctvom skládky má považovať za obrat v rámci plnenia jej úloh; táto otázka je rozhodujúca pre zodpovedanie ďalšej otázky, či je splnené kritérium činnosti, a preto je relevantná pre konanie vo veci samej. Z rozsudku Carbotermo vyplýva, že obrat dosiahnutý tretími osobami možno považovať za obrat v rámci plnenia úloh. Pre kontrolovaný podnik je totiž rozhodujúci obrat, ktorý sa realizuje v dôsledku rozhodnutia o zadaní zákazky – vrátane obratu dosiahnutého s užívateľmi pri výkone týchto rozhodnutí. V skutočnosti treba ako činnosť podniku, s ktorým bola uzavretá zmluva, zohľadniť všetku činnosť, ktorú tento podnik vykonáva v rámci uzavretia zmluvy s verejným obstarávateľom, a to bez ohľadu na identitu subjektu, ktorý z nej má prospech, či už je to samotný verejný obstarávateľ alebo užívateľ plnení. Je bezvýznamné, kto odmeňuje dotknutý podnik, či verejný obstarávateľ, ktorý ho vlastní, alebo tretie osoby – užívatelia plnení (rozsudok Carbotermo, body 65 až 67). Naproti tomu žalobkyňa tvrdí, že AF ako kontrolovaná právnická osoba konkuruje pri prevádzkovaní skládky súkromným poskytovateľom, takže nie je stopercentne isté, či jej obrat zo skládky možno považovať za obrat v rámci plnenia jej úloh. Preto vnútroštátny súd považuje za potrebnú aj druhú prejudiciálnu otázku.

PRACOVNÝ DOKUMENT