

**Vec C-383/21**

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

**Dátum podania:**

24. jún 2021

**Vnútroštátny súd:**

Conseil d'État

**Dátum rozhodnutia vnútroštátneho súdu:**

15. jún 2021

**Žalobca:**

Société de Logement de Service public Sambre et Biesme SCRL

**Žalovaný:**

Société wallonne du logement

---

**1. Predmet a okolnosti sporu:**

- 1 Sociálny bytový podnik Sambre et Biesme (ďalej len „SLSP Sambre et Biesme“) je družstvom s ručením obmedzeným, ktorého hlavnými členmi sú obce Farciennes a Aiseau-Presles.
- 2 Tento podnik je súčasťou siete sociálnych bytových podnikov, na ktoré dohliada valónsky bytový podnik konajúci na účet valónskej vlády.
- 3 V roku 2015 sa SLSP Sambre et Biesme a obec Farciennes rozhodli vybudovať ekologickú štvrť vo Farciennes s približne 150 bytmi. Na tento účel chceli využiť pomoc zo strany Intercommunale pour la Gestion et la Réalisation d'Études Techniques et Économiques (Združenie obcí pre správu a realizáciu technických a ekonomických štúdií, ďalej len „IGRETEC“).
- 4 Združenie IGRÉTEC plní úlohy verejnej služby vo viacerých oblastiach. Jeho projektová kancelária a nákupná centrála mu umožňujú okrem iného pomáhať verejnoprávnym alebo súkromnoprávnym partnerom pri projektovaní a realizácii priemyselných alebo občianskych budov, infraštruktúry alebo všeobecnejšie pri každom urbanistickom a environmentálnom projekte.
- 5 Združenie IGRÉTEC, založené niekoľkými obcami ako družstvo s ručením obmedzeným, má v súčasnosti medzi svojimi členmi viac ako 70 obcí, vrátane obce Farciennes, a viac ako 50 iných orgánov verejnej moci.
- 6 Jeho fungovanie sa riadi právnymi predpismi o obchodných spoločnostiach. Jeho stanovy vyhradzujú obciam väčšinu hlasov, ako aj predsedníctvo v jednotlivých riadiacich orgánoch. Rozhodnutia orgánov združenia obcí sú prijímané väčšinou hlasov členov, ktorí sú obcami.
- 7 Základné imanie združenia IGRÉTEC je rozdelené na podielnické listy piatich kategórií, medzi ktoré patria predovšetkým podielnické listy A vydané obciam (5 054 351 podielnických listov) a podielnické listy C vydané „iným verejnoprávnym členom“ (17 126 podielnických listov). V rozhodnom čase žiadny člen predstavenstva nezastupoval členov kategórie C. Okrem toho členom predstavenstva združenia IGRÉTEC bol člen obecného zastupiteľstva obce Farciennes, ktorý bol aj členom štatutárneho orgánu SLSP Sambre et Biesme.
- 8 Dňa 29. októbra 2015 sa SLSP Sambre et Biesme rozhodol kúpiť podielnický list v združení IGRÉTEC, aby mohol využívať jeho služby ako člen, aj keď s veľmi malým podielom.
- 9 Bol vypracovaný návrh rámcovej dohody, ktorý určoval príslušné práva a povinnosti obce Farciennes a podniku SLSP Sambre et Biesme pri projektovaní a realizácii ekologickej štvrte vo Farciennes.

- 10 Prvý článok tejto rámcovej dohody upravuje najmä spoločné obstarávanie verejných zákaziek na poskytnutie služieb, uskutočnenie stavebných prác a podporu stavebných prác, pričom určuje obec Farciennes, aby konala ako verejný obstarávateľ v ich spoločnom mene a samostatne prijímala každé rozhodnutie týkajúce sa obstarávania a zadávania zákaziek.
- 11 Jej článok 5, nazvaný „Výber pomoci stavebníkovi pri realizácii zákaziek na poskytnutie služieb, uskutočnenie stavebných prác a podporu stavebných prác a pri vypracovaní dokumentácie mestskej obnovy“, stanovuje, že „zmluvné strany sa dohodli, že obec Farciennes uzavrie so združením IGRETEC... dohodu o pomoci stavebníkovi, poskytovaní právnych služieb a environmentálnych služieb, a to v rámci ‚in house‘ vzťahu, ktorý spája každú zo zmluvných strán s týmto združením obcí“.
- 12 Dňa 9. februára 2017 predstavenstvo podniku SLSP Sambre et Biesme rozhodlo na jednej strane o „schválení uzavretia rámcovej dohody o spoločných zákazkách s obcou Farciennes“ a na druhej strane o „nevyhlásení verejného obstarávania na verejnú zákazku na poskytnutie služieb vyhotovenia súpisu materiálov obsahujúcich azbest“, ktorého osobitné súťažné podklady predtým schválilo, „s prihliadnutím na ‚in house‘ vzťah medzi [podnikom SLSP Sambre et Biesme] a [združením] IGRETEC“. Tieto súťažné podklady sú opísané ako prvá etapa realizácie projektu ekologickej štvrte vo Farciennes.
- 13 Dňa 10. februára 2017 boli tieto dve rozhodnutia z 9. februára 2017 predložené na preskúmanie valónskemu bytovému podniku, ktorý vykonáva dohľad nad sociálnymi bytovými podnikmi z dôvodu, že vo vzťahoch medzi podnikom SLSP a združením IGRETEC neboli v skutočnosti splnené podmienky „in house“ výnimky a že objednávky, ktoré SLSP zadal združeniu IGRETEC, podliehajú režimu verejného obstarávania.
- 14 Dňa 25. februára 2017 valónsky bytový podnik zrušil rozhodnutia podniku SLSP Sambre et Biesme z dôvodu, že združeniu IGRETEC bola bez verejného obstarávania zadaná zmluva o technickej pomoci (článok 5 rámcovej dohody) a zmluva o poskytnutí služieb vyhotovenia súpisu materiálov obsahujúcich azbest.
- 15 Podľa jeho názoru možno dôvodne pochybovať o tom, že SLSP Sambre et Biesme vykonáva rozhodujúci vplyv na združenie IGRETEC a to najmä preto, že vlastní iba jeden podielnícky list na základnom imaní združenia IGRETEC a že naopak stanovy združenia IGRETEC priznávajú väčšinu obciam.
- 16 Označenie obce Farciennes za hlavného verejného obstarávateľa v prvom článku rámcovej dohody nepostačuje na to, aby odôvodnilo priame zadávanie zmlúv združeniu IGRETEC v mene jednotlivých zmluvných strán rámcovej dohody, aj keď obec Farciennes by vo svojich vzťahoch so združením IGRETEC mohla individuálne využiť „in house“ výnimku. V rámci spoločnej zákazky sa jednotliví zmluvní partneri spájajú na úrovni zostavovania objednávky, ale každý partner musí dodržať bežné postupy obstarávania.

17 Toto zrušovacie rozhodnutie je predmetom prejednávanej žaloby.

**2. Dotknuté ustanovenia:**

*Smernica Európskeho parlamentu a Rady 2014/24/EÚ z 26. februára 2014 o verejnom obstarávaní a o zrušení smernice 2004/18/ES*

18 Článok 12 stanovuje:

„Verejné zákazky medzi subjektmi v rámci verejného sektora

1. Verejná zákazka, ktorú verejný obstarávateľ zadal právnickej osobe, ktorá sa spravuje súkromným alebo verejným právom, nepatrí do rozsahu pôsobnosti tejto smernice, ak sú splnené všetky tieto podmienky:

a) verejný obstarávateľ vykonáva nad príslušnou právnickou osobou kontrolu podobnú kontrole, akú vykonáva nad vlastnými organizačnými zložkami;

b) viac ako 80 % činností kontrolovanej právnickej osoby sa vykonáva pri plnení úloh, ktorými ju poveril kontrolujúci verejný obstarávateľ alebo iné právnické osoby kontrolované týmto verejným obstarávateľom, a

...

Verejný obstarávateľ sa považuje za vykonávajúceho nad právnickou osobou kontrolu podobnú tej, ktorú vykonáva nad vlastnými organizačnými zložkami v zmysle prvého pododseku písm. a), ak má rozhodujúci vplyv na strategické ciele, ako aj významné rozhodnutia kontrolovanej právnickej osoby. ...

2. ...

3. Verejný obstarávateľ, ktorý nad právnickou osobou, ktorá sa spravuje súkromným alebo verejným právom, nevykonáva kontrolu v zmysle odseku 1, môže napriek tomu zadať verejnú zákazku uvedenej právnickej osobe bez uplatnenia tejto smernice, ak sú splnené všetky tieto podmienky:

a) verejný obstarávateľ vykonáva spoločne s inými verejnými obstarávateľmi kontrolu nad uvedenou právnickou osobou, ktorá je podobná kontrole, akú vykonávajú nad vlastnými organizačnými zložkami;

b) viac ako 80 % činností danej právnickej osoby sa vykonáva pri plnení úloh, ktorými ju poverili kontrolujúci verejní obstarávatelia alebo iné právnické osoby kontrolované tými istými verejnými obstarávateľmi, a

...

Na účely prvého pododseku písm. a) vykonávajú verejní obstarávatelia spoločnú kontrolu nad právnickou osobou, ak sú splnené všetky tieto podmienky:

- i) orgány kontrolovanej právnickej osoby s rozhodovacími právomocami pozostávajú zo zástupcov všetkých zúčastnených verejných obstarávateľov; jednotliví zástupcovia môžu zastupovať niekoľkých alebo všetkých zúčastnených verejných obstarávateľov;
- ii) títo verejní obstarávatelia môžu spoločne vykonávať rozhodujúci vplyv na strategické ciele a významné rozhodnutia kontrolovanej právnickej osoby, a
- iii) kontrolovaná právnická osoba nesleduje žiadne záujmy, ktoré sú v rozpore so záujmami kontrolujúcich verejných obstarávateľov.“

### **3. Stanovisko účastníkov konania:**

#### ***A. SLSP Sambre et Biesme***

- 19 SLSP Sambre et Biesme sa domnieva, že v napadnutom akte bol nesprávne odmietnutý „in house“ vzťah medzi ním a združením IGRETEC. Vysvetľuje, že táto výnimka je zakotvená v článku 12 smernice 2014/24, ktorý kodifikuje judikatúru Súdneho dvora. Tvrdí, že na rozdiel od toho, čo sa uvádza v napadnutom akte, sú v tomto prípade splnené podmienky „in house“ výnimky. Tvrdí predovšetkým, že verejný obstarávateľ vykonáva spoločne s ostatnými verejnými obstarávateľmi kontrolu nad združením IGRETEC, ktorá je podobná kontrole, akú vykonávajú nad vlastnými organizačnými zložkami, čo predpokladá, že: 1) orgány kontrolovanej právnickej osoby s rozhodovacími právomocami pozostávajú zo zástupcov všetkých zúčastnených verejných obstarávateľov, pričom jednotliví zástupcovia môžu zastupovať niekoľkých alebo všetkých zúčastnených verejných obstarávateľov, a 2) títo verejní obstarávatelia môžu spoločne vykonávať rozhodujúci vplyv na strategické ciele a významné rozhodnutia kontrolovanej právnickej osoby.
- 20 Tvrdí, že v tomto prípade sú splnené všetky požadované podmienky, pretože spoločne s ostatnými verejnými obstarávateľmi, najmä s podnikom SLSP a s obcami, vykonáva kontrolu nad združením IGRETEC, ktorá je „podobná kontrole, akú vykonávajú nad vlastnými organizačnými zložkami“, a že má účasť „tak na základnom imaní, ako aj v riadiacich orgánoch združenia IGRETEC“ (rozsudok z 29. novembra 2012, Econord, C-182/11 a C-183/11, EU:C:2012:758, bod 33).
- 21 Okrem toho tvrdí, že článok 12 ods. 3 smernice 2014/24 mal naozaj priamy účinok v čase prijatia napadnutého aktu a že pri určení podmienok podobnej spoločnej kontroly treba preto uplatniť toto ustanovenie.
- 22 Po prvé uvádza, že podľa judikatúry Súdneho dvora nezáleží na tom, že má iba jeden podielnícky list na základnom imaní združenia IGRETEC a že tento podielnícky list predstavuje podľa jeho tvrdení iba 0,0000000197 % podielníckych listov s právom hlasovať na členskej schôdzi.

- 23 Po druhé dodáva, že v súlade s článkom 12 ods. 3 smernice 2014/24 nie je potrebné, aby mal každý verejný obstarávateľ člena štatutárneho orgánu v predstavenstve, ale stačí, že verejní obstarávatelia sú zastúpení v rozhodovacích orgánoch združenia obcí, pričom jednotliví zástupcovia môžu zastupovať niekoľkých alebo všetkých zúčastnených verejných obstarávateľov. Vysvetľuje, že európsky normotvorca tak zmiernil podmienky vyplývajúce z rozsudku *Econord*, ktorý vyžadoval, aby sa každý verejný orgán „podieľa[1] tak na základnom imaní, ako aj na riadiacich orgánoch“. Vysvetľuje, že stanovky združenia IGRETEC v znení, ktoré sa uplatňuje v tomto prípade, upravujú v článku 13 ods. 4 treťom pododseku, že „každá kategória členov sa schádza oddelene, aby určila počet navrhovaných členov štatutárneho orgánu zodpovedajúci počtu miest, ktoré sa majú prideliť na jej návrh“, že členovia kategórie C, do ktorej patrí SLSP Sambre et Biesme, sú teda naozaj zastúpení v predstavenstve združenia IGRETEC a že toto predstavenstvo preto skutočne pozostáva z osôb zastupujúcich najmä SLSP Sambre et Biesme v súlade s podmienkou prevzatou do článku 12 ods. 3 druhého pododseku bodu i) smernice 2014/24.
- 24 Po tretie tvrdí, že v súlade s článkom 12 ods. 3 smernice 2014/24 vykonáva spoločne s ostatnými verejnými obstarávateľmi (obcami a ostatnými SLSP) zúčastnenými v združení IGRETEC nad týmto združením obcí kontrolu, ktorá je podobná kontrole, akú vykonávajú nad vlastnými organizačnými zložkami, teda rozhodujúci vplyv na strategické ciele a významné rozhodnutia združenia obcí. Spresňuje, že žiadny verejný obstarávateľ v združení IGRETEC nemá väčšinovú účasť, takže situácia spomínaná v bode 30 rozsudku *Econord* v tomto prípade neexistuje. Dodáva, že článok 12 ods. 3 smernice 2014/24 odkazuje na ostatných verejných obstarávateľov zúčastnených v kontrolovanom subjekte a že vytvorenie rôznych kategórií členov nebráni tomu, aby všetci verejní obstarávatelia vykonávali spoločnú kontrolu nad týmto subjektom. Ako dôkaz uvádza, že tento projekt uskutočňuje v spolupráci s obcou Farciennes, ktorá patrí do inej kategórie členov. SLSP Sambre et Biesme dodáva, že jeho dvomi hlavnými členmi sú obce Farciennes a Aiseau-Presles, ktoré sú aj členmi v združení IGRETEC, a z toho vyvodzuje, že obec Farciennes, ktorá je členom kategórie A, vykonáva kontrolu nad podnikom SLSP „Sambre et Biesme“, ktorý je členom kategórie C v združení IGRETEC, že tieto dva subjekty spoločne vykonávajú kontrolu nad združením IGRETEC, že spolu môžu vykonávať rozhodujúci vplyv na strategické ciele a významné rozhodnutia združenia obcí a že napokon práve z tohto dôvodu zamýšľajú spoločnú výstavbu ekologickej štvrte s využitím odborných vedomostí združenia IGRETEC.
- 25 Z toho vyvodzuje, že má účasť tak na základnom imaní, ako aj v riadiacich orgánoch združenia IGRETEC, takže naozaj vykonáva podobnú kontrolu v zmysle článku 12 ods. 3 smernice 2014/24 a judikatúry Súdneho dvora, a že skutočne existuje „in house“ vzťah so združením IGRETEC.
- 26 SLSP Sambre et Biesme pripomína, že člen obecného zastupiteľstva obce Farciennes bol zároveň členom predstavenstva združenia IGRETEC

a predstavenstva SLSP Sambre et Biesme. Zdôrazňuje, že treba zohľadniť konkrétne okolnosti veci, a opakuje, že symbolická účasť má svoj dôvod, keďže cieľom, ktorý sleduje SLSP, nie je finančne investovať, ale využívať spoločné služby a štruktúru združenia obcí. Trvá na tom, že Kódex miestnej demokracie a decentralizácie obmedzuje počet členov štatutárneho orgánu združenia obcí, a domnieva sa, že poznatky vyplývajúce z rozsudku *Econord* sa obmedzujú na to, že nemôže existovať väčšinový člen, ktorý presadzuje svoje stanovisko voči všetkým, čo nie je prípad prejednávanej veci. Tvrdí, že v tomto prípade je podobná kontrola vykonávaná prostredníctvom obce Farciennes, ktorá je členom v združení IGRETEC a zároveň v podniku SLSP Sambre et Biesme a má člena štatutárneho orgánu v predstavenstve oboch týchto subjektov.

### **B Valónsky bytový podnik**

- 27 Valónsky bytový podnik predovšetkým zdôrazňuje, že článok 12 ods. 3 smernice 2014/24, na ktorý sa odvoláva SLSP Sambre et Biesme, nemá priamy účinok. Pripomína, že iba ustanovenia, ktoré obsahujú pravidlo správania, a teda priznávajú subjektívne práva jednotlivcom, môžu mať priamy účinok, zatiaľ čo vyššie uvedené ustanovenie smernice 2014/24 nespĺňa túto požiadavku, pretože neupravuje žiadnu povinnosť štátu konať alebo nekonať v prospech hospodárskeho subjektu. Domnieva sa, že toto ustanovenie naopak ponúka štátu iba možnosť nevyhlásiť verejné obstarávanie v prípade, keď sú splnené určité podmienky. Z toho vyvodzuje, že SLSP Sambre et Biesme sa nemôže odvolávať na toto ustanovenie, aby odôvodnil porušenie zásady hospodárskej súťaže v tomto prípade. Ak Conseil d'État (Štátna rada, Belgicko) nesúhlasí s týmto názorom, navrhuje položiť Súdnemu dvoru otázku týkajúcu sa priameho účinku tohto ustanovenia.
- 28 Valónsky bytový podnik ďalej uvádza, prečo podľa jeho názoru nie sú v tomto prípade medzi podnikom SLSP Sambre et Biesme na jednej strane a združením IGRETEC na druhej strane splnené podmienky „spoločného in house“ vzťahu.
- 29 Pripomína, že podľa judikatúry Súdneho dvora zmluvný vzťah, ktorý spája dve právne odlišné osoby, možno posúdiť ako „in house“ vtedy, keď osoba, ktorá objednáva výrobok alebo službu, vykonáva nad osobou, ktorá ich dodáva, kontrolu podobnú kontrole, akú vykonáva nad vlastnými organizačnými zložkami, a keď táto osoba vykonáva hlavnú časť svojich činností s verejným orgánom alebo orgánmi, ktoré ju tvoria.
- 30 Vysvetľuje, že objednávateľom musí byť verejný obstarávateľ, ktorý musí mať kontrolnú právomoc spôsobilú „ovplyvňovať rozhodnutia tohto subjektu, [a že] musí ísť o rozhodujúci vplyv, pokiaľ ide tak o strategické ciele, ako aj o významné rozhodnutia“ (rozsudok z 13. novembra 2008, Coditel Brabant, C-324/07, EU:C:2008:621, bod 28), takže podobná kontrola znamená viac ako iba dominantný vplyv, pretože predpokladá kontrolu vykonávanú nad subjektom, ktorá sa vzťahuje tak na strategické voľby, ako aj individuálne riadiace rozhodnutia. Dodáva, že intenzita vykonávanej kontroly sa musí posúdiť celkovo

s prihliadnutím na celkové riadenie a štruktúry daného subjektu, a nie vo vzťahu k jeho osobitnému správaniu vo verejnom obstarávaní (pozri rozsudok zo 17. júla 2008, Komisia/Taliansko, C- 371/05, neuvverejnený, EU:C:2008:410).

- 31 Uvádza, že hoci sa podľa judikatúry Súdneho dvora už nevyžaduje, aby mal každý subjekt jednotlivo vo vzťahu ku kontrolovanému subjektu rovnaký rozhodujúci vplyv, ako keby danú činnosť organizoval samostatne a v rámci svojich vnútorných štruktúr, a ani aby mal verejný subjekt väčšinovú účasť, takže kontrolu možno vykonávať spoločne, platí to najmä pod podmienkou, že neexistujú protichodné záujmy pri bežnom riadení úloh verejnej služby zverených kontrolovanému subjektu, že tento subjekt nemôže sledovať ciele nezávisle od svojich členov a že v dôsledku toho nie je trhovovo orientovaný. Zdôrazňuje, že nedávnejšie v rozsudku z 29. novembra 2012, Econord (C- 182/11 a C- 183/11, EU:C:2012:758, bod 31), Súdny dvor spresnil podmienky podobnej kontroly v prípade „spoločnej in house“ kontroly, keď uviedol, že každý z obstarávateľov musí mať účasť tak na základnom imaní, ako aj v riadiacich orgánoch subjektu, ktorému sa zákazka zadáva, že kontrola vykonávaná nad týmto subjektom nemôže spočívať len v kontrole vykonávanej verejným orgánom, ktorý vlastní väčšinový podiel na základnom imaní dotknutého subjektu, keďže „postavenie verejného obstarávateľa v rámci subjektu, ktorému sa zákazka zadáva a ktorý je v spoločnom vlastníctve, nezabezpečujúce mu akúkoľvek možnosť podieľať sa na kontrole tohto subjektu by totiž otváralo možnosť obchádzať uplatňovanie pravidiel práva Únie v oblasti verejných zákaziek a koncesií na služby, keďže čisto formálna účasť v takomto subjekte alebo v spoločnom orgáne zabezpečujúcom jeho riadenie by tohto verejného obstarávateľa zbavovala povinnosti vyhlásiť zadávacie konanie podľa pravidiel Únie, aj keby sa vôbec nezúčastnil na výkone obdobnej kontroly nad týmto subjektom“. Uvádza, že v tejto veci Súdny dvor vyzval taliansku Štátnu radu, aby určila, či akcionárska zmluva uzavretá verejnými obstarávateľmi umožňuje týmto obstarávateľom účinne sa podieľať na kontrole spoločnosti, ktorej sa zákazka zadáva (bod 32), keďže každý z nich má v nej iba jednu akciu. Valónsky bytový podnik vysvetľuje, že Súdny dvor chce týmto rozhodnutím zabrániť riziku obchádzania právnej úpravy verejného obstarávania prostredníctvom čisto formálnej účasti v spoločnom subjekte a potvrdzuje svoju predchádzajúcu judikatúru, ktorá vyžaduje účinnú štruktúrnu a funkčnú kontrolnú právomoc nad spoločnosťou, ktorej sa zadáva zákazka, napriek tomu, že verejní obstarávatelia vlastnia veľmi malý podiel na základnom imaní.
- 32 Valónsky bytový podnik dospel k záveru, že rozhodnutie predstavenstva podniku SLSP Sambre et Biesme z 29. októbra 2015 nadobudnúť jeden podielnícky list v združení IGRETEC malo jediný cieľ, ktorým bolo vyhnúť sa uplatneniu právnej úpravy verejného obstarávania, a že hoci využitie subjektu vlastneného spoločne viacerými obstarávateľmi v zásade nebráni využitiu „in house“ výnimky, platí to pod podmienkou, že verejný obstarávateľ, ktorý využíva uvedený subjekt, nad ním vykonáva účinnú štruktúrnu a funkčnú kontrolu, ktorá predpokladá účasť tak na základnom imaní, ako aj v riadiacich orgánoch subjektu, ktorému sa



zákazka zadáva, a že táto kontrola je schopná rozhodujúcim spôsobom ovplyvniť strategické ciele a významné rozhodnutia subjektu, ktorému sa zákazka zadáva.

- 33 Následne spresňuje, prečo je, vzhľadom na počet podielnických listov upísaných v združení IGRETEC, účasť podniku SLSP Sambre et Biesme, ktorý vlastní iba jeden podielnický list na základnom imaní združenia IGRETEC, úplne symbolická, keďže podľa jeho výpočtov predstavuje iba 0,000000197 % podielnických listov s právom hlasovať na členskej schôdzi (členovia kategórií A, C a P). Zdôrazňuje tiež, že SLSP Sambre et Biesme nemá žiadneho člena štatutárneho orgánu v predstavenstve združenia IGRETEC, pričom väčšina pri kontrole orgánov tohto združenia je priznaná obciam (členovia kategórie A). Podľa jeho názoru, keďže stanovы združenia IGRETEC stanovujú, že členovia kategórie A (obce) majú väčšinu v predstavenstve, ich právomoc bráni členom ostatných kategórií, vrátane podniku SLSP Sambre et Biesme, účinne sa podieľať na štrukturálnej a funkčnej kontrole združenia IGRETEC a rozhodujúcim spôsobom ovplyvňovať jeho strategické ciele a významné rozhodnutia.
- 34 Valónsky bytový podnik pripomína, že „in house“ výnimka sa vykladá reštriktívne a že dôkazné bremeno nesie ten, kto sa jej dovoláva. Zdôrazňuje, že na preukázanie podobnej spoločnej kontroly musia rozhodovacie orgány subjektu, ktorému sa zákazka zadáva, pozostávať zo zástupcov všetkých verejných obstarávateľov, pričom SLSP Sambre et Biesme nemá žiadneho zástupcu v predstavenstve združenia IGRETEC. Dodáva, že člen obecného zastupiteľstva obce Farciennes, ktorý je členom tohto predstavenstva, koná iba ako zástupca obce Farciennes a nie podniku SLSP Sambre et Biesme. Z toho vyvodzuje, že podmienka „spoločnej in house“ kontroly nie je splnená.

#### **4. Posúdenie zo strany Conseil d'État (Štátna rada):**

- 35 Skutočnosť, že obe strany dohody sú ako také orgánmi verejnej moci, nevyklučuje uplatňovanie pravidiel verejného obstarávania (rozsudok z 18. novembra 1999, Teckal, C-107/98, EU:C:1999:562, body 50 a 51; odôvodnenie 31 smernice 2014/24). „In house“ vzťah predstavuje výnimku z uplatňovania týchto pravidiel. Podmienky stanovené na to, aby bolo možné dovolávať sa tejto výnimky, sa teda vykladajú reštriktívne a prináleží tomu, kto sa jej dovoláva, aby predložil dôkaz, že tieto podmienky sú splnené (rozsudky z 13. októbra 2005, Parking Brixen, C-458/03, EU:C:2005:605, bod 63; a z 8. mája 2014, Datenlotsen Informationssysteme, C-15/13, EU:C:2014:303, bod 23).
- 36 V „spoločnom in house“ vzťahu viacero verejných obstarávateľov vlastní jeden subjekt a „spoločne“ nad ním vykonáva „kontrolu podobnú“ kontrole, akú vykonávajú nad vlastnými organizačnými zložkami.
- 37 Z judikatúry Súdneho dvora vyplýva, že výkon „podobnej kontroly“ (samostatnej alebo spoločnej) v každom prípade predpokladá, že verejný obstarávateľ (verejní obstarávatelia) vykonáva (vykonávajú), či už sám alebo spoločne, nad spoločnosťou, ktorej sa zadáva zákazka, účinnú štrukturálnu a funkčnú kontrolu,

- ktorá musí umožniť verejnému obstarávateľovi (verejným obstarávateľom) rozhodujúcim spôsobom ovplyvňovať tak strategické ciele, ako aj významné rozhodnutia tejto spoločnosti. Intenzita vykonávanej kontroly sa musí posúdiť celkovo s prihliadnutím na celkové riadenie a štruktúry dotknutého subjektu. Toto posúdenie musí zohľadniť všetky legislatívne ustanovenia a relevantné okolnosti veci (rozsudky z 13. októbra 2005, *Parking Brixen*, C-458/03, EU:C:2005:605, bod 65; z 11. mája 2006, *Carbotermo a Consorzio Alisei*, C-340/04, EU:C:2006:308, bod 36; zo 17. júla 2008, *Komisia/Taliansko*, C-371/05, neuvyhladený, bod 24; z 13. novembra 2008, *Coditel Brabant*, C-324/07, EU:C:2008:621, bod 28; z 10. septembra 2009, *Sea*, C-573/07, EU:C:2009:532, bod 65; a z 8. mája 2014, *Datenlotsen Informationssysteme*, C-15/13, EU:C:2014:303, bod 24).
- 38 Z judikatúry Súdneho dvora naďalej vyplýva, že okolnosť, že rozhodovacie orgány subjektu, ktorému sa zákazka zadáva, sú zložené zo zástupcov verejného obstarávateľa (verejných obstarávateľov), znamená, že tento obstarávateľ alebo obstarávatelia ovládajú tieto rozhodovacie orgány a sú tak schopné vykonávať rozhodujúci vplyv tak na strategické ciele, ako aj významné rozhodnutia tohto subjektu (rozsudok z 13. novembra 2008, *Coditel Brabant*, C-324/07, EU:C:2008:621, bod 34).
- 39 Pokiaľ ide konkrétne o prípad podobnej kontroly vykonávanej „spoločne“ viacerými verejnými obstarávateľmi, z judikatúry Súdneho dvora vyplýva, že skutočnosť, že jeden z verejných obstarávateľov vlastní čisto symbolický podiel v spoločnosti, ktorej sa zadáva zákazka, neumožňuje sama osebe domnievať sa, že vo vzťahu k nemu nie je splnená podmienka „podobnej kontroly“ (rozsudok z 19. apríla 2007, *Asemfo*, C-295/05, EU:C:2007:227, body 58 až 61).
- 40 Samotný SLSP Sambre et Biesme však uznáva, že na to, aby bolo možné odvolávať sa na „podobnú spoločnú kontrolu“, musí verejný obstarávateľ preukázať, že je schopný podieľať sa určitým spôsobom na kontrole subjektu, ktorému sa zákazka zadáva. SLSP Sambre et Biesme však nepreukazuje žiadnu schopnosť kontrolovať združenie IGRETEC. V napadnutom akte sa v tejto súvislosti uvádza, že „stanovy IGRETEC priznávajú väčší význam jeho členom, ktorí sú obcami (kategória A), na úkor ostatných verejných subjektov (kategória C)“, že „členovia kategórie C, do ktorej patrí SLSP Sambre et Biesme, nemajú zaručené, že budú zastúpení svojimi členmi v predstavenstve a majú toľko hlasov, koľko majú podielníckych listov“, že „nepatrné vlastníctvo základného imania združenia IGRETEC vedie... k slabému vplyvu“, že „iba obce majú na členskej schôdzi možnosť zablokovať rozhodnutia“, že „stanovy združenia IGRETEC zjavne priznávajú obciam (kategória A) podstatné kontrolné právomoci“ a že „stanovy združenia IGRETEC priznávajú v súčasnosti väčšinu obciam, takže SLSP Sambre et Biesme nemôže preukázať, že aj ostatní verejnoprávni členovia majú skutočný a rozhodujúci vplyv“.
- 41 Z rozsudku z 29. novembra 2012, *Econord* (C-182/11 a C-183/11, EU:C:2012:758, body 31 a 33), vyplýva, že na to, aby sa verejný obstarávateľ

mohol odvolávať na „podobnú spoločnú kontrolu“, musí sa „podieľa[t] tak na základnom imaní, ako aj na riadiacich orgánoch“ uvedeného subjektu tak, aby sa mohol „účinne... podieľať na kontrole“ tohto subjektu. Súdny dvor zdôrazňuje, že pojem „spoločná kontrola“ nemožno zbaviť jeho zmyslu a spresňuje, že „postavenie verejného obstarávateľa v rámci subjektu, ktorému sa zákazka zadáva a ktorý je v spoločnom vlastníctve, nezabezpečujúce mu akúkoľvek možnosť podieľať sa na kontrole tohto subjektu by totiž otváralo možnosť obchádzať uplatňovanie pravidiel práva Únie v oblasti verejných zákaziek a koncesií na služby, keďže čisto formálna účasť v takomto subjekte alebo v spoločnom orgáne zabezpečujúcom jeho riadenie by tohto verejného obstarávateľa zbavovala povinnosti vyhlásiť zadávacie konanie podľa pravidiel Únie, aj keby sa vôbec nezúčastnil na výkone „obdobnej kontroly“ nad týmto subjektom“.

42 Vzniká však otázka, v akom rozsahu a akým spôsobom musí mať verejný obstarávateľ „účasť“ v riadiacich orgánoch kontrolovaného subjektu a „účinne sa podieľať na kontrole“. V rozsudku z 8. mája 2014, *Datenlotsen Informationssysteme* (C-15/13, EU:C:2014:303, bod 28), Súdny dvor rozhodol, že neexistuje žiaden vzťah kontroly medzi verejným obstarávateľom a subjektom, ktorému sa zákazka zadáva, keď verejný obstarávateľ nemá nijaký podiel na základnom imaní tohto subjektu a „ani žiadneho zástupcu v jeho riadiacich orgánoch“.

43 Zdá sa, že článok 12 ods. 3 smernice 2014/24 objasňuje pojem „účasť“ v rozhodovacích orgánoch kontrolovaného subjektu, keď stanovuje:

„orgány kontrolovanej právnickej osoby s rozhodovacími právomocami pozostávajú zo zástupcov všetkých zúčastnených verejných obstarávateľov; jednotliví zástupcovia môžu zastupovať niekoľkých alebo všetkých zúčastnených verejných obstarávateľov“.

44 V tomto prípade SLSP Sambre et Biesme nadobudol 29. októbra 2015 za sumu 6,20 eura jeden podielnický list v združení IGRETEC, aby mohol priamo využívať jeho služby. Tento jediný podielnický list k 31. decembru 2015 predstavoval 0,0000049 % z 20 366 778 podielnických listov združenia obcí a 0,0000197 % z 5 071 477 podielnických listov spojených s právom hlasovať na členskej schôdzi. Z týchto dokumentov tiež vyplýva, že k tomu istému okamihu členovia „kategórie C“ predstavovali spolu 0,084 % podielnických listov združenia obcí a 0,34 % podielnických listov s právom hlasovať na členskej schôdzi. Členovia „kategórie C“ a konkrétne SLSP Sambre et Biesme sa teda v rámci združenia IGRETEC nachádzali v postavení výrazne menšinových členov.

45 Toto výrazne menšinové postavenie neumožňovalo členom kategórie C účinne sa podieľať na kontrole združenia IGRETEC. Navyše stanovy priznávali v každom ohľade a vo všetkých rozhodovacích orgánoch väčšinu obciam (členovia kategórie A). S podnikom SLSP Sambre et Biesme nemožno súhlasiť, keď tvrdí, že členovia kategórie C boli zastúpení v predstavenstve združenia IGRETEC. Výrazne

menšinové postavenie členov kategórie C im vzhľadom na obmedzený počet členov štatutárneho orgánu fakticky neumožňuje mať člena štatutárneho orgánu, ktorý by ich v ňom zastupoval, pričom stanovy združenia IGRETEC nijak nezaručujú účasť člena štatutárneho orgánu určeného členmi kategórie C na ich zastupovanie. V napadnutom akte sa preto správne uvádza, že „členovia kategórie C, do ktorej patrí SLSP Sambre et Biesme, nemajú zaručené, že budú zastúpení svojimi členmi v predstavenstve“. Z uvedených skutočností vyplýva, že členovia kategórie C, do ktorej patrí SLSP Sambre et Biesme, sa v žiadnom rozsahu a žiadnym spôsobom nepodieľajú na výkone spoločnej kontroly nad združením IGRETEC.

- 46 SLSP Sambre et Biesme však počas pojednávania tvrdil, že v rozhodnom čase zasadal v predstavenstve združenia IGRETEC člen obecného zastupiteľstva obce Farcienes, ktorý bol zároveň členom štatutárneho orgánu podniku SLSP Sambre et Biesme. SLSP Sambre et Biesme však nebol schopný preukázať, že toto usporiadanie bolo upravené a zaručené právnymi predpismi. Okrem toho táto osoba zasadala v predstavenstve združenia IGRETEC v postavení „člena obecného zastupiteľstva obce Farcienes“. Nič neumožňuje domnievať sa, že sa z tohto dôvodu považovala aj za osobu zastupujúcu záujmy podniku SLSP Sambre et Biesme, a to bez ohľadu na okolnosť, že v skutočnosti bola aj členom štatutárneho orgánu tohto bytového podniku.
- 47 SLSP Sambre et Biesme však tvrdí, že táto skutková situácia stačí na preukázanie „účasti“ podniku SLSP Sambre et Biesme v rozhodovacích orgánoch združenia IGRETEC a na záver, že vykonáva nad týmto združením obcí „podobnú spoločnú kontrolu“ *prostredníctvom* obce Farcienes, ktorá je členom v združení IGRETEC a zároveň v SLSP a má jedného člena štatutárneho orgánu v každom z týchto subjektov. V tejto súvislosti pripomína, že overenie takejto kontroly sa musí posúdiť *in concreto* so zreteľom na dané okolnosti a že stačí, že táto kontrola existuje bez ohľadu na spôsob, akým je v skutočnosti vykonávaná.
- 48 V tejto súvislosti je potrebné položiť Súdnu dvoru otázku. Treba však spresniť, že hoci SLSP Sambre et Biesme tvrdí, že obec Farcienes je členom tak v podniku SLSP Sambre et Biesme, ako aj v združení IGRETEC a vykonáva kontrolu nad týmito dvomi subjektami, nedomáha sa existencie „kolaterálneho *in house*“ vzťahu, ktorý umožňuje dvom subjektom kontrolovaným tým istým verejným obstarávateľom uzatvárať medzi sebou zmluvy bez predchádzajúceho vyhlásenia verejného obstarávania. V každom prípade sa zdá, že tento typ kontroly môže byť vykonávaný iba v prípade, ak sú dve zmluvné strany kontrolované výlučne tým istým orgánom [návrhy, ktoré predniesol generálny advokát Mengozzi vo veci *Datenlotsen Informationssysteme* (C-15/13, EU:C:2014:23, body 44 a 45)], čo v tomto prípade neplatí, pretože obec Farcienes vlastní združenie IGRETEC a podnik SLSP Sambre et Biesme iba spoločne s ďalšími verejnoprávnymi členmi, pričom v prípade uvedeného bytového podniku dokonca aj súkromnoprávnymi členmi.

- 49 Okrem toho sa zdá, že účastníci sporu sa domnievajú, že odpoveď na položenú otázku sa môže líšiť v závislosti od toho, či je priznaný priamy účinok článku 12 ods. 3 smernice 2014/24, účinnej v čase, keď nastali skutkové okolnosti. Je teda namieste položiť Súdnemu dvoru aj otázku, či treba priznať takýto účinok už uvedenému ustanoveniu, keďže v rozsudku z 3. októbra 2019, Irgita (C-285/18, EU:C:2019:829, body 46 a 49), už Súdny dvor bez toho, aby sa vyslovil k priamemu účinku článku 12 už citovanej smernice, vo vzťahu k odseku 1 tohto ustanovenia rozhodol, že toto ustanovenie nemôže nútiť členské štáty, aby využili „in house“ transakciu, ak sú splnené podmienky stanovené v tomto ustanovení, a že členský štát môže uložiť verejnému obstarávateľovi podmienky týkajúce sa možnosti uzavrieť internú transakciu, ktoré nie sú stanovené v článku 12 ods. 1.

##### 5. Prejudiciálne otázky:

- 50 Conseil d'État (Štátna rada) predkladá tieto otázky:

1. Má sa článok 12 ods. 3 smernice Európskeho parlamentu a Rady 2014/24/EÚ z 26. februára 2014 o verejnom obstarávaní a o zrušení smernice 2004/18/ES, zmenenej delegovaným nariadením Komisie (EÚ) 2015/2170 z 24. novembra 2015, vykladať v tom zmysle, že má priamy účinok?

2. V prípade kladnej odpovede na túto prvú otázku, má sa článok 12 ods. 3 už citovanej smernice 2014/24/EÚ vykladať v tom zmysle, že podmienka stanovená pre verejného obstarávateľa, v tomto prípade sociálny bytový podnik, a to byť zastúpený v rozhodovacích orgánoch kontrolovanej právnickej osoby, v tomto prípade družstva združujúceho obce, je splnená iba z dôvodu, že osoba, ktorá je členom predstavenstva tohto družstva združujúceho obce v postavení člena obecného zastupiteľstva iného zúčastneného verejného obstarávateľa, v tomto prípade obce, je v dôsledku výlučne skutkových okolností a bez právnej záruky zastúpenia aj členom štatutárneho orgánu sociálneho bytového podniku, pričom obec je členom (nie jediným) tak kontrolovaného subjektu (družstvo združujúce obce), ako aj sociálneho bytového podniku?

3. V prípade zápornej odpovede na prvú položenú otázku, treba prijať záver, že verejný obstarávateľ, v tomto prípade sociálny bytový podnik, „má účasť“ v rozhodovacích orgánoch kontrolovanej právnickej osoby, v tomto prípade družstva združujúceho obce, iba z dôvodu, že osoba, ktorá je členom predstavenstva tohto družstva združujúceho obce v postavení člena obecného zastupiteľstva iného zúčastneného verejného obstarávateľa, v tomto prípade obce, je v dôsledku výlučne skutkových okolností a bez právnej záruky zastúpenia aj členom štatutárneho orgánu sociálneho bytového podniku, pričom obec je členom (nie jediným) tak kontrolovaného subjektu (družstvo združujúce obce), ako aj sociálneho bytového podniku?