

Věc C-383/21

Shrnutí žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce podané na základě čl. 98 odst. 1 jednacího řádu Soudního dvora**Datum podání:**

24. června 2021

Předkládající soud:

Conseil d'État (Státní rada, Belgie)

Datum předkládacího rozhodnutí:

15. června 2021

Žalobkyně:

Société de Logement de Service public Sambre et Biesme SCRL

Žalovaná:

Société wallonne du logement

1. Předmět a okolnosti sporu:

- 1 Société de logement de service public Sambre et Biesme (společnost poskytující bydlení jako veřejnou službu, dále jen „SLSP Sambre et Biesme“) je družstevní společností s ručením omezeným, jejímiž hlavními společníky jsou obce Farciennes a Aiseau-Presles.
- 2 Je součástí sítě společností poskytujících bydlení jako veřejnou službu, na niž dohlíží Société wallonne du logement (Valonská společnost pro bydlení) jednající na účet valonské vlády.
- 3 V roce 2015 se SLSP Sambre et Biesme a obec Farciennes rozhodly vytvořit ekologickou čtvrť ve Farciennes, která by měla čítat přibližně 150 bytových jednotek. Strany mají v úmyslu vyžádat si za tímto účelem pomoc Intercommunale pour la Gestion et la Réalisation d'Études Techniques et Économiques (společnost svazku obcí pro řízení a realizaci technických a ekonomických studií, dále jen „IGRETEC“).

- 4 IGRETEC plní úkoly veřejné služby v několika oblastech. Její poradenská kancelář a nákupní ústředí jí umožňují zejména pomáhat veřejným nebo soukromým partnerům při navrhování a provádění staveb průmyslových nebo veřejných budov, infrastruktury nebo obecněji v rámci jakéhokoli projektu v oblasti územního plánování a životního prostředí.
- 5 Mezi společníky IGRETEC, tvořené několika obcemi sdruženými v družstevní společnosti s ručením omezeným, v současné době patří více než 70 obcí, včetně obce Farcienes, a více než 50 dalších orgánů veřejné moci.
- 6 Fungování IGRETEC se řídí zákony o obchodních společnostech. Její stanovy vyhrazuje obcím většinu hlasů, jakož i předsednictví různých řídicích orgánů. Rozhodnutí orgánů IGRETEC jsou přijímána většinou hlasů společníků z řad obcí.
- 7 Základní kapitál IGRETEC je rozdělen do pěti kategorií, mezi něž patří především podíly A přidělené obcím (5 054 351 podílů) a podíly C přidělené „jiným přidruženým subjektům veřejného práva“ (17 126 podílů). Žádný člen správní rady v dřívější době nezastupoval společníky kategorie C. Kromě toho členem správní rady IGRETEC byl zastupitel obce Farcienes, který byl rovněž členem správní rady SLSP Sambre et Biesme.
- 8 Dne 29. října 2015 se SLSP Sambre et Biesme rozhodla koupit podíl v IGRETEC, aby mohla využívat jejích služeb jakožto společník, třebaže velmi minoritní.
- 9 Je vypracován návrh rámcové dohody za účelem vymezení vzájemných práv a povinností obce Farcienes a SLSP Sambre et Biesme při navrhování a realizaci ekologické čtvrti ve Farcienes.
- 10 Článek 1 této dohody zejména stanoví, že veřejné zakázky na služby, stavební práce a podporu stavebních prací budou zadávány společně a že obec Farcienes se určuje jakožto jejich společný veřejný zadavatel a bude sama přijímat veškerá rozhodnutí týkající se zadávání a udělování těchto zakázek.
- 11 Článek 5 dohody nadepsaný „výběr pomoci zadavateli při provádění zakázek na služby, stavební práce a podporu stavebních prací a při vypracování dokumentace k městské revitalizaci“, stanoví, že „strany se dohodly, že obec Farcienes uzavře s IGRETEC [...] dohodu o pomoci zadavateli, o právních službách a poradenství v oblasti životního prostředí, a to v rámci „in-house“ vztahu, který pojí každou ze stran s uvedenou společností svazku obcí IGRETEC“.
- 12 Dne 9. února 2017 správní rada SLSP Sambre et Biesme rozhodla jednak „schválit uzavření rámcové dohody o společných zakázkách s obcí Farcienes“ a jednak „zadat bez nabídkového řízení zakázku na služby inventarizace azbestu“, jejíž zvláštní zadávací dokumentaci předtím schválila „a to s ohledem na in-house vztah mezi [SLSP Sambre et Biesme] a IGRETEC“. Tato zadávací dokumentace je popsána jako první etapa provádění projektu ekologické čtvrti ve Farcienes.

- 13 Dne 10. února 2017 neprošla tato dvě rozhodnutí ze dne 9. února 2017 schválením ze strany société wallonne du logement (Valonská společnost pro bydlení), která vykonává dohled nad společnostmi poskytujícími bydlení jako veřejnou službu, a to s odůvodněním, že podmínky „in-house“ výjimky nejsou ve vztazích mezi SLSP a IGRETEC splněny a že objednávky, které jí SLSP zadávají, podléhají režimu veřejných zakázek.
- 14 Dne 25. února 2017 zrušila société wallonne du logement (Valonská společnost pro bydlení) rozhodnutí SLSP Sambre et Biesme z toho důvodu, že na jejich základě byla s IGRETEC bez zadávacího řízení uzavřena smlouva o technické pomoci (článek 5 rámcové dohody) a smlouva na služby inventarizace azbestu.
- 15 Podle société wallonne du logement (Valonská společnost pro bydlení) lze důvodně pochybovat o tom, že SLSP Sambre et Biesme vykonává na IGRETEC rozhodující vliv, a to zvláště proto, že vlastní pouze jeden podíl na základním kapitálu IGRETEC a že, *a contrario*, stanovy IGRETEC přiznávají převahu obcím.
- 16 Určení obce Farcienes jako pilotního zadavatele v článku 1 rámcové dohody není dostatečným důvodem pro to, aby byly s IGRETEC přímo uzavírány smlouvy jménem jednotlivých smluvních stran rámcové dohody, třebaže na obec Farcienes se individuálně vztahuje „in-house“ výjimka v jejích vztazích s IGRETEC. V rámci společné zakázky se jednotliví partneři sdružují na úrovni návrhu objednávky, ale obvyklé postupy zadávání zakázek musí být dodržovány každým partnerem.
- 17 Toto zrušující rozhodnutí je předmětem projednávané žaloby.

2. Dotčená ustanovení:

Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES

- 18 Článek 12 stanoví:

„Veřejné zakázky mezi subjekty ve veřejném sektoru

1. Veřejná zakázka zadaná veřejným zadavatelem soukromoprávní či veřejnoprávní právnické osobě spadá mimo oblast působnosti této směrnice, pokud jsou splněny všechny tyto podmínky:

a) veřejný zadavatel ovládá dotčenou právnickou osobu obdobně, jako ovládá vlastní organizační složky;

b) více než 80 % činností ovládané právnické osoby je prováděno při plnění úkolů, jež jí byly svěřeny ovládajícím veřejným zadavatelem nebo jinými právnickými osobami, jež uvedený veřejný zadavatel ovládá, a

...

Má se za to, že veřejný zadavatel ovládá právnickou osobu obdobně, jako ovládá vlastní organizační složky ve smyslu prvního pododstavce písm. a), pokud má rozhodující vliv na strategické cíle i významná rozhodnutí ovládané právnické osoby. K takovému ovládání může docházet i ze strany jiné právnické osoby, která je sama stejným způsobem ovládána veřejným zadavatelem. ...

2. ...

3. Veřejný zadavatel, který neovládá soukromoprávní či veřejnoprávní právnickou osobu ve smyslu odstavce 1, může nicméně uvedené právnické osobě zadat veřejnou zakázku bez ohledu na tuto směrnici, pokud jsou splněny všechny tyto podmínky:

- a) veřejný zadavatel ovládá společně s jinými veřejnými zadavateli tuto právnickou osobu obdobně, jako ovládají vlastní organizační složky;
- b) více než 80 % činností uvedené právnické osoby je prováděno při plnění úkolů, jež jí byly svěřeny ovládajícími veřejnými zadavateli nebo jinými právnickými osobami, jež uvedení veřejní zadavatelé ovládají, a

...

Pro účely prvního pododstavce písm. a) veřejní zadavatelé společně ovládají právnickou osobu, pokud jsou splněny všechny tyto podmínky:

- i) orgány s rozhodovacím oprávněním ovládané právnické osoby jsou složeny ze zástupců všech zúčastněných veřejných zadavatelů; jednotliví zástupci mohou zastupovat některé nebo všechny zúčastněné veřejné zadavatele;
- ii) tito veřejní zadavatelé jsou s to společně vyvíjet rozhodující vliv na strategické cíle a významná rozhodnutí ovládané právnické osoby a
- iii) ovládaná právnická osoba nesleduje žádné zájmy, které jsou v rozporu se zájmy ovládajících veřejných zadavatelů.“

3. Stanovisko zúčastněných stran:

A. *SLSP Sambre et Biesme*

- 19 SLSP Sambre et Biesme má za to, že v napadeném aktu byl učiněn nesprávný závěr, že mezi ní a IGRETEC neexistuje „in-house“ vztah. Uvádí, že tato výjimka je zakotvena v článku 12 směrnice 2014/24, který kodifikuje judikaturu Soudního dvora. Tvrdí, že na rozdíl od toho, co uvádí napadený akt, podmínky „in-house“ výjimky jsou v projednávaném případě splněny. Zvláště pak tvrdí, že zadavatel s ostatními zadavateli společně ovládají IGRETEC, podobně jako ovládají vlastní

organizační složky, což předpokládá, že: 1) orgány s rozhodovacím oprávněním ovládané právnické osoby jsou složeny ze zástupců všech zúčastněných veřejných zadavatelů; jednotliví zástupci mohou zastupovat některé nebo všechny zúčastněné veřejné zadavatele a 2) tyto veřejní zadavatelé jsou s to společně vyvíjet rozhodující vliv na strategické cíle a významná rozhodnutí ovládané právnické osoby.

- 20 SLSP Sambre et Biesme tvrdí, že všechny požadované podmínky jsou v projednávaném případě splněny, neboť společně s dalšími veřejnými zadavateli, zejména se SLSP a obcemi, vykonává kontrolu nad IGRETEC, „obdobnou té, kterou vykonávají nad vlastními organizačními složkami“, a že „má podíl jak na základním kapitálu, tak v řídicích orgánech IGRETEC“ (rozsudek ze dne 29. listopadu 2012, *Econord*, C-182/11 a C-183/11, EU:C:2012:758, bod 33).
- 21 Kromě toho tvrdí, že čl. 12 odst. 3 směrnice 2014/24 měl v okamžiku přijetí napadeného aktu přímý účinek, a že je tedy třeba toto ustanovení použít za účelem určení podmínek obdobné společné kontroly.
- 22 Zprvce uvádí, že podle judikatury Soudního dvora není důležité, že vlastní pouze jeden podíl na kapitálu IGRETEC a že tento podíl podle ní představuje pouze 0,0000000197 % podílů, které zakládají hlasovací právo na valné hromadě.
- 23 Zadruhé dodává, že podle čl. 12 odst. 3 směrnice 2014/24 není třeba, aby měl každý zadavatel svého člena ve správní radě, ale stačí, aby byli zadavatelé zastoupeni v rozhodovacích orgánech společnosti svazku obcí, přičemž tatáž osoba může zastupovat několik zúčastněných veřejných zadavatelů nebo všechny tyto zadavatele. Vysvětluje, že evropský normotvůrce tak zmínil podmínky vyplývající z rozsudku *Econord*, který vyžadoval, aby každý z veřejných orgánů „měl podíl jak na základním kapitálu, tak v řídicích orgánech uvedeného subjektu“. Vysvětluje, že stanovy IGRETEC, ve znění použitelném na projednávaný případ, stanoví v čl. 13 odst. 4 třetím pododstavci, že „každá z kategorií společníků se schází samostatně za účelem jmenování určitého počtu kandidátů do správní rady, který odpovídá počtu mandátů, které mají být na její návrh přiděleny“, že společníci kategorie C, ke které patří SLSP Sambre et Biesme, jsou tedy řádně zastoupeni ve správní radě IGRETEC a že tato správní rada je skutečně složena z osob, které zastupují mimo jiné i SLSP Sambre et Biesme v souladu s podmínkou uvedenou v čl. 12 odst. 3 druhém pododstavci písm. i) směrnice 2014/24.
- 24 Zatřetí SLSP Sambre et Biesme tvrdí, že v souladu s čl. 12 odst. 3 směrnice 2014/24 ovládá společně s ostatními veřejnými zadavateli (obcemi a jinými SLSP) zapojenými v IGRETEC tuto společnost svazku obcí obdobně, jako ovládá své vlastní organizační složky, má tedy rozhodující vliv na strategické cíle i významná rozhodnutí této společnosti svazku obcí. Upřesňuje, že žádný veřejný zadavatel zapojený v IGRETEC nemá většinovou účast, takže se zde nejedná o případ uvedený v bodě 30 rozsudku *Econord*. Dodává, že čl. 12 odst. 3 směrnice 2014/24 odkazuje na další veřejné zadavatele přítomné v ovládaném subjektu a že

vytvoření různých kategorií společníků nebrání tomu, aby všichni veřejní zadavatelé tento subjekt společně ovládali. Za důkaz považuje to, že na tomto projektu pracuje ve spolupráci s obcí Farciennes, která spadá do jiné kategorie společníků. SLSP Sambre et Biesme dodává, že jejími dvěma hlavními společníky jsou obec Farciennes a obec Aiseau-Presles, které jsou rovněž společníky v IGRETEC, a vyvozuje z toho, že obec Farciennes, která je společníkem kategorie A, ovládá SLS Sambre et Biesme, která je v IGRETEC společníkem kategorie C, že tyto dva subjekty společně ovládají IGRETEC, že společně mohou vykonávat rozhodující vliv na strategické cíle i významná rozhodnutí této společnosti svazku obcí a že ostatně právě na tomto základě hodlají společně vybudovat ekologickou čtvrť s využitím poradenství IGRETEC.

- 25 Z toho vyvozuje, že má podíl jak na základním kapitálu, tak v řídicích orgánech IGRETEC, tudíž nad ní skutečně vykonává obdobnou kontrolu ve smyslu čl. 12 odst. 3 směrnice 2014/24 a judikatury Soudního dvora, a že skutečně existuje „in-house“ vztah s IGRETEC.
- 26 SLSP Sambre et Biesme připomíná, že zastupitel obce Farciennes byl zároveň členem správní rady IGRETEC a správní rady SLSP Sambre et Biesme. Zdůrazňuje, že je třeba přihlédnout ke konkrétním okolnostem věci, a opakuje, že symbolická účast je odůvodněná vzhledem k tomu, že cílem SLSP není uskutečnění finanční investice, ale využívání společných služeb a struktury společnosti svazku obcí. Upozorňuje na skutečnost, že Code de la démocratie locale et de la décentralisation (Zákoník o demokratickém zřízení na místní úrovni a decentralizaci) omezuje počet členů správní rady v rámci společnosti svazku obcí, a má za to, že poznatky vyplývající z rozsudku *Econord* se omezují na tvrzení, že zde nesmí být většinový společník, který vnutí své stanovisko všem, přičemž v projednávaném případě tomu tak není. Tvrdí, že v projednávaném případě dochází k obdobnému ovládnutí prostřednictvím obce Farciennes, která je zároveň akcionářem IGRETEC a SLSP Sambre et Biesme a má svého zástupce ve správních radách obou těchto subjektů.

B Société wallonne du logement

- 27 Société wallonne du logement (Valonská společnost pro bydlení) nejprve uvádí, že čl. 12 odst. 3 směrnice 2014/24, kterého se dovolává SLSP Sambre et Biesme, nemá přímý účinek. Připomíná, že pouze ustanovení, která stanoví pravidlo chování, a tudíž přiznávají subjektivní práva jednotlivcům, mohou mít přímý účinek, zatímco výše uvedené ustanovení směrnice 2014/24 tento požadavek nesplňuje, neboť neukládá státu žádnou povinnost konat nebo nekonat ve prospěch hospodářského subjektu. Má za to, že toto ustanovení naopak poskytuje státu pouhou možnost zadat zakázku bez nabídkového řízení, jsou-li splněny určité podmínky. Vyvozuje z toho, že SLSP Sambre et Biesme se nemůže dovolávat tohoto ustanovení, aby odůvodnila porušení zásady hospodářské soutěže v projednávaném případě. Pokud Conseil d'État (Státní rada) nesdílí její stanovisko, navrhuje položit Soudnímu dvoru otázku týkající se přímého účinku tohoto ustanovení.

- 28 Dále uvádí, v čem podle ní nejsou v projednávaném případě splněny podmínky „společného in-house“ vztahu mezi SLSP Sambre et Biesme na jedné a IGRETEC na druhé straně.
- 29 Připomíná, že podle judikatury Soudního dvora smluvní vztah, který existuje mezi dvěma právně odlišnými osobami, může být považován za „in-house“, pokud osoba, která objednává výrobek nebo službu, ovládá osobu, která je poskytuje, obdobně jako ovládá své vlastní organizační složky a pokud tato osoba uskutečňuje většinu svých činností s veřejným orgánem nebo veřejnými orgány, které ji tvoří.
- 30 Uvádí, že objednávací subjekt musí být veřejným zadavatelem a musí mít kontrolní pravomoc, která může „ovlivnit rozhodování uvedeného subjektu [a že] se musí jednat o rozhodující vliv jak na strategické cíle, tak na důležitá rozhodnutí“ (rozsudek ze dne 13. listopadu 2008, Coditel Brabant, C-324/07, EU:C:2008:621, bod 28), takže obdobná kontrola předpokládá více než pouhý dominantní vliv, neboť vyžaduje takovou kontrolu nad subjektem, která pokrývá jak strategická rozhodnutí, tak individuální řídicí rozhodnutí. Dodává, že intenzita vykonávané kontroly musí být posuzována globálně s ohledem na celkové řízení a struktury dotčeného subjektu, a nikoli ve vztahu k jednotlivému jednání v řízení o veřejné zakázce (viz rozsudek ze dne 17. července 2008, Komise v. Itálie, C-371/05, nezveřejněný, EU:C:2008:410).
- 31 Uvádí, že podle judikatury Soudního dvora sice platí, že již není vyžadováno, aby měl každý subjekt samostatně vůči ovládanému subjektu stejný rozhodující vliv, jako kdyby organizoval činnost samostatně a interně, ani aby veřejnoprávní entita měla většinovou účast, aby kontrola mohla být vykonávána společně, avšak zejména pod podmínkou, že neexistuje žádný rozdíl v zájmech v rámci běžného řízení úkolů veřejné služby svěřených ovládanému subjektu, že uvedený subjekt není schopen dosahovat cílů nezávisle na svých akcionářích a že v důsledku toho není určen pro veřejné zakázky. Zdůrazňuje, že v nedávné době v rozsudku ze dne 29. listopadu 2012, *Econord* (C- 182/11 a C- 183/11, EU:C:2012:758, bod 31), Soudní dvůr upřesnil podmínky obdobného ovládání v případě „společného in-house“, přičemž upřesnil, že každý ze zadavatelů se musí podílet jak na základním kapitálu, tak na řídicích orgánech subjektu, jemuž je zakázka zadávána, že ovládání posledně uvedeného subjektu nemůže spočívat pouze na kontrolní pravomoci veřejného orgánu, který má většinový podíl na kapitálu dotčeného subjektu, vzhledem k tomu, že „postavení veřejného zadavatele v subjektu, jemuž je zakázka zadávána a který je ve společném vlastnictví, nezajišťující jakoukoli možnost podílet se na kontrole tohoto subjektu by totiž otvíralo možnost k obcházení užití pravidel unijního práva v oblasti veřejných zakázek a koncesí na služby, neboť čistě formální účast na takovémto subjektu nebo na společném orgánu zajišťujícím jeho řízení by zbavovala tohoto veřejného zadavatele povinnosti zahájit nabídkové řízení podle pravidel unijního práva, ačkoli posledně uvedený zadavatel by se nijak nepodílel na výkonu obdobné kontroly nad tímto subjektem“. Uvádí, že v této věci Soudní dvůr vyzval italskou Státní radu, aby určila, zda dohoda akcionářů uzavřená veřejnými zadavateli je způsobila jim

umožňovat účinně se podílet na kontrole subjektu, jemuž je zakázka zadávána (bod 32), pokud každý z nich měl ve společnosti, které byla zakázka zadána, pouze jednu akcii. Société wallonne du logement (Valonská společnost pro bydlení) uvádí, že tímto rozhodnutím chce Soudní dvůr zamezit riziku obcházení právní úpravy týkající se veřejných zakázek prostřednictvím čistě formálního členství ve společném subjektu a potvrzuje svou dřívější judikaturu, která vyžaduje skutečnou strukturální a funkční kontrolní pravomoc nad společností, které byla veřejná zakázka zadána, navzdory tomu, že veřejní zadavatelé drží silně menšinový kapitál.

- 32 Dospěla k závěru, že jediným cílem rozhodnutí správní rady SLSP Sambre et Biesme ze dne 29. října 2015 získat podíl v IGRETEC bylo vyhnout se použití právní úpravy týkající se veřejných zakázek, a že pokud využití subjektu, který je společně vlastněn několika veřejnými zadavateli, v zásadě nebrání použití „in-house“ výjimky, je tomu tak za podmínky, že veřejný zadavatel, který uvedený subjekt využívá, vykonává nad tímto subjektem skutečnou strukturální a funkční kontrolu, která předpokládá podíl jak na základním kapitálu, tak v řídicích orgánech subjektu, jemuž je zakázka zadávána, a že tato kontrola je způsobilá mít rozhodující vliv jak na strategické cíle, tak na důležitá rozhodnutí subjektu, jemuž je zakázka zadávána.
- 33 Dále upřesňuje, s ohledem na počet podílů upsaných v IGRETEC, v čem je účast SLSP Sambre et Biesme, která drží pouze jeden podíl na základním kapitálu IGRETEC, zcela symbolická, neboť podle jejích výpočtů představuje pouze 0,000000197 % podílů oprávněných k hlasování na valné hromadě (společníci kategorií A, C a P). Podotýká rovněž, že SLSP Sambre et Biesme nemá ve správní radě IGRETEC žádného zástupce, zatímco obcím (společníkům kategorie A) je přiznána převaha při kontrole orgánů IGRETEC. Domnívá se, že vzhledem k tomu, že podle stanov IGRETEC mají společníci kategorie A (obce) většinové postavení ve správní radě, jejich převaha brání společníkům ostatních kategorií, včetně SLSP Sambre et Biesme, účinně se podílet na strukturální a funkční kontrole IGRETEC a rozhodujícím způsobem ovlivňovat její strategické cíle a významná rozhodnutí.
- 34 Société wallonne du logement (Valonská společnost pro bydlení) připomíná, že „in-house“ výjimka musí být vykládána restriktivně a že důkazní břemeno nese ten, kdo ji uplatňuje. Uvádí, že k doložení obdobné společné kontroly musí být rozhodovací orgány subjektu, jemuž je zakázka zadávána, složeny ze zástupců všech veřejných zadavatelů, zatímco SLSP Sambre et Biesme nemá ve správní radě IGRETEC žádného zástupce. Dodává, že člen rady obce Farciennes, jenž je členem správní rady, vystupuje pouze jako zástupce obce Farciennes, nikoliv SLSP Sambre et Biesme. Z toho vyvozuje, že podmínka „společné in-house“ kontroly není splněna.

4. Posouzení Conseil d'État:

- 35 Skutečnost, že obě strany dohody jsou samy veřejnými orgány, sama o sobě nevylučuje použití pravidel pro zadávání veřejných zakázek (rozsudek ze dne 18. listopadu 1999, Teckal, C-107/98, EU:C:1999:562, body 50 a 51; bod 31 odůvodnění směrnice 2014/24). „In-house“ vztah představuje výjimku z použití těchto pravidel. Podmínky, za kterých je možné se této výjimky dovolávat, musí být vykládány restriktivně a je na tom, kdo jí chce využít, aby prokázal, že jsou tyto podmínky splněny (rozsudky ze dne 13. října 2005, Parking Brixen, C-458/03, EU:C:2005:605, bod 63; a ze dne 8. května 2014, Datenlotsen Informationssysteme, C-15/13, EU:C:2014:303, bod 23).
- 36 Ve vztahu „společného in-house“ vlastní několik veřejných zadavatelů určitý subjekt a vykonávají nad ním „společně“ „kontrolu obdobnou“ té, kterou vykonávají nad svými vlastními organizačními složkami.
- 37 Z judikatury Soudního dvora vyplývá, že výkon „obdobné kontroly“ (prosté či společné) v každém případě předpokládá, že veřejný zadavatel vykonává samostatně či veřejní zadavatelé vykonávají společně nad společností, jíž je zakázka zadávána, účinnou strukturální a funkční kontrolu, která má veřejnému zadavateli či zadavatelům umožnit rozhodujícím způsobem ovlivňovat jak strategické cíle, tak významná rozhodnutí této společnosti. Intenzita vykonávané kontroly musí být posuzována globálně s ohledem na celkové řízení a struktury dotčeného subjektu. Toto posouzení musí zohledňovat všechny právní předpisy a relevantní okolnosti projednávané věci (rozsudky ze dne 13. října 2005, Parking Brixen, C-458/03, EU:C:2005:605, bod 65; ze dne 11. května 2006, Carbotermo a Consorzio Alisei, C-340/04, EU:C:2006:308, bod 36; ze dne 17. července 2008, Komise v. Itálie, C-371/05, nezveřejněný, bod 24; ze dne 13. listopadu 2008, Coditel Brabant, C-324/07, EU:C:2008:621, bod 28; ze dne 10. září 2009, Sea, C-573/07, EU:C:2009:532, bod 65; a ze dne 8. května 2014, Datenlotsen Informationssysteme, C-15/13, EU:C:2014:303, bod 24).
- 38 Dále podle judikatury Soudního dvora platí, že skutečnost, že se rozhodovací orgány subjektu, jemuž je zakázka zadávána, skládají ze zástupců veřejného zadavatele či zadavatelů, nasvědčuje tomu, že tento zadavatel či zadavatelé kontrolují rozhodovací orgány a mohou tak mít rozhodující vliv jak na strategické cíle, tak na důležitá rozhodnutí tohoto subjektu (rozsudek ze dne 13. listopadu 2008, Coditel Brabant, C-324/07, EU:C:2008:621, bod 34).
- 39 Pokud jde konkrétně o případ obdobné kontroly vykonávané „společně“ několika veřejnými zadavateli, z judikatury Soudního dvora vyplývá, že skutečnost, že jeden z veřejných zadavatelů vlastní čistě symbolický podíl ve společnosti, které je zakázka zadávána, neumožňuje sama o sobě mít za to, že ve vztahu k němu není podmínka „obdobné kontroly“ splněna (rozsudek ze dne 19. dubna 2007, Asemfo, C-295/05, EU:C:2007:227, body 58 až 61).

- 40 Nicméně SLSP Sambre et Biesme sama uznává, že aby se mohl dovolávat existence „společné obdobné kontroly“, musí veřejný zadavatel prokázat, že se může určitým způsobem podílet na kontrole subjektu, jemuž je zakázka zadávána. SLSP Sambre et Biesme však neprokazuje jakoukoli možnost vykonávat kontrolu nad IGRETEC. Napadený akt v tomto ohledu uvádí, že „stanovy IGRETEC přiznávají větší význam společníkům z řad obcí (kategorie A) na úkor ostatních veřejnoprávních subjektů (kategorie C)“, že „společníci kategorie C – kam spadá SLSP Sambre et Biesme – nemají jistotu, že budou zastoupeni svými vlastními členy ve správní radě, a mají tolik hlasů, kolik mají podílů“, že „nepatrná účast na základním kapitálu IGRETEC vede [...] ke slabému vlivu“, že „pouze společníci z řad obcí mají na valné hromadě možnost zablokovat rozhodnutí“, že „stanovy IGRETEC zjevně poskytují obcím (kategorie A) podstatné kontrolní pravomoci“ a že „stanovy IGRETEC v současné době přiznávají převahu obcím, tudíž SLSP Sambre et Biesme není schopna prokázat, že ostatní veřejnoprávní společníci mají rovněž skutečný a rozhodující vliv“.
- 41 Z rozsudku ze dne 29. listopadu 2012, Econord (C- 182/11 a C- 183/11, EU:C:2012:758, body 31 a 33) vyplývá, že aby se mohl dovolávat existence „společně vykonávané obdobné kontroly“, musí se veřejný zadavatel „podílet jak na základním kapitálu, tak v řídicích orgánech uvedeného subjektu“, a to tak, aby se mohl „účinně podílet na kontrole“ tohoto subjektu. Soudní dvůr zdůrazňuje, že pojem „společná kontrola“ nemůže být zbaven svého smyslu a upřesňuje, že „[p]ostavení veřejného zadavatele v subjektu, jemuž je zakázka zadávána a který je ve společném vlastnictví, nezajišťující jakoukoli možnost podílet se na kontrole tohoto subjektu, by totiž otvíralo možnost k obcházení užití pravidel unijního práva v oblasti veřejných zakázek a koncesí na služby, neboť čistě formální účast na takovémto subjektu nebo na společném orgánu zajišťujícím jeho řízení by zbavovala tohoto veřejného zadavatele povinnosti zahájit nabídkové řízení podle pravidel unijního práva, ačkoli by se posledně uvedený zadavatel nijak neúčastnil výkonu ‚obdobné kontroly‘ nad tímto subjektem“.
- 42 Vyvstává však otázka, do jaké míry a jakým způsobem se musí veřejný zadavatel „účastnit“ řídicích orgánů ovládaného subjektu a „účinně se podílet na kontrole“. V rozsudku ze dne 8. května 2014, Datenlotsen Informationssysteme (C-15/13, EU:C:2014:303, bod 28), Soudní dvůr rozhodl, že neexistuje žádný vztah kontroly mezi veřejným zadavatelem a subjektem, jemuž je veřejná zakázka zadávána, pokud zadavatel nevlastní žádný podíl na základním kapitálu tohoto subjektu a „nemá žádného zákonného zástupce v řídicích orgánech tohoto subjektu“.
- 43 Zdá se, že čl. 12 odst. 3 směrnice 2014/24 objasňuje pojem „účast“ v rozhodovacích orgánech ovládaného subjektu tím, že stanoví:

„orgány s rozhodovacím oprávněním ovládané právnické osoby jsou složeny ze zástupců všech zúčastněných veřejných zadavatelů; jednotliví zástupci mohou zastupovat některé nebo všechny zúčastněné veřejné zadavatele“.

- 44 V projednávané věci SLSP Sambre et Biesme nabyla dne 29. října 2015 za částku 6,20 eur obchodní podíl v IGRETEC, aby mohla přímo využívat jejích služeb. Tento jediný obchodní podíl představoval ke 31. prosince 2015 0,0000049 % z 20 366 778 obchodních podílů této společnosti svazku obcí a 0,0000197 % z 5 071 477 obchodních podílů opravňujících k hlasování na valné hromadě. Z těchto písemností rovněž vyplývá, že ve stejný okamžik drželi společníci „kategorie C“ společně 0,084 % obchodních podílů společnosti svazku obcí a 0,34 % obchodních podílů, opravňujících k hlasování na valné hromadě. Společníci „kategorie C“, a zejména SLSP Sambre et Biesme se tedy nacházeli v situaci velmi menšinových společníků IGRETEC.
- 45 Toto velmi menšinové postavení neumožňovalo společníkům kategorie C účinně se podílet na kontrole IGRETEC. Navíc stanovy poskytovaly ze všech hledisek a ve všech rozhodovacích orgánech převahu obcím (společníci kategorie A). Nelze souhlasit s tvrzením SLSP Sambre et Biesme, že společníci kategorie C byli zastoupeni ve správní radě IGRETEC. Vzhledem k omezenému počtu členů správní rady totiž velmi menšinové postavení společníků kategorie C *de facto* neumožňuje těmto společníkům, aby měli svého člena ve správní radě, který by je v tomto orgánu zastupoval, přičemž stanovy IGRETEC nijak nezaručovaly účast člena správní rady jmenovaného společníky kategorie C, aby tyto společníky zastupoval. Napadený akt tedy zcela správně uvádí, že „[s]polečníkům kategorie C, k nimž patří SLSP Sambre et Biesme, není zajištěno, že budou ve správní radě zastoupeni vlastními členy“. Z výše uvedených skutečností vyplývá, že společníci kategorie C, k nimž patří SLSP Sambre et Biesme, se žádnou měrou a žádným způsobem neúčastní výkonu společné kontroly nad IGRETEC.
- 46 SLSP Sambre et Biesme však v průběhu jednání tvrdila, že v rozhodné době zasedal ve správní radě IGRETEC zastupitel obce Farcienes, který byl zároveň členem správní rady SLSP Sambre et Biesme. SLSP Sambre et Biesme však nemohla prokázat, že toto uspořádání bylo právně stanoveno a zaručeno. Kromě toho tato osoba zasedala ve správní radě IGRETEC jakožto „zastupitel obce Farcienes“. Není žádný důvod se domnívat, že byla z tohoto titulu rovněž považována za zástupce zájmů SLSP Sambre et Biesme, bez ohledu na okolnost, že byla fakticky rovněž členem správní rady této společnosti.
- 47 SLSP Sambre et Biesme nicméně tvrdí, že tento skutkový stav postačuje k prokázání „účasti“ SLSP Sambre et Biesme na rozhodovacích orgánech společnosti IGRETEC a k vyvození závěru, že vykonává nad touto společností svazku obcí „obdobnou společnou kontrolu“ prostřednictvím obce Farcienes, která je zároveň akcionářem IGRETEC i SLSP a má v každém z těchto subjektů svého člena správní rady. V tomto ohledu připomíná, že ověření takové kontroly je nutno provádět *in concreto* s přihlédnutím k okolnostem projednávaného případu a že stačí, pokud k této kontrole dochází, a to bez ohledu na způsob, jakým je ve skutečnosti vykonávána.
- 48 V tomto ohledu je třeba položit Soudnímu dvoru otázku. Je však třeba upřesnit, že ačkoli SLSP Sambre et Biesme tvrdí, že obec Farcienes je společníkem jak SLSP

Sambre et Biesme, tak IGRETEC, a vykonává kontrolu nad těmito dvěma subjekty, neuplatňuje existenci vztahu typu „horizontálního *in-house*“, který umožňuje dvěma subjektům ovládaným týmž veřejným zadavatelem uzavřít mezi sebou zakázky bez předchozího nabídkového řízení. V každém případě se zdá, že k tomuto druhu kontroly dochází pouze v případech, kdy oba smluvní subjekty jsou ovládány výlučným způsobem týmž orgánem (stanovisko generálního advokáta Mengozziho ve věci *Datenlotsen Informationssysteme* (C-15/13, EU:C:2014:23, body 44 a 45), což v projednávaném případě neplatí, jelikož obec Farciennes vlastní IGRETEC a SLSP Sambre et Biesme pouze společně s dalšími veřejnými společníky, a v případě druhého subjektu dokonce i společníky soukromými.

- 49 Zdá se ostatně, že strany sporu mají za to, že odpověď na položenou otázku se může lišit podle toho, zda článek 12 odst. 3 směrnice 2014/24, ve znění účinném v rozhodné době, je či není přiznán přímý účinek. Ukazuje se proto jako potřebné dotázat se Soudního dvora, zda je třeba přiznat výše uvedenému ustanovení takový účinek, přičemž v rozsudku ze dne 3. října 2019, *Irgita* (C-285/18, EU:C:2019:829, body 46 a 49), Soudní dvůr již rozhodl, aniž se vyjádřil k přímému účinku článku 12 výše uvedené směrnice, pokud jde o odstavec 1 tohoto ustanovení, že toto ustanovení nemůže nutit členské státy k použití „*in-house*“ transakce, pokud jsou podmínky stanovené v tomto ustanovení splněny, a že členský stát může uložit veřejnému zadavateli, aby mohl uzavřít „*in-house*“ transakci, podmínky neuvedené v čl. 12 odst. 1.

5. Předběžné otázky:

- 50 Conseil d'État (Státní rada) pokládá tyto předběžné otázky:

1) Musí být článek 12 odst. 3 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. února 2014, o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES, ve znění nařízení Komise v přenesené pravomoci (EU) 2015/2170 ze dne 24. listopadu 2015, vykládán v tom smyslu, že má přímý účinek?

2) V případě kladné odpovědi na první otázku, musí být článek 12 odst. 3 výše uvedené směrnice 2014/24/EU vykládán v tom smyslu, že ke splnění podmínky, aby veřejný zadavatel, v projednávaném případě společnost poskytující bydlení jako veřejnou službu, byl zastoupen v rozhodovacích orgánech ovládané právnické osoby, v projednávaném případě družstevní společnosti svazku obcí, postačí, že osoba zasedající ve správní radě této družstevní společnosti svazku obcí jakožto obecní zastupitel jiného zúčastněného veřejného zadavatele, v projednávaném případě obce, je pouze souhrou skutkových okolností a bez právní záruky zastupování rovněž členem správní rady této společnosti poskytující bydlení jako veřejnou službu, přičemž obec je společníkem (nikoli výlučným) jak ovládaného subjektu (družstevní společnosti svazku obcí), tak společnosti poskytující bydlení jako veřejnou službu?

3) V případě záporné odpovědi na první otázku, je třeba mít za to, že veřejný zadavatel, v projednávané věci společnost poskytující bydlení jako veřejnou službu, „se účastní“ rozhodovacích orgánů ovládané právnické osoby, v projednávaném případě družstevní společnosti svazku obcí, jen na základě toho, že osoba zasedající ve správní radě této družstevní společnosti svazku obcí jakožto obecní zastupitel jiného zúčastněného veřejného zadavatele, v projednávaném případě obce, je pouze souhrou skutkových okolností a bez právní záruky zastupování rovněž členem správní rady této společnosti poskytující bydlení jako veřejnou službu, přičemž obec je společníkem (nikoli výlučným) jak ovládaného subjektu (družstevní společnosti svazku obcí), tak společnosti poskytující bydlení jako veřejnou službu?

PRACOVNÍ DOKUMENT