Zbierka súdnych rozhodnutí

NÁVRHY GENERÁLNEHO ADVOKÁTA
MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
prednesené 13. septembra 2018 [1]

Spojené veci C-266/17 a C-267/17

Rhein-Sieg-Kreis
proti
Verkehrsbetrieb Hüttebräucker GmbH,
BVR Busverkehr Rheinland GmbH (C-266/17),
za účasti:
Regionalverkehr Köln GmbH
a
Rhenus Veniro GmbH & Co. KG
proti
Kreis Heinsberg (C-267/17),
za účasti:
WestVerkehr GmbH

[návrh na začatie prejudiciálneho konania, ktorý podal Oberlandesgericht Düsseldorf (Vyšší krajinský súd Düsseldorf, Nemecko)]

„Návrh na začatie prejudiciálneho konania – Doprava – Služby vo verejnom záujme v cestnej osobnej doprave – Priame zadanie zmlúv o službách vo verejnom záujme: interný poskytovateľ – Podmienky uplatnenia nariadenia (ES) č. 1370/2007 – Podobná kontrola – Následné priame zadanie zmluvy zo strany interného poskytovateľa – Okamih, v ktorom sa majú posúdiť podmienky priameho zadania zmlúv“

1. Tieto dva návrhy na začatie prejudiciálneho konania vyplývajú zo zmlúv o službách vo verejnom záujme v autobusovej osobnej doprave, zadaných (alebo zadávaných) nemeckými miestnymi orgánmi priamo ich príslušným „interným poskytovateľom“. Vnútroštátny súd zdôrazňuje, že žiadna z týchto zmlúv nemá právnu formu koncesie na služby v doprave.

2. Rozširovanie tohto mechanizmu priameho zadávania zmlúv, ktorý odstraňuje voľnú hospodársku súťaž a uprednostňuje mestské dopravné spoločnosti, znepokojuje ostatné súkromné spoločnosti tohto sektora, ktoré znižujú svoj podiel na trhu, zatiaľ čo spoločnosti s verejným kapitálom si svoj podiel udržiavajú alebo zvyšujú.

3. Vnútroštátny súd sa v prvom rade a predovšetkým snaží zistiť, či sa priame zadávanie týchto zmlúv interným poskytovateľom riadi *lex specialis*, čo by bol v prejednávanej veci článok 5 nariadenia č. 1370/2007 [2], všeobecnými smernicami o verejnom obstarávaní alebo pravidlami Zmluvy o FEÚ. Okrem tejto zásadnej pochybnosti sa jeho otázky týkajú ďalších aspektov vzťahu medzi miestnymi orgánmi a ich internými poskytovateľmi.

1 Jazyk prednesu: španielčina.

2 Nariadenie Európskeho parlamentu a Rady (ES) z 23. októbra 2007 o službách vo verejnom záujme v železničnej a cestnej osobnej doprave, ktorým sa zrušujú nariadenia Rady (EHS) č. 1191/69 a (EHS) č. 1107/70 (Ú. v. EÚ L 315, 2007, s. 1) (ďalej len „nariadenie“).

I. Právny rámec Únie. Nariadenie č. 1370/2007

4. Článok 2 znie:

„Na účely tohto nariadenia:

…

b) ‚príslušný orgán' je každý orgán verejnej moci alebo skupina orgánov verejnej moci členského štátu alebo členských štátov, ktoré majú právomoc zasahovať do verejnej osobnej dopravy v danej geografickej oblasti, alebo každý orgán, ktorému bola zverená takáto právomoc;

c) ‚príslušný miestny orgán' je každý príslušný orgán, ktorého právomoci nie sú celoštátneho rozsahu;

…

h) ‚priame zadanie' je zadanie zmluvy o službách vo verejnom záujme určitému poskytovateľovi služieb vo verejnom záujme bez predchádzajúcej verejnej súťaže;

i) ‚zmluva o službách vo verejnom záujme' je jeden alebo viacero právne záväzných aktov, ktoré potvrdzujú dohodu medzi príslušným orgánom a poskytovateľom služieb vo verejnom záujme s cieľom zveriť poskytovateľovi služieb vo verejnom záujme riadenie a poskytovanie služieb vo verejnom záujme v doprave podliehajúcich záväzkom vyplývajúcim zo služieb vo verejnom záujme; …

j) ‚interný poskytovateľ' je právne samostatný subjekt, nad ktorým vykonáva príslušný miestny orgán alebo v prípade skupiny orgánov aspoň jeden príslušný miestny orgán kontrolu podobnú tej, ktorú vykonáva nad svojimi vlastnými oddeleniami;

…"

5. Podľa článku 4:

„…

7. … V prípade subdodávania je poskytovateľ poverený spravovaním a poskytovaním služieb vo verejnom záujme v osobnej doprave v súlade s týmto nariadením povinný sám poskytovať podstatnú časť služieb vo verejnom záujme v osobnej doprave. …"

6. Článok 5 stanovuje:

„1. Zmluvy o službách vo verejnom záujme sa zadávajú v súlade s pravidlami stanovenými v tomto nariadení. Avšak zmluvy o službách alebo zmluvy o službách vo verejnom záujme vymedzené v smernici 2004/17/ES [Európskeho parlamentu a Rady z 31. marca 2004 o koordinácii postupov obstarávania subjektov pôsobiacich v odvetviach vodného hospodárstva, energetiky, dopravy a poštových služieb (Ú. v. EÚ L 134, 2004, s. 1; Mim. vyd. 06/007, s. 19)] alebo smernici 2004/18/ES [Európskeho parlamentu a Rady z 31. marca 2004 o koordinácii postupov zadávania verejných zákaziek na práce, verejných zákaziek na dodávku tovaru a verejných zákaziek na služby (Ú. v. EÚ L 134, 2004, s. 114; Mim. vyd. 06/007, s. 132)] [ďalej spoločne len ‚smernice týkajúce sa verejného obstarávania'] pre služby vo verejnom záujme v autobusovej alebo električkovej osobnej doprave sa zadávajú v súlade s postupmi ustanovenými podľa uvedených smerníc, ak tieto zmluvy nemajú formu koncesných zmlúv na služby, ako je vymedzené v uvedených smerniciach. Ak sa zmluvy majú zadávať v súlade so smernicou [2004/17] alebo smernicou [2004/18], ustanovenia odsekov 2 až 6 tohto článku sa neuplatňujú.

2. Pokiaľ to nezakazuje vnútroštátne právo, každý príslušný miestny orgán bez ohľadu na to, či je to jediný orgán, alebo skupina orgánov, ktoré poskytujú integrované služby vo verejnom záujme v osobnej doprave, sa môže rozhodnúť sám poskytovať služby vo verejnom záujme v osobnej doprave alebo zadať zmluvu o službách vo verejnom záujme priamo právne odlišnému subjektu, nad ktorým vykonáva príslušný miestny orgán alebo v prípade skupiny orgánov aspoň jeden príslušný miestny orgán kontrolu podobnú kontrole, ktorú vykonáva nad vlastnými oddeleniami. Tam, kde príslušný miestny orgán prijme takéto rozhodnutie, sa uplatňuje toto:

a) s cieľom zistiť, či príslušný miestny orgán vykonáva takúto kontrolu, sa zvážia aspekty, akými sú miera účasti v správnom, riadiacom alebo kontrolnom orgáne, príslušné ustanovenia o tom v stanovách, vlastníctvo, účinný vplyv a kontrola nad strategickými rozhodnutiami a samostatnými riadiacimi rozhodnutiami. V súlade s právom Spoločenstva nie je 100 % vlastníctvo príslušným orgánom verejnej moci, najmä v prípade verejno-súkromných partnerstiev, nevyhnutným predpokladom zabezpečenia kontroly v zmysle tohto odseku pod podmienkou, že verejný vplyv je dominantný a že kontrolu možno zabezpečiť na základe iných kritérií;

b) podmienkou uplatňovania tohto odseku je, aby interný poskytovateľ a každý subjekt, na ktorý má tento poskytovateľ hoci len minimálny vplyv, vykonával svoje činnosti súvisiace s verejnou osobnou dopravou na území pôsobnosti príslušného miestneho orgánu, okrem odchádzajúcich liniek, alebo iné pomocné prvky tejto činnosti, ktoré zasahujú na územie pôsobnosti susedných príslušných miestnych orgánov, a aby sa nezúčastňoval na verejných súťažiach na poskytovanie služieb vo verejnom záujme v osobnej doprave, ktoré sa organizujú mimo územia pôsobnosti príslušného miestneho orgánu;

c) bez ohľadu na písmeno b) sa môže interný poskytovateľ zúčastňovať na spravodlivých verejných súťažiach dva roky pred uplynutím doby platnosti svojej priamo zadanej zmluvy o službách vo verejnom záujme pod podmienkou, že sa prijalo konečné rozhodnutie o zaradení poskytovania služieb vo verejnom záujme v osobnej doprave, na ktoré sa vzťahuje zmluva interného poskytovateľa, do spravodlivej verejnej súťaže a že interný poskytovateľ neuzavrel žiadnu ďalšiu priamo zadanú zmluvu o službách vo verejnom záujme;

…

e) v prípade subdodávania podľa článku 4 ods. 7 je interný prevádzkovateľ povinný sám poskytovať prevažnú časť služieb vo verejnej osobnej doprave.

3. S výnimkou prípadov upresnených v odsekoch 4, 5 a 6 každý príslušný orgán, ktorý zverí poskytovanie služieb tretej strane inej, ako je interný poskytovateľ, zadáva zmluvy o službách vo verejnom záujme na základe verejnej súťaže. Postup prijatý pre verejnú súťaž umožňuje účasť všetkým poskytovateľom, je spravodlivý a rešpektuje zásady transparentnosti a nediskriminácie. Po predložení súťažných návrhov a prípadnom predbežnom výbere môžu pri dodržaní týchto zásad nasledovať rokovania s cieľom upresniť, ako najlepšie splniť osobitné alebo komplexné požiadavky.

…“

7. Článok 7 stanovuje:

„…

2. Každý príslušný orgán prijme opatrenia potrebné na to, aby sa najmenej rok pred uverejnením výzvy na predkladanie súťažných návrhov alebo rok pred priamym zadaním uverejnili v Úradnom vestníku Európskej únie aspoň tieto informácie:

a) názov a adresa príslušného orgánu;

b) predpokladaný spôsob zadania;

c) služby a oblasti, na ktoré sa zadanie prípadne vzťahuje.

…“

8. Článok 8 stanovuje:

„…

2. Bez toho, aby bol dotknutý odsek 3, bude zadávanie zmlúv vo verejnom záujme v železničnej a cestnej osobnej doprave v súlade s článkom 5 od 3. decembra 2019. Počas tohto prechodného obdobia prijmú členské štáty opatrenia na postupné zosúladenie s článkom 5 s cieľom zabrániť vážnym štrukturálnym problémom súvisiacim s dopravnou kapacitou.

Do šiestich mesiacov po skončení prvej polovice prechodného obdobia predložia členské štáty Komisii správu o pokroku, v ktorej zdôraznia vykonávanie každého postupného zadávania zmlúv o službách vo verejnom záujme v súlade s článkom 5. Na základe správ o pokroku členských štátov môže Komisia navrhnúť vhodné opatrenia určené členským štátom.

3. Na uplatňovanie odseku 2 sa neberú do úvahy zmluvy o službách vo verejnom záujme zadané v súlade s právom Spoločenstva a vnútroštátnym právom:

a) pred 26. júlom 2000 na základe postupu spravodlivej verejnej súťaže;

b) pred 26. júlom 2000 na základe iného postupu, ako je postup spravodlivej verejnej súťaže;

c) od 26. júla 2000 a pred 3. decembra 2009 na základe postupu spravodlivej verejnej súťaže;

d) od 26. júla 2000 a pred 3. decembra 2009 na základe iného postupu, ako je postup spravodlivej verejnej súťaže.

Uplatňovanie zmlúv uvedených v písmene a) môže pokračovať až do zániku ich doby platnosti. Uplatňovanie zmlúv uvedených v písmenách b) a c) môže pokračovať až do zániku ich doby platnosti, nie však dlhšie ako 30 rokov. Uplatňovanie zmlúv uvedených v písmene d) môže pokračovať až do zániku ich doby platnosti pod podmienkou, že ich doba platnosti je obmedzená a porovnateľná s dobami platnosti uvedenými v článku 4.

Uplatňovanie zmlúv o službách vo verejnom záujme môže pokračovať až do zániku ich doby platnosti, ak by ich ukončenie spôsobilo neprimerané právne alebo hospodárske dôsledky a za predpokladu, že Komisia dala svoj súhlas.

…“

II. Skutkové okolnosti a prejudiciálne otázky

A. Vo veci C-266/17

9. Rhein-Sieg-Kreis (okres Rhein-Sieg) je územná samosprávna jednotka spolkovej krajiny Severné Porýnie-Vestfálsko, ktorá sa podľa vnútroštátneho práva považuje na účely nariadenia za príslušný orgán na území svojej pôsobnosti.

10. Okres Rhein-Sieg má interného poskytovateľa (Regionalverkehr Köln GmbH, ďalej len „RV Köln“), ktorý má vlastnú právnu subjektivitu.[3] Ako uvádza rozhodnutie vnútroštátneho súdu, okres Rhein-Sieg vykonáva nad spoločnosťou RV Köln kontrolu „podobnú kontrole, ktorú vykonáva nad svojimi vlastnými oddeleniami a ktorá má formu spoločnej kontroly spolu s ďalšími spoločníkmi“[4].

11. Navyše okres Rhein-Sieg spolu s ďalšími územnými samosprávnymi jednotkami vytvoril účelové združenie (Verkehrsverbund Rhein-Sieg), ktoré sa zaoberá najmä stanovením taríf, ale nevykonáva činnosť v doprave.

12. Okres oznámil,[5] že v súlade s článkom 5 ods. 2 nariadenia pristúpi k priamemu zadaniu služby vo verejnom záujme v osobnej doprave „vo svojom obvode vrátane liniek smerujúcich do susedných oblastí“[6].

13. RV Köln poskytuje služby vo verejnom záujme v osobnej doprave na území okresu a obsluhuje tiež odchádzajúce linky a iné doplnkové služby k tejto činnosti, ktoré zasahujú na územie pôsobnosti susedných príslušných miestnych orgánov.[7]

14. Oznámenie o výsledku verejného obstarávania bolo napadnuté spoločnosťami Verkehrsbetrieb Hüttebräucker GmbH a BVR Busverkehr Rheinland GmbH pred Vergabekammer Rheinland (Komora pre verejné obstarávanie Porýnie, Nemecko), ktorá zakázala priame zadanie zmluvy internému poskytovateľovi z dôvodu nesplnenia podmienok pre uplatnenie článku 5 ods. 2 nariadenia, keďže neexistovala kontrola zo strany územného orgánu nad poskytovateľom a poskytovanie služieb vo verejnom záujme v osobnej doprave sa vykonávalo na územiach, ktoré nespadali pod verejného obstarávateľa.

15. Rozhodnutie komory pre verejné obstarávanie oblasti Porýnia bolo napadnuté na vnútroštátnom súde. Vnútroštátny súd zdôrazňuje existenciu rozdielnych právnych stanovísk v Nemecku, pokiaľ ide o zmluvy o doprave v cestnej osobnej doprave, ktoré nemajú podobu koncesných zmlúv na služby:

– podľa niektorých súdov je uplatňovanie nariadenia odôvodnené len v prípade koncesie. V prípade neexistencie koncesie sa uplatňuje všeobecný režim smerníc týkajúcich sa verejného obstarávania.

– podľa iných súdov článok 5 ods. 2 nariadenia stanovuje osobitný režim, ktorý má prednosť pred všeobecnými pravidlami. Odkaz článku 5 ods. 1 na smernice týkajúce sa verejného obstarávania je v takých prípadoch, ako je tento, neúčelný, preto im priame zadania nepodliehajú.

16. Za týchto okolností predkladá Oberlandesgericht Düsseldorf (Vyšší krajinský súd Düsseldorf, Nemecko) Súdnemu dvoru nasledujúce prejudiciálne otázky:

„1. Je článok 5 ods. 2 nariadenia (ES) č. 1370/2007 uplatniteľný na zmluvy, pri ktorých nejde o zmluvy, ktoré majú podľa článku 5 ods. 1 prvej vety nariadenia (ES) č. 1370/2007 formu koncesných zmlúv na služby v zmysle smerníc 2004/17/ES alebo 2004/18/ES?

3 Ide o spoločnosť s ručením obmedzeným, ktorej základné imanie vlastnia rôzne orgány verejnej správy spolu s okresom Rhein-Sieg (ktorý je spoločníkom nepriamo prostredníctvom dcérskej spoločnosti, v ktorej má 100 % podiel).

4 Bod 20 uznesenia vnútroštátneho súdu.

5 Oznámenie zverejnené v dodatku k *Úradnému vestníku Európskej únie* z 30. septembra 2015.

6 Bod 10 uznesenia vnútroštátneho súdu.

7 Tamže, bod 22.

V prípade kladnej odpovede na prvú prejudiciálnu otázku:

2. Pokiaľ jediný príslušný orgán podľa článku 5 ods. 2 nariadenia (ES) č. 1370/2007 zadá zmluvu o službách vo verejnom záujme priamo internému poskytovateľovi, je to v rozpore so spoločnou kontrolou tohto orgánu spolu s ďalšími spoločníkmi interného poskytovateľa, ak je intervenčná právomoc vo verejnej osobnej doprave v danej geografickej oblasti [článok 2 písm. b) a c) nariadenia (ES) č. 1370/2007] rozdelená medzi jediný príslušný orgán a skupinu orgánov, ktoré poskytujú integrované verejné služby v osobnej doprave, napríklad tým, že právomoc zadať zmluvu o službách vo verejnom záujme internému poskytovateľovi zostane jedinému príslušnému orgánu, úloha tarifovať sa ale presunie na účelové združenie dopravného zväzu, ku ktorému patria okrem jediného orgánu ďalšie orgány príslušné v ich geografických oblastiach?

3. Je skutočnosť, že jediný príslušný orgán podľa článku 5 ods. 2 nariadenia (ES) č. 1370/2007 zadá zmluvu o službách vo verejnom záujme priamo internému poskytovateľovi, v rozpore so spoločnou kontrolou tohto orgánu spolu s ďalšími spoločníkmi interného poskytovateľa, ak podľa ich spoločenskej zmluvy je pri rozhodovaní o uzavretí, zmene alebo ukončení zmluvy o službách vo verejnom záujme podľa článku 5 ods. 2 nariadenia (ES) č. 1370/2007 oprávnený hlasovať len ten spoločník, ktorý sám alebo ktorého nepriamy alebo priamy vlastník zadá zmluvu o službách vo verejnom záujme podľa článku 5 ods. 2 nariadenia (ES) č. 1370/2007 internému poskytovateľovi?

4. Umožňuje článok 5 ods. 2 druhá veta písm. b) nariadenia (ES) č. 1370/2007, aby interný poskytovateľ poskytoval služby vo verejnom záujme v osobnej doprave aj pre ďalšie miestne príslušné orgány na území ich pôsobnosti (vrátane odchádzajúcich liniek, alebo iných doplnkových služieb k uvedenej činnosti, ktoré zasahujú na územie pôsobnosti susedných príslušných orgánov), ak sa tieto nezadávajú v organizovaných verejných obstarávaniach?

5. Umožňuje článok 5 ods. 2 druhá veta písm. b) nariadenia (ES) č. 1370/2007, aby interný poskytovateľ poskytoval na základe zmlúv o službách spadajúcich pod prechodné ustanovenia článku 8 ods. 3 nariadenia (ES) č. 1370/2007 služby vo verejnom záujme v osobnej doprave mimo územia pôsobnosti jeho poverujúceho orgánu pre iné poverené osoby?

6. V akom okamihu musia byť splnené podmienky článku 5 ods. 2 nariadenia (ES) č. 1370/2007?“

B. Vo veci C-267/17

17. Kreis Heinsberg (okres Heinsberg) je územnou samosprávnou jednotkou spolkovej krajiny Severné Porýnie-Vestfálsko. Spolu s mestom Aachen, mestským regiónom Aachen a okresom Düren tvorí mestské združenie podľa verejného práva Aachener Verkehrsverbund, zriadené pre rozvoj a podporu verejnej osobnej dopravy pre svojich členov. [8]

18. Okres Heinsberg 15. marca 2016 oznámil, [9] že bez výzvy na verejné obstarávanie priamo zadá v súlade s článkom 5 ods. 2 nariadenia zmluvu o službách vo verejnom záujme v osobnej doprave autobusmi a inými dopravnými prostriedkami.

8 Článok 10 stanov združenia s názvom „Založenie skupiny orgánov“ stanovuje, že „členovia združenia predstavujú skupinu orgánov v zmysle článku 5 ods. 2 prvej vety [nariadenia]. Jej členovia sú oprávnení zadávať zmluvy o službách vo verejnom záujme priamo interným poskytovateľom. Interní poskytovatelia smú poskytovať služby vo verejnom záujme v oblasti dopravy na území všetkých členov združenia, ktoré presahujú odchádzajúce linky. Na to je v konkrétnom prípade potrebný súhlas člena združenia, ktorý nemá obchodný podiel v internom poskytovateľovi, s verejnou cestnou osobnou dopravou združenia na jeho území. Priame zadania vo vyššie uvedenom zmysle sa považujú za schválené všetkými členmi združenia“. Dodáva, že „postup zadania s funkciou orgánu zadania podľa článku 5 ods. 2 [nariadenia] spravidla vykonáva člen, ktorý interného poskytovateľa kontroluje v zmysle uvedeného ustanovenia“.

9 Oznámenie zverejnené v dodatku k *Úradnému vestníku Európskej únie* z 15. marca 2016.

19. Interný poskytovateľ,[10] ktorému mala byť táto zmluva zadaná od 1. januára 2018 na obdobie 120 mesiacov, bola spoločnosť WestVerkehr GmbH, ktorá vykonávala svoju činnosť najmä prostredníctvom svojej dcérskej spoločnosti Kreisverkehrsgesellschaft Heinsberg mbH, v ktorej má 100 % podiel, a ktorá mala v úmysle v pokračovať v tejto forme aj po priamom zadaní.

20. Spoločnosť Rhenus Veniro GmbH napadla zadanie zákazky na Komore pre verejné obstarávanie oblasti Porýnia, ktorá 11. novembra 2016 zamietla jej návrh na preskúmanie, na čo sa táto spoločnosť obrátila na Oberlandesgericht Düsseldorf (Vyšší krajinský súd Düsseldorf) s tvrdením, že: a) článok 5 ods. 2 nariadenia nie je uplatniteľný, a subsidiárne, že b) okres Heinsberg ako člen Aachener Verkehrsverbund nie je oprávnený priamo zadať zmluvu, keďže táto právomoc prináleží jedinému orgánu alebo skupine orgánov, ale nie orgánu, ktorý má postavenie člena skupiny.

21. Za týchto okolností predkladá Oberlandesgericht Düsseldorf (Vyšší krajinský súd Düsseldorf) Súdnemu dvoru nasledujúce prejudiciálne otázky:

„1. Je článok 5 ods. 2 nariadenia (ES) č. 1370/2007 uplatniteľný na zmluvy o službách vo verejnom záujme v zmysle článku 2 písm. i) nariadenia, ktoré sa budú zadávať priamo a ktoré nemajú v zmysle článku 5 ods. 1 druhej vety nariadenia formu koncesných zmlúv na služby v zmysle smerníc 2004/17/ES alebo 2004/18/ES?

2. Vychádzajú článok 2 písm. b) a článok 5 ods. 2 nariadenia (ES) č. 1370/2007 nepriamo prostredníctvom slova ‚alebo' z výlučnej príslušnosti buď jediného orgánu verejnej moci, alebo skupiny orgánov verejnej moci alebo môže byť podľa týchto ustanovení jediný orgán verejnej moci aj členom skupiny orgánov a preniesť na skupinu určité úlohy, ale zároveň zostať naďalej oprávneným zasahovať podľa článku 2 písm. b) a príslušným miestnym orgánom v zmysle článku 5 ods. 2 nariadenia?

3. Vylučuje článok 5 ods. 2 druhá veta písm. e) nariadenia (ES) č. 1370/2007 prostredníctvom povinnosti samostatného poskytovania prevažnej časti služieb vo verejnej osobnej doprave, aby interný poskytovateľ prenechal poskytnutie tejto prevažnej časti služieb stopercentnej dcérskej spoločnosti?

4. Kedy musia byť splnené podmienky priameho zadania zmluvy uvedené v článku 5 ods. 2 nariadenia (ES) č. 1370/2007, už pri zverejnení zámeru priameho zadania v súlade s článkom 7 nariadenia alebo až pri samotnom priamom zadaní?"

III. Konanie pred Súdnym dvorom

22. Návrhy na začatie prejudiciálneho konania so súhlasom s ich spojením boli doručené do kancelárie Súdneho dvora 17. mája 2017.

23. Písomné pripomienky predložili Verkehrsbetrieb Hüttebräucker GmbH, Rhenus Veniro GmbH, okresy Rhein-Sieg a Heinsberg, rakúska vláda a Európska komisia.

24. Na pojednávaní konanom 31. mája 2018 sa zúčastnili Verkehrsbetrieb Hüttebräucker GmbH, Rhenus Veniro GmbH, BVR Busverkher Rheinland Gmbh, okresy Rhein-Sieg-Kreis a Heinsberg, ako aj Európska komisia.

10 Niektoré zo strán vyjadrili na pojednávaní svoje výhrady k tomu, či možno spoločnosť, ktorá je úspešným uchádzačom, považovať za interného poskytovateľa. Podľa vnútroštátneho súdu však táto charakteristika nie je predmetom diskusie.

IV. Analýza

A. Uplatniteľnosť nariadenia (prvá prejudiciálna otázka vo veciach C-266/17 a C-267/17)

25. Predpoklad, z ktorého je potrebné v týchto dvoch sporoch vychádzať, je ten, že právny vzťah medzi verejným obstarávateľom a poskytovateľom povereným poskytovaním služieb vo verejnom záujme v cestnej osobnej doprave nezodpovedá podľa vnútroštátneho súdu koncesii na služby vo verejnom záujme, ale zmluve o službách vo verejnom záujme.

26. Ak je to tak, prichádza do úvahy článok 5 ods. 1 nariadenia, z ktorého v zásade vyplýva, že zadanie tejto zmluvy o službách vo verejnom záujme by sa malo vykonať v súlade so smernicami 2004/17 a 2004/18. [11]

27. Problém spočíva v tom, že tieto dve smernice, na rozdiel od neskorších smerníc z roku 2014, [12] neobsahujú priame zadanie týchto zmlúv v prospech interných poskytovateľov (tiež označovaných ako „in house“ poskytovatelia). Za týchto okolností existuje možnosť:

– pridržiavať sa judikatúry, [13] ktorá za právneho stavu pred smernicami týkajúcimi sa verejného obstarávania z roku 2014 stanovila hranice priameho výberu úspešného uchádzača, pokiaľ išlo len o interný subjekt poskytujúci služby pre verejného obstarávateľa, ktorý ho kontroluje. Judikatúra Teckal, ktorá sa vyvíja práve ako výnimka z uplatňovania smerníc 2004/17 a 2004/18, poskytuje usmernenia, ktoré mali pôvodne formu súdneho rozhodnutia a ktoré umožňujú orgánom verejnej správy poveriť týmto typom úloh svoje účelové subjekty,

– uplatniť osobitné pravidlá, ktoré nariadenie stanovuje pre tento typ zadávania zákaziek v prospech interných poskytovateľov.

28. Ako vyplýva z rozporu medzi nemeckými súdmi, na ktoré odkazujú uznesenia vnútroštátneho súdu, riešenie problému nie je jasné a rozdiely právnych režimov vyplývajúce z jednej alebo druhej tézy sú významné. Odlišné by bolo, ak by sa v sporoch, ktoré viedli k týmto návrhom na začatie prejudiciálneho konania, mohli uplatňovať smernice z roku 2014, keďže tie s určitými odchýlkami v zásade formálne začlenili do svojich článkov judikatúru Teckal. [14]

11 Podľa uvedeného ustanovenia „zmluvy o službách alebo zmluvy o službách vo verejnom záujme vymedzené v smernici 2004/17/ES alebo smernici 2004/18/ES pre služby vo verejnom záujme v autobusovej alebo električkovej osobnej doprave sa zadávajú v súlade s postupmi ustanovenými podľa uvedených smerníc, ak tieto zmluvy *nemajú formu koncesných zmlúv na služby*, ako je vymedzené v uvedených smerniciach. Ak sa zmluvy majú zadávať v súlade so smernicou 2004/17/ES alebo smernicou 2004/18/ES, ustanovenia odsekov 2 až 6 tohto článku sa neuplatňujú“. Kurzívou zvýraznil generálny advokát.

12 Smernica 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) a smernica Európskeho parlamentu a Rady 2014/25/EÚ z 26. februára 2014 o obstarávaní vykonávanom subjektmi pôsobiacimi v odvetviach vodného hospodárstva, energetiky, dopravy a poštových služieb a o zrušení smernice 2004/17/ES (Ú. v. EÚ L 94, 2014, s. 243) (ďalej len „smernice z roku 2014“).

13 Rozsudok z 18. novembra 1999, Teckal (C-107/98, EU:C:1999:562; ďalej len „judikatúra Teckal“).

14 Smernica 2014/24 upravuje v článku 12 „verejné zákazky medzi subjektmi v rámci verejného sektora“. Smernica 2014/25 stanovuje v článku 28 „zákazky medzi verejnými obstarávateľmi“.

29. V takom prípade by nebolo ťažké pripustiť, že odkaz na smernice z roku 2004 prostredníctvom článku 5 ods. 1 nariadenia by sa mal chápať ako odkaz na smernice z roku 2014, ktoré sú v platnosti.[15] Keďže tieto smernice už výslovne obsahujú pravidlá pre zadávanie zmlúv vo verejnom záujme „in house" poskytovateľom, bolo by potrebné objasniť, či majú prednosť pred pravidlami uvedenými v článku 5 ods. 2 nariadenia.[16] Uplatnenie smerníc z roku 2014 však nie je v prejednávaných veciach z hľadiska *ratione temporis* možné.[17]

30. Súdny dvor rozhodol, že „uplatniteľnou smernicou je v zásade tá smernica, ktorá platila v okamihu, keď si verejný obstarávateľ vybral druh konania, ktoré použije, a definitívne sa rozhodol, či zadaniu verejnej zákazky musí predchádzať výberové konanie (rozsudok [z 11. júla 2013,] Komisia/Holandsko, C-576/10, EU:C:2013:510, bod 52 a citovaná judikatúra). Naopak neuplatniteľnými sú ustanovenia smernice, ktorých lehota na prebratie uplynula po tomto okamihu (pozri v tomto zmysle rozsudok [z 5. októbra 2000,] Komisia/Francúzsko, C-337/98, EU:C:2000:543, body 41 a 42)"[18].

31. V rozhodnutiach vnútroštátneho súdu sa potvrdilo, že k oznámeniam o priamom zadaní zákazky došlo pred konečným dátumom na prebratie smerníc z roku 2014.[19] Navyše neexistuje žiaden objektívny prvok, z ktorého by vyplývalo, že voľba verejného obstarávateľa týkajúca sa toho, čo zverejnil v týchto oznámeniach, sa zmenila.

32. V dôsledku toho je potrebné zamerať pozornosť na možnosť, ktorú som uviedol vyššie, bez toho, aby bolo možné použiť pravidlá smerníc z roku 2014 týkajúce sa priameho zadania interným poskytovateľom.

33. Postupy stanovené v smerniciach 2004/17 a 2004/18 nie sú uplatniteľné na tento typ zadania zákaziek „in house". Ako som uviedol v iných návrhoch, „v režime ‚in house' obstarávateľ z funkčného hľadiska nezadáva zákazku inému odlišnému subjektu, ale v skutočnosti ju zadáva sám sebe, a to vzhľadom na jeho väzbu s týmto formálne odlišným subjektom. Prísne vzaté, nemožno hovoriť o zadaní zákazky, ale len o objednávke alebo úlohe, ktorú druhá ‚strana' nemôže odmietnuť, a to bez ohľadu na formu tejto objednávky alebo úlohy… Keďže v skutočnosti nejde o odlišné subjekty, je odôvodnené, aby obstarávateľ nebol povinný dodržiavať postupy verejného obstarávania, ak využíva na plnenie svojich úloh vlastné prostriedky"[20].

34. Zadanie zmluvy internému poskytovateľovi sa preto musí riadiť buď judikatúrou Teckal, alebo osobitnými pravidlami uvedenými v článku 5 ods. 2 nariadenia (pokiaľ ide o služby vnútrozemskej dopravy).

35. Aj keď uznávam váhu protichodných argumentov, prikláňam sa k prednosti článku 5 ods. 2 nariadenia. Podľa môjho názoru existuje niekoľko argumentov, ktoré podporujú toto stanovisko.

15 Oznámenie Komisie o výkladových usmerneniach týkajúcich sa nariadenia (ES) č. 1370/2007 o službách vo verejnom záujme v železničnej a cestnej osobnej doprave (Ú. v. EÚ C 92, 2014, s. 1) stanovuje, že „keďže smernice uvedené v nariadení (ES) č. 1370/2007 (smernica 2004/17/ES a smernica 2004/18/ES) boli zrušené a nahradené vyššie uvedenými smernicami [2014/24 a 2014/25], odkazy v nariadení (ES) č. 1370/2007 by sa mali chápať tak, že sa vzťahujú na nové smernice" (bod 2.1.1).

16 Na pojednávaní sa diskutovalo o tom, či možno jedny alebo druhé pravidlá uplatniť súčasne alebo paralelne. Domnievam sa však, že teraz nie je čas na zapojenie sa do tejto diskusie, na rozdiel od toho, čo sa stane v prípade zákaziek „in house" po 18. apríli 2016.

17 Podľa Komisie sa článok 5 ods. 2 nariadenia neuplatňuje na tieto prípady, keďže sa obmedzuje na koncesie. Jej tvrdenie v skutočnosti vedie k predčasnému uplatňovaniu pravidiel „in house" uvedených v smerniciach z roku 2014 na skutkové okolnosti, ktoré podliehajú smerniciam z roku 2004. Paradoxne, keď Komisia podrobne analyzuje druhú a nasledujúce prejudiciálne otázky vo veci C-267/17, na podporu svojich argumentov sa odvoláva na obsah tohto ustanovenia.

18 Rozsudky z 10. júla 2014, Impresa Pizzarotti (C-213/13, EU:C:2014:2067, bod 31). Pozri tiež rozsudok z 27. októbra 2016, Hörmann Reisen (C-292/15, EU:C:2016:817, bod 32), s odkazom na rozsudok zo 7. apríla 2016, Partner Apelski Dariusz (C-324/14, EU:C:2016:214, bod 83).

19 Tie sa mali prebrať najneskôr do 18. apríla 2016 a oznámenia o zadaní zákazky v hlavných sporoch sa uverejnili 30. septembra 2015 a 16. marca 2016.

20 Návrhy prednesené vo veci LitSpecMet (C-567/15, EU:C:2017:319, body 70 a 71).

36. Prvý argument vychádza z doslovného výkladu článku 5 ods. 1 tretej vety, čítaného *a sensu contrario*. Ak sa podľa odsekov 2 až 5 tohto článku postupuje len výnimočne a obmedzene,[21] keď sa zmluvy o službách „majú zadávať v súlade so smernicou 2004/17/ES alebo smernicou 2004/18/ES“, získajú opäť plnú účinnosť v prípade, ak tieto smernice neobsahujú priame zadania v prospech interných poskytovateľov, ako je tomu v prejednávanej veci. Už som zdôraznil, že podľa Súdneho dvora sú úlohy „in house“ vylúčené z týchto dvoch smerníc.

37. Tento doslovný výklad podporuje znenie článku 5 ods. 1: zmluvy o službách vo verejnom záujme v autobusovej osobnej doprave „sa zadávajú v súlade s postupmi ustanovenými podľa uvedených smerníc [2004/17 a 2004/18]“, ak nemajú formu koncesných zmlúv na služby. Ak tieto smernice neobsahujú žiaden *postup* pre zadanie zákaziek interným poskytovateľom, ktorí sú skôr organizačnými zložkami orgánov verejnej správy, ako je tomu v prejednávanej veci, odkaz stráca účel a zmysel.

38. Nestalo by sa tak v prípade zadania zákaziek vo verejných súťažiach (to znamená nie v prospech interných poskytovateľov), pre ktoré sa v plnej miere uplatní účinnosť odkazu. Ak chce orgán verejnej správy zadať tretím stranám zmluvu tohto typu, ktorá nemá formu koncesie, musí tak urobiť prostredníctvom výberových konaní, ktoré (teraz áno) stanovujú smernice 2004/17 a 2004/18.

39. Druhý argument zodpovedá systematickému posúdeniu uplatniteľných pravidiel, ktoré je spojené s osobitným pravidlom. Ak sa normotvorca Únie usiloval zaviesť v roku 2007 (to znamená po schválení smerníc z roku 2004) osobitný režim pre zadanie zmlúv „in house“ na služby vnútrozemskej dopravy, domnievam sa, že v prípade pochybnosti je potrebné tento režim tak, ako je uvedený v článku 5 ods. 2 nariadenia, chápať ako prednostný vo vzťahu k režimu (všeobecný), ktorý vyplýva z judikatúry Teckal.

40. Tretí a posledný argument zohľadňuje účel, ktorý sleduje článok 5 ods. 2 nariadenia. S ohľadom na osobitosti cestnej osobnej dopravy chcel normotvorca Únie, aby „akýkoľvek miestny orgán sa [mohol] rozhodnúť, že bude poskytovať vlastné služby vo verejnom záujme v osobnej doprave na území, ktoré spravuje, alebo že ich poskytovanie zverí bez verejnej súťaže internému poskytovateľovi“. Podmienky pre uplatnenie tohto mechanizmu sú dostatočne presné a odrážajú rovnováhu medzi týmto cieľom a cieľom spočívajúcim v „zaručení rovnakých podmienok pre všetkých“[22].

41. Tomuto účelu viac zodpovedá uprednostnenie osobitných pravidiel nariadenia, ktoré sú prispôsobené charakteru autobusovej osobnej dopravy, než dodržiavanie kritérií judikatúry Teckal, ktoré platia pre akýkoľvek iný sektor služieb. Medzi týmito pravidlami sa nachádza pravidlo, ktoré umožňuje (a do určitej miery uprednostňuje), aby sa miestne orgány združovali na účely zadania týchto zmlúv internému poskytovateľovi, nad ktorým majú kontrolu podobnú tej, ktorú vykonávajú nad svojimi vlastnými útvarmi.

42. Stručne povedané, miestny orgán, ktorý má v úmysle priamo zadať internému poskytovateľovi zmluvu o službách vo verejnom záujme v autobusovej osobnej doprave, musí dodržať podmienky stanovené v článku 5 ods. 2 nariadenia.

21 Pozri rozsudok z 27. októbra 2016, Hörmann Reisen (C-292/15, EU:C:2016:817, bod 39).

22 Odôvodnenie 18 nariadenia.

B. Zásah miestneho orgánu do zadania zmluvy a kontrola nad interným poskytovateľom (druhá prejudiciálna otázka vo veciach C-266/17 a C-267/17 a tretia prejudiciálna otázka vo veci C-266/17)

43. Miestne orgány (okresy), ktoré v týchto dvoch veciach zadali (alebo mali v úmysle zadať) zmluvy svojim interným poskytovateľom, vytvorili v rámci vyššieho územného celku s inými podobnými subjektmi účelové združenia (Verkehrsverbund). Medzi právomoci, ktoré zverili týmto združeniam, patrí stanovenie spoločných taríf pre služby osobnej dopravy na ich príslušných územiach. [23]

44. Vnútroštátny súd sa snaží zistiť, či táto okolnosť bráni tomu, aby každý z dvoch miestnych orgánov (okresov), ktoré sú členmi združení, zadal svoje príslušné zmluvy.

45. Ako som už uviedol, článok 5 ods. 2 prvý pododsek nariadenia umožňuje, aby miestne orgány sami alebo spoločne s inými, priamo zadali zmluvy interným poskytovateľom „nad ktorým vykonáva[jú] kontrolu podobnú kontrole, ktorú vykonáva[jú] nad vlastnými oddeleniami“.

46. V abstraktnej rovine nerozumiem tomu, prečo by zverenie právomoci schvaľovať tarify účelovému združeniu malo narušiť „podobnú kontrolu“ jednotlivých orgánov nad ich interným poskytovateľom. V tomto ohľade teda súhlasím so stanoviskom vnútroštátneho súdu. Vytvorenie spoločnej tarify, o ktorej rozhoduje združenie, uľahčuje užívateľom využívať integrovanú službu dopravy prostredníctvom kúpy jediného lístka bez ohľadu na to, kto je interným poskytovateľom, ktorý ju vykonáva a s ktorým je miestnym orgánom prepojený.

47. Dôležité v prejednávanej veci je to, či naďalej zostáva alebo nezostáva „podobná kontrola“ zo strany každého miestneho orgánu (alebo prípadne spoločná kontrola združenia) nad interným poskytovateľom. V závislosti od spôsobu vytvorenia združenia by pridelenie právomocí účelovému združeniu mohlo obmedziť právomoci miestneho orgánu do tej miery, že by už viac nevykonával nad interným poskytovateľom kontrolu porovnateľnú s kontrolou, ktorú má nad svojimi útvarmi.

48. Keďže je prejudiciálna otázka obmedzená na prenesenie právomoci v oblasti taríf v prospech združenia, nedomnievam sa, že táto skutočnosť nevyhnutne znamená vzdanie sa kontroly nad interným poskytovateľom. Okrem toho sa každý okres, ako miestny orgán, ktorý je súčasťou účelového združenia, podieľa na prijímaní rozhodnutí v oblasti taríf združenia, čo dokazuje, že si ponecháva kontrolu – hoci spoločnú – nad týmto aspektom služby.

49. Samozrejme, konečné posúdenie toho, či za konkrétnych okolností obidvoch sporov naďalej zostáva kontrola interného poskytovateľa zo strany okresov, či už individuálna alebo skupinová, prináleží objasniť vnútroštátnemu súdu, ktorý ako jediný disponuje potrenými informáciami na to, aby sa o tom presvedčil a posúdenie vykonal. [24] Uznesenia vnútroštátneho súdu v skutočnosti neposkytujú dostatočné informácie na získanie pravdivého a úplného obrazu o vzťahoch medzi miestnymi orgánmi a interným poskytovateľom.

50. V tejto súvislosti sa tretia prejudiciálna otázka vo veci C-266/17 týka zmeny spoločenskej zmluvy spoločnosti RV Köln schválenej 21. augusta 2015 na valnom zhromaždení spoločníkov, ktorá obmedzila hlasovacie právo tých spoločníkov, ktorým sa zadala zmluva podľa článku 5 ods. 2 nariadenia. Vnútroštátny súd sa snaží zistiť, či by táto zmena spoločenskej zmluvy mohla ovplyvniť kontrolu vykonávanú miestnym obstarávateľom.

23 Rozsah týchto právomocí nie je podrobne opísaný v uzneseniach vnútroštátneho súdu. Vnútroštátny súd odkazuje len na stanovenie taríf.

24 Faktory, ktoré je potrebné zvážiť „s cieľom zistiť, či vykonávajú túto kontrolu“, sú uvedené v článku 5 ods. 2 písm. a) nariadenia.

51. Znenie uznesenia vnútroštátneho súdu je v tomto bode ťažko zrozumiteľné. V každom prípade sa v jeho bode 21 uvádza, že „v súčasnosti nie je isté, či bude platiť spoločenská zmluva vedľajšieho účastníka konania v jej doterajšom znení alebo v novom znení z 21. augusta 2015“. A predtým (bod 6) sa uvádza, že rozhodnutie o zmene z 21. augusta 2015 bolo napadnuté a „dočasne neúčinné podľa právoplatného rozsudku“.

52. Za týchto okolností [25] by sa otázka mohla považovať za hypotetickú, keďže sa týka skutkovej okolnosti (zmena spoločenskej zmluvy), ktorú samotný vnútroštátny súd nepovažuje za relevantnú pre svoje rozhodnutie z dôvodu, že už nie je platná.

53. V každom prípade by nové znenie spoločenskej zmluvy spoločnosti RV Köln v prejednávanej veci viedlo len k potvrdeniu toho, že okres, práve z dôvodu, že zadal zmluvu uvedenému poskytovateľovi, má právo hlasovať na valnom zhromaždení spoločníkov, to znamená, že môže vykonávať kontrolu, ktorá zodpovedá kontrole nad účelovou spoločnosťou. Ako správne zdôrazňuje vnútroštátny súd, zmena článku 17 ods. 1 tretej vety spoločenskej zmluvy „vedie k posilneniu vplyvu toho spoločníka, ktorý zadáva zmluvu o službách vo verejnom záujme a v ktorého územnej pôsobnosti sa majú poskytovať služby osobnej dopravy“.

C. O území, na ktorom môže interný poskytovateľ poskytovať služby v oblasti dopravy (štvrtá a piata prejudiciálna otázka vo veci C-266/17)

54. Štvrtou prejudiciálnou otázkou vo veci C-266/17 sa vnútroštátny súd snaží zistiť, či interný poskytovateľ, ktorému bola priamo zadaná zmluva, môže poskytovať služby vnútrozemskej osobnej dopravy nielen na území miestneho obstarávateľa, ale aj na území ďalších miestnych orgánov v združení.

55. Uznesenie vnútroštátneho súdu nie je v tomto bode opäť veľmi jasné. Z jeho znenia možno znova vyvodiť, že ide o hypotetickú otázku, keďže:

– v oznámení o zadaní zákazky miestny orgán uviedol, že služba sa bude poskytovať „vo svojom okresnom obvode s odchádzajúcimi linkami do susedných oblastí“ (bod 10 uznesenia),

– samotný vnútroštátny súd potvrdzuje túto skutočnosť tým, že konštatoval, že „uvedené služby (vrátane odchádzajúcich liniek alebo iných doplnkových služieb k tejto činnosti, ktoré zasahujú na územie pôsobnosti susedných príslušných miestnych orgánov), sa poskytujú na území pôsobnosti orgánu, ktorý ho poveril“ (bod 22 uznesenia).

56. Nemožno však vylúčiť, že zmysel prejudiciálnej otázky spočíva v objasnení toho, či bez ohľadu na to, že zadanie zákazky spoločnosti RV Köln sa uskutočnilo v súlade s týmto pravidlom, táto spoločnosť má zakázané poskytovať svoje služby iným miestnym orgánom, to znamená rozšíriť svoju činnosť na územie týchto orgánov.

57. Podľa článku 5 ods. 2 písm. b) nariadenia môže interný poskytovateľ vykonávať svoje činnosti súvisiace s verejnou osobnou dopravou len na území pôsobnosti príslušného miestneho orgánu. Týmto orgánom môže byť buď samotný miestny orgán, alebo skupina miestnych orgánov. [26] Nič teda nebráni tomu, aby niektorý orgán alebo niektoré zo skupiny miestnych orgánov poverili službou

25 Okres Rhein-Sieg vo svojich písomných pripomienkach vo veci C-266/17 uvádza, že „v rozpore s tým, čo uvádza vnútroštátny súd, sa má nové znenie spoločenskej zmluvy z 21. augusta 2015… uplatniť v plnej miere“ (bod 29).

26 Tak je to výslovne uvedené v odseku 2 prvom pododseku tohto článku.

jediného poskytovateľa, ktorý by bol spoločný pre všetkých, nad ktorým majú kontrolu podobnú kontrole, ktorú vykonávajú nad svojimi vlastnými útvarmi. V takomto prípade môže interný poskytovateľ vykonávať svoje činnosti na každom z území (združených) orgánov, ktoré ho poverili uvedenou službou.

58. Napokon táto možnosť nie je žiadnou novinkou, ktorá sa vyskytuje len v nariadení. Súdny dvor pri rozvinutí judikatúry Teckal uznal, že niektoré orgány verejnej správy plnia svoje úlohy vo verejnom záujme v spolupráci s inými orgánmi, pričom na tento účel poveria spoločný účelový subjekt, nad ktorým majú spoločnú kontrolu podobnú (nie identickú) kontrole, ktorú vykonávajú nad svojimi vlastnými útvarmi. [27]

59. V rozsudku Coditel Brabant [28] sa posudzoval prípad miestneho orgánu, ktorý na plnenie svojich úloh „mal v úmysle stať sa členom zoskupenia zloženého z iných verejných orgánov, akým je napríklad družstvo združujúce obce“. Súdny dvor pripustil spoločnú kontrolu zo strany miestnych orgánov, ktorá by nemusela byť individuálna. [29]

60. Stručne povedané, ak je interný poskytovateľ účelovým subjektom spoločným pre viaceré miestne subjekty, ktoré majú nad ním (spoločnú) kontrolu podobnú kontrole, ktorú vykonávajú nad svojimi vlastnými útvarmi, je potrebné tomu rozumieť tak, že územie uvedené v článku 5 ods. 2 písm. b) nariadenia je územie každého z týchto subjektov.

61. V piatej prejudiciálnej otázke už vnútroštátny súd zrejme neodkazuje na územie zoskupených miestnych subjektov, ale na územie iných „verejných obstarávateľov“, ktorí by hypoteticky podpísali so spoločnosťou RV Köln zmluvy o službách v oblasti dopravy pred 3. decembrom 2003, to znamená na územie obstarávateľov, ktorí by podliehali prechodnému režimu podľa článku 8 nariadenia.

62. Tento článok stanovil niekoľko opatrení, ktoré znamenali postupné zavedenie pravidiel týkajúcich sa verejného obstarávania uvedených v samotnom nariadení. Bez toho, aby bolo potrebné sa bližšie zaoberať jeho obsahom, stačí uviesť, že zmluvy o službách vo verejnom záujme, zadané v súlade s právom Spoločenstva alebo s vnútroštátnym právom vo formách a dobách, ktoré bližšie určuje článok 8 ods. 3, môžu s určitými obmedzeniami pokračovať až do uplynutia doby, na ktoré boli uzatvorené.

63. Vzhľadom na to, že uznesenie vnútroštátneho súdu neposkytuje ďalšie podrobnosti, domnievam sa, že predtým existujúce zmluvy, na ktoré odkazuje, sú platné v zmysle prechodných pravidiel uvedených v článku 8, ktorý uvádza otázka. Keďže existujú výslovné prechodné ustanovenia nariadenia, ktoré upravujú zachovanie týchto zmlúv, územné obmedzenie uvedené v článku 5 ods. 2 písm. b) uvedeného nariadenia je potrebné vykladať spôsobom, že sa na tieto zmluvy nevzťahuje.

27 Rozsudok z 29. apríla 2007, Asemfo (C-295/05, EU:C:2007:227, bod 62): „z judikatúry vyplýva, že v prípade, že je podnik vo vlastníctve viacerých územných samosprávnych celkov, uvedená podmienka [podstatná časť jej činností musí súvisieť s verejnoprávnym orgánom alebo orgánmi, ktoré ju vlastnia] môže byť splnená vtedy, ak tento podnik vykonáva podstatnú časť svojich činností nie nevyhnutne s určitým konkrétnym územným samosprávnym celkom, ale so všetkými týmito územnými samosprávnymi celkami (rozsudok [z 11. mája 2006,] Carbotermo a Consorzio Alisei [C-340/04, EU:C:2006:308], bod 70)“.

28 Rozsudok z 13. novembra 2008 (C-324/07, EU:C:2008:621).

29 Tamže, bod 54 a výroková časť: „v prípade, keď sa verejný orgán stane členom družstva združujúceho obce, ktorého členmi sú iba verejné orgány, s cieľom preniesť naň správu služby vo verejnom záujme, na to, aby kontrola, ktorú združené orgány vykonávajú nad týmto družstvom, mohla byť kvalifikovaná ako kontrola obdobná tej, ktorú vykonávajú nad vlastnými útvarmi, môže byť táto kontrola nimi vykonávaná spoločne, prípadne s väčšinovým rozhodovaním“.

D. Okamih, v ktorom musia byť splnené podmienky článku 5 ods. 2 nariadenia (šiesta prejudiciálna otázka vo veci C-266/17 a štvrtá prejudiciálna otázka vo veci C-267/17)

64. Vnútroštátny súd má pochybnosti o tom, či podmienky, ktoré vyžaduje článok 5 ods. 2 nariadenia, musia byť splnené: a) v okamihu priameho zadania, alebo b) v okamihu, kedy je príslušný orgán v súlade s článkom 7 ods. 2 uvedeného nariadenia povinný uverejniť v *Úradnom vestníku Európskej únie* informácie týkajúce sa priameho zadania, ktoré má v úmysle uskutočniť.

65. Článok 7 ods. 2 nariadenia, ktorý vymedzuje údaje, ktoré musí príslušný orgán uviesť vo svojom oznámení (aspoň jeden rok pred priamym zadaním), nepožaduje, aby sa uviedla totožnosť budúceho úspešného uchádzača. Nič nebráni tomu, aby miestny orgán mohol v období medzi oznámením a zadaním zákazky určitým spôsobom štruktúrovať svoje účelové subjekty: dôležité je, aby nakoniec zvolený interný poskytovateľ spĺňal zákonné podmienky (najmä to, aby podliehal kontrole orgánu, ktorý ho poveril službou).

66. Spoločný výklad článku 5 ods. 2 a článku 7 ods. 2 nariadenia ma tak vedie k potvrdeniu toho, že okamih, v ktorom musia byť splnené podmienky prvého z týchto dvoch ustanovení, je práve okamih, kedy dôjde k priamemu zadaniu zákazky. Až potom bude známa totožnosť vybratého uchádzača, čo predstavuje zásadnú informáciu na objasnenie toho, či za daných okolností nad ním vykonáva príslušný orgán kontrolu podobnú tej, ktorú má nad svojimi vlastnými útvarmi, a či sa tento poskytovateľ nachádza alebo nenachádza v niektorej zo situácií uvedených v článku 5 ods. 2 písm. b) a c) nariadenia.

E. Poskytovanie služieb interným poskytovateľom prostredníctvom dcérskej spoločnosti (tretia prejudiciálna otázka vo veci C-267/17)

67. Interný poskytovateľ WestVerkehr GmbH materiálne vykonáva službu vo verejnom záujme v doprave prostredníctvom dcérskej spoločnosti, ktorej kapitál vlastní v celom rozsahu. Za týchto okolností a vzhľadom na znenie článku 5 ods. 2 písm. e) nariadenia („v prípade subdodávania… je interný prevádzkovateľ povinný sám poskytovať prevažnú časť služieb“) kladie vnútroštátny súd otázku, či toto ustanovenie pripúšťa, aby poskytovaním služieb bola poverená dcérska spoločnosť.

68. Nariadenie stanovuje subdodávanie ako mechanizmus pre otvorenie spoločnostiam, ktoré sú odlišné od úspešného uchádzača, s ktorým sú prepojené zmluvným vzťahom. Subdodávateľské spoločnosti však nemôžu uskutočniť viac, ako je obmedzené percento služieb, keďže:

– ak je úspešný uchádzač samostatná spoločnosť, to znamená, že nejde o interného poskytovateľa, „je… povinný sám poskytovať *podstatnú časť* služieb vo verejnom záujme v osobnej doprave“ [článok 4 ods. 7],[30]

– naopak, ak je úspešný uchádzač interným poskytovateľom, „je… povinný sám poskytovať *prevažnú časť* služieb“ [článok 5 ods. 2 písm. e)].

30 Rozsudok z 27. októbra 2016, Hörmann Reisen (C-292/15, EU:C:2016:817), posudzoval uplatnenie tohto článku na verejné obstarávanie, ktoré podlieha smernici 2004/18, a konštatoval, že stanovenie 70 % poskytovania, ktoré mal uskutočniť hospodársky subjekt, nebolo v rozpore s článkom 7 ods. 4 nariadenia.

69. Nemyslím si, že v tomto prípade je možné hovoriť o subdodávaní v pravom zmysle slova. Súhlasím so stanoviskom okresu Heinsberg vyjadreným v jeho písomných pripomienkach, v ktorých zdôrazňuje, že vzťah medzi dcérskou spoločnosťou, ktorej celé základné imanie vlastní interný poskytovateľ, ktorý ju kontroluje, a interným poskytovateľom nie je subdodávkou v pravom zmysle. Na subdodávanie sa vyžadujú dve samostatné spoločnosti,[31] ktoré si vzájomne dohodnú podmienky ich zmluvného vzťahu „na základe rovnosti, a nie závislosti alebo hierarchickej podriadenosti“[32].

70. Subdodávanie, na ktoré odkazujú vyššie uvedené články nariadenia, sa uskutoční v prípade, ak sa interný poskytovateľ rozhodne využiť na poskytovanie služieb tretiu stranu mimo svojej podnikovej štruktúry.[33] Pokiaľ však má interný poskytovateľ za tým istým účelom 100 % podiel v dcérskej spoločnosti, ktorú plne kontroluje až do tej miery, že jej ukladá svoje podnikové rozhodnutia, tak z funkčného hľadiska ide v skutočnosti o rovnakú hospodársku a organizačnú jednotku, ktorá poskytuje uvedenú službu. Neexistuje teda žiadna skutočná *tretia strana*, s ktorou by sa mohla uzatvoriť zmluva o subdodávaní.

71. Za týchto podmienok sa väzba „in house“, ktorá spája okres Heinsberg s jeho interným poskytovateľom (WestVerkehr GmbH), rozširuje na dcérsku spoločnosť, v ktorej má 100 % podiel interný poskytovateľ a nad ktorou miestny orgán rovnako vykonáva kontrolu (druhého stupňa), ktorá je rovnocenná kontrole, ktorú vykonáva nad svojimi (ostatnými) útvarmi.

72. V dôsledku toho článok 5 ods. 2 druhá veta písm. e) nariadenia nevylučuje, aby interný poskytovateľ poveril dcérsku spoločnosť, v ktorej vlastní 100 % obchodný podiel, a ktorú plne kontroluje, poskytovaním prevažnej časti služieb, ktoré mu boli zadané.

V. Návrh

73. S ohľadom na vyššie uvedené úvahy navrhujem, aby Súdny dvor odpovedal na prejudiciálne otázky položené Oberlandesgericht Düsseldorf (Vyšší krajinský súd Düsseldorf, Nemecko) takto:

1. Článok 5 ods. 2 nariadenia Európskeho parlamentu a Rady (ES) č. 1370/2007 z 23. októbra 2007 o službách vo verejnom záujme v železničnej a cestnej osobnej doprave, ktorým sa zrušujú nariadenia Rady (EHS) č. 1191/69 a (EHS) č. 1107/70

   – je uplatniteľný na priame zadanie uskutočnené príslušnými miestnymi orgánmi v prospech interného poskytovateľa, nad ktorým vykonávajú tieto miestne orgány kontrolu podobnú kontrole, ktorú vykonávajú nad svojimi vlastnými útvarmi, v prípade, že ide o zmluvy o službách vo verejnom záujme v osobnej doprave, ktoré nemajú formu koncesných zmlúv na služby v zmysle smerníc Európskeho parlamentu a Rady z 31. marca 2004, a to smernice 2004/17/ES o koordinácii postupov obstarávania subjektov pôsobiacich v odvetviach vodného hospodárstva, energetiky, dopravy a poštových služieb alebo smernice 2004/18/ES o koordinácii postupov zadávania verejných zákaziek na práce, verejných zákaziek na dodávku tovaru a verejných zákaziek na služby,

31 Odôvodnenie 19 nariadenia sa pri odkaze na subdodávanie zmieňuje o účasti podnikov „*iných* ako sú poskytovatelia služieb vo verejnom záujme“. Kurzívou zvýraznil generálny advokát.

32 Odkazujem na moje návrhy prednesené vo veci LitSpecMet (C-567/15, EU:C:2017:319, bod 71 a nasl.)

33 V mojich návrhoch prednesených vo veci LitSpec Met (C-567/15, EU:C:2017:319, bod 79), som zastával rovnaké stanovisko: „verejný obstarávateľ môže v rámci vyššie uvedených obmedzení využívať účelové subjekty a poveriť ich určitými úlohami, ktoré by v zásade mali byť predmetom verejného obstarávania, no verejné obstarávanie sa na ne neuplatní... Keď však účelové subjekty nemajú dostatočné zdroje na to, aby samy plnili úlohy zverené verejným obstarávateľom, a sú nútené využiť na ich uskutočnenie *tretie osoby*, odôvodnenie výnimky ‚in house‘ je nejasné a v skutočnosti vyjde najavo, že ide o skryté verejné obstarávanie (od subdodávateľa), pri ktorom verejný obstarávateľ cez sprostredkovateľa (účelový subjekt) získa výrobky a služby od tretích osôb bez toho, aby dodržal smernice, ktoré by sa mali uplatniť na ich obstarávanie“.

– nebráni tomu, aby miestne orgány zverili združeniu miestnych orgánov, ktorého sú členmi, právomoc stanoviť spoločné tarify služieb za predpokladu, že táto kompetencia nezbavuje uvedené orgány kontroly nad interným poskytovateľom, ktorá je podobná kontrole, ktorú vykonávajú nad svojimi vlastnými útvarmi, čo prináleží overiť vnútroštátnemu súdu,

– nevylučuje, aby interný poskytovateľ, ktorému príslušný miestny orgán zadal zmluvu o poskytovaní služieb, službu poskytoval prostredníctvom dcérskej spoločnosti, ktorú plne kontroluje, ktorej môže uložiť svoje rozhodnutia a v ktorej vlastní 100 % obchodný podiel,

– umožňuje, aby interný poskytovateľ, ako účelový subjekt zoskupenia všetkých miestnych orgánov, poskytoval služby vo verejnom záujme v osobnej doprave na každom z území týchto orgánov,

– rovnako oprávňuje interného poskytovateľa, aby naďalej poskytoval svoje služby mimo územnej pôsobnosti svojho poverujúceho miestneho orgánu za predpokladu, že tak robí na základe zmlúv spadajúcich pod prechodné ustanovenia článku 8 ods. 3 nariadenia č. 1370/2007.

2. Podmienky priameho zadania zmluvy internému poskytovateľovi uvedené v článku 5 ods. 2 nariadenia č. 1370/2007 musia byť splnené v okamihu samotného priameho zadania zmluvy.