

Věc C-835/19**Shrnutí žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce podle čl. 98 odst. 1
jednacího řádu Soudního dvora****Datum doručení:**

18. listopadu 2019

Předkládající soud:

Consiglio di Stato (Itálie)

Datum předkládacího rozhodnutí:

13. června 2019

Žalobkyně a navrhovatelka:

Autostrada Torino Ivrea Valle D'Aosta – Ativa S.p.A.

Žalovaní a odpůrci:

Presidenza del Consiglio dei Ministri

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti

Ministero dell'Economia e delle Finanze

Za přítomnosti:

Autorità di bacino del Po

Regione Piemonte

Předmět původního řízení

Kasační opravné prostředky podané ke Consiglio di Stato (Státní rada) proti rozsudkům, kterými Tribunale amministrativo regionale (TAR) per il Piemonte (regionální správní soud pro Piemont) zamítl žaloby podané společností Autostrada Torino Ivrea Valle D'Aosta – Ativa S.p.A. (dále jen „Ativa“) proti dvěma rozhodnutím Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti (Ministerstvo infrastruktury a dopravy) (dále jen „ministerstvo“), které nepřijalo dva návrhy na projektové financování (project financing) předložené ze strany společnosti Ativa, které se týkají zejména dálničních koncesí.

Předmět a právní základ žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce

Předkládající soud se táže, zda je italská právní úprava v oblasti udělování dálničních koncesí, která v současné době vylučuje využití projektového financování – což je zvláštní postup zadávání zaměřený na realizaci veřejných prací, zpravidla bez zatížení pro veřejné finance – slučitelná se směrnicí 2014/23, zejména se zásadou zakotvenou v bodě 68 odůvodnění a v článku 30 této směrnice, podle které by veřejným zadavatelům měla být poskytnuta značná flexibilita k vymezení a organizaci řízení vedoucího k výběru koncesionáře.

Předběžná otázka

Brání unijní právo a zejména zásady stanovené směrnicí [2014/23], konkrétně volnost při výběru postupů udělování [koncesí], při dodržení zásad transparentnosti a [rovného] zacházení, které jsou uvedeny v bodě 68 odůvodnění a článku 30, v rámci udělování koncesí vnitrostátnímu ustanovení uvedenému v čl. 178 odst. 8a legislativního nařízení č. 50 ze dne 18. dubna 2016, které zadavatelům bezpodmínečně zakazuje udělovat dálniční koncese, jejichž doba platnosti skončila nebo brzy skončí, s využitím postupů podle článku 183, který upravuje projektové financování?

Uplatňovaná ustanovení unijního práva

Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/23/EU ze dne 26. února 2014 o udělování koncesí (dále jen „směrnice 2014/23“).

Uplatňovaná ustanovení vnitrostátního práva

Předkládající soud odkazuje na některé normativní akty týkající se dálničních koncesí a projektového financování, a zejména na následující ustanovení:

Legislativní nařízení č. 163 ze dne 12. dubna 2006 (dále jen „dříve platný zákoník veřejných zakázek“), zejména čl. 153 odst. 19, který obsahuje právní úpravu projektového financování na základě soukromé iniciativy. Postup zadávání zakázek stanovený v tomto ustanovení je rozdělen do dvou fází: a) předběžná fáze – jejímž cílem je schválení předběžného návrhu projektu podaného navrhovatelem, který je třeba předložit do případného následujícího zadávacího řízení – ve které je zadavatel vyzván k diskrečnímu posouzení souladu návrhu s veřejným zájmem; b) fáze vyhlášení, prostřednictvím příslušného oznámení, a uskutečnění otevřeného zadávacího řízení, na jehož základě je ustanoven schválený projekt a v němž navrhovatel přebírá postavení developera a požívá přednostního práva.

Nařízení vlády s mocí zákona č. 59 ze dne 4. dubna 2008, čl. 8k odst. 2b, který výslovně uznal možnost udělit koncesní a správcovské smlouvy a pouze

správcovské smlouvy v odvětví silnic a dálnic podle postupů projektového financování stanovených v článku 153 dříve platného zákoníku veřejných zakázek.

Legislativní nařízení č. 50 ze dne 18. dubna 2016 (dále jen „nový zákoník veřejných zakázek“), který zrušil dříve platný zákoník veřejných zakázek, a zejména:

- článek 178 odst. 1, který zakazuje prodloužení dálničních koncesí, a odstavec 8a, zavedený legislativním nařízením č. 56 ze dne 19. dubna 2017, podle kterého „Zadavatelé nemohou přistoupit k udělení dálničních koncesí, jejichž doba platnosti skončila nebo brzy skončí, s využitím postupů podle článku 183“;
- článek 183 nového zákoníku veřejných zakázek, který obsahuje právní úpravu projektového financování; toto ustanovení v odstavci 19 obsahuje nový prvek oproti předchozí právní úpravě, neboť v průběhu předběžné fáze již zadavatel není povinen posoudit soulad návrhu s veřejným zájmem, ale proveditelnost samotného návrhu;
- článek 216 odst. 1, který zejména stanoví, že se výše uvedené legislativní nařízení vztahuje na postupy a smlouvy, u kterých jsou oznámení nebo vyhlášení o zahájení řízení o výběru smluvní strany zveřejněny následně po nabytí účinnosti tohoto nařízení, a v případě smluv bez zveřejnění oznámení nebo vyhlášení na postupy a smlouvy, ve vztahu k nimž ještě k datu nabytí účinnosti tohoto [legislativního nařízení] nebyly zaslány výzvy k podání nabídek;
- článek 216 odst. 23, který stanoví, že předběžné projekty týkající se uskutečnění veřejných stavebních prací nebo veřejně prospěšných stavebních prací týkajících se koncesních návrhů podle článku 153 dříve platného zákoníku veřejných zakázek, pro které již bylo učiněno prohlášení o veřejném zájmu a které nebyly schváleny ke dni nabytí účinnosti tohoto zákoníku, „podléhají posouzení ekonomické a finanční proveditelnosti a schválení ze strany zadavatele podle ustanovení tohoto zákoníku“.

Stručný popis skutkového stavu a původního řízení

- 1 Ativa, koncesionář pro provozování úseku dálnice v oblasti Piemontu na základě několika koncesí, z nichž poslední vypršela v roce 2016, předložila dne 25. září 2015 návrh projektového financování na udělení koncese na provozování úseku dálnice.
- 2 Ministerstvo přípisem ze dne 29. července 2016 zamítlo návrh společnosti Ativa, mimo jiné s odůvodněním, že na koncese na provozování dálnic nemůže být uplatněno projektové financování a že návrh nebyl v souladu, pokud jde o formu a obsah, s požadavky uvedenými v článku 153 dříve platného zákoníku veřejných

zakázek, který stanoví, že navrhovatel předloží pouhý předběžný projekt ohledně prací, které mají být provedeny, který má být předložen v následujícím zadávacím řízení, a nikoli podrobný a konečný projekt, jako je projekt, který byl předložen navrhovatelkou.

- 3 Společnost Ativa podala žalobu k TAR per il Piemonte (regionální správní soud Piemontu), v níž se domáhala zrušení výše uvedeného přípisu, zjištění a určení povinnosti ministerstva rozhodnout o veřejném zájmu nebo o proveditelnosti návrhu navrhovatelky, a tedy uložení povinnosti žalovaným zadavatelům posoudit veřejný zájem nebo proveditelnost uvedeného návrhu. Žalobou bylo napadeno nejen odůvodnění, které bylo základem napadeného přípisu, jenž se týkal přílišné podrobnosti návrhu, ale také porušení tříměsíční lhůty běžící ode dne předložení návrhu, v rámci které měl zadavatel posoudit tento návrh, jakož i nesprávné uplatnění článku 183 nového zákoníku veřejných zakázek, který byl přijat po předložení návrhu, ale byl platný v době přijetí napadeného rozhodnutí, na danou situaci.
- 4 Regionální správní soud rozsudkem ze dne 31. srpna 2018 žalobu zamítl, přičemž na jedné straně vyloučil, že porušení tříměsíční lhůty samo o sobě vede k nezákonnosti napadeného aktu, a na druhé straně potvrdil nepřipustnost návrhu předloženého společností Ativa, který byl podrobnější než požadovaný předběžný návrh.
- 5 Dne 20. září 2016 společnost Ativa předložila další návrh projektového financování, který se týkal stejné koncese; tento návrh byl zamítnut přípisem ze dne 22. května 2017, který kromě zopakování důvodů uvedených v souvislosti s prvním návrhem obsahoval informaci, že první návrh byl v rozporu s čl. 178 odst. 8a legislativního nařízení č. 50/2016, který zakazuje použití projektového financování k udělení dálničních koncesí, jejichž doba platnosti skončila nebo brzy skončí. Regionální správní soud Piemontu zamítl žalobu podanou společností Ativa proti uvedenému přípisu, a to z obdobných důvodů jako byly důvody uvedené v prvním rozsudku.
- 6 Společnost Ativa napadla oba rozsudky regionálního správního soudu u Consiglio di Stato (Státní rada), který je předkládajícím soudem.

Základní argumenty účastníků původního řízení

- 7 V rámci kasačního opravného prostředku proti prvnímu rozsudku regionálního správního soudu společnost Ativa uvádí, že ministerstvo vyjádřilo vůli nepřistoupit k posouzení jejího návrhu a udělit dálniční koncese společnosti Anas S.p.A. prostřednictvím zadání in-house. Ministerstvo tudíž chtělo zabránit tomu, aby právní úprava týkající se projektového financování a zejména přednostní právo přiznané developerovi v souvislosti s návrhem projektového financování (právo, které ministerstvo bezdůvodně považuje za narušující hospodářskou soutěž) mohly být uplatněny koncesionářskými společnostmi před ukončením doby platnosti koncesního vztahu. Podle společnosti Ativa jsou navíc volba

udělení provozování dálnic společnosti Anas prostřednictvím in-house zadání a vůle zabránit koncesionářům dálnic využít postup projektového financování, přestože je tento postup v souladu s požadavky hospodářské soutěže, protichůdné a protiprávní. Závěrem společnost Ativa v rámci kasačního opravného prostředku zopakovala důvody původní žaloby.

- 8 V rámci kasačního opravného prostředku proti druhému rozsudku regionálního správního soudu společnost Ativa rovněž tvrdí, že čl. 178 odst. 8a nového zákoníku veřejných zakázek se nevztahuje (ani) na její druhý návrh projektového financování, neboť se jedná o ustanovení zavedené po předložení návrhu. Na základě článku 11 obecných ustanovení a zásady „*tempus regit actum*“ se tedy návrh řídí právní úpravou platnou v době jeho předložení. Výše uvedené ustanovení je navíc ve zjevném rozporu s právní úpravou koncesí a vztahů partnerství veřejného a soukromého sektoru, které jsou upraveny ve směrnici 2014/23. Zejména je třeba zohlednit zásadu svobodné volby postupu, kterou má vnitrostátní zákonodárce provést tak, aby „veřejným zadavatelům a zadavatelům [byla] poskytnuta značná flexibilita k vymezení a organizaci řízení vedoucího k výběru koncesionáře“ (bod 68 odůvodnění), tedy takovým způsobem, aby bylo možné zvolit postup, který je co nejvíce v souladu s potřebami, které mají být uspokojeny, ve smyslu článku 30 a čl. 37 odst. 6 směrnice. Napadené ustanovení naopak zbytečně svazuje systém a bezdůvodně omezuje volnost zadavatelů, když jim brání využít postupy projektového financování.
- 9 Odpůrci tvrdí, že čl. 178 odst. 8a je na projednávané věci použitelný *ratione temporis*, rovněž s ohledem na skutečnost, že má mít dopad na koncese „jejichž doba platnosti skončila nebo brzy skončí“, a tudíž byl zákonodárcem úmyslně považován za použitelný na situace, jako je situace v projednávané věci, se záměrem větší otevřenosti hospodářské soutěže a za účelem vyhnouti se další konsolidaci předchozích provozovatelů, kteří jsou držiteli končících koncesí udělených bez zadávacího řízení. Odpůrci odkazují na judikaturu, podle níž musí být legitimita správního rozhodnutí posuzována s ohledem na skutkový a právní stav existující v době jeho přijetí.
- 10 Na základě těchto argumentů se odpůrci dovolávají použitelnosti právní úpravy obsažené v novém zákoníku veřejných zakázek také ve vztahu k prvnímu návrhu společnosti Ativa, který byl podán před jejím nabytím účinnosti, jelikož projednávaná věc se týká přípravné fáze řízení ve vztahu k veřejnému zadávacímu řízení, které by se mělo uskutečnit po nabytí účinnosti uvedeného zákoníku. Podobné řešení je podle odpůrců potvrzeno čl. 216 odst. 23 tohoto zákoníku, který stanoví, že předběžné projekty týkající se koncesních návrhů podle článku 153 dříve platného zákoníku veřejných zakázek, které nebyly schváleny ke dni nabytí účinnosti tohoto zákoníku, podléhají posouzení ekonomické a finanční proveditelnosti a schválení ze strany zadavatele podle ustanovení nového zákoníku.
- 11 Odpůrci rovněž zpochybňují argumenty společnosti Ativa ohledně rozporu čl. 178 odst. 8a nového zákoníku veřejných zakázek s unijním právem. Podle jejich

názoru je třeba účel zákazu stanoveného v tomto ustanovení hledat v otevření hospodářské soutěži s cílem umožnit co nejširší uplatňování zásad unijního práva, které chrání hospodářskou soutěž a trh, mezi nimiž figuruje zákaz veškerého prodlužování platnosti všech koncesí, včetně dálničních koncesí (čl. 178 odst. 1 poslední věta tohoto zákoníku), a tedy povinnost zahájit postupy otevřených zadávacích řízení také pro dálniční koncese, jejichž doba platnosti skončila nebo brzy skončí.

Stručné odůvodnění žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce

- 12 Předkládající soud souhlasí s výkladem odpůrců ohledně režimu použitelnosti *ratione temporis* nového zákoníku veřejných zakázek, a zejména jeho čl. 178 odst. 8a. V tomto ohledu předkládající soud připomíná, že zadavatel musí dodržovat zákon platný v době, kdy uskutečňuje svůj projev vůle; v důsledku toho normativní situace platná ke dni podání žádosti, pokud sám zákon nestanoví jinak, nezavazuje zadavatele, a žádost musí být posouzena podle právní úpravy platné v době, kdy se řízení ukončuje.
- 13 Přejídná právní úprava obsažená v článku 216 nového zákoníku veřejných zakázek uplatňuje výše uvedené zásady, přičemž v odstavci 1 stanoví, že činnost, ve které spočívá postup otevřeného zadávacího řízení pro výběr smluvní strany, se zcela řídí ustanoveními platnými v době, kdy začíná, to znamená datum zveřejnění oznámení nebo vyhlášení o zahájení řízení (nebo v případě smluv bez zveřejnění oznámení nebo vyhlášení datum odeslání výzev k podání nabídek), a v odstavci 23, že předběžné projekty předložené podle dříve platného zákoníku veřejných zakázek, které nebyly schváleny, podléhají posouzení ekonomické a finanční proveditelnosti a schválení ze strany zadavatele podle ustanovení nového zákoníku veřejných zakázek.
- 14 Pokud tedy předběžný projekt pro návrh na udělení koncese předložený podle předchozího režimu ještě nebyl v době nabytí účinnosti nového zákoníku schválen, musí být – případně – přistoupeno ke schválení podle pravidel nového zákoníku; a následné zadávací řízení, v rámci něhož je poté předložen projekt proveditelnosti, jakmile je schválen, musí být uskutečněno v souladu s ustanoveními nového zákoníku veřejných zakázek, včetně zákazu stanoveného v čl. 178 odst. 8a; toto ustanovení je tedy v projednávaných věcech použitelné.
- 15 S ohledem na tento závěr považuje předkládající soud za nezbytné zabývat se námitkou společnosti Ativa týkající se rozporu čl. 178 odst. 8a nového zákoníku veřejných zakázek s unijním právem. V tomto ohledu předkládající soud uvádí, že uvedený článek 178, který v odstavci 1 stanoví zákaz prodloužení platnosti dálničních koncesí, je ustanovením, které nenachází přímou oporu ve směrnici 2014/23, ale představuje provedení ustanovení zmocňovacího zákona, podle kterého by měl být stanoven začátek veřejného zadávacího řízení na udělení nových dálničních koncesí nejméně dvacet čtyři měsíců před ukončením platnosti

stávajících koncesí, s revizí systému dálničních koncesí, se zvláštním odkazem na zavedení zákazu ujednání o prodloužení.

- 16 Zákaz uvedený v tomto odstavci 8a, který byl zaveden legislativním nařízením č. 56/2017 a který doslovně odkazuje na udělení dálničních koncesí, „jejichž doba platnosti skončila nebo brzy skončí“, se nezdá být jednoznačně interpretovatelný v tom smyslu, že se jedná o striktně přechodnou právní úpravu – na rozdíl od toho, co tvrdí odpůrci, kteří zákaz týkající se koncesí „jejichž doba platnosti skončila nebo brzy skončí“ spojují s nabytím účinnosti nového zákoníku veřejných zakázek. Znění odstavce 8a patrně stanoví obecný zákaz udělovat dálniční koncese prostřednictvím postupu projektového financování, pokud je infrastruktura již přidělena na základě koncese, a proto jej lze chápat, extenzivně, jako ustanovení, které se uplatní nejen přechodně, ale také po skončení přechodného období, jako v případě nové koncese, která bude udělena v rámci nahrazení koncesionáře, jehož koncese vypršela. Stojíme tedy před výkladovým dilematem ohledně podmínek účinnosti uvedeného ustanovení a jejich limitů. Zdá se, že obě možnosti výkladu odpovídají účelu zákazu, který odpůrci nacházejí v potřebě čelit obcházení zákazu prodloužování platnosti dálničních koncesí, pokud je navrhovatelem končící koncesionář, jako je tomu v projednávané věci.
- 17 Projektové financování musí obecně dodržovat zásady otevřeného zadávacího řízení, aby byla chráněna hospodářská soutěž a rovné podmínky pro všechny potenciální uchazeče. Počáteční fáze identifikace developera, ve které byl návrh v minulosti posuzován z hlediska jeho souladu s veřejným zájmem a nyní je posuzován z hlediska jeho proveditelnosti, je charakterizována velmi širokým správním uvážením; v této fázi se nejedná o výběr nejlepší nabídky na základě předem stanovených technických a ekonomických kritérií, ale o posouzení předběžné proveditelnosti návrhu projektu. Udělení koncese se naopak bude řídit výsledkem následného zadávacího řízení, na základě kritéria ekonomicky nejvýhodnější nabídky; tato fáze je nezávislá na předchozí fázi a musí se uskutečnit právě podle pravidel otevřeného zadávacího řízení, s výjimkou jediné výhody, kterou představuje přednostní právo, které je přiznáno developerovi za předem stanovených podmínek.
- 18 Nezdá se, že by stanovení takovéto výhody bylo v rozporu s unijními právními zásadami transparentnosti a rovného zacházení, pokud – jak uvedl generální advokát ve stanovisku ve věci C-412/04 – všichni účastníci znají tyto výhody (sestavující z výzvy k účasti ve vyjednávacím řízení a přednostního práva developera) a kritéria pro posouzení, jak je v současné době zajištěno postupem uvedeným v čl. 183 odst. 15 nového zákoníku veřejných zakázek.
- 19 Podle předkládajícího soudu se tedy zdá, že je třeba vyloučit, že návrh projektového financování na udělení koncese může představovat „prodloužení“ předchozí koncese; na druhé straně, pokud by tomu tak bylo, není zřejmé, proč by se zákaz měl omezovat pouze na dálniční koncese. Tento zákaz je bezpodmínečný a abstraktní, přičemž za každých okolností brání zadavatelům využít projektového financování pro tento druh koncese; a to nejen pro dálniční koncese, jejichž doba

platnosti skončila nebo skončí v době nabytí účinnosti nového zákoníku veřejných zakázek, ale také pro dálniční koncese, jejichž platnost skončí v běžném režimu.

- 20 Zdá se být tedy opodstatněná otázka vznesená společností Ativa, jež se týká rozporu tohoto ustanovení se zásadami směrnice 2014/23, a zejména se zásadou uvedenou v bodě 68 odůvodnění, podle níž by veřejným zadavatelům a zadavatelům měla být poskytnuta značná flexibilita k vymezení a organizaci řízení vedoucího k výběru koncesionáře, a v článku 30 této směrnice, který uznává volnost ve stanovení způsobu a průběhu řízení vedoucího k výběru koncesionáře. Tato zásada se může rovněž vztahovat na svobodnou volbu typu postupu udělování koncesí, aniž je dotčeno dodržování zásad transparentnosti a rovného zacházení. S ohledem na uvedené úvahy se předkládající soud rozhodl přerušit řízení a položit Soudnímu dvoru Evropské unie výše uvedenou předběžnou otázku.