

Vec C-332/20

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

Dátum podania:

22. júl 2020

Vnútroštátny súd:

Consiglio di Stato

Dátum rozhodnutia vnútroštátneho súdu:

13. február 2020

St'ážovateľky:

Roma Multiservizi s.p.a.

Rekeep s.p.a.

Odporcovia:

Roma Capitale

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

PRACOVNÝ DOKUMENT

Predmet konania vo veci samej

Konanie sa týka zákonnosti rozhodnutia verejného obstarávateľa, ktorým sa z verejného obstarávania týkajúceho sa výberu súkromnoprávneho spoločníka novovznikajúcej spoločnosti s verejno-súkromným kapitálom vylúčilo združenie dvoch spoločností, a to z dôvodu, že v dôsledku nepriamej účasti verejného obstarávateľa v jednej z týchto dvoch spoločností by došlo k prekročeniu limitu týkajúceho sa účasti predmetného verejného obstarávateľa v novovznikajúcej verejno-súkromnej spoločnosti, ktorý je v danom prípade stanovený na úrovni 51 %.

Predmet a právny základ návrhu na začatie prejudiciálneho konania

Výklad smerníc 2014/23/EÚ, 2014/24/EÚ a 2014/25/EÚ a článku 107 ZFEÚ v súvislosti s talianskou právnou úpravou, ktorá obmedzuje účasť orgánu verejnej správy v zmiešaných verejno-súkromných spoločnostiach.

Článok 267 ZFEÚ.

Prejudiciálne otázky

1. Je v súlade s právom [Európskej únie] a správnym výkladom odôvodnení 14 a 32, ako aj článkov 12 a 18 smernice 24/2014/EÚ a článku 30 smernice 23/2014/EÚ, a to aj s odkazom na článok 107 ZFEÚ, skutočnosť, že na účely určenia dolnej hranice 30 % obchodného podielu súkromnoprávneho spoločníka na vznikajúcej spoločnosti so zmiešaným verejno-súkromným kapitálom, t. j. hranice, ktorú vnútroštátny zákonodarca považuje za primeranú v rámci vykonávania zásad [práva Európskej únie] stanovených v danej oblasti judikatúrou súdov Únie, sa má zohľadniť výlučne formálne/zdokladované zloženie takéhoto spoločníka, alebo má orgán verejnej správy, ktorý vyhlasuje verejné obstarávanie, možnosť – alebo skôr povinnosť – prihliadnuť na svoju nepriamu účasť v spoločnosti, ktorá sa uchádza o pozíciu súkromnoprávneho spoločníka?

2. V prípade kladnej odpovede na predchádzajúcu otázku: Je v zhode a v súlade so zásadami [práva Európskej únie], najmä so zásadami [voľnej] hospodárskej súťaže, proporcionality a primeranosti skutočnosť, že orgán verejnej správy, ktorý vyhlasuje verejné obstarávanie, môže z obstarávania vylúčiť spoločnosť, ktorá sa uchádza o pozíciu súkromnoprávneho spoločníka a ktorej skutočný podiel vo vznikajúcej spoločnosti so zmiešaným verejno-súkromným kapitálom by bol v dôsledku zistenej priamej alebo nepriamej účasti orgánu verejnej správy reálne nižší než 30 %?

Uvedené ustanovenia práva Únie

Smernica 2014/24/EÚ, konkrétne odôvodnenia 14 a 32, články 12 a 18

Smernica 2014/23/EÚ, konkrétne články 3 a 30

Rozsudok Súdneho dvora z 15. októbra 2009, C-196/08, Acoset

Rozsudok Súdneho dvora z 22. decembra 2010, C-215/09, Mehiläinen Oy

Výkladové oznámenie Európskej komisie z 12. apríla 2008

Zelená kniha Európskej komisie z 30. apríla 2004

Článok 106 ZFEÚ

Uvedené vnútroštátne predpisy

Decreto legislativo del 19 agosto 2016, n. 175, „Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica“ (legislatívny dekrét č. 175 z 19. augusta 2016, „Kodifikované znenie právnych predpisov týkajúcich sa spoločností s účasťou orgánov verejnej správy“), najmä tieto články.

V článku 4 sa stanovujú ciele, ktoré môžu orgány verejnej správy sledovať pri zakladaní spoločností s ich kapitálovou účasťou: na jednej strane musí ísť o spoločnosti vykonávajúce činnosti, ktoré sú nevyhnutne potrebné na dosahovanie inštitucionálnych cieľov daného verejnoprávneho subjektu; na druhej strane, možno vykonávať iba činnosti výslovne uvedené v druhom odseku tohto článku, čiže konkrétne: a) realizácia služby všeobecného záujmu vrátane výstavby a prevádzky sietí a systémov funkčných pre samotné služby; b) návrh a výstavba verejného diela na základe programovej dohody medzi orgánmi verejnej správy; c) výstavba a prevádzka verejného diela alebo organizácia a prevádzka služby verejného záujmu prostredníctvom zmluvy o partnerstve.

Podľa článku 7 ods. 5 sa súkromnoprávni spoločníci vopred určia prostredníctvom postupov verejného obstarávania v súlade s článkom 5 ods. 9 decreto legislativo del 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici) [legislatívny dekrét č. 50 z 18. apríla 2016 (Zákonník verejného obstarávania)], kým v článku 17 ods. 2 sa stanovuje, že „súkromnoprávny spoločník musí spĺňať kvalifikačné požiadavky stanovené zákonnými alebo podzákonnými predpismi v súvislosti s činnosťou, pre ktorú sa dotknutá spoločnosť založila“, t. j. kvalifikačné požiadavky (všeobecné a osobitné, odbornej a hospodársko-finančnej povahy), ktoré je potrebné špecifikovať v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania.

V článku 17 ods. 1 sa stanovuje, že „v spoločnostiach so zmiešanou verejno-súkromnou účasťou nesmie byť podiel súkromnoprávneho subjektu nižší než 30 %, pričom tento subjekt sa vyberá prostredníctvom postupov verejného obstarávania..., ktorého predmetom je upísanie akcií alebo nadobudnutie

obchodného podielu súkromnoprávnym spoločníkom a súčasne zadanie zákazky alebo koncesie, ktorá je výlučným predmetom činnosti zmiešanej spoločnosti“.

Zhrnutie skutkového stavu a konanie vo veci samej

- 1 Comune di Roma (Mesto Rím, Taliansko), pod názvom Roma Capitale (Hlavné mesto Rím), vyhlásilo verejné obstarávanie na výber súkromnoprávneho spoločníka a zadanie integrovanej školskej služby, na ktorú sa vzťahuje právomoc Hlavného mesta Rím, akciovej spoločnosti so zmiešaným verejno-súkromným kapitálom, pričom podiel Hlavného mesta Rím stanovil na 51 % a podiel súkromnoprávneho akcionára na 49 %, s tým, že prevádzkové riziko znáša v plnom rozsahu súkromnoprávny akcionár.
- 2 Na verejnom obstarávaní sa okrem iného zúčastnilo vznikajúce združenie spoločností Roma Multiservizi s.p.a. a Rekeep s.p.a., ktoré však verejný obstarávateľ zo súťaže vylúčil s odôvodnením, že v akciovej spoločnosti Roma Multiservizi s.p.a. má 51 % účasť spoločnosť AMA s.p.a., ktorej všetky akcie vlastní samotný verejný obstarávateľ, čiže Hlavné mesto Rím. Z tohto dôvodu na základe súčtu priamej a nepriamej účasti by malo v konečnom dôsledku Hlavné mesto Rím vo vznikajúcej verejno-súkromnej spoločnosti skutočný podiel 73,5 %, t. j. vyšší, ako je limit 51 % stanovený na účely daného verejného obstarávania.
- 3 Spoločnosti Roma Multiservizi s.p.a. a Rekeep s.p.a. navrhli dvoma samostatnými správnymi žalobami podanými na Tribunale amministrativo regionale del Lazio (Regionálny správny súd Lazio, Taliansko) zrušenie rozhodnutia o ich vylúčení z predmetnej verejnej súťaže. Obe spoločnosti ďalej subsidiárne požiadali o podanie návrhu na začatie prejudiciálneho konania na Súdny dvor, a to s cieľom získať od Súdného dvora správny výklad vnútroštátnych právnych predpisov týkajúcich sa výberu súkromnoprávneho spoločníka vznikajúcej spoločnosti so zmiešaným verejno-súkromným kapitálom.
- 4 Tribunale amministrativo regionale del Lazio (Regionálny správny súd Lazio) zamietol obe správne žaloby s tým, že konštatoval ich nedôvodnosť. Obe uvedené spoločnosti podali kasačnú sťažnosť na vnútroštátny súd, pričom opätovne požiadali o podanie návrhu na začatie prejudiciálneho konania na Súdny dvor.

Základné tvrdenia účastníkov konania vo veci samej

Sťažovateľky uviedli vzájomne podobné dôvody na podanie kasačnej sťažnosti. Spoločnosť Roma Multiservizi s.p.a. konkrétne uviedla, že:

- a) pokiaľ ide o súkromnoprávneho akcionára, v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania sa výslovne nestanovilo, že podiel 49 % súkromnoprávneho akcionára by nebolo možné dosiahnuť aj prostredníctvom nepriamej účasti orgánu verejnej správy;

b) rozhodnutie o vylúčení trpí v každom prípade vadou v dôsledku porušenia zásady striktného vymedzenia dôvodov vylúčenia.

Zhrnutie odôvodnenia návrhu na začatie prejudiciálneho konania

- 5 Vnútroštátny súd predovšetkým vysvetľuje talianske vnútroštátne predpisy, ktorými sa vykonávajú smernice 2014/23/EÚ, 2014/24/EÚ a 2014/25/EÚ a ktorými sa okrem iného riadia zmiešané verejno-súkromné spoločnosti. Podľa tejto právnej úpravy sa môžu orgány verejnej správy na účely prevádzkovania určitých činností rozhodnúť medzi „in house“ prevádzkovaním prostredníctvom spoločnosti v ich úplnom vlastníctve alebo založením zmiešanej spoločnosti, pričom takýto model predmetné predpisy podrobne upravujú s cieľom uviesť ho do súladu s právom Európskej únie. Týmto spôsobom sa zohľadnili námietky vznesené v rámci judikatúry súdov Únie vo vzťahu k predchádzajúcej vnútroštátnej právnej úprave, ktorá vyhradzovala spoločnostiam s prevažujúcou alebo úplnou, priamou či nepriamou účasťou štátu alebo verejných orgánov uzatvárať s orgánmi verejnej správy – bez vyhlásenia verejného obstarávania – dohody týkajúce sa činnosti alebo služieb. Uvedené námietky totiž vychádzali z konštatovania, že priame zadanie služby zmiešanej spoločnosti môže viesť k obchádzaniu zásady voľnej hospodárskej súťaže: táto zásada pripúšťa výnimky, iba ak sú primerane odôvodnené potrebou plniť poslanie všeobecného hospodárskeho záujmu, čiže z hľadiska prospešného verejno-súkromného partnerstva, tak, ako sa uvádza v „Zelenej knihe“ Európskej komisie z 30. apríla 2004.
- 6 V tejto súvislosti je potrebné vymedziť a odlíšiť účel (dosahovania zisku) zmiešanej verejno-súkromnej spoločnosti od účelu sledovaného orgánmi verejnej správy, ktorý má jednoznačne verejnú povahu, v dôsledku čoho činnosť zmiešanej verejno-súkromnej spoločnosti a služby, ktoré ponúka, musia spĺňať podmienky prístupnosti, ktoré by výlučne súkromnoprávny subjekt nepovažoval za výhodné. Maximálnym limitom 70 % týkajúcim sa účasti orgánov verejnej správy na zmiešanej verejno-súkromnej spoločnosti sa preto identifikuje bod, po prekročení ktorého by činnosť takejto spoločnosti narúšala hospodársku súťaž na trhu, pretože by viedla nielen k zníženiu atraktívnosti dotknutého sektora trhu, ale aj k tomu, že súkromnoprávnemu spoločníkovi zmiešanej verejno-súkromnej spoločnosti by umožnila nadmerne obmedziť (pod 30 %) hospodárske riziko spojené s účasťou v takejto spoločnosti. Zmiešaná verejno-súkromná spoločnosť s kapitálovou účasťou súkromnoprávného spoločníka, určeného prostredníctvom verejného obstarávania s dvojakým predmetom, je preto výsledkom vývoja judikatúry Consiglio di Stato (Štátna rada, Taliansko), t. j. vnútroštátneho súdu v prejednávanej veci, ktorej správnosť potvrdil Súdny dvor (rozsudok z 15. októbra 2009, C-196/08, Acoset).
- 7 Navyše aj s ohľadom na platné právo Únie možno predpokladať, že:

- a) rozhodnutie orgánu verejnej správy založiť zmiešanú verejno-súkromnú spoločnosť je typickým prejavom voľnej úvahy, ktorú zákon takýmto orgánom priznáva na účely realizácie verejného záujmu, ktorý má verejná správa chrániť;
 - b) súkromnoprávny spoločník, ktorý sa vyberá prostredníctvom povinného verejného obstarávania, musí zodpovedať za prevádzku a nebyť iba kapitálovým spoločníkom, a to vzhľadom na špecifickú povahu úlohy, ktorú má zohrávať pri vykonávaní predmetu činnosti spoločnosti: zapojenie súkromnoprávneho spoločníka na účely sledovania cieľov verejného záujmu sa napokon odôvodňuje tým, že orgány verejnej správy nemajú potrebnú kvalifikáciu, ktorou disponuje práve súkromnoprávny spoločník;
 - c) účasť súkromnoprávneho spoločníka zodpovedného za prevádzku musí byť primeraná, čiže spôsobilá na to, aby spoločnosti umožnila vykonávať predmet jej činnosti; mieru tejto primeranosti stanovil vnútroštátny zákonodarca práve na účely rešpektovania zásad práva Európskej únie, prostredníctvom minimálnej prahovej hodnoty účasti 30 %; v dôsledku čoho účasť s nižším podielom ako uvedená prahová hodnota je sama osebe nespôsobilá, aby zabezpečila účinné vykonávanie predmetu činnosti spoločnosti;
 - d) tomu zodpovedajúcim spôsobom, podiel orgánu verejnej správy na zmiešanej verejno-súkromnej spoločnosti nesmie prekročiť 70 %.
- 8 Na vydanie rozhodnutia vo veci samej je potrebné určiť, či sa na účely dodržania predpísanej prahovej hodnoty účasti na vznikajúcej spoločnosti so zmiešaným verejno-súkromným kapitálom (nie viac ako 70 %, pokiaľ ide o účasť orgánu verejnej správy, nie menej než 30 %, pokiaľ ide o účasť súkromnoprávneho spoločníka) má zohľadňovať iba právna povaha súkromnoprávneho spoločníka (ktorý je z formálneho hľadiska akciovou spoločnosťou podľa súkromného práva), alebo pokiaľ ide o subjekt s kapitálovou účasťou orgánu verejnej správy, či je potrebné prihliadať aj na „podstatný“ aspekt takejto účasti. V prvom prípade – tak, ako uvádzajú sťažovateľky –, by sa popri najvšeobecnejšej zásade slobody súkromného podnikania uprednostnili rovnosť zaobchádzania s uchádzačmi a zásada nediskriminácie; v druhom prípade by neprihliadnutie na účasť verejného kapitálu mohlo viesť k riziku obchádzania vnútroštátnych právnych predpisov, neefektívnosti trhu a rozporu so zásadou voľnej hospodárskej súťaže, keďže súkromnoprávnemu spoločníkovi by sa neoprávnene umožnilo využívať výhody účasti verejnoprávneho subjektu. Z tohto hľadiska by sa rozhodnutie orgánu verejnej správy (v prejednávanej veci Hlavného mesta Rím), ktorým sa posudzujú konkrétni partneri so záujmom uchádzať sa vo verejnom obstarávaní o pozíciu spoločníka vo vznikajúcej spoločnosti so zmiešaným verejno-súkromným kapitálom a ktorým sa rozhodne o vylúčení uchádzača, v rámci ktorého je samotný verejný obstarávateľ spoločníkom s významným kapitálovým podielom, malo považovať za opatrenie zodpovedajúce vnútroštátnym ústavným zásadám

a zásadám práva Európskej únie týkajúcim sa účinnosti, efektívnosti, primeranosti a proporcionality vo vzťahu k zásadám hospodárskej súťaže, rovnosti zaobchádzania a nediskriminácie. V závislosti od výberu jednej či druhej možnosti výkladu možno dospieť k rozhodnutiu vo veci samej, a to v jednom alebo druhom, úplne opačnom zmysle, čo vedie k významnosti prejudiciálnej otázky týkajúcej sa výkladu, ktorá sa má predložiť Súdnemu dvoru.

PRACOVNÝ DOKUMENT