

Věc C-55/19

**Shrnutí žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce podle čl. 98 odst. 1
jednacího řádu Soudního dvora**

Datum doručení:

29. května 2019

Předkládající soud:

Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Itálie)

Datum předkládacího rozhodnutí:

6. března 2019

Žalobkyně:

Irideos S.p.A.

Žalovaná:

Poste Italiane SpA

Vedlejší účastnice:

Fastweb S.p.A.

TIM S.p.A.

Předmět původního řízení

Žaloba na prohlášení neplatnosti opatření, jimiž dne 22. října 2018 společnost Poste Italiane S.p.A (dále jen „Poste Italiane“) sdělila společnosti IRIDEOS S.p.A., že přidělila Část 1 a Část 2 „Veřejné zakázky ve smyslu legislativního nařízení č. 50/2016 - Elektronické otevřené výběrové řízení v oblasti vysokorychlostních optických telekomunikačních služeb v metropolitních sítích technologií DWDM (MAN)“, ve prospěch společnosti Fastweb S.p.A. a společnosti Tim S.p.A. a uložení společnosti Poste Italiane, aby nahradila škodu, kterou žalobkyně podle svého tvrzení utrpěla. Vzájemná žaloba podaná společnostmi Tim S.p.A. týkající se mimo jiné uložení společnosti Poste Italiane, aby zopakovala zadávací řízení.

Předmět a právní základ předběžné otázky

- 1 Slučitelnost vnitrostátní právní úpravy uvedené v čl. 3 odst. 1 písm. e) legislativního nařízení č. 50 ze dne 18. dubna 2016 (zákon o veřejných zakázkách) s unijními právními předpisy (směrnice 2014/23/EU, 2014/24/EU a 2014/25/EU) za situace, kdy má toto ustanovení v souladu s výkladem poskytnutým Corte di cassazione (Kasační soud) (usnesení č.4899/2018, závazné v rámci vnitrostátního práva v otázkách soudní příslušnosti) představovat výjimku z obecných zásad uvedených v článku 1 a čl. 3 odst. 1 písm. a) tohoto zákona pro podniky působící ve zvláštních odvětvích podle části II zákona, a to pokud jde o povinnost zahájit otevřené zadávací řízení v případě, kdy se předmětná smlouva, která má být uzavřena, netýká činností, jež jsou pro zvláštní odvětví charakteristické.
- 2 V projednávané věci navíc před předkládajícím soudem vyvstávají dvě otázky: první se týká závazné povahy rozhodnutí Corte di cassazione a Sezioni Unite (plénium Kasačního soudu) v oblasti soudní příslušnosti v italském procesním právu; druhá se týká možného vývoje judikatury Soudního dvora v případě postupné přeměny některých právních subjektů, které byly zřízeny jako veřejnoprávní subjekty, na skutečné podniky, které usilují o dosažení zisku a nesou ztráty a jejichž činnost je především vykonávána v režimu hospodářské soutěže (viz bod 21 odůvodnění a článek 16 směrnice 2014/23/EU).
- 3 S odkazem na první otázku předkládající soud konstatuje, že kasační soud se vyzývá, aby definitivně a závazně určil, zda podle italských procesních pravidel je soud, který věc projednává, příslušný. Soudní dvůr však vyjádřil obecnou zásadu, že unijní právo brání tomu, aby byl vnitrostátní soud vázán zásadami vnitřního řízení, podle něhož by se měl řídit posouzením prováděným vnitrostátním soudem vyššího stupně, pokud se zdá, že jeho posouzení nejsou v souladu s unijními právními předpisy, jak je vykládá Soudní dvůr (viz rozsudek ze dne 20. října 2011, C-396/09, Interedil s.r.l. v likvidaci).

- 4 Existuje proto možnost (nebo povinnost, v případě soudů posledního stupně) obrátit se Soudní dvůr, když existuje „důvodná pochybnost“, pokud jde o správné uplatňování unijního práva, a to bez ohledu na protichůdné rozhodnutí o příslušnosti vydané Kasačním soudem nebo plénem Státní rady, které je závazné pro běžné senáty Státní rady (viz také rozsudky Soudního dvora ze dne 5. dubna 2016, C-689/13, Puligienica Facility, a ze dne 6. října 1982, 283/81, Cilfit).

Předběžné otázky

1) Musí být společnost Poste Italiane na základě uvedených charakteristik kvalifikována jako „veřejnoprávní subjekt“ podle čl. 3 odst. 1 písm. d) legislativního nařízení č. 50 z roku 2016 a podle příslušných směrnic (2014/23/EU, 2014/24/EU a 2014/25/EU)?

2) Je uvedená společnost povinna provádět otevřené zadávací řízení pouze při přidělování zakázek, které přímo souvisí s vlastními činnostmi vykonávanými ve zvláštních odvětvích podle směrnice 2014/25/EU, podle níž musí být považována za veřejnoprávní subjekt podle pravidel upravených v části II zákona o veřejných zakázkách, zatímco ve vztahu ke smluvní činnosti nesouvisející s uvedenými odvětvími mají plnou smluvní volnost a jsou vázáni výhradně soukromoprávními pravidly, s přihlédnutím k zásadám stanoveným v bodě 21 odůvodnění a článku 16 směrnice 2014/23/EU [Cass. (Kasační soud), spojené senáty, č. 4899 z roku 2018, a plénum Cons. Stato (Státní rada), č. 16 z roku 2011]?

[3] Pokud jde naproti tomu o smlouvy, které mají být považovány za smlouvy, které nesouvisí s vlastními činnostmi vykonávanými ve zvláštních odvětvích, podléhá uvedená společnost – v případě, že splňuje požadavky na kvalifikaci jako veřejnoprávní subjekt – obecné směrnici 2014/24/EU (a tedy smluvním pravidlům pro veřejné zakázky), a to i v případě, že prošla od doby svého zřízení vývojem a nyní provádí zejména podnikatelské činnosti za podmínek hospodářské soutěže, což, jak plyne z výše uvedeného rozsudku ze dne 10. dubna 2008, C-393/06, Ing. Aigner, brání jinému výkladu směrnice 2014/24/EU v případě smluv uzavíraných veřejnými zadavateli, přičemž bod 21 odůvodnění a článek 16 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/23/EU představují pouze nepřímé kritérium, jak vyloučit povahu veřejnoprávního subjektu pro podniky, které působí za běžných tržních podmínek, ačkoli je na základě společného výkladu těchto ustanovení jasné, že se předně zohledňuje fáze zřízení entity, který má plnit „potřeby obecného zájmu“ (které v projednávané věci přetrvávají a ještě nezanikly)?

[4] Je třeba pojem „funkční souvislost, pokud jde o službu zvláštního veřejného zájmu, v případě kancelářských prostor, v nichž se vykonávají činnosti týkající se zvláštního odvětví společně s různými jinými činnostmi, chápat v širším smyslu [jak vyplývá z dosavadní judikatury vnitrostátních soudů v souladu s výše uvedeným rozsudkem pléna Consiglio di Stato (Státní rada) č. 16/2011], což je v této posledně uvedené souvislosti v rozporu se zásadami vyplývajícími z bodu

16 odůvodnění, jakož i z článků 6 a 13 směrnice 2014/25/EU, které s cílem určit použitelnou vnitrostátní právní úpravu odkazují na pojem „určení“ jedné z činností, na které se vztahuje zákon o veřejných zakázkách? Je tedy třeba upřesnit, zda mohou být „určenými“ činnostmi dotčeného zvláštního odvětví – i s rozvolněnými omezujícími podmínkami, které jsou vlastní zvláštním nebo vyloučeným odvětvím – všechny provozní činnosti tohoto odvětví v souladu s úmyslem veřejného zadavatele (včetně zakázek na běžnou a mimořádnou údržbu, úklid, dodávky nábytku, jakož i služby vrátnice, skladovací služby nebo jiné formy využití těchto služeb, pokud jsou zamýšleny jako služba pro zákazníky), přičemž skutečně soukromoprávní povahy zůstávají jediné „nesouvisející“ činnosti, které může veřejnoprávní nebo soukromoprávní subjekt volně vykonávat ve zcela jiných oblastech, výlučně podle pravidel občanského zákoníku a v souladu s judikaturou vnitrostátních soudů (příkladem tohoto posledně uvedeného druhu jsou bankovní služby společnosti Poste Italiane, ale není tomu tak například v souvislosti s poskytováním a užíváním nástrojů elektronické komunikace, pokud slouží k zajištění celého rozsahu činností této skupiny společností, i když jsou nezbytné především pro bankovní činnost)? Nezdá se kromě toho zbytečné zdůraznit „nerovnováhu“ vyvolanou v současnosti převažujícím restriktivním výkladem, jenž zavádí zcela odlišná pravidla pro řízení srovnatelných či příbuzných odvětví pro zakázky na stavební práce a služby: na straně jedné podrobné záruky uložené zákonem o veřejných zakázkách pro účely identifikace druhé smluvní strany a na straně druhé úplná smluvní volnost podnikatele, jenž může volně uzavírat smlouvy pouze v souladu s vlastními hospodářskými zájmy bez jakýchkoli záruk transparentnosti, jež jsou vyžadovány pro zvláštní a vyloučená odvětví?

[5] Konečně může být způsob vyhlášení otevřeného zadávacího řízení – které bylo zveřejněno jak na vnitrostátní úrovni, tak na úrovni Unie – podle zákona o veřejných zakázkách relevantní pro účely určení oblasti činnosti, které se zakázka týká, anebo v souvislosti s určením, zda patří do zvláštního odvětví ve smyslu širokého pojetí pojmu „funkční souvislost“ uvedeného v otázce č. 4 výše, anebo – podpůrně –, může být námitka nepřislušnosti správního soudu vznesená tímtež subjektem, jenž vyhlásil toto zadávací řízení, nebo subjektem, jenž byl úspěšným uchazečem takového řízení, považována za zneužití práva ve smyslu článku 54 Listiny základních práv, jako jednání, které ačkoli samo o sobě nemůže mít vliv na určení příslušnosti [viz rovněž v tomto bodě výše citovaný rozsudek pléna Cons. Stato (Státní rada) č. 16 z roku 2011] – je přinejmenším relevantní pro účely náhrady škody a nákladů řízení, neboť zasahuje do legitimního očekávání účastníků samotného zadávacího řízení, kteří neuspěli a jsou žalobci v soudním řízení?

Uplatňovaná ustanovení unijního práva

Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/23/EU ze dne 26. února 2014 o udělování koncesí, konkrétně bod 21 odůvodnění, článek 16

Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES, konkrétně bod 16 odůvodnění, články 7 a 8

Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/25/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb a o zrušení směrnice 2004/17/ES, konkrétně bod 16 odůvodnění, čl. 5 odst. 5; čl. 6 odst. 2 a čl. 13 odst. 1 písm. b)

Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/17/ES ze dne 31. března 2004 o koordinaci postupů při zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb

Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES ze dne 31. března 2004 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby

Rozhodnutí Komise 2008/383/ES ze dne 30. dubna 2008 o vynětí expresních a kurýrních služeb v Itálii z použití směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/17/ES o koordinaci postupů při zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb

Uplatňovaná ustanovení vnitrostátního práva

Zákon č. 124 ze dne 4. srpna 2017 - zvláštní zákon o hospodářské soutěži

Legislativní nařízení č. 50 ze dne 18. dubna 2016 - o provádění směrnic 2014/23/EU o udělování koncesí, 2014/24/EU o zadávání veřejných zakázek a 2014/25/EU o zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb, které zároveň novelizuje platné právní předpisy v oblasti veřejných zakázek na stavební práce, služby a dodávky, zejména čl. 3 odst. 1 písm. a), c), d) a e); článek 8; články 4, 8, 10; čl. 14 odst. 2; články 15, 115 až 121, především článek 120

Legislativní nařízení č. 163 ze dne 12. dubna 2006 - zákon o veřejných zakázkách na stavební práce, služby a dodávky, kterým se provádí směrnice 2004/17/ES a 2004/18/ES, zejména čl. 3 odst. 26 a 29 a příloha VI F

Legislativní nařízení č. 261 ze dne 22. července 1999 - o provedení směrnice 97/67/ES o společných pravidlech pro rozvoj vnitřního trhu poštovních služeb ve Společenství a o zlepšení kvality služeb (článek 1, čl. 23 odst. 2, čl. 3 odst. 12)

Legislativní nařízení č. 58 ze dne 31. března 2011 - o provedení směrnice 2008/6/ES, kterou se mění směrnice 97/67/ES týkající se úplného dosažení vnitřního trhu poštovních služeb Společenství (článek 1)

Nařízení vlády s mocí zákona č. 487 ze dne 1. prosince 1993 - Přeměna správy pošt a telekomunikací na veřejný hospodářský subjekt a reorganizace ministerstva (článek 4)

Corte di cassazione (Kasační soud): usnesení č. 4899 ze dne 1. března 2018

Consiglio di Stato (Státní rada): rozsudek č. 16 ze dne 1. srpna 2011; rozsudky č. 13, 14, 15 a 16 z roku 2016.

Shrnutí skutkového stavu a základních tvrzení účastníků původního řízení

- 5 Svou žalobou společnost Irideos napadla rozhodnutí přijatá v zadávacím řízení zahájeným společností Poste Italiane – „podle legislativního nařízení č. 50/2016“ – pro vysokorychlostní optické telekomunikační služby v metropolitních sítích technologií DWDM (MAN). Tyto služby byly zaměřeny na vytvoření počítačové sítě pro bezpečné a rychlé předávání údajů mezi různými úřady této společnosti, s využitím konkrétní telekomunikační technologie – Dense Wavelength Division Multiplexing (DWDM) – která umožňuje přenos vyššího počtu signálů na též optickém vláknu, a to nezávisle, s možností zvýšení pásma dostupného na též kanálu optického vlákna a s tím související možností zvýšení množství předávaných údajů, jakož i poskytnutí vybavení DWDM potřebného pro poskytování těchto služeb. Výše uvedené složky odpovídají dvěma částem stejné hodnoty, a to v celkové výši 10 220 000,00 eur.
- 6 Žalobkyně zpochybnila zejména parametry pro posouzení technické nabídky podle vzorce, který by zahrnoval udělení maximálního bodového hodnocení každé osobě, která nabídla provedení projektu za méně než 45 dní, čímž bylo ve skutečnosti zrušeno kritérium volby založené na rychlosti dokončení operace, takže všechny dotčené hospodářské subjekty získaly maximální počet bodů, a to navzdory skutečnosti, že žadatel nabídl 21 dní lhůty pro provedení ve srovnání se 44 dny nabídnutými vedlejšími účastníky původního řízení.
- 7 V této souvislosti podle žalobkyně byla veřejná zakázka ve skutečnosti udělena pouze na základě finanční nabídky. Celému řízení proto bylo vytýkáno porušení práva a zneužití pravomoci různými způsoby.
- 8 Vedlejší účastníci původního řízení zpochybňují tvrzení žalobkyně a společnost Tim s.p.a. dokonce podala vedlejší žalobu znějící na opakování zadávacího řízení.
- 9 Vedlejší účastnice původního řízení, společnost Fastweb S.p.A., rovněž vnesla námitku nepříslušnosti správních soudů. Dotčené služby nemají úzkou vazbu na poštovní služby jako takové, a neměly by proto spadat do „zvláštních odvětví“ podle článku 120 legislativního nařízení č. 50/2016.
- 10 Podle společnosti Fastweb S.p.A. přitom nebylo nutno pro zakázku zvolit veřejné zadávací řízení: dotčená telekomunikační infrastruktura může být použita na podporu různých činností Gruppo Poste, a to ve zvláštním právním režimu pro

činnosti, pro něž má být samotná infrastruktura považována za primárně určenou, jak je stanoveno v čl. 5 odst. 5, čl. 6 odst. 2 a v 16. bodě odůvodnění směrnice 2014/25/EU: tedy bez přednostního odkazu na poštovní službu, která činí pouze 30% obrátu Poste Italiane. Dobrovolná volba veřejného zadavatele nebyla pro určení správní příslušnosti dostačující, neboť judikatura opakovaně potvrdila příslušnost obecných soudů pro spory, které nejsou výslovně zahrnuty do zvláštního odvětví, a Poste Italiane nelze definovat jako veřejnoprávní subjekt, protože působí za normálních tržních podmínek, usiluje o dosažení zisku a nese ztráty.

- 11 Následně, dne 19. února 2019, také společnost Tim S.p.A. vznesla námitku nepřislušnosti správního soudu, přičemž tvrdila, že pouze smluvní postupy týkající se poštovních služeb v úzkém smyslu by měly být považovány za služby, které jsou předmětem veřejného zadávacího řízení.
- 12 Tvrdí, že nedostatek příslušnost je potvrzen článkem 10 legislativního nařízení č. 50/2016, který v souladu s článkem 7 směrnice 2014/24/EU vylučuje z oblasti zákona smlouvy, které souvisejí s „*veřejným zadavatelem, který poskytuje poštovní služby*“, s odkazem na „*služby s přidanou hodnotou spojené s elektronickou poštou a uskutečňované výhradně elektronickou cestou, včetně zabezpečeného přenosu zakódovaných dokumentů elektronickou cestou, služby správy adres a přenosu doporučené elektronické pošty*“.
- 13 Článek 15 téhož legislativního nařízení č. 50 v souladu s článkem 8 směrnice 2014/24/EU rovněž vylučuje použití zákona o veřejných zakázkách na veřejné zakázky, „*jejichž hlavním účelem je umožnit veřejným zadavatelům poskytovat nebo užívat veřejné komunikační sítě nebo poskytovat veřejnosti jednu či více služeb elektronických komunikací*“.
- 14 Naopak článek 8 zákona o veřejných zakázkách – v souladu s článkem 13 směrnice 2014/25/EU – vylučuje ze své oblasti působnosti provádění činnosti poštovních služeb, „*je-li činnost přímo vystavena hospodářské soutěži*“.
- 15 Kromě toho s ohledem na příslušné změny nemůže být poskytovatel poštovních služeb dále uváděn jako „*veřejnoprávní subjekt*“, neboť nesplňuje teleologický požadavek „*uspokojování potřeb obecného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu*“.
- 16 I kdyby tuto právní povahu bylo třeba přiznat, povinnost vyhlásit veřejné zadávací řízení by byla v každém případě vyloučena na základě výše uvedeného článku 8, čl. 10 písm. b) a článku 15 legislativního nařízení č. 50/2016, a konečně i v případě veřejnoprávních subjektů by se takové postupy vyžadovaly pouze pro dodávky a služby, které jsou striktně relevantní pro zvláštní odvětví (rozsudek Kasačního soudu, spojené senáty, č. 4899 z roku 2018).
- 17 Společnost TIM S.p.A. rovněž požádala, aby soud v případě výkladových pochybností předložil Soudnímu dvoru žádost o rozhodnutí o předběžné otázce v souladu s článkem 267 SFEU.

- 18 Poste Italiane v závěrečném vyjádření podaným dne 18. února 2019 potvrdila legitimitu kritéria a správnost použitého matematického vzorce. Žádné z jejích tvrzení se netýkalo otázky příslušnosti vznesené pouze vedlejšími účastníky původního řízení a na tomto základě byl případ předložen k rozhodnutí.

Stručné odůvodnění žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce

- 19 Pokud jde o otázku soudní příslušnosti vznesenou z perspektivy, že Poste Italiane obecně nepodléhá zákonu o veřejných zakázkách - ve vztahu ke smlouvám, které nesouvisejí s poštovní službou v úzkém slova smyslu - usnesením č. 7778 ze dne 12. července 2018 (věc C-521/18) již byly Soudnímu dvoru předloženy pochybnosti o souladu s unijním právem na základě stávajících směrnic a dřívějších rozhodnutí Soudního dvora Evropské unie.
- 20 V této situaci však vyvstávají širší otázky, k nimž se předkládající soud musí vyjádřit a které tudíž odůvodňují nové usnesení, které se pouze zčásti překrývá s usnesením uvedeným výše.
- 21 Podle předkládajícího soudu vznesená otázka týkající se příslušnosti vyžaduje posoudit následující:
- I) právní povaha Poste Italiane, která zohledňuje vývoj v odvětví poštovních služeb, které jsou poskytovány ve stále širším režimu hospodářské soutěže;
- II) definice pojmu „funkční souvislost“, podle níž by měla být vymezena oblast působnosti článku 114 a následujících zákona o veřejných zakázkách s cílem vymezit příslušnost správních soudů (alespoň pro ty společnosti, které podle převládajícího přístupu nemají povahu veřejnoprávního subjektu);
- III) posouzení legitimních očekávání účastníků zadávacího řízení, které bylo vyhlášeno, aniž existuje povinnost vyhlásit takové řízení v odvětvích, o nichž se má za to, že se na ně nevztahují pravidla pro zadávání veřejných zakázek, nebo jsou vyloučena pouze z plného uplatňování zákona o veřejných zakázkách, ale nikoli z příslušných zásad.
- 22 Pokud jde o povahu veřejnoprávního subjektu, kvalifikace veřejnoprávního subjektu ve smyslu čl. 3 odst. 1 písm. c) legislativního nařízení č. 50/2016 vychází z následujících kritérií:
- 1) jde o subjekt založený nebo zřízený za účelem uspokojování potřeb obecného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu;
 - 2) má právní subjektivitu (bez ohledu na to, zda veřejnoprávní nebo soukromoprávní povahy);
 - 3) je financován převážně státem, regionálními nebo místními orgány nebo jinými veřejnoprávními subjekty; nebo je těmito orgány řízen; nebo je v jeho

správním, řídicím nebo dozorčím orgánu více než polovina členů jmenována státem, regionálními nebo místními orgány nebo jinými veřejnoprávními subjekty.

- 23 Pokud jde o „zadavatele“, těmi mohou být „veřejní zadavatelé“ uvedení výše nebo veřejné podniky, které vykonávají některou z činností uvedených v článcích 115 až 121 zákona o veřejných zakázkách, anebo které - ačkoli nespádají do výše uvedených kategorií - vykonávají činnosti, které jsou stanovené ve výše uvedených ustanoveních, „na základě zvláštních nebo výlučných práv udělených příslušným orgánem“. K těmto činnostem podle článku 120 tohoto zákona patří poštovní služby.
- 24 Podle předkládajícího soudu se zdá být kvalifikace společnosti Poste Italiane jako veřejnoprávního subjektu jako obtížně vyvratitelná. Tato společnost totiž nahradila předchozí ústřední správu, která vznikla po sjednocení Itálie, aby poskytování služby zefektivnila. V současné době je společnost Poste Italiane, ačkoli působí v oblasti finančnictví, pojišťovnictví a mobilních telefonních služeb v režimu hospodářské soutěže, stále ještě koncesionářem všeobecných poštovních služeb, z čehož plyne povinné poskytování základních služeb, a s tím související výdaje státu na částečné pokrytí nákladu, spočívajících v doručování dopisů a balíků za pevně stanovené ceny všem italským obcím, jak vyplývá z oznámení Evropské komise o zahájení řízení o nesplnění povinnosti v kontextu rozhodnutí o zastavení doručování pošty do 4 000 obcí z toho důvodu, že služba byla považována za nerentabilní. Je tedy třeba mít za to, že předmětná společnost, která má právní subjektivitu, byla založena za účelem uspokojování obecných zájmů, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, přičemž přímo souvisejí s právem na korespondenci a jakoukoli jinou formu komunikace [požadavky kladené na veřejnoprávní subjekty podle bodů 1) a 2)].
- 25 Pokud jde o požadavek uvedený v bodě 3), je třeba poznamenat, že společnost Poste Italiane je většinově vlastněna ministerstvem hospodářství, které jmenuje správní radu - a podléhá kontrole a dohledu ministerstva hospodářského rozvoje a Corte dei Conti (Účetní dvůr); sbor auditorů se skládá ze tří stálých členů a tří zástupců, kteří jsou jmenováni uvedenými orgány státní správy. AGCOM je navíc příslušný k přijetí regulačních opatření v oblasti kvality a charakteristik všeobecné služby, která se řídí programovou smlouvou, ve které je protistranou provozovatele poštovních služeb ministerstvo hospodářského rozvoje.
- 26 Základním prvkem veřejnoprávního subjektu je právě prvek významu sledovaných obecných zájmů, ve vztahu k nimž - i kdyby byl provoz ziskový - nemůže být vyloučena správní funkce kontroly dosahování cílů spočívajících v kvalitě služby. Je právě věcí orgánu státní správy konkrétně pečovat o obecné zájmy, které stát považuje za odpovídající službám, jež mají být poskytovány občanům a z tohoto důvodu, i když jsou svěřeny subjektům stojícím mimo státní aparát, musí i tak odpovídat kritériím nestrannosti, řádné správy a transparentnosti.

- 27 Ze subjektivního hlediska tak existují dostatečné prvky k tomu, aby byla společnost Poste Italiane kvalifikována jako veřejnoprávní subjekt podle čl. 3 odst. 1 písm. d) legislativního nařízení č. 50/2016, což je ostatně názor, který je sdílen i judikaturou Consiglio di Stato (Státní rada).
- 28 Nicméně z nedávného usnesení spojených senátů Kasačního soudu č. 4899, vydaného dne 1. března 2018, vyplývá odlišný přístup, na nějž odkazují vedlejší účastníci řízení na podporu námítky nepřislušnosti. V tomto usnesení jsou uvedeny následující zásady:
- a) společnost Poste Italiane, ačkoli je pověřena plněním „všeobecných poštovních služeb“, tak v současné době vykonává rovněž činnosti finanční povahy nebo v každém případě činnosti nesouvisející se službou doručování korespondence, která je již vykonávána v režimu hospodářské soutěže;
- b) směrnice 2004/18/ES „výslovně vyloučila“ společnost Poste Italiane ze skupiny veřejnoprávních subjektů. Společnost Poste Italiane byla určena jako zadavatel podle čl. 3 odst. 29 a přílohy VI F legislativního nařízení č. 163 z roku 2006, a to z důvodu nedostatku „teleologického požadavku spočívajícího v uspokojování potřeb obecného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, ze kterého plyne, že subjekt je pověřen výhradně uspokojováním těchto potřeb a který neumožňuje vykonávání jiných činností ze strany tohoto subjektu“;
- d) „případná kvalifikace společnosti Poste Italiane jako veřejnoprávního subjektu“ by byla v každém případě „irelevantní“, neboť otázka podřízení se pravidlům otevřeného zadávacího řízení musí být vyřešena podle ustanovení upravujících zvláštní odvětví, a to na základě zařazení společnosti Poste Italiane mezi zadavatele.
- 29 Argumenty Corte di cassazione (Kasační soud), zejména ty, které jsou uvedeny v písm. b) a d), se zdají být v rozporu s rozsudkem Soudního dvora ze dne 10. dubna 2008, C-393/06, Ing. Aigner, kde Soudní dvůr dospěl k opačným závěrům, jež jsou shrnuty níže:
- I) Směrnice 2004/17/ES (nyní 2014/25/EU) upravuje smlouvy uzavřené v tzv. „zvláštních odvětvích“ (týkajících se vodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb), ve kterých mohou být „zadavateli“ nejen „veřejní zadavatelé“ (jak jsou nyní definováni v čl. 3 odst. 1 písm. a) legislativního nařízení č. 50/2016), ale také „veřejné podniky“ nebo „podniky, které působí na základě zvláštních nebo výlučných práv udělených příslušným orgánem členského státu“, v rozsahu, v jakém tyto subjekty vykonávají některou z činností, jež jsou zahrnuty do tohoto odvětví: ustanovení předmětné směrnice musí být totiž vykládána restriktivně a tudíž pouze ve vztahu ke smlouvám týkajících se dotčeného odvětví, přičemž je upuštěno od „teorie náказы“ uvedené v rozsudku ze dne 15. ledna 1998, C-44/96, Mannesmann (v tomto smyslu viz též rozsudek ze dne 16. června 2005, C-462/03 a C-463/03, Strabag a Kostmann).

II) Pokud jde o veřejnoprávní subjekty (definované ve směrnici 2014/24/EU a 2014/25/EU, jež jsou provedeny v čl. 3 odst. 1 písm. d) legislativního nařízení č. 50/2016), tak jejich výklad naopak nesmí být restriktivní, ale funkční, přičemž je třeba nejprve ověřit, zda subjekt byl či nebyl zřízen za účelem uspokojování potřeb obecného zájmu, „které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu“. V tomto ohledu je na základě rozsudku ve věci Ing. Aigner lhotejné, že uvedené potřeby jsou nebo by mohly být uspokojovány rovněž soukromými podniky. Podstatné je, že se jedná o potřeby, které se stát či regionální nebo místní orgány z důvodu obecného zájmu obvykle rozhodne uspokojovat sám nebo nad kterými si zamýšlí ponechat určitý rozhodující vliv. [...] Je třeba dodat, že v tomto ohledu je lhotejné, že kromě své úlohy v obecném zájmu vykonává uvedený subjekt rovněž další činnosti za účelem dosažení zisku, pokud nadále uspokojuje potřeby obecného zájmu, což je jeho zvláštní povinností. Podíl činností vykonávaných [za účelem dosažení zisku] v rámci všech činností daného subjektu je pro účely jeho kvalifikace jako veřejnoprávního subjektu rovněž irelevantní“.

III) Směrnice 2004/18/ES, která je v současnosti v nezměněné podobě nahrazena směrnicí 2014/24/EU, se vztahuje na smlouvy veřejnoprávních subjektů, které spadají mimo rámec zvláštních odvětví, ve kterých tyto subjekty rovněž působí a které nadále podléhají zvláštní právní úpravě, jež je v tomto ohledu stanovena, pokud jde o činnost, jež je pro tato odvětví charakteristická. Soudní dvůr tak v citovaném rozsudku Ing. Aigner dochází k závěru, že: „zakázky zadávané subjektem v postavení veřejnoprávního subjektu ve smyslu směrnice 2004/17 a směrnice 2004/18, které jsou spojeny s výkonem činnosti tohoto subjektu v jednom či více odvětvích uvedených v člancích 3 až 7 směrnice 2004/17, se musejí řídit postupy stanovenými uvedenou směrnicí. Naproti tomu všechny ostatní zakázky zadávané tímto subjektem v souvislosti s výkonem jiných činností se řídí postupy stanovenými směrnicí 2004/18. Každá z těchto směrnic se uplatní bez rozlišení mezi činnostmi, které tento Subjekt vykonává za účelem splnění svého úkolu uspokojovat potřeby obecného zájmu, a činnostmi, které vykonává v podmínkách hospodářské soutěže, a to i pokud je vedeno účetnictví s cílem zajistit oddělení odvětví činností dotčeného subjektu za účelem zabránění křížovému financování mezi uvedenými odvětvími“.

- 30 V důsledku toho se směrnice 2004/18/ES (nyní 2014/24/EU), která se týká běžných odvětví, vztahuje na všechny veřejnoprávní subjekty, a to i v případě, že působí ve zvláštních odvětvích, pokud předmět uskutečňované smluvní činnosti s těmito odvětvími nesouvisí.
- 31 Podle předkládajícího soudu by tedy u veřejnoprávních subjektů za žádných okolností nedošlo ve smluvní oblasti k vyloučení příslušnosti správního soudu, která se vztahuje na otevřená zadávací řízení, jež jsou stanovena jak pro běžná, tak pro zvláštní odvětví.
- 32 Nelze proto považovat za „irelevantní“, jak uvedl Kasační soud, právní kvalifikaci společnosti Poste Italiane jako veřejnoprávního subjektu.

- 33 Předkládající soud navíc uvádí, že argumenty Cassazione (Kasační soud) uvedené v bodě 28 písm. b) nenachází oporu v právních předpisech: pokud jde o směrnici 2004/18/ES (nyní 2014/24/EU), tak mezi zadavatele jsou opravdu zahrnuti veřejní zadavatelé a mezi veřejné zadavatele jsou zahrnuty veřejnoprávní subjekty definované v citovaném čl. 3 odst. 1 písm. d) legislativního nařízení č. 50/2016, ale z toho vyplývá pouze to, že veřejnoprávní subjekty se řadí mezi zadavatele, aniž by však byly bez dalšího „vyloučeny“ z kategorie veřejných zadavatelů podle čl. 3 odst. 1 písm. a), kteří bezpochyby podléhají ustanovením zákona o veřejných zakázkách týkajícím se běžných odvětví. Nejedná se o výjimku, ale zahrnuje pouze širší subjektivní spektrum pro zvláštní odvětví nad rámec kvalifikace zadavatelů podle čl. 3 odst. 29 legislativního nařízení č. 163 z roku 2006 (nyní čl. 3 odst. 1 písm. e) legislativního nařízení č. 50/2016), zatímco příloha VI téhož legislativního nařízení č. 163 obsahuje pouze demonstrativní výčet subjektů pověřených výkonem funkcí ve zvláštních odvětvích, takže stejně tak nezakládá výjimku skutečnost, že společnost Poste Italiane je v této oblasti označena jako zadavatel.
- 34 Navíc již rozhodnutím Evropské komise [2008/383] ze dne 30. dubna 2008 bylo stanoveno vynětí veřejných zakázek společnosti Poste Italiane, které se týkají vnitrostátních a mezinárodních expresních a kuryrních služeb, zatímco následným rozhodnutím 2010/12/EU ze dne 5. ledna 2010 bylo vyloučeno použití směrnice 2004/17/ES o zvláštních odvětvích na finanční služby, které spravuje Bancoposta (shromažďování úspor veřejnosti, půjčování peněz jménem bank a akreditovaných finančních zprostředkovatelů, investiční činnosti a doplňkové penzijní spoření, platební služby a služby spojené s převodem peněz).
- 35 Operabilita subjektu v prostředí hospodářské soutěže však představuje pouze jeden ze znaků nedostatku teleologického požadavku. K úplnému vyloučení tohoto požadavku totiž musí existovat také sledování čistě ekonomických cílů s plným přijetím podnikatelského rizika: tyto okolnosti se však nevyskytují u všeobecné poštovní služby, která byla podle čl. 23 odst. 2 legislativního nařízení č. 261 z roku 1999 přidělena společnosti Poste Italiane až do 30. dubna 2026. Tato právní úprava v čl. 3 odst. 12 stanoví, že náklady vyplývající z poskytování všeobecné služby jsou financovány prostřednictvím převodů ze státního rozpočtu. V důsledku toho se podnikatelské riziko zdá být silně oslabeno.
- 36 S přihlédnutím k výše uvedenému rozhodnutí Komise [2008/383] lze proto mít za to, a to rovněž podle čl. 14 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách, že je vymezený rámec odvětví, ve kterých může společnost Poste Italiane působit podle odchylných pravidel než jsou obecně platná pravidla pro oblast veřejných zakázek: pravidla, na jejichž základě byla teorie náklady považována za překonanou v případě veřejných podniků, ale nikoli také v případě veřejnoprávních subjektů, neboť tyto subjekty jsou povinny - pokud působí ve zvláštních odvětvích - řídit se příslušnou právní úpravou pouze ve vztahu k činnostem, které s těmito odvětvími souvisí, aniž by se však vyhnuly uplatnění právní úpravy týkající se běžných odvětví ve vztahu k jakékoli jiné činnosti, která sleduje obecné zájmy, jež jim byly svěřeny.

- 37 Je tedy třeba ověřit, zda zásady stanovené v rozsudku Aigner jsou nebo nejsou způsobilé překonat obecný zájem, a to s ohledem na průmyslové a obchodní zájmy, které nad nimi převažují, jež odůvodnily původní zřízení veřejnoprávního subjektu, anebo zda musí být odkaz na toto zřízení - formálně se nacházející ve výše uvedeném čl. 3 odst. 1 písm. d) bodě 1 legislativního nařízení č. 50 z roku 2016 - považován za nepřekonatelný, a to i ve vztahu k podnikům působícím v rámci rozsáhlého režimu hospodářské soutěže.
- 38 V této situaci však vyvstávají širší otázky. Zaprvé je třeba posoudit relevanci účelu dotčené smlouvy nejen pro odvětví, která jsou v současné době definována jako „zvláštní“ a která jsou upravena článkem 114 a násl. zákona o veřejných zakázkách (část II, hlava VI, kapitola I), ale spíše odvětví, která jsou „vyloučena [...] z objektivní působnosti“ téhož zákona (část I, hlava II, článek 4 a násl.), ale v nichž se musí v každém případě v zadávacích řízeních postupovat podle článku 4 zákona „v souladu se zásadami hospodárnosti, účinnosti, nestrannosti, rovného zacházení, transparentnosti, proporcionality, ochrany životního prostředí a energetické účinnosti“.
- 39 V tomto případě je dotčeným odvětvím odvětví elektronických komunikací, jež je vymezeno jako odvětví vyloučené z působnosti článku 15 legislativního nařízení č. 50 z roku 2016 v souladu s články 7 a 8 směrnice 2014/24/EU a na něž se vztahuje rámcová směrnice o sítích a službách elektronických komunikací (2002/21/ES).
- 40 Relevance dotčeného zadávacího řízení pro odvětví, které je formálně „vyloučeno“, ale nespadá „mimo“ působnost zákona o veřejných zakázkách, však nemá vliv na příslušnost správního soudu, jelikož článek 4 legislativního nařízení č. 50/2016 upravuje vyjednávací řízení, které zajišťuje soulad s kritérii, proti nimž jsou uplatňovány oprávněné zájmy, což spadá do příslušnosti uvedeného soudu.
- 41 Předkládající soud má za to, že je třeba jinak formulovat otázku týkající se pojmu „*funkční souvislost*“ - s ohledem na vlastní předmět zvláštních odvětví - jako omezení příslušnosti správních soudů, také v případech, kdy lze vysledovat možný vývoj pojmu „*veřejnoprávní subjekt*“ na „*veřejný podnik*“, a to na základě určitých zvláštních znaků „*vyloučených*“ odvětví, konkrétně „*činností přímo vystavených hospodářské soutěži*“ (výše uvedený článek 8 legislativního nařízení č. 50 z roku 2016). Je tomu tak proto, že stávající konkurenční povaha poštovní služby, i když není sama o sobě rozhodující pro otázku soudní příslušnosti (stejně jako u všech vyloučených odvětví uvedených v člancích 4 až 20 zákona o veřejných zakázkách), by však mohla být relevantní pro vyloučení klasifikace společnosti Poste Italiane jako veřejnoprávního subjektu, jelikož působí za normálních tržních podmínek, usiluje o dosažení zisku a nese ztráty ze své činnosti, jejíž většina je nyní přímo vystavena hospodářské soutěži (směrnice 2014/23/EU, bod 21 odůvodnění a článek 16, citováno výše).
- 42 V tomto ohledu má předkládající soud pochybnosti, zda kvalifikace společnosti Poste Italiane jako „*veřejný podnik*“ (pokud to bude Soudní dvůr EU rovněž

považovat za přípustné) vyžaduje – v souladu s výše uvedeným rozhodnutím plenárního zasedání Consiglio di Stato (Státní rada) č. 16 z roku 2011 – restriktivní posouzení relevance zakázky v oblasti, která spadá pod příslušné zvláštní odvětví. Meze tohoto posouzení jsou však nadále relevantní pro vymezení konkrétního právního rámce pro jednotlivé veřejné zakázky, včetně případů, kdy je zadávací řízení zahájeno subjektem, jenž může být kvalifikován jako veřejnoprávní subjekt a působí v jednom ze zvláštních odvětví.

- 43 Třebaže lze souhlasit s názorem, podle něhož podniky (ať jsou veřejné či soukromé, u těchto posledně uvedených, ať mají zvláštní či výlučné právo) povahy, spadají do působnosti zákona o veřejných zakázkách „*pouze pro zvláštní odvětví a nikoli obecně [...] s následnou nepoužitelností tzv. teorie nákazy podle judikatury ve věci Mannesman [...]*“ (Plénum, Č.16/2011, uvedeno výše), v unijní právní úpravě (směrnice 2014/25/EU) nenacházíme přesný odkaz na pojem „*funkční souvislost*“ ve smyslu přímé relevance služby pro zvláštní činnost, jako omezení použitelnosti ustanovení článku 114 a násl. zákona o veřejných zakázkách a příslušnosti správního soudu.
- 44 Obecně platí, že bod 16 odůvodnění směrnice 2014/25/EU, který odkazuje konkrétně na zvláštní odvětví, uznává možnost udělit zakázky na „*různé činnosti*“ a podřídit je „*různým právním režimům*“, přičemž v každém případě se na jednu zakázku uplatní pravidla použitelná na odvětví, jehož se „*především týká*“, jak vyplývá ze zadávací dokumentace, nebo jak stanoví zadavatel.
- 45 Tato zásada je zopakována v článku 6 téže směrnice, který v případě, že chybí bližší specifikace, ve třetím odstavci stanoví jasná kritéria přednosti, pokud se předmět smlouvy vztahuje k záležitostem, na které se vztahuje více než jedna směrnice.
- 46 Pojem činnosti, jíž „*se týká*“, který volí zadavatel, je mnohem širší než pojem přijatý plénem Consiglio di Stato (Státní rada) č. 16 z roku 2011 (který připustil bezpečnostní službu jako relevantní pro příslušné zvláštní odvětví pouze tehdy, pokud byla pořízena pro energetickou síť provozovanou společností ENI, ale nikoli také pro dohled nad příslušnými správními budovami). S ohledem na unijní právní úpravu je spíše třeba zabývat se otázkou, zda smlouva, kterou je třeba považovat za smlouvu spadající „*mimo*“ režim zvláštních odvětví, by neměla spíše odkazovat na jakoukoli činnost, kterou veřejné podniky - nebo soukromé osoby s výlučnými právy - mohou skutečně provádět, ale která je jednoznačně mimo dotčená odvětví v souladu se zásadou „*nepodřazenosti*“, s cílem vyjmout smluvní činnost z působnosti pravidel veřejného zadávacího řízení.
- 47 Ustanovení čl. 13 odst. 1 písm. b) směrnice 2014/25/EU ve skutečnosti vymezuje oblast působnosti uvedené směrnice na poštovní služby odkazem na „*jiné služby než poštovní, pod podmínkou, že jsou takové služby poskytovány subjektem, který rovněž poskytuje poštovní služby*“, jež zahrnují „*služby spadající do oblasti všeobecných služeb i služby mimo oblast všeobecných služeb v souladu se směrnicí 97/67/ES*“ (čl. 13 odst. 2 písm. b)).

- 48 Jak již bylo zdůrazněno, bod 16 odůvodnění směrnice 2014/24/EU vyžaduje, aby byla specifikována činnost, pro kterou je smlouva – která je teoreticky podřízena pravidlům pro zvláštní odvětví, ale někdy také určená k regulaci jiných činností – skutečně určena. To vyžaduje znalost platného právního režimu s povinnostmi transparentnosti a právní jistoty, které představují zásady pro celé odvětví veřejných zakázek (včetně odvětví, která jsou v legislativním nařízení č. 50 z roku 2016 definována jako „vyloučená“).
- 49 Konečně se předkládající soud táže, zda praxe, která je ve vnitrostátním právním řádu stále častější, při níž je napadena příslušnost správního soudu po vydání úvodních rozhodnutí včetně předběžných opatření, které tento soud vydal v oblasti zadávacích řízení vyhlášených podle zákona o veřejných zakázkách, s oznámeními zveřejněnými v Úředních věstnících Italské republiky a Evropské unie, je v souladu s unijní právní úpravou týkající se zneužití práv (rozsudek Soudního dvora ze dne 5. července 2007, C-321/05, Kofoed), bez jakéhokoli objasnění dobrovolné povahy volby zadavatele, volby, jejíž legitimita a účinky by měly být předloženy k posouzení běžnému soudu, který je povinen rozhodovat pouze na základě pravidel občanského zákoníku, aniž lze použít zákon o veřejných zakázkách (byť je na něj výslovně odkazováno a tedy v rozporu s tím, co mohli zadavatelé oprávněně očekávat).

PRACOVNÍ DOKUMENT