

Vec C-835/19

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

Dátum podania:

18. november 2019

Vnútroštátny súd:

Consiglio di Stato

Dátum rozhodnutia vnútroštátneho súdu:

13. jún 2019

Žalobkyňa v prvom stupni a odvolateľka:

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

Žalovaní v prvom stupni a odporcovia:

Presidenza del Consiglio dei Ministri

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti

Ministero dell'Economia e delle Finanze

Ďalší účastníci konania:

Autorità di bacino del Po

Regione Piemonte

Predmet konania vo veci samej

Odvolania podané na Consiglio di Stato (Štátna rada, Taliansko) proti rozsudkom, ktorými Tribunale amministrativo regionale (TAR) per il Piemonte (Regionálny správny súd Piemont, Taliansko) zamietol žaloby, ktoré podala spoločnosť Autostrada Torino Ivrea Valle D'Aosta – Ativa S.p.A. (ďalej len „Ativa“) s cieľom zrušiť dve rozhodnutia Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti (Ministerstvo infraštruktúry a dopravy, Taliansko) (ďalej len „ministerstvo“), ktorými ministerstvo nevyhovelo dvom návrhom na projektové financovanie (project financing) podaným spoločnosťou Ativa a týkajúcim sa najmä diaľničných koncesíí.

Predmet a právny základ návrhu na začatie prejudiciálneho konania

Vnútroštátny súd kladie otázku, či je talianska právna úprava týkajúca sa udeľovania diaľničných koncesíí, ktorá v súčasnosti vylučuje využitie projektového financovania – t.j. osobitného postupu udeľovania koncesie zameraného na realizáciu verejných prác spravidla bez zaťaženia verejných financií – zlučiteľná so smernicou 2014/23, najmä so zásadou vyplývajúcou z odôvodnenia 68 a z článku 30 uvedenej smernice, v súlade s ktorou by sa verejným obstarávateľom mala poskytnúť značná flexibilita pri stanovení a organizácii postupu vedúceho k výberu koncesionára.

Prejudiciálna otázka

Bráni právo Európskej únie v oblasti udeľovania koncesíí, najmä zásady stanovené smernicou 2014/23, konkrétne sloboda pri výbere postupu udelenia koncesie, a to pri dodržaní zásad transparentnosti a rovnosti zaobchádzania v zmysle odôvodnenia 68 a článku 30 uvedenej smernice, vnútroštátnej právnej úprave vyplývajúcej z článku 178 ods. 8a legislatívneho dekrétu č. 50 z 18. apríla 2016, ktorá verejným obstarávateľom bezpodmienečne zakazuje udeľovať diaľničné koncesie, ktorých platnosť skončila alebo sa práve končí, prostredníctvom využitia postupov podľa článku 183, ktorý upravuje projektové financovanie?

Uvedené ustanovenia práva Únie

Smernica Európskeho parlamentu a Rady 2014/23/EÚ z 26. februára 2014 o udeľovaní koncesíí (ďalej len „smernica 2014/23“).

Uvedené vnútroštátne predpisy

Vnútroštátny súd odkazuje na niekoľko právnych predpisov v oblasti udeľovania diaľničných koncesií a projektového financovania, najmä na tieto ustanovenia:

Legislatívny dekrét č. 163 z 12. apríla 2006 (ďalej len „predchádzajúci zákonník verejného obstarávania“), najmä článok 153 ods. 19, ktorým sa upravovalo projektové financovanie na základe súkromnej iniciatívy. Postup udeľovania koncesií je v tomto ustanovení rozdelený do dvoch fáz: a) prípravná fáza – zameraná na schválenie predbežného návrhu predloženého navrhovateľom, ktorý sa stane základom prípadného následného obstarávania – v rámci ktorej má verejný obstarávateľ na základe voľnej úvahy posúdiť súlad návrhu s verejným záujmom; b) fáza vyhlásenia verejného obstarávania prostredníctvom príslušného oznámenia a následnej realizácie verejného obstarávania, ktorého základom je schválený návrh a v rámci ktorého navrhovateľ získava postavenie iniciátora s prednostným právom.

Zákonný dekrét č. 59 zo 4. apríla 2008, článok 8k ods. 2b, v ktorom sa výslovne uznala možnosť zadať zákazky na koncesiu a správu alebo zákazky výlučne na správu v odvetví cestnej a diaľničnej infraštruktúry podľa postupov projektového financovania stanovených v článku 153 predchádzajúceho zákonníka verejného obstarávania.

Legislatívny dekrét č. 50 z 18. apríla 2016 (ďalej len „nový zákonník verejného obstarávania“), ktorým sa zrušil predchádzajúci zákonník verejného obstarávania, najmä:

- článok 178 ods. 1, v ktorom sa zakazuje predĺženie platnosti diaľničných koncesií, a ods. 8a, zavedený legislatívnym dekrétom č. 56 z 19. apríla 2017, podľa ktorého „verejní obstarávatelia nemôžu udeliť diaľničné koncesie, ktorých platnosť sa skončila alebo sa práve končí, prostredníctvom využitia postupov uvedených v článku 183“;
- článok 183 obsahujúci právnu úpravu projektového financovania podľa nového zákonníka verejného obstarávania; v ods. 19 tohto článku sa stanovuje nový prvok v porovnaní s predchádzajúcou právnou úpravou, t. j. že verejný obstarávateľ nie je v prípravnej fáze viac povinný posudzovať súlad návrhu s verejným záujmom, ale posudzuje uskutočniteľnosť samotného návrhu,
- článok 216 ods. 1, v ktorom sa predovšetkým stanovuje, že vyššie uvedený legislatívny dekrét sa vzťahuje na postupy a zákazky, vo vzťahu ku ktorým sa oznámenia alebo výzvy týkajúce sa vyhlásenia výberového konania na zmluvného partnera uverejnili po dni nadobudnutia účinnosti tohto dekrétu, a tiež, v prípade zákaziek, pri ktorých sa príslušné oznámenia alebo výzvy neuverejňujú, na postupy a zákazky, v súvislosti s ktorými sa ku dňu nadobudnutia účinnosti tohto zákonníka ešte nezaslali výzvy na predloženie ponúk,

- článok 216 ods. 23, podľa ktorého v prípade predbežných projektov súvisiacich s realizáciou verejných alebo verejnoprospešných prác a týkajúcich sa návrhov na koncesiu v zmysle článku 153 predchádzajúceho zákonníka verejného obstarávania, vo vzťahu ku ktorým sa už vyhlásila existencia verejného záujmu a ktoré sa ku dňu nadobudnutia účinnosti tohto zákonníka ešte neschválili, „verejný obstarávateľ posudzuje ekonomickú a finančnú uskutočniteľnosť a schvaľuje ich podľa pravidiel tohto zákonníka verejného obstarávania“.

Zhrnutie skutkového stavu a konania

- 1 Spoločnosť Ativa, držiteľka viacerých koncesií na správu diaľničného úseku na území regiónu Piemont, pričom platnosť poslednej z predmetných koncesií sa skončila v roku 2016, podala 25. septembra 2015 návrh na projektové financovanie koncesie na správu diaľničného úseku.
- 2 Rozhodnutím z 29. júla 2016 ministerstvo zamietlo návrh spoločnosti Ativa, a to okrem iného s odôvodnením, že na udelenie koncesie na správu diaľnic nebolo možné uplatniť projektové financovanie a že podaný návrh formálne a obsahovo nezodpovedal ustanoveniam článku 153 predchádzajúceho zákonníka verejného obstarávania, podľa ktorého mal navrhovateľ predložiť iba predbežný projekt zamýšľaných prác, ktorý má následne slúžiť ako základ verejného obstarávania, a nie podrobný a konečný projekt, aký predložila odvolateľka v prejednávanej veci.
- 3 Spoločnosť Ativa podala žalobu na TAR per il Piemonte (Regionálny správny súd Piemont), pričom navrhla zrušiť vyššie uvedené rozhodnutie, ako aj preskúmať verejný záujem a vyhlásiť povinnosť ministerstva rozhodnúť o verejnom záujme a/alebo uskutočniteľnosti návrhu žalobkyne v prvom stupni a z tohto dôvodu uložiť žalovaným verejným obstarávateľom povinnosť posúdiť verejný záujem a/alebo uskutočniteľnosť predmetného návrhu. Žalobou sa namietalo nielen odôvodnenie, ktoré bolo základom napadnutého rozhodnutia, týkajúce sa prílišnej podrobnosti návrhu, ale aj nedodržanie trojmesačnej lehoty plynúcej odo dňa podania návrhu, v rámci ktorej mal verejný obstarávateľ predmetný návrh posúdiť, ako aj nesprávne uplatnenie článku 183 nového zákonníka verejného obstarávania na situáciu v prejednávanej veci, t. j. predpisu, ktorý síce bol účinný v okamihu prijatia napadnutého rozhodnutia, ale nadobudol účinnosť až po podaní návrhu.
- 4 Rozsudkom z 31. augusta 2018 uvedený regionálny správny súd žalobu zamietol, pričom na jednej strane vylúčil, že nedodržanie trojmesačnej lehoty by samo osebe viedlo k nezákonnosti napadnutého rozhodnutia a na druhej strane potvrdil neprípustnosť návrhu predloženého spoločnosťou Ativa, ktorý bol podrobnejší, než sa pri predbežnom návrhu vyžaduje.
- 5 Dňa 20. septembra 2016 predložila Ativa ďalší návrh projektového financovania vo veci rovnakej koncesie; tento návrh sa zamietol rozhodnutím z 22. mája 2017, v ktorom sa okrem zopakovania odôvodnenia uvedeného v súvislosti s prvým

návrhom uviedlo, že takýto návrh je v rozpore s článkom 178 ods. 8a legislatívneho dekrétu č. 50/2016, ktorý zakazuje použitie projektového financovania na účely udelenia diaľničných koncesií, ktorých platnosť sa skončila alebo sa práve končí. TAR per il Piemonte (Regionálny správny súd Piemont) zamietol žalobu spoločnosti Ativa podanú proti rozhodnutiu z 22. mája 2017, pričom uviedol obdobné odôvodnenie ako v prvom rozsudku.

- 6 Spoločnosť Ativa napadla oba rozsudky regionálneho správneho súdu na Cosndiglio di Stato (Štátna rada), t. j. na vnútroštátnom súde, ktorý podal tento návrh na začatie prejudiciálneho konania.

Základné tvrdenia účastníkov konania vo veci samej

- 7 V rámci odvolania proti prvému rozsudku regionálneho správneho súdu Ativa uvádza, že ministerstvo prejavilo vôľu nepristúpiť k posudzovaniu jej návrhu a prenechať diaľničné koncesie prostredníctvom zadania „in house“ spoločnosti Anas S.p.A. Zámerom ministerstva bolo preto podľa odvolateľky zabrániť tomu, aby sa spoločnosti, ktoré boli držiteľkami koncesie, mohli tesne pred skončením platnosti koncesného vzťahu dovolať právnej úpravy týkajúcej sa projektového financovania, konkrétne prednostného práva súvisiaceho s návrhom na projektové financovanie, priznaného iniciátorovi projektu (práva, ktoré ministerstvo bez udania dôvodu považuje za škodlivé pre hospodársku súťaž). Spoločnosť Ativa zastáva tiež názor, že rozhodnutie zadať správu diaľnic postupom „in house“ spoločnosti Anas a vôľa zabrániť spoločnostiam, ktoré boli držiteľkami diaľničných koncesií, aby využili postup projektového financovania, hoci takýto postup je v súlade s požiadavkami hospodárskej súťaže, sú nezlučiteľné a nezákonné. Ativa na záver v odvolaní opätovne odkázala na svoje pôvodné žalobné dôvody.
- 8 V odvolaní proti druhému rozsudku regionálneho správneho súdu Ativa tiež uvádza, že článok 178 ods. 8a nového zákonníka verejného obstarávania sa podľa jej názoru nevzťahuje (ani) na jej druhý návrh projektového financovania, keďže ide o pravidlo, ktoré sa zaviedlo až po podaní tohto návrhu. Na základe článku 11 všeobecných úvodných ustanovení k občianskemu zákonníku a zásady „*tempus regit actum*“ sa má preto predmetný návrh riadiť právnou úpravou účinnou v čase jeho podania. Okrem toho je vyššie uvedené ustanovenie v otvorenom rozpore s právnou úpravou koncesií a vzťahov verejno – súkromného partnerstva (PPP) vymedzenými v smernici 2014/23. Konkrétne by sa mala zohľadniť zásada slobodnej voľby postupu, ktorej vykonaním je poverený vnútroštátny zákonodarca, pričom „verejným obstarávateľom a obstarávateľom [by sa] mala poskytnúť značná flexibilita pri stanovení a organizácii postupu vedúceho k výberu koncesionára“ (odôvodnenie 68), takým spôsobom, aby mohli v súlade s ustanoveniami článkov 30 a 37 ods. 6 smernice zvoliť postup najviac zodpovedajúci požiadavkám, ktoré je potrebné splniť. Sporné ustanovenie podľa odvolateľky naopak systém zbytočne znehybňuje a neopodstatnene obmedzuje

slobodu verejných obstarávateľov tým, že im bráni použiť postupy projektového financovania.

- 9 Odporcovia uvádzajú, že článok 178 ods. 8a sa na prejednávajúcu vec vzťahuje z hľadiska časovej pôsobnosti (*ratione temporis*), a to aj s ohľadom na skutočnosť, že úmyslom zákonodarcu bolo ovplyvniť koncesie, ktorých „platnosť sa skončila alebo sa práve končí“, čiže uplatnenie tohto pravidla na situácie, aká je predmetom prejednávanej veci, zákonodarca vedome predvídal, a to s cieľom dosiahnuť otvorenie hospodárskej súťaže a predísť ďalšej konsolidácii predchádzajúcich správcov – držiteľov koncesie s končiacou sa platnosťou, ktoré sa im udelili bez súťaže. Odporcovia odkazujú na judikatúru, podľa ktorej treba zákonnosť správneho rozhodnutia skúmať s ohľadom na skutkový a právny stav existujúci v čase prijatia dotknutého rozhodnutia.
- 10 Na základe uvedených tvrdení odporcovia poukazujú na uplatniteľnosť právnej úpravy vyplývajúcej z nového zákonníka verejného obstarávania aj na prvý návrh spoločnosti Ativa, podaný pred nadobudnutím účinnosti nového zákonníka verejného obstarávania, a to z dôvodu, že prejednávajúca vec sa týka fázy konania, ktorá má prípravný charakter vo vzťahu k verejnému obstarávaniu, ktoré by sa uskutočnilo až po nadobudnutí účinnosti uvedeného nového zákonníka. Takýto záver podľa odporcov potvrdzuje článok 216 ods. 23 predmetného zákonníka, podľa ktorého predbežné projekty týkajúce sa návrhov na koncesiu v zmysle článku 153 predchádzajúceho zákonníka verejného obstarávania, ktoré sa ešte neschválili ku dňu nadobudnutia účinnosti nového zákonníka, posudzuje z hľadiska ekonomickej a finančnej uskutočniteľnosti a schvaľuje ich verejný obstarávateľ v súlade s ustanoveniami nového zákonníka.
- 11 Okrem toho odporcovia spochybňujú tvrdenia spoločnosti Ativa týkajúce sa nesúlady článku 178 ods. 8a nového zákonníka verejného obstarávania s právom Únie. Odporcovia zastávajú názor, že účel zákazu stanoveného v uvedenom článku spočíva v otvorení hospodárskej súťaže s cieľom umožniť čo najširšie uplatňovanie zásad práva Únie chrániacich hospodársku súťaž a trh, okrem iného zákazu predlžovania platnosti všetkých koncesíí, vrátane diaľničných koncesíí (článok 178 ods. 1 posledná veta uvedeného zákonníka) a z toho vyplývajúcej povinnosti vyhlásiť verejné obstarávanie aj v prípade diaľničných koncesíí, ktorých platnosť sa skončila alebo sa práve končí.

Zhrnutie odôvodnenia návrhu na začatie prejudiciálneho konania

- 12 Vnútroštátny súd súhlasí s tvrdeniami odporcov, pokiaľ ide o režim časovej pôsobnosti nového zákonníka verejného obstarávania, konkrétne článku 178 ods. 8a tohto zákonníka. V tejto súvislosti vnútroštátny súd pripomína, že orgán verejnej správy sa môže iba riadiť zákonom účinným v čase vyjadrenia svojho prejavu vôle; právny stav účinný v deň podania žiadosti preto nie je pre verejného obstarávateľa záväzný, pokiaľ samotný zákon nestanovuje inak, pričom žiadosť sa posudzuje podľa právnych predpisov účinných v čase ukončenia konania.

- 13 Prechodnými ustanoveniami uvedenými v článku 216 nového zákonníka verejného obstarávania sa uplatňujú vyššie uvedené zásady, pričom v odseku 1 tohto článku sa stanovuje, že činnosť predstavujúca verejné obstarávanie na účely výberu zmluvného partnera sa v plnom rozsahu riadi predpismi účinnými v čase začatia tejto činnosti, s tým, že za takýto čas sa považuje deň uverejnenia oznámenia o začatí verejného obstarávania alebo príslušnej výzvy (alebo, v prípade zákaziek, pri ktorých sa takéto oznámenia alebo výzvy neuverejňujú, deň zaslania výzvy na predkladanie ponúk) a v odseku 23 sa uvádza, že predbežné projekty predložené v súlade s predchádzajúcim zákonníkom verejného obstarávania, ktoré sa ešte neschválili, verejný obstarávateľ posudzuje z hľadiska ekonomickej a finančnej uskutočniteľnosti a schvaľuje ich podľa pravidiel nového zákonníka verejného obstarávania.
- 14 Z tohto dôvodu, ak sa predbežný projekt týkajúci sa návrhu na koncesiu, podaného počas doby účinnosti predchádzajúceho režimu, neschválil do nadobudnutia účinnosti nového zákona, jediným možným riešením je – ak je to potrebné – schváliť takýto projekt v súlade s pravidlami novej právnej úpravy; pričom nasledujúce verejné obstarávanie, ktorého základom sa stane schválený projekt uskutočniteľnosti, sa bude riadiť ustanoveniami nového zákonníka verejného obstarávania, vrátane zákazu stanoveného v článku 178 ods. 8a; toto ustanovenie sa preto vzťahuje na prejednávajúcu vec.
- 15 S ohľadom na uvedený záver považuje vnútroštátny súd za potrebné zaoberať sa námietkou spoločnosti Ativa týkajúcou sa rozporu medzi článkom 178 ods. 8a nového zákonníka verejného obstarávania a právom Únie. V tejto súvislosti vnútroštátny súd vopred poznamenáva, že uvedený článok 178, v ktorého odseku 1 sa stanovuje zákaz predlžovania platnosti diaľničných koncesíí, je ustanovením, ktoré nevyplýva priamo zo smernice 2014/23, ale ide o implementáciu ustanovenia splnomocňovacieho zákona, podľa ktorého by sa o začatí verejného obstarávania na účely udelenia nových diaľničných koncesíí malo rozhodnúť aspoň dvadsaťštyri mesiacov pred skončením platnosti existujúcich koncesíí, vrátane zmeny systému diaľničných koncesíí s osobitným odkazom na zavedenie zákazu doložiek predlžujúcich účinnosť príslušných koncesných zmlúv.
- 16 Zákaz podľa uvedeného odseku 8a, zavedený prostredníctvom legislatívneho dekrétu č. 56/2017 a doslovne odkazujúci na udeľovanie diaľničných koncesíí, „ktorých platnosť sa skončila alebo sa práve končí“, nemožno podľa všetkého jednoznačne vykladať v tom zmysle, že ide výlučne o prechodnú právnu úpravu – na rozdiel od tvrdenia odporcov, ktorí dávajú zákaz koncesíí, „ktorých platnosť sa skončila alebo sa práve končí“ do súvislosti s nadobudnutím účinnosti nového zákonníka verejného obstarávania. Zdá sa, že znenie odseku 8a stanovuje všeobecný zákaz udeliť diaľničnú koncesiu prostredníctvom postupu projektového financovania, pokiaľ dotknutá infraštruktúra už bola predmetom koncesie, a mohlo by sa preto vykladať extenzívne ako ustanovenie, ktoré sa má uplatňovať nielen v prechodnom období, ale aj bežne po jeho skončení, ako v prípade novej koncesie, ktorú treba udeliť s cieľom nahradiť držiteľa koncesie, ktorej platnosť sa skončila. V prejednávanej veci sa je preto potrebné vyrovnáť s výkladovou

dilemou, pokiaľ ide o predpoklady pôsobnosti predmetného ustanovenia a ich hranice. Zdá sa, že obe možnosti výkladu zodpovedajú účelu predmetného zákazu, ktorý podľa odporcov spočíva v potrebe zabrániť obchádzaniu zákazu predĺženia platnosti diaľničných koncesíí, pokiaľ je navrhovateľom, tak, ako v prejednávanej veci, končiaci koncesionár.

- 17 Vo všeobecnosti je potrebné, aby projektové financovanie rešpektovalo, v záujme ochrany hospodárskej súťaže a rovnakého postavenia prípadných záujemcov, zásady verejného obstarávania. Úvodná fáza identifikácie iniciátora projektu, v rámci ktorej sa návrh v minulosti posudzoval z hľadiska jeho súladu s verejným záujmom, pričom v súčasnosti sa hodnotí jeho uskutočniteľnosť, sa vyznačuje veľmi širokým priestorom pre voľnú úvahu; v tejto fáze nejde o výber najlepšej ponuky na základe vopred určených technických a ekonomických kritérií, ale o posúdenie predbežnej uskutočniteľnosti návrhu projektu. Udelenie koncesie bude naopak nasledovať až v závislosti od výsledkov verejného obstarávania, a to na základe kritéria ekonomicky najvýhodnejšej ponuky; táto fáza je nezávislá od predchádzajúcej fázy, pričom je potrebné, aby sa vykonala v súlade s pravidlami verejného obstarávania, s jedinou výnimkou týkajúcou sa výhody, ktorú predstavuje prednostné právo priznané za vopred stanovených podmienok iniciátorovi projektu.
- 18 Stanovenie takejto výhody sa nezdá byť v rozpore so zásadami práva Európskej únie týkajúcimi sa transparentnosti a rovnakého zaobchádzania za predpokladu, že, ako konštatoval generálny advokát v návrhoch prednesených vo veci C-412/04, všetci uchádzači sú oboznámení s výsadami (spočívajúcimi vo výzve na účasť na rokovačom konaní a v prednostnom práve iniciátora projektu) a s kritériami hodnotenia, tak, ako to v súčasnosti zabezpečuje postup stanovený v článku 183 ods. 15 nového zákonníka verejného obstarávania.
- 19 Podľa názoru vnútroštátneho súdu sa preto zdá, že ide o vylúčenie toho, aby návrh projektového financovania na účely udelenia koncesie mohol predstavovať „predĺženie“ platnosti predchádzajúcej koncesie; na druhej strane, ak by to tak bolo, unikál by dôvod, prečo by sa mal predmetný zákaz obmedzovať iba na diaľničné koncesie. Uvedený zákaz je bezpodmienečný a abstraktný, pričom verejným obstarávateľom bráni vždy a za každých okolností v tom, aby v súvislosti s týmto druhom koncesíí využili projektové financovanie; uvedené platí nielen pre diaľničné koncesie, ktorých platnosť sa skončila ku dňu nadobudnutia účinnosti nového zákonníka verejného obstarávania alebo sa skončí čoskoro po tomto dni, ale aj pre diaľničné koncesie, ktorých platnosť sa skončí v bežnom režime.
- 20 Z tohto dôvodu sa javí byť opodstatnená otázka položená spoločnosťou Ativa týkajúca sa rozporu uvedeného ustanovenia so zásadami smernice 2014/23, najmä so zásadou uvedenou v odôvodnení 68, podľa ktorej by sa verejným obstarávateľom a obstarávateľom mala poskytnúť značná flexibilita pri stanovení a organizácii postupu vedúceho k výberu koncesionára, ako aj v článku 30 uvedenej smernice, v ktorom sa priznáva sloboda pri organizácii postupu

vedúceho k výberu koncesionára. Táto zásada sa môže vzťahovať aj na slobodu voľby, pokiaľ ide o druh postupu udeľovania koncesíí, s výhradou dodržiavania zásad transparentnosti a rovnakého zaobchádzania. S ohľadom na uvedené úvahy sa vnútroštátny súd rozhodol prerušiť konanie a položiť Súdnemu dvoru Európskej únie vyššie uvedenú prejudiciálnu otázku.

PRACOVNÝ DOKUMENT