

Zadeva C-835/19

**Povzetek predloga za sprejetje predhodne odločbe v skladu s členom 98(1)
Poslovnika Sodišča**

Datum vložitve:

18. november 2019

Predložitveno sodišče:

Consiglio di Stato (Italija)

Datum predložitve odločbe:

13. junij 2019

Tožeča stranka in pritožnica:

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

Tožene stranke in nasprotne stranke v pritožbenem postopku:

Presidenza del Consiglio dei Ministri

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti

Ministero dell'Economia e delle Finanze

Ob udeležbi:

Autorità di bacino del Po

Regione Piemonte

Predmet postopka v glavni stvari

Pritožbe na Consiglio di Stato (državni svet, Italija) v zvezi s sodbami, s katerimi je Tribunale amministrativo regionale (deželno upravno sodišče – TAR) za deželo Piemont zavrglo tožbi, ki ju je družba Autostrada Torino Ivrea Valle D'Aosta – Ativa S.p.A. (v nadaljevanju: družba Ativa) vložila proti odločbama Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti (Ministrstvo za infrastrukturo in promet, v nadaljevanju: ministrstvo), s katerima je ovrglo predloga za projektno financiranje (*project financing*), vložena s strani družbe Ativa, katerih predmet so bile, med drugim, avtocestne koncesije.

Predmet in pravna podlaga predloga za sprejetje prehodne odločbe

Predložitveno sodišče sprašuje, ali je italijanska zakonodaja v zvezi z oddajo avtocestnih koncesij, ki trenutno izključuje uporabo projektnega financiranja – ki je poseben postopek oddaje naročila za izvedbo javnih del, praviloma brez javnih finančnih stroškov – združljiva z Direktivo 2014/23, zlasti z načelom iz uvodne izjave 68 in člena 30 te Direktive, na podlagi katere bi morala biti javnim naročnikom omogočena velika prilagodljivost pri določanju in organizaciji postopka izbire koncesionarja.

Vprašanje za predhodno odločanje

Ali pravo [Evropske unije] in zlasti načela, določena z Direktivo [2014/23], zlasti svoboda pri izbiranju postopkov oddaje, ob upoštevanju načel preglednosti in [enake] obravnave v skladu z uvodno izjavo 68 in členom 30 v okviru podeljevanja koncesij, nasprotujejo nacionalnemu predpisu, ki izhaja iz člena 178(8)(a) D. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (zakonska uredba št. 50 z dne 18. aprila 2016), ki javnim naročnikom brezpogojno prepoveduje oddajanje avtocestnih koncesij, ki so se ali se bodo iztekle, v skladu s postopki, ki jih določa člen 183, ki ureja področje projektnega financiranja.

Navedene določbe prava Evropske unije

Direktiva 2014/23/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o podeljevanju koncesijskih pogodb (v nadaljevanju: Direktiva 2014/23).

Navedene nacionalne določbe

Predložitveno sodišče navaja določene pravne akte v zvezi z avtocestnimi koncesijami in projektnim financiranjem, in zlasti naslednje določbe:

Decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (zakonska uredba št. 163 z dne 12. aprila 2006) (v nadaljevanju: stari zakonik o javnih naročilih), zlasti člen 153(19), ki ureja področje projektnega financiranja na zasebno pobudo. Postopek oddajanja, urejen v tej določbi, je razdeljen na dva dela: (a) predhodna faza – za predhodno odobritev predloga za projekt, predstavljen s strani osebe vlagateljice ter kot temelj za morebitni poznejši razpis – v kateri mora javni naročnik po lastni presoji oceniti skladnost predloga z javnim interesom; (b) faza podelitve z ustreznim obvestilom ter izvedbe razpisa, na podlagi katerega je vzpostavljen odobreni projekt in v katerem pobudnik nastopa kot nosilec projekta ter je upravičen do prednostne pravice.

Člen 8k(2)(b) Decreto legge 4 aprile 2008, n. 59 (uredba-zakon št. 59 z dne 4. aprila 2008), ki izrecno priznava možnost, da se koncesijske pogodbe in pogodbe o upravljanju ter upravljanje v cestnem prometu prenesejo v sektor cest

in avtocest v skladu s postopki projektnega financiranja, določenimi v členu 153 predhodnega zakonika o javnih naročilih.

Zakonska uredba št. 50 z dne 18. aprila 2016 (v nadaljevanju: novi zakonik o javnem naročanju), ki je razveljavil stari zakonik o javnih naročilih, in zlasti:

- člen 178(1), ki prepoveduje podaljševanje avtocestnih koncesij, in (8)(a), ki je bil uveden z D. Lgs. 19 aprile 2017, n. 56 (zakonska uredba št. 56 z dne 19. aprila 2017), v skladu s katerim „javni naročniki ne smejo podeliti avtocestnih koncesij, ki so se ali se bodo iztekle, v skladu s postopki, določenimi v členu 183“;
- člen 183, ki ureja področje projektnega financiranja na podlagi novega zakonika o javnih naročilih; ta določba v odstavku 19 vsebuje nov element v primerjavi s predhodnim predpisom, saj javnemu naročniku v predhodni fazi ni treba presoditi, ali je predlog v skladu z javnim interesom, ampak izvedljivost samega predloga;
- člen 216(1), ki določa zlasti, da zadnje omenjena zakonska uredba velja za postopke in pogodbe, za katere se obvestila ali razpisi, s katerimi se začne postopek za izbiro pogodbene stranke, objavijo po datumu začetka veljavnosti te uredbe, in, pri pogodbah, za katere se ne objavijo obvestila ali razpisi, za postopke in pogodbe, v zvezi s katerimi na datum začetka veljavnosti tega zakonika še niso bila poslana povabila k oddaji ponudb;
- člen 216(23), ki določa, da so predhodni projekti v zvezi z izvedbo javnih gradenj ali gradenj v javnem interesu v zvezi s predlogi za dodelitev koncesije – za katere bila že dana izjava o javnem interesu – na podlagi člena 153 predhodnega zakonika o javnih naročilih, „ki na dan začetka veljavnosti zakonika še niso bili odobreni, „so predmet presoje ekonomske in finančne izvedljivosti ter odobritve s strani javnega naročnika v smislu določb tega zakonika“.

Kratka predstavitev dejanskega stanja in postopka v glavni stvari

- 1 Družba Ativa, koncesionarka za upravljanje z avtocestnim odsekom na območju dežele Piemont na podlagi več koncesij, zadnja od njih se je iztekla v letu 2016, je dne 25. septembra 2015 predstavila predlog za projektno financiranje za podelitev koncesije za upravljanje z avtocestnim odsekom.
- 2 Ministrstvo je z dopisom z dne 29. julija 2016 zavrnilo predlog družbe Ativa, med drugim zato, ker za koncesije za upravljanje avtocest ni bilo mogoče uveljavljati projektnega financiranja in ker predlog glede oblike in vsebine ni bil v skladu z določbami člena 153 zakonika o javnih naročilih, ki določa, da ponudnik predloži preprost osnutek projekta za izvedbo gradenj, ki jih je treba izvesti, na podlagi poznejšega razpisa, ne pa poglobljen in dokončni projekt, kot ga je predložila tožeča stranka.

- 3 Družba Ativa je vložila tožbo pri TAR za deželo Piemont, s katero je predlagala, naj se razglasi ničnost navedenega dopisa, pregleda in izjave o obveznosti ministrstva, da se izreče o javnem interesu in/ali izvedljivosti predloga tožeče stranke, ter s tem obsodba javnega naročnika, ki je pristojen za oceno javnega interesa in/ali izvedljivosti tega predloga. V tej tožbi ni bila očitana zgolj obrazložitev, ki je bila podlaga za izpodbijanje obvestila v zvezi s prekomerno poglobljenostjo predloga, temveč tudi kršitev trimesečnega roka od datuma vložitve predloga, v katerem bi moral javni naročnik ta predlog presoditi, in napačna uporaba člena 183 novega zakonika o javnih naročilih po predložitvi predloga, ki pa je veljal ob sprejetju izpodbijane odločbe.
- 4 TAR je s sodbo z dne 31. avgusta 2018 to tožbo zavrnilo, pri čemer je po eni strani izključilo, da je kršitev trimesečnega roka sama po sebi povzročila nezakonitost izpodbijanega akta, po drugi strani pa je potrdilo nedopustnost predloga družbe Aktiva, ki je bil na višji ravni od zahtevane ravni za osnutek predloga.
- 5 Družba Ativa je dne 20. septembra 2016 predložila dodatni predlog za projektno financiranje iste koncesije; ta predlog je bil zavrjen z dopisom z dne 22. maja 2017, ki je poleg ponovitve razlogov, navedenih v zvezi s prvim predlogom, navajal, da je ta isti i predlog v nasprotju s členom 178(8)(a) zakonske uredbe št. 50/2016, ki prepoveduje uporabo projektnega financiranja z namenom podelitve avtocestnih koncesij, ki so se ali se bodo iztekle. TAR za deželo Piemont je zavrnilo tožbo, ki jo je družba Ativa vložila zoper ta dopis z razlogi, ki so bili podobni razlogom, navedenim v okviru prve sodbe.
- 6 Družba Ativa je obe sodbi TAR izpodbijala pred Consiglio di Stato (državni svet), ki je predložitveno sodišče.

Bistvene trditve strank v postopku v glavni stvari

- 7 V okviru tožbe zoper prvo sodbo TAR družba Ativa navaja, da je ministrstvo izrazilo svojo voljo, da ne želi nadaljevati z izvedbo ocene njenega predloga ter želi avtocestno koncesijo podeliti družbi Anas S.p.A. na podlagi oddaje „in house“. Ministrstvo naj bi torej želelo preprečiti, da bi lahko koncesionarji na podlagi ureditve, ki se nanaša na projektno financiranje, uveljavljali zlasti prednostno pravico, ki se priznava nosilcu projekta v zvezi s predlogom za projektno financiranje (pravica, za katero ministrstvo neupravičeno meni, da škoduje konkurenci) ob izteku veljavnosti koncesijske pogodbe. Družba Ativa poleg tega meni, da naj bi bili odločitev o oddaji upravljanja avtocest „in house“ družbi Anas ter želja, da bi se lahko koncesionarjem preprečila uporaba projektnega financiranja, četudi bi bilo to v skladu z zahtevami konkurence, protislovni in nezakoniti. Na koncu je družba Ativa z vložitvijo pritožbe poudarila razloge, zaradi katerih je vložila pritožbo.
- 8 Družba Ativa s tožbo zoper drugo sodbo TAR prav tako trdi, da naj se člen 178(8)(a) novega zakonika o javnih naročilih ne bi uporabljal (niti) za njen

drugi predlog projektnega financiranja, saj gre za pravilo, ki je bilo uvedeno po predložitvi predloga. V skladu s členom 11 zakonskih določb in načelom „*tempus regit actum*“ naj bi bil torej predlog urejen na podlagi določbe, ki je veljala ob njegovi vložitvi. Poleg tega naj bi bila navedena določba v nasprotju s sistemom koncesije in javno-zasebnimi partnerstvom, ki ju opredeljuje Direktiva 2014/23. Zlasti bi bilo treba upoštevati načelo svobode postopka, ki ga mora izvajati nacionalni zakonodajalec „s tem, da javnemu naročniku in naročnikom dovoli, da ohranijo veliko prožnost pri določanju in organiziranju postopka izbire koncesionarja“ (uvodna izjava 68), tako da se lahko izbere postopek, ki je najbolj skladen z zahtevami, ki jih je treba izpolniti v skladu s členom 30 in členom 37(6) Direktive. Nasprotno pa naj bi sporni predpis nekoristno nasprotoval sistemu in neupravičeno omejeval svobodo javnih naročnikov, saj jim prepoveduje uporabo postopkov projektnega financiranja.

- 9 Nasprotne stranke v pritožbenem postopku trdijo, da se člen 178(8)(a) v obravnavanem primeru uporablja po načelu *ratione temporis* tudi ob upoštevanju dejstva, da namerava vplivati na avtocestne koncesije, „ki so se ali se bodo iztekle“, in naj bi zato za položaje, kot je ta v zadevi, zakonodajalec namenoma štel, da se uporablja za primere, kot je ta v zadevi v glavni stvari, za zagotovitev večje konkurence in v izogib dodatne krepitve predhodnih imetnikov koncesij v izteku veljavnosti, ki so jim bile podeljene brez javnega razpisa. Ti se sklicujejo na sodno prakso, v skladu s katero je treba zakonitost upravnega ukrepa ugotoviti glede na dejanski in pravni položaj, ki je obstajal na dan njegovega sprejetja.
- 10 Na podlagi teh trditev nasprotne stranke v pritožbenem postopku trdijo, da se je ureditev na podlagi novega zakonika o javnih naročilih uporabljala tudi za prvi predlog družbe Ativa še pred njegovim začetkom veljavnosti, ker se ta zadeva nanaša na fazo prehodnega postopka za javni razpis, ki bi se zgodil po začetku veljavnosti tega zakonika. Podobna rešitev bi bila potrjena na podlagi člena 216(23) istega zakonika, na podlagi katerega so predhodni projekti v zvezi s predlogi za koncesijo v skladu s členom 153 predhodnega zakonika o javnih naročilih, ki še niso bili odobreni na dan začetka veljavnosti novega zakonika, predmet presoje ekonomske in finančne izvedljivosti ter odobritve s strani javnega naročnika v smislu določb novega zakonika.
- 11 Nasprotne stranke v pritožbenem postopku poleg tega izpodbijajo argumente družbe Ativa o neskladnosti člena 178(8)(a) novega zakonika o javnih naročilih s pravom Unije. Po njihovem mnenju naj bi bil namen prepovedi, ki jo določa člen, omogočiti dostop konkurenci za zagotovitev kar najširše uporabe načel prava Unije, ki varujejo konkurenco in trg, med drugim prepoved podaljševanja vseh koncesij, vključno z avtocestnimi koncesijami (člen 178(1), zadnji stavek, tega zakonika), in s tem obveznost organiziranja postopkov javnih razpisov tudi za avtocestne koncesije, ki so se ali se bodo iztekle.

Kratka obrazložitev predloga za sprejetje predhodne odločbe

- 12 Predložitveno sodišče soglaša z navedbami nasprotnih strank v pritožbenem postopku v zvezi s sistemom uporabe načela *ratione temporis* novega zakonika za javna naročila, zlasti njegovega člena 178(8)(a). V zvezi s tem opozarja, da javni naročnik lahko spoštuje veljavni zakon samo v trenutku, ko izrazi svojo voljo; zato pravni položaj, ki je veljal na dan vložitve zahteve, razen če zakon ne določa drugače, javnega naročnika ne zavezuje, zahtevo pa je treba presoјati na podlagi predpisov, ki so veljali na dan zaključka postopka.
- 13 Prehodna ureditev iz člena 216 novega zakonika o javnih naročilih določa uporabo teh načel s tem, da v odstavku 1 določa, da dejavnost v okviru postopka javnega razpisa za izbiro izvajalca v celoti urejajo predpisi, ki veljajo na dan, ko se je postopek javnega razpisa začel, in sicer na datum objave obvestila ali obvestil o postopku (ali v primeru pogodb brez obvestila, datum pošiljanja povabil k predložitvi ponudb), v odstavku 23 pa določa, da so predhodni projekti, ki so bili predloženi na podlagi starega zakonika o javnih naročilih in še niso odobreni, predmet presoje ekonomske in finančne izvedljivosti ter odobritve s strani javnega naročnika v skladu s pravili novega zakonika o javnih naročilih.
- 14 Če predhodni predlog za koncesijo, ki je bila podeljena na podlagi stare ureditve, ob začetku veljavnosti novega zakona še ni bil odobren, je mogoče – če je primerno –, da se postopek odobritve nadaljuje v skladu z novimi predpisi; naslednji javni razpis, na podlagi katerega je treba nato izvesti odobreni izvedbeni projekt, mora upoštevati določbe novega zakonika o javnih naročilih, vključno s prepovedjo iz člena 178(8)(a); v obravnavanem primeru je torej treba upoštevati to določbo.
- 15 Glede na to ugotovitev predložitveno sodišče meni, da je treba upoštevati očitek družbe Ativa v zvezi s neskladjem med členom 178(8)(a) novega zakonika o javnih naročilih in pravom Unije. V zvezi s tem uvodoma izpostavlja, da je navedeni člen 178, ki v odstavku 1 določa prepoved podaljšanja avtocestnih koncesij, določba, ki se ne odraža neposredno v Direktivi 2014/23, temveč določa izvajanje določbe predpisov o prenosu pristojnosti, v skladu s katerimi bi bilo treba določiti začetek postopkov javnega razpisa za podelitev novih avtocestnih koncesij najmanj štiriindvajset mesecev pred iztekom obstoječih koncesij, s posebnim poudarkom na uvedbi prepovedi dogovorov o pristojnosti.
- 16 Prepoved tega odstavka 8a, ki je bila uvedena z D. Lgs. n. 56/2017 (zakonska uredba št. 56/2017) in ki se dobesedno navezuje na podeljevanje avtocestnih koncesij, ki „so ali bodo zapadle“, ni enopomenska v tem smislu, da gre za strogo prehodno ureditev – v nasprotju s tem, kar trdijo nasprotne stranke v pritožbenem postopku v zvezi s prepovedjo koncesij, ki „so ali bodo zapadle“ ob začetku veljavnosti novega zakonika o javnih naročilih. Za določbo odstavka 8a se zdi, da določa splošno prepoved podeljevanja avtocestnih koncesij s postopkom projektnega financiranja, če je infrastruktura že vključena v upravljanje prek koncesije, in bi jo bilo torej mogoče široko razlagati kot določbo, ki se ne

uporablja zgolj za prehodno obdobje, temveč tudi kot ureditev, kot je v primeru nove koncesije, ki se podeli kot nasledstvo koncesionarja v odhodu. Tukaj se torej srečujemo z dilemo glede razlage v zvezi s predpogoji glede uporabe tega pravila in njenih omejitev. Zdi se, da obe razlagi ustrezata namenu prepovedi, ki ga nasprotni stranke v pritožbenem postopku opredeljujeta pri potrebi po boju proti izogibanju prepovedi podaljševanja avtocestnih koncesij, če je predlagatelj koncesionar v odhodu kot v tem primeru.

- 17 Na splošno je treba pri projektne financiranju zaradi varovanja konkurence in zagotavljanja enakih možnosti potencialno zainteresiranih oseb, spoštovati načela postopka z objavo. Za začetno fazo določitve nosilca projekta, v okviru katere je bila v preteklosti opravljena presoja predloga glede njegove skladnosti z javnim interesom, in danes glede njegove izvedljivosti, je značilna zelo široka diskrecijska upravna pravica; v tej fazi ne gre za izbiro najboljše ponudbe na podlagi vnaprej določenih tehničnih in ekonomskih meril, temveč za presojo predhodne izvedljivosti predloga za izvedbo projekta. Nasprotno bo koncesija podeljena glede na uspešnost na javnem razpisu na podlagi merila ekonomsko najugodnejše ponudbe; ta faza je neodvisna od predhodne in se izvede prav v skladu s pravilom o objavi javnega naročila, razen v primeru ugodnosti, ki jo pomeni prednostna pravica, ki je priznana nosilcu projekta pod vnaprej določenimi pogoji.
- 18 Uvedba take ugodnosti se ne zdi v nasprotju z načeli prava Evropske unije v zvezi s preglednostjo in enako obravnavo, če so, kot je poudaril generalni pravobranilec v sklepnih predlogih v zadevi C-412/04, vsi udeleženci seznanjeni z ugodnostmi (ki vključujejo povabilo k sodelovanju v postopkih s pogajanjem in prednostno pravico nosilca projekta) ter merili ocenjevanja, kot je trenutno zagotovljeno s postopkom, ki ga določa člen 183(15) novega zakonika o javnih naročilih.
- 19 Po mnenju predložitvenega sodišča se torej zdi, da je izključeno, da je predlog projektne financiranja za podelitev koncesije mogoče šteti kot „podaljšanje“ predhodno podeljene koncesije; poleg tega, če bi bilo tako, naj ne bi bilo razumljivo, zakaj bi se morala prepoved omejiti zgolj na avtocestne koncesije. Ta prepoved je brezpogojna in abstraktna, pri čemer javnemu naročniku dosledno in v vsakem primeru preprečuje uporabo projektne financiranja za to vrsto koncesij; in to ne samo za avtocestne koncesije, ki so se ali se bodo iztekle na dan začetka veljavnosti novega zakonika, temveč tudi za avtocestne koncesije, ki se bodo iztekle po običajnem režimu.
- 20 Tako je vprašanje, ki ga je postavila družba Ativa v zvezi s spornostjo tega določila, ki izhaja iz načel Direktive 2014/23, zlasti z načelom iz uvodne izjave 68, v skladu s katerim bi bilo treba javnim naročnikom in naročnikom pustiti široko fleksibilnost pri določanju in organiziranju postopka izbire koncesionarja, in njenega člena 30, ki priznava pravico do organiziranja postopka za izbiro koncesionarja. To načelo se lahko uporablja tudi v zvezi s svobodo izbire vrste postopka podelitve koncesije ob spoštovanju načel preglednosti in enake obravnave. Predložitveno sodišče je ob upoštevanju zgoraj navedenih ugotovitev

sprejelo odločitev o prekinitvi postopka ter predložitvi zgoraj navedenega vprašanja za predhodno odločanje Sodišču Evropske unije.

DELOVNI DOKUMENT