

Věc C-332/20

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

22. července 2020

Předkládající soud:

Consiglio di Stato (Itálie)

Datum předkládacího rozhodnutí:

13. února 2020

Navrhovatelky:

Roma Multiservizi s.p.a.

Rekeep s.p.a.

Odpůrci:

Roma Capitale

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

Předmět původního řízení

Spor se týká legitimacy rozhodnutí veřejného zadavatele založeného podle veřejného práva, který vyloučil ze zadávacího řízení na výběr soukromého akcionáře v nově vznikající společnosti se smíšenou účastí seskupení sestávající ze dvou společností, neboť vlastní nepřímá účast v jedné z těchto dvou společností znamenala, že byl překročen limit účasti samotného veřejného zadavatele v nově vznikající společnosti se smíšenou účastí, který byl stanoven na 51 %.

Předmět a právní základ žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce

Výklad směrnic 2014/23/EU, 2014/24/EU a 2014/25/EU a článku 107 SFEU ve vztahu k italské právní úpravě, která omezuje veřejnou účast ve společnostech se smíšenou účastí.

Článek 267 SFEU.

Předběžné otázky

1) Je v souladu s [unijním] právem a správným výkladem bodů 14 a 32 odůvodnění, jakož i článků 12 a 18 směrnice 2014/24/EU a článku 30 směrnice 2014/23/EU, rovněž s odkazem na článek 107 SFEU, že za účelem určení minimálního limitu 30 % účasti soukromého akcionáře v nově vznikající společnosti se smíšenou účastí, což je limit, který vnitrostátní zákonodárce při provádění zásad [unijního práva] stanovených v této oblasti unijní judikaturou považuje za přiměřený, musí být zohledněno pouze formální/listinné složení výše uvedeného akcionáře, anebo zda orgán veřejné správy, který vyhláší zadávací řízení, může - nebo dokonce musí - zohlednit svou nepřímou účast v soukromém akcionáři-soutěžiteli?

2) V případě kladné odpovědi na předchozí předběžnou otázku, je v souladu a slučitelné se zásadami [unijního práva], a zejména se zásadou hospodářské soutěže, proporcionality a přiměřenosti, že orgán veřejné správy, který vyhlásí zadávací řízení, může ze zadávacího řízení vyloučit soukromého akcionáře-soutěžitele, jehož skutečná účast v nově vznikající společnosti se smíšenou účastí je v důsledku zjištěné přímé nebo nepřímé veřejné účasti ve skutečnosti nižší než 30 %?

Uplatňovaná ustanovení unijního práva

Směrnice 2014/24/EU, zejména body 14 a 32 odůvodnění, články 12 a 18

Směrnice 2014/23/EU, zejména články 3 a 30

Rozsudek Soudního dvora ze dne 15. října 2009, C-196/08, Acoset

Rozsudek Soudního dvora ze dne 22. prosince 2010, C-215/09, Mehiläinen Oy

Interpretační sdělení Evropské komise ze dne 12. dubna 2008

Zelená kniha Evropské komise ze dne 30. dubna 2004

Článek 106 SFEU

Uplatňovaná ustanovení vnitrostátního práva

Legislativní nařízení č. 175 ze dne 19. srpna 2016, „Konsolidované znění v oblasti společností s veřejnou účastí“, zejména následující články.

Článek 4 stanoví cíle, které mohou orgány veřejné správy sledovat prostřednictvím založení společností, ve kterých mají podíl: na jedné straně se

musí jednat o společnosti, jejichž činnost je nezbytně nutná pro dosažení institucionálních cílů orgánu; na druhé straně musí činnosti, které mají být provedeny, spadat mezi ty, které jsou výslovně uvedeny ve druhém odstavci této normy, tedy zejména: a) poskytování služby obecného zájmu, včetně provádění a správy sítí a zařízení určených pro uvedené služby; b) projektování a výstavba veřejné stavby na základě programové dohody mezi orgány veřejné správy; c) výstavba a správa veřejné stavby nebo organizace a správa služby obecného zájmu prostřednictvím smlouvy o partnerství.

Článek 7 odst. 5 stanoví, že soukromí akcionáři jsou nejprve identifikováni prostřednictvím postupů zadávacího řízení v souladu s čl. 5 odst. 9 legislativního nařízení č. 50 ze dne 18. dubna 2016 (zákoník o veřejných zakázkách), zatímco čl. 17 odst. 2 stanoví, že „soukromý akcionář musí splňovat kvalifikační požadavky stanovené právními nebo správními předpisy ve vztahu k plnění, pro které byla společnost založena“, kvalifikační požadavky (obecné a zvláštní, technické a ekonomicko-finanční povahy), které musí být uvedeny v oznámení o veřejné zakázce.

Článek 17 odst. 1 stanoví, že „[v]e společnostech se smíšenou účastí nesmí být podíl soukromého subjektu nižší než 30 % a jeho výběr se provádí prostřednictvím postupů zadávacího řízení [...] a současně je jeho předmětem úpis a nabytí podílu na kapitálu společnosti ze strany soukromého akcionáře a přidělení smlouvy o veřejné zakázce nebo koncesní smlouvy, která je výhradním předmětem činnosti společnosti se smíšenou účastí“.

Stručný popis skutkového stavu a původního řízení

- 1 Comune di Roma (město Řím), nazývané Roma Capitale, vyhlásilo zadávací řízení na výběr soukromého akcionáře a na přidělení integrované školní služby, která je v kompetenci Roma Capitale, akciové společnosti se smíšenou účastí, přičemž stanovilo podíl Roma Capitale na 51 % a podíl soukromého akcionáře na 49 %, a určilo, že veškeré provozní riziko ponese soukromý akcionář.
- 2 Zadávacího řízení se mimo jiné zúčastnilo vznikající seskupení mezi Roma Multiservizi s.p.a. a Rekeep s.p.a., které však bylo vyloučeno z toho důvodu, že Roma Multiservizi s.p.a. je z 51 % vlastněna společností AMA s.p.a., jejíž kapitál je zcela vlastněn samotným veřejným zadavatelem, Roma Capitale. Sečtením přímé a nepřímé účasti tudíž Roma Capitale nakonec mělo ve vznikající společnosti se smíšenou účastí skutečný podíl ve výši 73,5 %, což tedy převyšuje hranici 51 % stanovenou pro tuto veřejnou zakázku.
- 3 Společnosti Roma Multiservizi s.p.a. a Rekeep s.p.a. se u Tribunale amministrativo regionale del Lazio (regionální správní soud pro Lazio) dvěma samostatnými žalobami domáhaly zrušení rozhodnutí o vyloučení. Obě společnosti rovněž podpůrně navrhly podání žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce k Soudnímu dvoru, aby správně vyložil vnitrostátní právní úpravu v oblasti výběru soukromého akcionáře nově vznikající společnosti se smíšenou účastí.

- 4 Tribunale amministrativo regionale del Lazio (regionální správní soud pro Lazio) obě žaloby zamítl, neboť je považoval za neopodstatněné. Obě společnosti podaly kasační opravný prostředek k předkládajícímu soudu, přičemž zopakovaly návrh na podání žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce k Soudnímu dvoru.

Hlavní argumenty účastníků původního řízení

Navrhovatelky uvedly podobné důvody. Roma Multiservizi s.p.a. zejména uvedla, že:

- a) pokud jde o soukromého akcionáře, oznámení o veřejné zakázce výslovně nestanovilo, že 49 % podílu soukromého akcionáře nelze dosáhnout také prostřednictvím nepřímé veřejné účasti;
- b) rozhodnutí o vyloučení bylo v každém případě ovlivněno porušením zásady taxativnosti důvodů pro vyloučení.

Stručné odůvodnění žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce

- 5 Předkládající soud nejprve nastiňuje výše uvedenou italskou právní úpravu provádějící směrnice 2014/23/EU, 2014/24/EU a 2014/25/EU, která mimo jiné upravuje společnosti se smíšenou účastí. Tato právní úprava stanovila, že orgán veřejné správy si může pro správu určitých činností zvolit mezi „in house“ správou prostřednictvím zcela vlastněné společnosti a založením společnosti se smíšenou účastí, přičemž stanovila analytickou právní úpravu pro tento posledně uvedený model tak, aby byl slučitelný s unijním právem. Tímto způsobem byly zohledněny výtky vznesené unijní judikaturou ve vztahu k předchozí vnitrostátní právní úpravě, která vyhrazovala společnostem s převážnou nebo úplnou státní nebo veřejnou účastí, přímou nebo nepřímou, možnost uzavřít s orgánem veřejné správy - při neexistenci zadávacího řízení - dohody týkající se činností nebo služeb. Na podporu výtek bylo totiž uvedeno, že přímé zadání služby společnosti se smíšenou účastí může být využito k obcházení zásady volné hospodářské soutěže; tato zásada může být předmětem výjimek pouze tehdy, pokud jsou tyto výjimky přiměřeně odůvodněné potřebou naplnit úkol obecného hospodářského zájmu, tedy za účelem prospěšného partnerství veřejného a soukromého sektoru, jak je uvedeno v „Zelené knize“ Evropské komise ze dne 30. dubna 2004.
- 6 V tomto ohledu je třeba upřesnit a odlišit účel (ziskový) společnosti se smíšenou účastí od účelu orgánu veřejné správy, který je nesporně veřejný, což má za následek, že činnost společnosti se smíšenou účastí a služby, které nabízí, podléhají podmínkám přístupnosti, které by subjekt výlučně soukromé povahy považoval za nevýhodné. Maximální limit 70 % veřejné účasti ve společnosti se smíšenou účastí tudíž identifikuje bod, nad rámec něhož by činnost této společnosti změnila hospodářskou soutěž na trhu, jelikož by nejen učinila toto konkrétní odvětví trhu neatraktivní, ale umožnila by soukromému akcionáři společnosti se smíšenou účastí nadměrně omezit (pod 30 %) ekonomické riziko

účasti v samotném podniku. Společnost se smíšenou účastí, která má soukromého akcionáře určeného prostřednictvím zadávacího řízení s dvojným předmětem, je ostatně výsledkem judikatury Consiglio di Stato (Státní rada), která je předkládajícím soudem v projednávané věci, jež byla Soudním dvorem uznána za správnou (rozsudek ze dne 15. října 2009, C-196/08, Acoset).

- 7 Kromě toho lze také ve světle platného unijního práva uvést, že:
- a) volba orgánu veřejné správy založit společnost se smíšenou účastí je typickým projevem diskreční pravomoci, kterou zákon tomuto orgánu přiznává za účelem dosažení veřejných zájmů, které chrání;
 - b) soukromý akcionář, který musí být vybrán na základě zadávacího řízení, musí být operativní a nesmí být pouhým akcionářem, a to vzhledem ke specifčnosti úlohy, kterou musí zastávat při provádění předmětu podnikání: kromě toho je zapojení soukromého akcionáře do dosahování cílů obecného zájmu odůvodněno právě tím, že orgán veřejné správy postrádá potřebné dovednosti, kterými disponuje soukromý akcionář;
 - c) účast operativního soukromého akcionáře musí být přiměřená, tedy vhodná k umožnění provádění předmětu podnikání; tato přiměřenost byla stanovena vnitrostátním zákonodárcem, a to právě za účelem dodržování zásad unijního práva, na minimální hranici účasti 30 %; v důsledku toho je účast nižší než tato prahová hodnota sama o sobě nedostatečná k tomu, aby bylo skutečně dosažitelné uskutečňování předmětu podnikání;
 - d) souběžně nesmí veřejná účast ve společnosti se smíšenou účastí překročit 70 %.
- 8 Za účelem vyřešení sporu je třeba stanovit, zda pro účely dodržení správné prahové hodnoty účasti na vznikající společnosti se smíšenou účastí (ne více než 70 % pokud jde o veřejnou účast, ne méně než 30 % pokud jde o účast soukromého akcionáře) musí být vzata v úvahu pouze právní povaha soukromého akcionáře (kterým je z „formálního“ hlediska akciová společnost založená podle soukromého práva) nebo, pokud je zapojen veřejný kapitál, zda by se měl brát v úvahu také „materiální“ aspekt této účasti. V prvním případě - jak tvrdí navrhovatelky - by bylo upřednostněno rovné zacházení se soutěžiteli a zásada zákazu diskriminace, jakož i obecnější zásada svobody podnikání; ve druhém případě, bez zohlednění účasti veřejného kapitálu, by existovalo riziko obcházení znění vnitrostátní právní úpravy, mohlo by dojít k neefektivnosti trhu a byla by porušena zásada hospodářské soutěže, neboť by to soukromému akcionáři umožnilo nespravedlivě využívat výhod veřejné účasti. Z tohoto posledního hlediska by rozhodnutí orgánu veřejné správy (jako je v projednávané věci Roma Capitale), v rámci něhož je posouzeno složení partnerů, kteří mají v úmyslu soutěžit v rámci výběru akcionáře nově vznikající společnosti se smíšenou účastí,

a kterým je rozhodnuto o vyloučení soutěžitele, ve kterém má tento orgán významnou kapitálovou účast, mělo být považováno za slučitelné s vnitrostátními ústavními zásadami a s unijními zásadami efektivity, účinnosti, přiměřenosti a proporcionality, a to ve vztahu k zásadě hospodářské soutěže, rovného zacházení a zákazu diskriminace. Volba jedné nebo druhé možnosti výkladu je způsobila určit řešení sporu jedním způsobem nebo způsobem přesně opačným, což činí relevantním předložení předběžné výkladové otázky Soudnímu dvoru.

PRACOVNÍ DOKUMENT