

Zadeva C-28/23

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

Datum vložitve:

24. januarja 2023

Predložitevno sodišče:

Okresný súd Bratislava III (Slovaška)

Datum predložitvene odločbe:

16. januar 2023

Tožeča stranka:

NFŠ a. s.

Toženi stranki:

Slovenská republika (Slovaška republika) prek Ministerstvo
školstva, vede, výskumu a športu Slovenskej republiky

Ministerstvo školstva, vede, výskumu a športu Slovenskej republiky

Predmet postopka v glavni stvari

Predlog za sprejetje predhodne odločbe – Gradnja nogometnega stadiona – Javno naročilo gradenj – Predpogodba – Pogodba o dodelitvi nepovratnih sredstev – Opredelitev pogodbe kot javnega naročila – Absolutna in relativna neveljavnost pogodbe – Direktive 2004/18/EU, 2014/24/EU in 89/665/EGS

Predmet in pravna podlaga predloga za sprejetje predhodne odločbe

Razlaga prava Unije, člen 267 PDEU

Vprašanja za predhodno odločanje

1. Ali pogodba o dodelitvi nepovratnih sredstev in predpogodba, sklenjena med ministrstvom (državo) in zasebnopravnim subjektom, izbranim na nekonkurenčen način, pomenita „javno naročilo gradenj“ v smislu člena 1(2)(b) Direktive 2004/18 ali člena 2(6)(c) Direktive 2014/24, če pogodba o dodelitvi nepovratnih sredstev pomeni državno pomoč, ki jo je odobrila Evropska komisija v smislu člena 107(3)(c) PDEU, in pogodba o dodelitvi nepovratnih sredstev vsebuje obveznost države, da dodeli nepovratna sredstva, in obveznost osebe zasebnega prava, da zgradi objekt v skladu s pogoji, ki jih določi ministrstvo, in omogoči športni organizaciji uporabo dela tega objekta, predpogodba pa določa enostransko opcijo, na podlagi katere lahko oseba zasebnega prava od države zahteva, naj odkupi zgrajeni objekt, pri čemer ti pogodbi predstavljata časovno in vsebinsko povezan okvir medsebojnih obveznosti med ministrstvom in zasebnopravnim subjektom?

2. Ali člen 1(2)(b) Direktive 2004/18 in člen 2(6)(c) Direktive 2014/24 nasprotujeta nacionalni ureditvi države članice, v skladu s katero je pravni posel, ki je po svoji vsebini ali namenu v nasprotju z zakonom ali pomeni obid zakona ali je v nasprotju z dobrimi običaji, absolutno neveljaven (in sicer od začetka/*ex tunc*), če gre pri tej kršitvi zakona za resno kršitev pravil o oddaji javnih naročil?

3. Ali člena 2d(1)(a) in 2d(2) Direktive 89/665 nasprotujeta ureditvi v nacionalnem pravu države članice, v skladu s katero je pravni posel, ki je po svoji vsebini ali namenu v nasprotju z zakonom ali pomeni obid zakona ali je v nasprotju z dobrimi običaji, absolutno neveljaven (in sicer od začetka/*ex tunc*), če gre pri tej kršitvi zakona za resno kršitev (obid) pravil o oddaji javnih naročil, kot je to v postopku v glavni stvari?

4. Ali je treba člen 1(2)(b) Direktive 2004/18 ali člen 2(6)(c) Direktive 2014/24 razlagati tako, da ti določbi nasprotujeta temu, da se predpogodbi o prodaji, kakršna je ta v postopku v glavni stvari, priznajo *ex tunc* pravni učinki?

Navedene določbe prava Unije

Direktiva 2004/18/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 31. marca 2004 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil gradenj, blaga in storitev: člen 1(2)(b)

Direktiva 2014/24/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o javnem naročanju in razveljavitvi Direktive 2004/18/ES; člen 2(6)(c), člen 18(1)

Direktiva Sveta z dne 21. decembra 1989 o usklajevanju zakonov in drugih predpisov o uporabi revizijskih postopkov oddaje javnih naročil za preskrbo in javnih naročil za gradnje (89/665/EGS); člen 2d(1)(a) in člen 2d(2)

Sodba Sodišča z dne 29. oktobra 2009, Komisija/Nemčija, C-536/07 (ECLI:EU:C:2009:664), točka 57.

Sodba Sodišča z dne 10. julija 2014, Impresa Pizzarotti, C-213/13 (ECLI:EU:C:2014:2067), točke 41, 43 in 44.

Sodba Sodišča z dne 12. maja 2022, Komisija/Avstrija (Najem še nezgrajene stavbe), C-573/19 (ECLI:EU:C:2021:319), točki 49 in 50.

Navedene določbe nacionalnega prava

Zákon z 26. februára 1964 č. 40/1964 Zb. Občiansky zákonník (zakon z dne 26. februarja 1964, št. 40/1964 o Civilnem zakoniku), kakor je bil spremenjen (v nadaljevanju: Civilni zakonik):

- člen 39: „Pravni posel, katerega vsebina ali namen je v nasprotju z zakonom ali pomeni obid zakona ali je v nasprotju z dobrimi običaji, je neveljaven“ (absolutna neveljavnost pravnega posla).
- člen 40a: „Če razlog za neveljavnost pravnega posla izhaja iz določb členov 49a, 140, 145(1), 479, 589 in 701(1), se šteje, da je pravni posel veljaven, če se tisti, na katerega se pravni posel nanaša, ne sklicuje na neveljavnost pravnega posla. Na neveljavnost se ne more sklicevati tisti, ki jo je sam povzročil. Enako velja, če pravni posel ni bil sklenjen v obliki, ki so jo določile stranke (člen 40). Če je pravni posel v nasprotju s splošno veljavnim pravnim pravilom, ki se nanaša na cene, je neveljaven le v delu, v katerem je v nasprotju s tem pravilom, če se na neveljavnost pravnega posla sklicuje oseba, na katero se pravni posel nanaša. (relativna neveljavnost pravnega posla)

Zákon zo 14. decembra 2005 č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov (zakon z dne 14. decembra 2005 št. 25/2006 o javnih naročilih ter o spremembi in dopolnitvi nekaterih zakonov), kakor je bil spremenjen; člen 1(2)(m), člen 1(7), člen 3(3) in člen 147a

Zákon z 18. novembra 2015 č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov (zakon z dne 18. novembra 2015 št. 343/2015 o javnih naročilih ter o spremembi in dopolnitvi nekaterih zakonov), kakor je bil spremenjen; člen 1(2)(c), člen 3(3), člen 10(3), člen 181(1) in člen 181(11)

Kratka predstavitev dejanskega stanja in postopka v glavni stvari

- 1 Vlada Slovaške republike (v nadaljevanju: vlada) je med letoma 2006 in 2013 sprejela več sklepov z namenom izgradnje Národný futbalový štadión (nacionalni nogometni stadion, v nadaljevanju: stadion) na Slovaškem, ki bi ustrezal standardom UEFA. Investitorja/izvajalca projekta je bilo treba izbrati z odprtim postopkom.
- 2 Vlada je 10. julija 2013 brez razpisnega postopka ali natečaja sprejela sklep št. 400/2013, na podlagi katerega naj bi Ministerstvo školstva, vede, výskumu a športu Slovenskej republiky (ministrstvo za šolstvo, znanost, raziskave in šport Slovaške republike, v nadaljevanju: ministrstvo za šolstvo) z določeno družbo, in sicer Národný futbalový štadión, a. s. (pravni predhodnik tožeče stranke, družbe NFŠ, a. s.), sklenilo memorandum, v katerem naj bi bili določeni pogoji za dodelitev nepovratnih sredstev in izgradnjo stadiona. Končno besedilo memoranduma je bilo že del zadevnega sklepa vlade. Memorandum o spolupráci pri realizácii výstavby a prevádzke športovej infraštruktúry „Národný futbalový štadión“ (Memorandum o sodelovanju pri realizaciji gradnje in uporabi športne infrastrukture „nacionalni nogometni stadion“, v nadaljevanju: memorandum), je bil podpisan 11. julija 2013.
- 3 Ministrstvo za šolstvo in družba Národný futbalový štadión, a. s. sta 15. avgusta 2013 sklenila Zmluva o podmienukach poskytnutia dotácie na výstavbu Národného futbalového štadióna (pogodba o pogojih dodelitve nepovratnih sredstev za gradnjo nacionalnega nogometnega stadiona, v nadaljevanju: pogodba o pogojih dodelitve nepovratnih sredstev). V skladu z določbami te pogodbe je bil v 60 dneh po začetku njene veljavnosti, in sicer 20. septembra 2013, objavljen razpis za zbiranje prošenj za dodelitev nepovratnih sredstev na področju športa št. 2013-11 „Národný futbalový štadión“ (v nadaljevanju: razpis za zbiranje prošenj). V skladu z razpisom za zbiranje prošenj je bil kot subjekt, upravičen do predložitve prošnje, navedena izključno družba Národný futbalový štadión, a. s.
- 4 Ministrstvo za šolstvo in družba Národný futbalový štadión, a. s., sta 21. novembra 2013 na podlagi razpisa za zbiranje prošenj sklenila Zmluva o poskytnutí dotácie zo štátneho rozpočtu (pogodba o dodelitvi nepovratnih sredstev iz državnega proračuna). Nepovratna sredstva so bila dodeljena brez izbire izmed širšega kroga zainteresiranih strani (to je brez javnega razpisa), saj je bil edini upravičeni subjekt družba Národný futbalový štadión, a. s., kot je navedeno v sklepu vlade 400/2013.
- 5 Ministrstvo za šolstvo se je zavezalo, da bo dodelilo nepovratna sredstva v višini 27.200.000 EUR za projekt izgradnje stadiona.

- 6 Družba Národný futbalový štadión, a. s., se je zavezala, da bo sofinancirala stadion v višini najmanj 60 % stroškov gradnje.
- 7 Ministrstvo za šolstvo je 10. maja 2016 v imenu Slovaške republike, kot bodoči kupec, z družbo NFŠ, a. s. sklenilo Zmluva o budúcej (kúpnej) zmluve č. 0385/2016 (predpogodba (o nakupu) št. 0385/2016, v nadaljevanju: predpogodba), ki določa pogoje za sklenitev dogovorjene pogodbe o prodaji stadiona na podlagi poziva družbe NFŠ, a. s, pri čemer naj bi pri prodaji prišlo do prenosa tveganj, povezanih z lastništvom in uporabo stadiona, na Slovaško republiko. Del predpogodbe so bile priloge, v katerih so bile navedene podrobne specifikacije tehničnih parametrov in materialov zgrajene stavbe – stadiona. Značilnosti zgradbe je torej določila Slovaška republika, ki jo je zastopalo Ministrstvo za izobraževanje.
- 8 Istega dne, in sicer 10. maja 2016, sta ministrstvo za šolstvo in tožeča stranka sklenila aneks št. 1 k pogodbi o dodelitvi nepovratnih sredstev, s katerim sta Slovenský futbalový zväz (slovaška nogometna zveza, Slovaška), odzvela možnost brezplačne uporabe nekaterih delov stadiona.
- 9 Pravni učinek predpogodbe je bil odvisen od izpolnitve treh pogojev, in sicer (1) objave pogodbe v državnem centralnem registru pogodb, (2) izdaje sklepa Evropske komisije o oceni transakcij, predvidenih v predpogodbi in pogodbi o dodelitvi nepovratnih sredstev, z vidika dopustnosti državne pomoči in (3) izdaje mnenja Úrad pre verejné obstarávanie Slovenskej republiky (urad za javna naročila, Slovaška, v nadaljevanju: urad), kot organa, pristojnega za nadzor nad javnimi naročili, o skladnosti transakcij, predvidenih v predpogodbi, s pravili javnega naročanja.
- 10 Evropska komisija je s sklepom SA.46530 z dne 24. maja 2017 državno pomoč v obliki zgoraj opisane dodelitve nepovratnih sredstev in opcije prodaje razglasila za združljivo z notranjim trgov v smislu člena 107(3)(c) PDEU, kar je pomenilo, da je bil izpolnjen drugi od zgoraj navedenih pogojev za nastanek pravnih učinkov predpogodbe.
- 11 Kar zadeva tretji od zgoraj navedenih pogojev za nastanek pravnih učinkov predpogodbe urad kljub zahtevi ministrstva za šolstvo ni izdal nobenega zavezujočega mnenja niti ni izvedel nobenega nadzora v zvezi s transakcijo iz predpogodbe, in torej ni odobril transakcije določene v predpogodbi. Predsednik urada je poslal le nezavezujoč odgovor v obliki dopisa z dne 8. julija 2016.
- 12 Trenutno pred sodišči potekajo naslednji spori: (1) ministrstvo za izobraževanje in Slovaška republika tožita družbo NFŠ, a. s., za vračilo celotnega zneska nepovratnih sredstev v višini 27.200.000 EUR, skupaj z obrestmi in stroški, ker je pogodba o dodelitvi nepovratnih sredstev absolutno neveljavna zaradi neskladnosti z zakonom, (2) družba NFŠ, a. s., toži ministrstvo za šolstvo in Slovaško republiko, ker je določila besedilo določbe predpogodbe, ki določa postopek izračuna prodajne cene stadiona in je ni mogoče izvršiti, (3) družba NFŠ,

a. s. toži Slovaško republiko in ministrstvo za šolstvo za plačilo pogodbene kazni v višini 48.000.000 EUR, ker ni sklenila dogovorjene pogodbe o prodaji stadiona pod pogoji iz te predpogodbe, in (4) družba NFŠ, a. s. toži Slovaško republiko in ministrstvo za šolstvo za povračilo škode v višini 47.349.262,73 EUR v zvezi s projektom stadiona, skupaj z obrestmi in stroški.

Bistvene trditve strank v postopku v glavni stvari

- 13 Tožeča stranka trdi, da brez državne podpore v obliki nepovratnih sredstev in opcije prodaje zasebni vlagatelj (tožeča stranka) gradnje stadiona ne bi mogel izvesti. Državna podpora za ta projekt je bila sestavljena iz dveh instrumentov, in sicer iz nepovratnih sredstev, zagotovljenih v okviru pogodbe o pogojih dodelitve nepovratnih sredstev, in opcije, določene v predpogodbi. Po mnenju tožeče stranke sta pogodba o pogojih dodelitve nepovratnih sredstev in memorandum skupaj tvorila pravni okvir, ki naj bi ji zagotovil, da bo v primeru uspešnega kandidiranja na razpisu za zbiranje prošenj za dodelitev nepovratnih sredstev za izgradnjo stadiona dobila državno podporo.
- 14 Tožeča stranka nadalje trdi, da iz predpogodbe ne izhaja obveznost gradnje in poznejše prodaje stadiona ministrstvu za šolstvo. Po mnenju tožeče stranke predpogodba namreč ne ustreza opredelitvi javnega naročila, saj mora v skladu s sodno prakso Sodišča Evropske unije pogodba, da bi se lahko štela za javno naročilo, povzročiti obstoj obveznosti izvedbe določenih del, katerih izvedbo je mogoče zahtevati pred sodiščem. Zadevna predpogodba pa ne vsebuje takšne obveznosti. Tožeča stranka izpodbija odplačno naravo predpogodbe in trdi, da je predmet predpogodbe le opcija, ki je bila priznana tožeči stranki, in ne njena obveznost, da izpolni pogodbo.
- 15 Ministrstvo za šolstvo trdi, da so bila pri gradnji stadiona kršena pravila o javnih naročilih. Meni, da je bila sklenitev pogodbe o dodelitvi nepovratnih sredstev iz državnega proračuna v nasprotju z zakonom, saj so bila nepovratna sredstva dodeljena in pogodba sklenjena na podlagi razpisa, ki ni določal natečajnega postopka, v okviru katerega bi se lahko za sredstva potegovali različni prosilci. Zato je po mnenju ministrstva za šolstvo pogodba o dodelitvi nepovratnih sredstev neveljavna v smislu člena 39 civilnega zakonika (absolutna neveljavnost).
- 16 Ministrstvo za šolstvo nadalje trdi, da z neuporabo postopkov javnega naročanja in v bistvu neposredno oddajo naročila družbi NFŠ, a.s., niso bili kršeni le predpisi o javnem naročanju, temveč tudi drugi predpisi Slovaške republike, ki določajo uporabo natečaja oziroma obveznost varčnega in učinkovitega upravljanja javnih sredstev.
- 17 Ministrstvo za šolstvo meni, da pogodba o dodelitvi nepovratnih sredstev iz državnega proračuna in predpogodba določata medsebojno povezan sklop vzajemnih pravic in obveznosti ministrstva za šolstvo in NFŠ, a. s., s katerim je prišlo do načrtnega izogibanja ureditvi iz zakon č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov (zakon št. 25/2006 o javnih

naročilih ter o spremembi in dopolnitvi nekaterih zakonov), kakor je bil spremenjen, ali iz zakon č. 343/2015 Z. z. o javnem obstarávan (zakon št. 343/2015 o javnih naročilih), zato je zaradi nasprotja z zakonom o javnih naročilih oziroma obida tega zakona od samega začetka absolutno neveljavna.

- 18 Ministrstvo za šolstvo meni, da bi moral biti izvajalec ali investitor izbran na podlagi preglednega natečaja in se ne bi smelo dajati prednosti določenemu subjektu zasebnega prava.
- 19 Ministrstvo za šolstvo trdi, da so bili v pogodbi o dodelitvi nepovratnih sredstev določeni pogoji, ki jih je moral stadion izpolnjevati (stadion je moral biti kategorije 4 v smislu direktive UEFA, izpolnjevati je moral določene zahteve glede kapacitet, opreme, dimenzij, tehničnih parametrov, priprave športnikov itd.). Ministrstvo za šolstvo je bilo član odbora, ki je vodil in nadzoroval gradnjo stadiona, zato je imelo možnost dajati pripombe o poteku gradnje in uporabe ter o drugih vprašanjih v zvezi z gradnjo, financiranju ter analizami in mnenji zunanjih svetovalcev. Naloge in nadzor nadzornega odbora so bile prav tako urejene neposredno v predpogodbi (točka 4.1.1 predpogodbe).
- 20 Poleg tega ministrstvo za šolstvo meni, da točka 2.2 predpogodbe izrecno določa denarno nadomestilo z izračunom prodajne cene (vključno z navedbo njene zgornje meje). Predpogodba torej določa postopek, po katerem se določi cena, po kateri mora država kupiti stadion na podlagi dogovorjene prodajne pogodbe. Celotno transakcijo, določeno v predpogodbi, je torej mogoče realno ovrednotiti v denarju in ni pomembno, ali je končni znesek naveden v dogovorjeni prodajni pogodbi, saj je že iz predpogodbe nedvomno razvidno, da gre pri pogodbenih strankah za odplačno transakcijo. Sprejetje koncepta „odplačnost/neodplačnost“, ki ga je predstavila družba NFŠ, a.s., bi privedlo do tega, da bi bilo v praksi mogoče s to naklepno in nezakonito metodo vsako odplačno pogodbo spremeniti v neodplačno, in sicer tako, da bi bila dogovorjena odplačna pogodba kot obveznost zajeta v predpogodbi, pri čemer bi bila pravica do „enostranske opcije“ sklenitve dogovorjene odplačne pogodbe priznana samo eni pogodbeni stranki (ponudniku).

Povzetek obrazložitve predloga za sprejetje predhodne odločbe

- 21 Treba je pojasniti, ali (i) pogodba o dodelitvi nepovratnih sredstev za gradnjo stavbe, ki bo poleg komercialnega namena služila tudi javni promociji športa, in (ii) predpogodba, sklenjena med ministrstvom za šolstvo (država) in zasebnopravnim subjektom, izbranim brez natečajnih postopkov, pomenita

„javno naročilo gradenj“ v smislu člena 1(2)(b) Direktive 2004/18/ES ali člena 2(6)(c) Direktive 2014/23/EU, če:

- pogodba o dodelitvi nepovratnih sredstev pomeni državno pomoč, ki jo je odobrila Evropska komisija v smislu člena 107(3)(c) PDEU,

- je predmet obveznosti, ki jih zajema pogodba o dodelitvi nepovratnih sredstev, obveznost države, da zagotovi nepovratna sredstva, in obveznost osebe zasebnega prava, da zgradi objekt v skladu s pogoji, ki jih določi ministrstvo za šolstvo, in športni organizaciji omogoči uporabo dela tega objekta, in
 - je predmet obveznosti, zajetih v predpogodbi, enostranska opcija, priznana subjektu zasebnega prava, ki pomeni obveznost države, da odkupi zgrajeni objekt,
 - pri čemer ti pogodbi zagotavljata medsebojno povezan časovni in vsebinski okvir vzajemnih obveznosti med ministrstvom za šolstvo in subjektom zasebnega prava.
- 22 Stranke v postopku v glavni stvari poudarjajo, da v pravni teoriji in sodni praksi ni bilo rešeno vprašanje, ali ima kršitev zakona o javnih naročilih za posledico absolutno neveljavnost pogodbe (neveljavnost od samega začetka - *ex tunc*) ali relativno neveljavnost pogodbe (*ex nunc*).
- 23 V zvezi s tem tožeča stranka v tožbi za ugotovitev vsebine predpogodbe v delu, ki se nanaša na določitev prodajne cene, poudarja, da „v pravni teoriji in sodni praksi ni bilo rešeno vprašanje, ali ima kršitev zakona o javnih naročilih za posledico absolutno neveljavnost pogodbe ali relativno neveljavnost pogodbe“. Tožeča stranka v zvezi s tem navaja, da se na neveljavnost pravnega posla (pogodbe) ne more sklicevati tisti, ki je neveljavnost povzročil (člen 40a civilnega zakonika).
- 24 Ministrstvo za šolstvo zahteva ugotovitev absolutne neveljavnosti pravnega posla (pogodbe), ker sporni sklop pogodb pomeni očitno izogibanje pravilom o javnih naročilih, ki jih urejata zakon o javnih naročilih in pravo Unije.
- 25 Sodna praksa na nacionalni ravni glede tega vprašanja ni enotna. Tožeča stranka se sklicuje na sodbe Krajský súd v Bratislave (okrožno sodišče v Bratislavi, Slovaška), ki je v zvezi s kršitvijo pravil o javnih naročilih uporabilo koncept relativne neveljavnosti pogodbe. Ministrstvo za šolstvo pa se sklicuje na odločbo Ústavný súd (ustavno sodišče, Slovaška republika), ki kršitev pravil o javnih naročilih povezuje z absolutno neveljavnostjo *ex tunc*, in odločbo Krajský súd v Bratislave (okrožno sodišče v Bratislavi), v kateri je to sodišče odločilo, da oddaja naročila, ki bi morala biti oddano v skladu s postopkom, predpisanim z zakonom [o javnih naročilih], vendar ni bilo oddano na ta način, prav tako povzroči absolutno neveljavnost take pogodbe.
- 26 Glede na navedeno je treba ugotoviti, ali člena 2d(1)(d) in 2d(2) Direktive 89/665 nasprotujeta ureditvi v nacionalnem pravu države članice, v skladu s katero je pravni posel, ki je po svoji vsebini ali namenu v nasprotju z zakonom ali pomeni obid zakona ali je v nasprotju z dobrimi običaji, absolutno neveljaven (in sicer od začetka/*ex tunc*), če gre pri tej kršitvi zakona za resno kršitev (obid) pravil o oddaji javnih naročil.