Sbírka soudních rozhodnutí

STANOVISKO GENERÁLNÍHO ADVOKÁTA
MACIEJE SZPUNARA
přednesené dne 24. února 2022 [1]

Věc C-332/20

Roma Multiservizi SpA,
Rekeep SpA
proti
Roma Capitale,
Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

[žádost o rozhodnutí o předběžné otázce podaná Consiglio di Stato (Státní rada, Itálie)]

„Řízení o předběžné otázce – Veřejné zakázky – Koncesní smlouvy – Přidělení správy integrativní školské služby společnosti se smíšeným kapitálem – Určení soukromého společníka na základě zadávacího řízení – Požadavek účasti soukromého společníka na kapitálu společnosti se smíšeným kapitálem ve výši nejméně 30 % – Nepřímá účast veřejného zadavatele na kapitálu soukromého společníka“

I. Úvod

1. Tato žádost o rozhodnutí o předběžné otázce poskytuje Soudnímu dvoru příležitost upřesnit jeho judikaturu týkající se způsobu, jakým unijní právo pojímá institucionalizované partnerství veřejného a soukromého sektoru (dále jen „PPP“), ke kterému se veřejní zadavatelé někdy uchylují namísto „tradičního“ zadávání veřejných zakázek nebo udělování koncesí.

2. Ačkoli žádná závazná ustanovení unijního práva výslovně neupravují PPP [2], Evropská komise jej přesto definuje jako formu spolupráce mezi veřejnými a soukromými partnery, která zakládá subjekt se smíšeným kapitálem, jenž plní veřejné zakázky nebo koncese [3], a je předmětem judikatury Soudního dvora. Soudní dvůr měl mimo jiné za to, že unijní právo obecně nebrání tomu, aby bylo použito řízení v souvislosti s PPP, jehož prostřednictvím je vybrán partner soukromého sektoru a zakázka nebo koncese je přidělena entitě veřejného a soukromého sektoru, která má být založena [4].

[1] – Původní jazyk: francouzština.

[2] – K jednotlivým formám partnerství veřejného a soukromého sektoru, zejména PPP, podle unijního práva viz Bovis, Ch., „Chapter 18: Public service partnerships“, *Research Handbook on EU Public Procurement Law*, pod vedením Bovis, Ch., Edward Elgar, Cheltenham-Northampton, 2016, s. 554 a násl.

[3] – Viz Zelená kniha o partnerství veřejného a soukromého sektoru a právu Společenství o veřejných zakázkách a koncesích [COM(2004) 327 final], bod 54.

[4] – Viz zejména rozsudek ze dne 15. října 2009, Acoset (C-196/08, dále jen „rozsudek Acoset“, EU:C:2009:628).

3. Neexistence ustanovení unijního práva upravujících PPP je podle všeho příčinou obtíží, které vyvstaly ve věci, která je předmětem projednávané žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce, a které se odrážejí ve struktuře a obsahu tohoto stanoviska. Z hlediska unijního práva není právní problém nastolený v projednávané věci jasně vymezen ani přesně zasazen do souvislostí.

4. Po podrobném prostudování této žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce jsem dospěl k závěru, že otázky položené předkládajícím soudem směřují k tomu, zda způsob, jakým veřejný zadavatel dospěl k výpočtu soukromé účasti na smíšeném kapitálu entity, která má být založena, a následně vyloučil uchazeče ze zadávacího řízení, je slučitelný se směrnicí 2014/23/EU[5] nebo směrnicí 2014/24/EU[6].

II. Právní rámec

A. Unijní právo

1. Směrnice 2014/23

5. Článek 3 směrnice 2014/23 stanoví:

„1. Veřejní zadavatelé a zadavatelé jednají s hospodářskými subjekty na základě rovnosti a zákazu diskriminace a postupují transparentním a přiměřeným způsobem.

Udělování koncesí včetně stanovení odhadované hodnoty nelze koncipovat se záměrem vyloučit je z oblasti působnosti této směrnice nebo neoprávněně zvýhodňovat nebo znevýhodňovat určité hospodářské subjekty nebo určité stavební práce, dodávky nebo služby.

2. Veřejní zadavatelé a zadavatelé usilují o zajištění transparentnosti koncesního řízení a plnění koncese v souladu s článkem 28.“

6. Článek 30 odst. 1 a 2 této směrnice stanoví:

„1. Veřejný zadavatel nebo zadavatel má možnost stanovit způsob a průběh řízení vedoucího k výběru koncesionáře, dodrží-li ustanovení této směrnice.

2. Při stanovení způsobu a průběhu koncesního řízení musejí být dodrženy zásady stanovené v článku 3. Veřejný zadavatel nebo zadavatel v průběhu koncesního řízení zejména nesmí poskytovat informace diskriminačním způsobem, jenž může některé zájemce nebo uchazeče zvýhodnit před ostatními.“

7. Článek 38 odst. 1 uvedené směrnice stanoví:

„Veřejní zadavatelé a zadavatelé ověří podmínky pro účast týkající se odborné a technické způsobilosti a finanční a ekonomické situace zájemců nebo uchazečů, a to na základě vlastních prohlášení, dokladu nebo dokladů, jež mají být předloženy jako důkaz v souladu s požadavky v oznámení o zahájení koncesního řízení, které nesmí být diskriminační a musí být úměrné

[5] – Směrnice Evropského parlamentu a Rady ze dne 26. února 2014 o udělování koncesí (Úř. věst. 2014, L 94, s. 1).

[6] – Směrnice Evropského parlamentu a Rady ze dne 26. února 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES (Úř. věst. 2014, L 94, s. 65).

předmětu koncese. Podmínky pro účast musí souviset s potřebou zajistit, aby byl koncesionář schopný plnit danou koncesi, a být této potřebě úměrné, přičemž je nutné zohlednit předmět koncese a to, že je třeba zajistit skutečnou soutěž.“

2. Směrnice 2014/24

8. Článek 18 odst. 1 směrnice 2014/24 stanoví:

„Veřejní zadavatelé jednají s hospodářskými subjekty na základě zásady rovného zacházení a nediskriminace a postupují transparentním a přiměřeným způsobem.

Zadávání zakázek nelze koncipovat se záměrem vyloučit je z oblasti působnosti této směrnice nebo uměle zúžit hospodářskou soutěž. Hospodářská soutěž se považuje za uměle zúženou, pokud je zadávací řízení na veřejnou zakázku koncipováno se záměrem bezdůvodně zvýhodňovat nebo znevýhodňovat určité hospodářské subjekty.“

9. Článek 58 odst. 1 této směrnice stanoví:

„Kvalifikační kritéria pro výběr se mohou týkat:

a) vhodnosti pro výkon odborné činnosti;

b) ekonomické a finanční situace;

c) technické a odborné způsobilosti.

Veřejní zadavatelé mohou kritéria uvedená v odstavcích 2, 3 a 4 hospodářským subjektům uložit pouze jako požadavky pro účast. Požadavky omezí na ty, které zajišťují, aby měl zájemce nebo uchazeč právní a finanční způsobilost a technické a odborné schopnosti pro plnění veřejné zakázky, která má být zadána. Veškeré požadavky musí souviset s předmětem veřejné zakázky a být vzhledem k předmětu veřejné zakázky přiměřené.“

B. Italské právo

10. V italském právu je právní úprava smíšených společností upravena decreto legislativo n. 175 – Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica (legislativní nařízení č. 175 obsahující konsolidované znění v oblasti společností s veřejnou účastí) ze dne 19. srpna 2016[7], ve znění použitelném na spory v původním řízení (dále jen „legislativní nařízení č. 175“).

11. Cílem legislativního nařízení č. 175 je podle článku 1 zajistit efektivní správu veřejných účastí, chránit a podporovat hospodářskou soutěž a trh a racionalizovat a snížit veřejné výdaje. Toto legislativní nařízení stanoví, že veřejná správa si může pro správu dotčených činností uvedených v článku 4 zvolit mezi interní správou prostřednictvím společnosti, v níž drží celý kapitál, a založením společnosti se smíšeným kapitálem, a podrobně upravuje tuto druhou alternativu tak, aby byla slučitelná s unijním právem.

[7] – GURI č. 210, ze dne 8. září 2016, s. 1.

12. Co se týče této druhé alternativy, čl. 17 odst. 1 legislativního nařízení č. 175 uvádí:

„Ve společnostech se smíšenou účastí veřejného a soukromého sektoru nesmí být procentní podíl účasti soukromé osoby nižší než 30 % a výběr této soukromé osoby se provádí prostřednictvím zadávacího řízení v souladu s čl. 5 odst. 9 legislativního nařízení č. 50 z roku 2016[8] a současně je jeho předmětem úpis nebo nabytí účasti ze strany soukromého společníka a zadání zakázky nebo udělení koncese, která je výhradním předmětem činností smíšené společnosti."

III. Skutkový stav ve věci v původním řízení

13. Město Řím vyhlásilo v průběhu roku 2018 zadávací řízení, jehož dvojím cílem bylo jednak vybrat soukromého společníka, s kterým založí společnost se smíšeným veřejným a soukromým kapitálem (dále jen „smíšená společnost, která má být založena"), a jednak zadat této společnosti integrativní školskou službu v hodnotě, která byla odhadnuta na 277 479 616,21 eur, spadající do působnosti města Řím. Podle dokumentace k zadávacímu řízení muselo město Řím držet 51 % základního kapitálu uvedené společnosti a zbývajících 49 % měl získat soukromý společník, který měl nést veškeré provozní riziko.

14. Nabídku podalo seskupení složené ze společností Roma Multiservizi SpA a Rekeep SpA.

15. Rozhodnutím č. 435 ze dne 1. března 2019 (dále jen „rozhodnutí o vyloučení") bylo toto seskupení vyloučeno z probíhajícího řízení z důvodu, že společnost Roma Multiservizi byla z 51 % držena společností AMA SpA, jejíž kapitál byl zcela držen městem Řím, a že přijetí nabídky uvedeného seskupení by vedlo k tomu, že by město Řím fakticky drželo účinný podíl ve výši 73,5 % ve smíšené společnosti, která má být založena[9], čímž by byla překročena hranice 51 % stanovená v dokumentaci k zadávacímu řízení.

16. Společnosti Rekeep a Roma Multiservizi napadly toto rozhodnutí u Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (regionální správní soud pro Lazio, Itálie), který jejich žaloby zamítl dvěma rozsudky vydanými dne 18. června 2019.

17. Společnosti Rekeep a Roma Multiservizi podaly proti těmto dvěma rozsudkům odvolání k předkládajícímu soudu.

18. Z vyjádření těchto účastníků řízení vyplývá, že v průběhu projednávání jejich odvolání město Řím zadalo na základě jednacího řízení výkon dotčené služby CNS.

[8] – Legislativní nařízení č. 50 – Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonche' per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture (legislativní nařízení č. 50, kterým se provádějí směrnice 2014/23/EU, 2014/24/EU a 2014/25/EU o zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb, a kterým se reorganizuje platná právní úprava v oblasti veřejných zakázek na stavební práce, služby a dodávky) ze dne 18. dubna 2016 (běžný dodatek k GURI č. 91 ze dne 19. dubna 2016).

[9] – Účinný podíl ve výši 51 % totiž vyplýval již z dokumentace k zadávacímu řízení. Podle těchto dokumentů musí město Řím držet 51 % základního kapitálu ve smíšené společnosti, která má být založena. Pokud jde o zbývající část (73,5 % – 51 % = 22,5 %), účinný podíl ve výši 22,5 % v této společnosti měl vyplývat ze skutečnosti, že účast společnosti Roma Multiservizi v seskupení vytvořeném se společností Rekeep činila přibližně 90 %. V důsledku toho by 51 % účast společnosti AMA, jejíž kapitál plně drží město Řím, na kapitálu společnosti Rome Multiservizi, znamenala účinný podíl města Řím ve smíšené společnosti, která má být založena, ve výši 22,5 % (22,5 % = 49 % × 90 % × 51 %). V písemných vyjádřeních totiž společnosti Rekeep a Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa (dále jen „CNS") uvádějí, že bylo stanoveno, že toto seskupení bude z 10 % drženo společností Rekeep, jakožto zmocnitelem, a z 90 % společností Roma Multiservizi, jakožto hlavním zmocněncem, a že se tyto společnosti upisují do kapitálu smíšené společnosti, která má být založena s městem Řím, v poměru k jejich podílu v tomto seskupení.

IV. Řízení před Soudním dvorem a předběžné otázky

19. Za těchto okolností Consiglio di Stato (Státní rada, Itálie) rozhodnutím ze dne 13. února 2020, které došlo Soudnímu dvoru dne 22. července 2020, rozhodl o přerušení řízení a položil Soudnímu dvoru následující otázky:

„1) Brání [unijní] právo a správný výklad bodů 14 a 32 odůvodnění, jakož i článků 12 a 18 směrnice 2014/24 a článku 30 směrnice 2014/23, rovněž s odkazem na článek 107 SFEU, tomu, aby za účelem určení minimálního prahu ve výši 30 % účasti soukromého společníka nově vznikající společnosti se smíšenou účastí veřejného a soukromého sektoru, což je práh, který vnitrostátní zákonodárce při provádění zásad [unijního práva] stanovených v této oblasti unijní judikaturou považuje za přiměřený, bylo zohledněno pouze formální nebo z listin vyplývající složení základního kapitálu takového soukromého společníka, anebo orgán veřejné správy, který vyhlašuje zadávací řízení, může – nebo dokonce musí – zohlednit svou nepřímou účast na základním kapitálu soukromého společníka-uchazeče?

2) V případě kladné odpovědi na první otázku, je v souladu se zásadami [unijního práva], a zejména se zásadami hospodářské soutěže, proporcionality a přiměřenosti, skutečnost, že orgán veřejné správy, který vyhlásí zadávací řízení, může ze zadávacího řízení vyloučit soukromého společníka-uchazeče, jehož skutečná účast v nově vznikající společnosti se smíšenou účastí veřejného a soukromého sektoru je v důsledku zjištěné přímé nebo nepřímé veřejné účasti fakticky nižší než 30 %?“

20. Písemná vyjádření předložili účastníci původního řízení, CNS a Komise. Ve věci nebylo nařízeno jednání.

V. Analýza

A. K předmětu předběžných otázek

21. Ze znění žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce vyplývá, že s ohledem na okolnosti věci v původním řízení předkládající soud zohledňuje dva požadavky, pokud jde o veřejnou účast a soukromou účast ve smíšené společnosti, která má být založena.

22. První požadavek se týká minimálního prahu účasti ve výši 30 %, který musí soukromý společník splňovat pro vstup do entity se smíšeným kapitálem, která má být založena, v souladu s čl. 17 odst. 1 legislativního nařízení č. 175. Tento minimální práh soukromé účasti logicky odpovídá maximálnímu prahu veřejné účasti ve výši 70 %.

23. Druhým požadavkem je požadavek stanovený v projednávané věci samotným veřejným zadavatelem v zadávacím řízení, a sice 49 % účast v případě soukromého společníka a 51 % účast v případě veřejného zadavatele.

24. Obě předběžné otázky, jak byly formulovány předkládajícím soudem, odkazují pouze na minimální práh účasti ve výši 30 %, který musí splňovat soukromý společník pro vstup do kapitálu smíšené společnosti. V této souvislosti musím poznamenat, že předkládající soud se Soudního dvora netáže na platnost této prahové hodnoty z hlediska unijního práva. Ze znění těchto otázek vyplývá, že se jejich prostřednictvím předkládající soud snaží zjistit, zda unijní

právo brání tomu, aby byla pro účely stanovení takového minimálního prahu účasti ve výši 30 % zohledněna nepřímá účast veřejného zadavatele na základním kapitálu tohoto soukromého společníka.

25. Odůvodnění žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce však není tak jednoznačné, pokud jde o předmět předběžných otázek.

26. Předkládající soud totiž na jedné straně v souladu se zněním předběžných otázek uvádí, že pro rozhodnutí ve věci v původním řízení „je třeba určit, zda pro účely dodržení limitů účasti ve smíšené společnosti [která má být založena] (ne více než 70 %, pokud jde o veřejnou účast, ne méně než 30 % v případě soukromého společníka) je třeba zohlednit pouze právní povahu soukromého společníka, nebo zda je třeba v případě účasti veřejného akcionáře na jeho kapitálu zohlednit i jeho veřejnou účast“.

27. Předkládající soud dále rovněž uvádí, že legalita limitů veřejné účasti (51 %) a soukromé účasti (49 %) nebyla ve sporu v původním řízení zpochybněna. V důsledku toho má za to, že „[tento] spor se týká legality rozhodnutí veřejného zadavatele, který měl pro účely přezkumu dodržení horní hranice 51 % své účasti v nové společnosti, která měla být založena, za to, že je třeba zohlednit rovněž jeho [nepřímou účast v této společnosti]“.

28. S ohledem na nejednoznačnost předmětu předběžných otázek, musím na prvním místě konstatovat, že předkládající soud uvádí, že *lex specialis* zadávacího řízení, jehož ustanovení jsou „účinná“ v původním řízení, přesně stanoví veřejnou účast ve výši 51 % a soukromou účast ve výši 49 %[10]. V rámci sporu v původním řízení, který se týká rozhodnutí o vyloučení, se předkládající soud podle všeho tedy zabývá především požadavky na veřejnou a soukromou účast stanovenými v dokumentaci k zadávacímu řízení.

29. Na druhém místě, když byly zúčastněné strany dotázány na to, zda bylo rozhodnutí o vyloučení formálně odůvodněno porušením čl. 17 odst. 1 legislativního nařízení č. 175, nebo nedodržením požadavku na rozdělení kapitálu stanoveného v dokumentaci k zadávacímu řízení, většinově upřednostnily tento druhý případ.

30. Společnost Roma Multiservizi odpověděla kategoricky a uvedla, že rozhodnutí o vyloučení se dovolává údajného nedodržení rozdělení základního kapitálu uvedeného v dokumentaci k zadávacímu řízení.

31. Město Řím zaprvé uvedlo, že nabídka seskupení uvedená v rozhodnutí o vyloučení obsahuje dvě nesrovnalosti týkající se dvou požadavků na veřejnou a soukromou účast. Město Řím však v dalším kroku zopakovalo důvody pro vyloučení tohoto seskupení, z nichž vyplynulo, že vyloučení bylo založeno na úvaze, že „podíl rizikového kapitálu ve [smíšené společnosti, která má být založena] připadající na soukromé investice by byl nižší než 49 %, což zjevně neodpovídá podmínkám stanoveným v dokumentaci k zadávacímu řízení a v aktech schválených městskou radou“.

[10] – Stejně tak podle informací obsažených v žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce napadly společnosti Roma Multiservizi a Rekeep rozhodnutí o vyloučení, přičemž odkázaly zejména na porušení, nesprávné použití a na nepřípustný teleologický výklad toho, co tyto zúčastněné strany považovaly za *lex specialis*.

32. V souladu s odpovědí města Řím společnost Rekeep uvedla, že odůvodnění rozhodnutí o vyloučení se týká pouze nedodržení podílů na kapitálu stanovených v dokumentaci k zadávacímu řízení, a dodala, že na legislativní nařízení č. 175 se jen odkazuje v úvodních úvahách tohoto rozhodnutí.

33. Odpověď Komise míří podle všeho implicitně stejným směrem. Tento orgán má za to, že je zřejmé, že stanovení soukromé účasti ve výši 49 % – a vyloučení, které z toho vyplývá – je založeno výlučně na limitu stanoveném v článku 17 legislativního nařízení č. 175. Z toho vyvozuji, že podle Komise vyloučení *vyplývá* přímo z nedodržení požadavku na soukromou účast stanoveného v dokumentaci k zadávacímu řízení ve výši 49 %.

34. Pouze CNS má za to, že rozhodnutí o vyloučení je založeno jak na porušení čl. 17 odst. 1 legislativního nařízení č. 175, tak na nesplnění požadavku na rozdělení kapitálu stanoveného v dokumentaci k zadávacímu řízení. Nicméně části tohoto rozhodnutí převzaté CNS se týkají pouze požadavků na veřejnou a soukromou účast stanovených ve výzvě k podání nabídky.

35. Ve světle těchto upřesnění je třeba mít za to, že podstatou první předběžné otázky předkládajícího soudu je, zda unijní právo brání tomu, aby pro účely určení procentního podílu soukromé účasti ve smíšené společnosti, která má být založena, byla zohledněna nepřímá účast veřejného zadavatele na základním kapitálu soukromého společníka ucházejícího se o zakázku.

36. Druhou předběžnou otázku je tedy třeba chápat v tom smyslu, že se předkládající soud táže, zda unijní právo brání tomu, aby veřejný zadavatel vyloučil ze zadávacího řízení soukromého společníka-uchazeče, jehož skutečná účast v entitě se smíšeným kapitálem, která má být založena, nesplňuje požadavek týkající se minimálního limitu soukromé účasti stanovený v dokumentaci k zadávacímu řízení.

37. K takto přeformulovaným předběžným otázkám musím uvést několik dalších poznámek.

38. Zaprvé z původní formulace první otázky vyplývá, že se předkládající soud snaží určit, zda unijní právo brání tomu, aby veřejný zadavatel zohlednil nikoli jakoukoli veřejnou účast na kapitálu soukromého společníka-uchazeče, nýbrž pouze „svou vlastní účast“ na kapitálu tohoto soukromého společníka („veřejný orgán, který organizuje zadávací řízení, je oprávněn, nebo dokonce povinen zohlednit svou vlastní nepřímou účast na základním kapitálu soukromého společníka“). Několik částí žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce potvrzuje takový výklad nejen požadavků na veřejnou a soukromou účast stanovených ve výzvě k podávání nabídek [11], nýbrž i, což je v rámci řízení v původním řízení důležitější, rozhodnutí o vyloučení [12].

39. Dále z formulace první předběžné otázky vyplývá, že předkládající soud zmiňuje „možnost, či dokonce povinnost“ zohlednit takovou nepřímou účast. Je přitom nesporné, že ve věci v původním řízení veřejný zadavatel zohlednil svou nepřímou účast. Pro přezkum rozhodnutí o vyloučení postačuje určit, zda unijní právo brání takovému zohlednění.

[11] – Předkládající soud zejména uvádí, že veřejný zadavatel „stanovil účast města Řím ve výši 51 % a účast soukromého společníka ve výši 49 %“ a že veřejný zadavatel vypsal zadávací řízení, v němž „stanovil účast města Řím ve výši 51 %“.

[12] – Předkládající soud zejména uvádí, že „město Řím […] by nakonec drželo ve společnosti s veřejným a soukromým kapitálem skutečný podíl ve výši 73,5 %, čímž by překročilo hranici 51 % stanovenou v dokumentaci k zadávacímu řízení“ a že „účast města Řím by ve [smíšené společnosti, která má být založena] překročila hranici stanovenou na 51 %“.

40. Kromě toho předkládající soud uvádí, že druhá předběžná otázka je položena pro případ kladné odpovědi na první otázku. V původním znění přitom první předběžná otázka obsahuje dvě alternativy („[brání ustanovení unijního práva] tomu, aby byla [přímá účast] zohledněna výlučně, nebo má [veřejný zadavatel] možnost, či dokonce povinnost zohlednit [nepřímou účast] na základním kapitálu soukromého společníka-uchazeče?“). V každém případě je třeba mít za to, že druhá otázka vyvstává v případě, že bude na první otázku odpovězeno tak, že unijní právo nebrání zohlednění nepřímé účasti veřejného zadavatele na základním kapitálu soukromého společníka-uchazeče.

41. Konečně, aby bylo možné užitečně odpovědět předkládajícímu soudu, je třeba určit režim použitelný ve věci v původním řízení, jakož i ustanovení tohoto režimu, jejichž výklad je nezbytný k vyřešení sporu, který mu byl předložen. Ne všechna ustanovení uvedená předkládajícím soudem v jeho žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce jsou totiž podle všeho relevantní. Z tohoto důvodu některé zúčastněné strany zpochybňují přípustnost předběžných otázek.

B. K přípustnosti předběžných otázek a k použitelnému režimu

42. Předkládající soud ve své první otázce zmiňuje vícero ustanovení unijního práva, aniž výslovně upřesňuje důvody, které jej vedly k tomu, aby si kladl otázky ohledně jejich výkladu. Pokud jde o druhou předběžnou otázku, předkládající soud zmiňuje pouze právní zásady, zejména zásady hospodářské soutěže, proporcionality a přiměřenosti, aniž odkazuje na jakékoli ustanovení tohoto práva.

43. V tomto ohledu má Komise za to, že první předběžná otázka je nepřípustná v rozsahu, v němž se týká článku 107 SFEU, zatímco CNS zpochybňuje přípustnost žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce v celém rozsahu [13]. Tyto námitky nepřípustnosti posoudím v rámci mého posouzení žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce, které provedu, abych určil ustanovení unijního práva, která jsou pro projednávanou věc relevantní.

1. Směrnice 2014/23 a 2014/24

44. První předběžná otázka, jak byla formulována předkládajícím soudem, odkazuje na směrnici 2014/23 i na směrnici 2014/24. Tyto směrnice stanoví pravidla použitelná pro udělování koncesí a pravidla použitelná pro zadávání veřejných zakázek.

45. K určení směrnice použitelné v projednávané věci je nezbytné zkoumat předmět zadávacího řízení a smlouvu, kterou chtěl veřejný zadavatel uzavřít v návaznosti na toto zadávací řízení.

46. Zadávací řízení dotčené ve věci v původním řízení má dva cíle, takže smlouvu, která má být uzavřena, lze považovat za sestávající ze dvou částí, z nichž první se týká výběru soukromého společníka ve smíšené společnosti, která má být založena, a druhá se týká přidělení integrativní školské služby této společnosti.

[13] – Podle CNS předkládající soud pouze žádá o přezkum slučitelnosti vnitrostátního práva z hlediska obecných zásad unijního práva, aniž konkrétně uvádí zvláštní ustanovení, s ohledem na která je třeba tuto slučitelnost zkoumat. Podle CNS je kromě toho irelevance předběžné otázky prokázána skutečností, že v unijním právu neexistují zvláštní ustanovení týkající se forem partnerství veřejného a soukromého sektoru.

47. Může mít první část vliv na použitelnost směrnice 2014/23 nebo směrnice 2014/24 ve vztahu ke dvěma částem smlouvy dotčeným ve věci v původním řízení? Judikatura obsahuje užitečná vodítka pro zodpovězení této otázky.

a) K relevantní judikatuře

48. Ve věci, ve které byl vydán rozsudek Club Hotel Loutraki a další[14], se Soudní dvůr zabýval podobnou otázkou. Žádost o rozhodnutí o předběžné otázce se týkala smlouvy, která zahrnovala tři dohody: dohodu o převodu 49 % akcií veřejného podniku za účelem jeho privatizace, dohodu, podle které nabyvatel za úplatu převzal správu podniku provozujícího kasino, a dohodu, na jejímž základě se tento nabyvatel zavázal provést plán zlepšení prostor kasina.

49. Pro účely rozhodnutí o této otázce Soudní dvůr poté, co potvrdil, že předkládající soud správně označil smlouvu jako „smíšenou smlouvu“[15], zkoumal, zda dotčená smlouva představovala nedílný celek a zda jako celek spadala na základě svého hlavního předmětu pod jednu z dotčených směrnic[16]. Soudní dvůr přitom odkázal na judikaturu, podle níž „v případě smíšené smlouvy, jejíž jednotlivé části jsou […] nerozlučně spjaty a tvoří tak nedílný celek, musí být dotčená transakce pro účely své právní kvalifikace přezkoumána celá jako jeden celek a musí být posuzována na základě pravidel, kterými se řídí část tvořící hlavní předmět nebo převažující prvek smlouvy“[17].

50. Pokud jde o tuto judikaturu, Soudní dvůr nejprve uvedl, že se jednalo o smíšenou smlouvu, která představovala nedílný celek, jelikož bylo nezbytné uzavřít tuto smlouvu s jediným partnerem, který měl finanční kapacitu nezbytnou k nákupu dotčených akcií a zároveň odbornou zkušenost v oblasti provozování kasina. Soudní dvůr měl dále za to, že postoupení 49 % akcií veřejného podniku představovalo hlavní předmět dotčené smlouvy[18]. Tato úvaha vycházela ze skutečnosti, že postoupení akcií představovalo privatizaci a vyvolalo časově neomezené účinky, což nabyvateli umožnilo získat jako akcionáři mnohem vyšší příjem, než jaký by mu náležel jako poskytovateli služeb[19].

51. V rozsudku Mehiläinen a Terveystalo Healthcare[20] zkoumal Soudní dvůr na základě téže judikatury[21] dohodu, v jejímž rámci veřejný zadavatel uzavřel se soukromou entitou, která na něm byla nezávislá, smlouvu o založení společného podniku ve formě akciové společnosti, od níž se veřejný zadavatel při jejím založení zavázal na přechodnou dobu čtyř let nakupovat služby v oblasti ochrany zdraví při práci a příznivých pracovních podmínek, které měl poskytovat svým zaměstnancům.

52. V rozsudku Healthcare, stejně jako v rozsudku Club Hotel Loutraki a další, Soudní dvůr potvrdil, že dotčená dohoda představovala smíšenou smlouvu. V rozsudku Healthcare měl však Soudní dvůr za to, že části této dohody nebyly neoddělitelné, jelikož neexistovala objektivní potřeba uzavřít smíšenou smlouvu s jediným partnerem. Oddělitelnost části týkající se služeb od zbytku smíšené zakázky byla v daném případě podle Soudního dvora potvrzena konkrétně tím, že

14 – Rozsudek ze dne 6. května 2010 (C-145/08 a C-149/08, dále jen „rozsudek Club Hotel Loutraki a další“, EU:C:2010:247).

15 – Rozsudek Club Hotel Loutraki a další (bod 46).

16 – Rozsudek Club Hotel Loutraki a další (bod 50).

17 – Rozsudek Club Hotel Loutraki a další (bod 48 a citovaná judikatura).

18 – Rozsudek Club Hotel Loutraki a další (bod 57).

19 – Rozsudek Club Hotel Loutraki a další (body 55 a 57).

20 – Rozsudek ze dne 22. prosince 2010 (C-215/09, dále jen „rozsudek Healthcare“, EU:C:2010:807).

21 – Rozsudek Healthcare (bod 36).

veřejný zadavatel vyjádřil svůj záměr učinit na konci přechodného období výzvu k podání nabídky na nákup těchto služeb a že byl skutečně založen společný podnik a fungoval bez části týkající se služeb [22].

53. V rozsudku Acoset Soudní dvůr v odpovědi na otázku týkající se přímého zadání místní veřejné integrované vodohospodářské služby společnosti se smíšeným kapitálem nevznesl ani otázku, zda dotčená smlouva představovala smíšenou smlouvu, jejíž jednotlivé části byly nerozlučně spjaty, a tvořily tak nedělitelný celek. Za účelem určení, zda toto zadání spadá do působnosti jedné z dotčených směrnic, se Soudní dvůr zaměřil na místní veřejnou integrovanou vodohospodářskou službu a na práce související s řízením této služby.

54. Rozsudek Acoset však nelze vykládat v tom smyslu, že v případě smlouvy složené z několika částí, z nichž jedna se týká založení společnosti se smíšeným kapitálem, je třeba tuto část nezohlednit a zkoumat pouze ostatní části. Takový výklad by byl v rozporu s judikaturou vydanou po tomto rozsudku, citovanou v předchozích bodech tohoto stanoviska.

55. Rozsudek Acoset je tedy třeba chápat v tom smyslu, že Soudní dvůr měl implicitně na prvním místě za to, že se jednalo o smíšenou smlouvu, jejíž části tvořily nedílný celek, a na druhém místě za to, že část týkající se místní veřejné služby je jejím hlavním předmětem.

56. Z toho vyplývá, že smlouva uzavřená v rámci řízení zahájeného veřejným zadavatelem za účelem výběru soukromého společníka pro společnost se smíšeným kapitálem a zadání zakázky nebo udělení koncese této společnosti je smíšenou smlouvou sestávající ze dvou částí [23]. U takové smíšené smlouvy je kromě toho nutné zaprvé určit, zda jsou jednotlivé části smlouvy nerozlučně (neoddělitelně) spojeny a tvoří nedílný celek, zadruhé určit hlavní předmět nebo převažující prvek této smlouvy a zatřetí určit režim použitelný na uvedenou smlouvu s ohledem na tento hlavní předmět nebo tento převažující prvek [24].

[22] – Rozsudek Healthcare (body 43 a 44).

[23] – Některé zúčastněné strany podle všeho zpochybňují kvalifikaci smlouvy, jejíž jedna část se týká výběru soukromého společníka pro smíšenou společnost, která má být založena, jako „smíšené smlouvy“. I když Soudní dvůr nepoužil v rozsudku Acoset pojem „smíšená smlouva“, učinil tak však v rozsudcích Club Hotel Loutraki a další a Healthcare. Kromě toho i za předpokladu, že se směrnice 2014/24 v projednávané věci použije a smlouva dotčená ve věci v původním řízení nespadá pod pojem „smíšená zakázka“ ve smyslu článku 3 této směrnice, jelikož výběr soukromého společníka za účelem založení smíšené společnosti se netýká zakázky (viz poznámka pod čarou 24), může však tato smlouva spadat do širší kategorie smíšených smluv, na kterou Soudní dvůr zřejmě odkazoval v rozsudcích Club Hotel Loutraki a další a Healtcare.

[24] – Bez ohledu na řešení, k němuž dospěl Soudní dvůr ve své judikatuře, za předpokladu, že se ve věci v původním řízení použije směrnice 2014/24, by bylo možné *a priori* dospět ke stejnému výsledku na základě čl. 3 odst. 6 této směrnice, podle něhož „pokud jsou jednotlivé části určité zakázky objektivně neoddělitelné, rozhodne se o příslušném právním režimu na základě hlavního předmětu dané zakázky“. V souladu s uvedenou směrnicí je předmětem zakázek provedení stavebních prací, dodání výrobků nebo poskytnutí služeb. Vyvstává tedy otázka, zda výběr soukromého společníka a založení smíšené společnosti spadají pod pojem „zakázka“ ve smyslu téže směrnice. Doktrína má podle všeho za to, že je tomu tak je (v tomto smyslu, pokud autor odkazuje na čl. 3 odst. 4 směrnice 2014/24, viz Andrecka, M., „Institutionalised Public-Private Partnership as a Mixed Contract under the Regime of the New Directive 2014/24/EU“, *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, svazek 9, č. 3, 2014, s. 176). Kromě toho s ohledem na pochybnosti ohledně režimu použitelného v projednávané věci je třeba poukázat na rozdíl mezi formulací použitou ve směrnici 2014/24, jejíž čl. 3 odst. 6 stanoví, že „[p]okud jsou jednotlivé části určité zakázky objektivně neoddělitelné, rozhodne se o příslušném právním režimu na základě hlavního předmětu dané [smíšené] zakázky“, a formulací použitou ve směrnici 2014/23, jejíž čl. 20 odst. 5 stanoví, že „[p]okud jsou jednotlivé *části určité koncese* objektivně neoddělitelné, rozhodne se o příslušném právním režimu na základě hlavního předmětu dané koncese“ (kurzivou zvýraznil autor stanoviska), přičemž druhá z těchto formulací se mi zdá být volnější, alespoň pokud jde o některé jazykové verze uvedených směrnic, zejména verzi francouzskou.

b) Použitelnost

1) Smíšená smlouva: neoddělitelné části?

57. Podle mého názoru jsou obě části smlouvy dotčené ve věci v původním řízení neoddělitelné, jako tomu bylo ve věcech, ve kterých byly vydány rozsudky Club Hotel Loutraki a další a Acoset.

58. K zajištění poskytování integrativní školské služby společností se smíšeným kapitálem složenou z veřejného zadavatele a soukromého partnera je totiž objektivně nutné vybrat partnera, který má finanční kapacitu nabýt 49 % kapitálu smíšené společnosti, která má být založena, a který splňuje další podmínky umožňující mu převzít integrativní školskou službu formou společnosti se smíšeným kapitálem a současně nést veškeré provozní riziko. Obě části smlouvy se tedy musí týkat téhož partnera, i když se první část z technického hlediska týká výběru soukromého společníka a druhá přidělení integrativní školské služby společnosti se smíšeným kapitálem, v níž tento společník drží 49 % akcií [25].

59. Navíc na rozdíl od věci, ve které byl vydán rozsudek Healthcare [26], v níž byly okolnosti související s částí týkající se služeb velmi specifické, nic neumožňuje mít za to, že v projednávané věci je část týkající se založení společnosti se smíšeným kapitálem oddělitelná od části týkající se integrativní školské služby. V případě neexistence této poslední části by byla smíšená společnost, která má být založena, objektivně zbavena svého ekonomického smyslu existence. V italském právu je podle čl. 17 odst. 1 legislativního nařízení č. 175 zadání veřejné zakázky nebo udělení koncese výhradním předmětem činnosti společnosti se smíšeným kapitálem.

60. Nyní je třeba určit, zda část, která představuje hlavní předmět smlouvy dotčené ve věci v původním řízení, je ta, která se týká založení společnosti se smíšeným kapitálem, nebo ta, která se týká integrativní školské služby.

2) Hlavní předmět smlouvy

61. Jsem toho názoru, že část týkající se integrativní školské služby představuje hlavní předmět smíšené smlouvy dotčené ve věci v původním řízení.

62. Smíšená společnost, která má být založena, měla být pouze prostředkem k zajištění toho, aby integrativní školskou službu poskytovalo PPP, a nebyla v žádném případě účelem zadávacího řízení. Na rozdíl od věci, ve které byl vydán rozsudek Club Hotel Loutraki a další, se v projednávané věci nejedná o nabytí akcií stávajícího veřejného podniku za účelem jeho privatizace, nýbrž o založení smíšené společnosti za účelem výkonu integrativní školské služby.

[25] – Obdobně viz bod 53 rozsudku Club Hotel Loutraki a další ve světle bodu 28 tohoto citovaného rozsudku, podle kterého dotčená smlouva smíšené povahy obsahovala „část týkající se prodeje akcií [společností Ellinika Touristika Akinita, AE] uchazeči, který předloží nejvýhodnější nabídku, [a] část týkající se zakázky na služby, která má být zadána uchazeči, který předloží nejvýhodnější nabídku a který na sebe převezme povinnosti spojené s řízením podniku provozujícího kasino“, zatímco, jak vyplývá z bodu 25 tohoto citovaného rozsudku, společnost, která měla být založena uchazečem (nikoli tento uchazeč sám), vystupovala jako správce, a přinejmenším uzavírala smlouvu. V tomto ohledu viz rovněž rozsudek Acoset (body 54 a 61).

[26] – Viz bod 52 tohoto stanoviska.

63. V uvedené věci bylo nadto držení akcií již existující veřejné společnosti samo o sobě významným zdrojem příjmů. Nic neumožňuje mít za to, že tomu tak je v projednávané věci. Nelze se tedy opřít o rozsudek Club Hotel Loutraki a další, aby bylo možné dospět k závěru, že v projednávané věci je hlavním předmětem smlouvy dotčené ve věci v původním řízení založení smíšené společnosti.

64. V důsledku toho musí být otázka, která směrnice se použije ve věci v původním řízení, přezkoumána s ohledem na část týkající se integrativní školské služby.

3) Veřejné zakázky na služby nebo koncese na služby?

65. Žádost o rozhodnutí o předběžné otázce je neúplná, pokud jde o část týkající se integrativní školské služby.

66. Je jistě pravda, že odpovědi zúčastněných stran na písemné otázky Soudního dvora poskytují určitá objasnění, pokud jde o rozsah služeb, které tvoří integrativní školskou službu [27]. Tato upřesnění však neumožňují v rámci tohoto stanoviska jednoznačně kvalifikovat tuto část jako spadající pod „veřejnou zakázku na služby“ nebo „koncesi na služby“.

67. V každém případě je taková konkrétní kvalifikace pouze v pravomoci vnitrostátního soudu [28]. Soudní dvůr může v případě potřeby poskytnout upřesnění, které vnitrostátnímu soudu pomůže při této kvalifikaci.

68. V tomto ohledu na prvním místě uvádím, že veřejné zakázky na služby ve smyslu směrnice 2014/24 zahrnují protiplnění, které je poskytovateli služeb placeno přímo veřejným zadavatelem [29]. Naproti tomu koncese na služby ve smyslu směrnice 2014/23 spočívá ve svěření poskytování a řízení služeb, přičemž protiplnění spočívá buď výhradně v právu braní užitků vyplývajících z poskytování služeb, nebo v tomto právu společně s platbou [30]. V tomto duchu Soudní dvůr uznal existenci koncese na služby zejména v případech, kdy odměna poskytovatele pocházela z plateb uživatelů služby [31]. V důsledku toho okolnost, že – jak uvádí předkládající soud – společnost se smíšeným kapitálem podle italského práva ve skutečnosti vykonává činnost za úplatu a vytváří zisk (i když je podle předkládajícího soudu skromný), může být známkou toho, že je třeba použít směrnici 2014/23.

69. Na druhém místě, ačkoliv je způsob odměny jedním z určujících prvků pro kvalifikaci koncese na služby, koncese na služby s sebou nese to, že koncesionář přebírá riziko spojené s provozováním dotčených služeb [32]. Rozlišovací kritérium týkající se převodu takového rizika

27 – Z vyjádření zúčastněných stran a z jejich odpovědí na písemné otázky Soudního dvora vyplývá, že integrativní školská služba spočívá v obecné pomoci, dopravě zboží, roznášce pošty a úklidu v jeslích a školách, jakož i ve školní dopravě. Zahrnutí služby související se školní dopravou v této škále úkolů podle všeho nevede předkládající soud k tomu, aby zvažoval použití 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 (Úř. věst. 2014, L 94, s. 243). V každém případě tato směrnice rovněž stanoví v článcích 4 a 6 pravidla pro smíšené zakázky a nic neumožňuje mít za to, že školní doprava je hlavním předmětem smlouvy dotčené ve věci v původním řízení nebo její části týkající se integrativní školské služby.

28 – V tomto smyslu viz rozsudek ze dne 10. listopadu 2011, Norma-A a Dekom (C-348/10, EU:C:2011:721, body 57 a 59).

29 – Viz čl. 2 odst. 1 bod 5 směrnice 2014/24. V tomto smyslu viz také rozsudek Acoset (bod 39 a citovaná judikatura).

30 – Viz čl. 5 bod 1 písm. b) směrnice 2014/23.

31 – Viz rozsudek Acoset (bod 43 a citovaná judikatura).

32 – V tomto smyslu viz rozsudek ze dne 10. listopadu 2011, Norma-A et Dekom (C-348/10, EU:C:2011:721, bod 44). V tomto smyslu viz rovněž mé stanovisko ve spojených věcech Promoimpresa a další (C-458/14 a C-67/15, EU:C:2016:122, body 62 a 63), ve kterých jsem měl za to, že koncese na služby se vyznačuje zejména tím, že orgán svěří výkon činnosti poskytování služby, obvykle službu, jejíž poskytování přísluší tomuto orgánu (a dodávám, že s tím spojeným rizikem), koncesionáři, čímž jej zavazuje k poskytování dané služby.

bylo kodifikováno ve směrnici 2014/23 [33]. K popisu tohoto kritéria se v italské verzi této směrnice používá pojem „rischio operativo“ (provozní riziko). Tentýž pojem je použit v rozhodnutí, kterým město Řím zahájilo zadávací řízení a upřesnilo, že vybraný uchazeč bude muset nést toto riziko v plném rozsahu [34].

70. Na třetím místě, aby mohl Soudní dvůr odpovědět na předběžné otázky, může na základě důkazů, které mu byly předloženy, předpokládat, že smlouva spadá do působnosti jedné z dotčených směrnic [35]. Avšak vzhledem k tomu, že chybí důkazy, které by umožnily rozhodnout o režimu použitelném v projednávané věci, nezdá se mi, že by takový přístup byl v projednávané věci myslitelný. A co je důležitější, mám stejně jako Komise za to, že použití režimu stanoveného některou z těchto směrnic nemusí mít nutně vliv na odpovědi na předběžné otázky položené v projednávané věci. Režim použitelný na část týkající se integrativní školské služby se totiž na část týkající se výběru soukromého společníka uplatní pouze „analogicky“. Vzhledem k tomu, že se předběžné otázky týkají pouze této poslední části, je třeba v tomto kontextu použít pouze obecné zásady těchto režimů, které jsou společné oběma těmto částem. V důsledku toho budu při respektování rozdělení pravomocí mezi vnitrostátními soudy a Soudním dvorem v tomto stanovisku odkazovat jak na směrnici 2014/23, tak na směrnici 2014/24 [36].

2. Režim veřejných zakázek zadávaných mezi entitami veřejného sektoru

71. V první předběžné otázce předkládající soud zmiňuje článek 12 a body 14 a 32 odůvodnění směrnice 2014/24 a v žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce přebírá čl. 12 odst. 1 první pododstavec této směrnice. Předkládající soud přitom nijak neupřesňuje důvody, které jej vedly k tomu, aby si kladl otázky ohledně výkladu posledně uvedeného ustanovení.

72. V tomto ohledu na prvním místě bod 14 odůvodnění směrnice 2014/24 pouze uvádí, že pojem „hospodářský subjekt“ by měl být vykládán široce, čímž potvrzuje, že pod tento pojem může spadat společnost se smíšeným kapitálem. Ve zbývající části tento bod odůvodnění v podstatě přebírá definici zmíněného pojmu uvedenou v čl. 2 odst. 1 bodě 10 této směrnice. Tohoto ustanovení se předkládající soud ve své předběžné otázce nedovolával.

73. Na druhém místě čl. 12 odst. 1 směrnice 2014/24 stanoví, že veřejné zakázky zadané právnickým osobám ovládaným veřejnými zadavateli by neměly podléhat použití postupů stanovených touto směrnicí. Toto ustanovení upravuje vertikální spolupráci mezi dotčenými subjekty nebo klasické interní zadání („in house“).

[33] – Viz článek 1 odst. 1 a bod 18 odůvodnění směrnice 2014/23.

[34] – Je pravda, že ve věci v původním řízení měl převzít riziko soukromý společník vybraný v rámci první části smíšené smlouvy, zatímco integrativní školská služba, která byla hlavním předmětem této smlouvy, měla být v rámci druhé části této smlouvy přidělena smíšené společnosti, která měla být založena. Vzhledem k této zvláštnosti by bylo možné argumentovat, že v rámci druhé části posuzované izolovaně se nejedná o přenos rizika na vybraného uchazeče. V projednávané věci však výzva k podání nabídky v každém případě směřovala k tomu, aby byl veřejný zadavatel zproštěn rizika spojeného s výkonem integrativní školské služby. Z tohoto důvodu nevylučuji kvalifikaci této druhé části jako „koncese“, a to i přes uvedenou zvláštnost. K problematice týkající se téže zvláštnosti viz rovněž bod 58 tohoto stanoviska.

[35] – Obdobně viz rozsudek Acoset (bod 42).

[36] – V zájmu úplnosti poznamenávám, že směrnice 2014/23 a 2014/24 jsou použitelné *ratione temporis* a částka zakázky odhadovaná na více než 277 milionů eur je vyšší než prahové hodnoty vyžadované těmito směrnicemi. Viz článek 8 směrnice 2014/23 a článek 4 směrnice 2014/24.

74. Předkládající soud však jasně uvádí, že v italském právu představuje založení takové společnosti se smíšeným kapitálem, jako je společnost dotčená ve věci v původním řízení, alternativu k interní správě [37].

75. A co je ještě důležitější, zdá se mi, že použití výjimky stanovené v čl. 12 odst. 1 směrnice 2014/24 v souvislosti se zadáním zakázky na služby PPP je *a priori* vyloučeno. Jak totiž uvádí bod 31 třetí pododstavec odůvodnění této směrnice, mělo by být zajištěno, aby spolupráce mezi orgány veřejné správy vyjmutá z oblasti působnosti této směrnice nevedla ve vztahu k soukromým hospodářským subjektům k narušení hospodářské soutěže, pokud se díky takové spolupráci dostává soukromý poskytovatel služeb do výhodnějšího postavení vůči svým konkurentům. Kromě toho v souladu s judikaturou předcházející směrnici 2014/24 [38] bod 32 odůvodnění této směrnice objasňuje, že výjimka stanovená v čl. 12 odst. 1 této směrnice „by se neměla týkat situací, kdy má na kapitálu ovládané právnické osoby přímou účast soukromý hospodářský subjekt, neboť v takovém případě by zadáním veřejné zakázky bez jednacího řízení získal tento soukromý hospodářský subjekt s kapitálovou účastí v ovládané právnické osobě neoprávněnou výhodu před svými konkurenty“.

76. Na třetím místě si lze ještě položit otázku, zda smíšená smlouva dotčená ve věci v původním řízení je vyloučena z působnosti směrnice 2014/24 na základě jejího čl. 12 odst. 4. Toto ustanovení se týká smluv uzavíraných výlučně mezi dvěma nebo více veřejnými zadavateli, pokud tyto smlouvy zakládají nebo provádějí spolupráci mezi těmito veřejnými zadavateli.

77. Je možné se domnívat, že město Řím jako veřejný zadavatel chtělo navázat spolupráci se společností se smíšeným kapitálem, která měla být založena, a která měla rovněž zajišťovat integrativní školskou službou a v níž by 51 % akcií drželo město Řím. V důsledku toho tato společnost představuje „veřejnoprávní subjekt“ ve smyslu čl. 2 odst. 1 bodu 4 směrnice 2014/24, a může tudíž představovat „veřejného zadavatele“ ve smyslu čl. 2 odst. 1 bodu 1 této směrnice.

78. I za předpokladu, že by v takové situaci byly splněny podmínky pro uplatnění výjimky stanovené v čl. 12 odst. 4 směrnice 2014/24, Soudní dvůr v rozsudku Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung rozhodl [39], že z tohoto ustanovení vyplývá, že spolupráce mezi veřejnými zadavateli nesmí mít v souladu se zásadou rovného zacházení za následek zvýhodnění soukromého podniku oproti jeho konkurentům. Z toho vyplývá, jak konstatoval generální advokát M. Campos Sánchez-Bordona ve stanovisku v této věci [40], že spolupráce mezi veřejnými zadavateli, která staví soukromý subjekt do výhodnějšího postavení v porovnání s jeho konkurenty na trhu, nemůže spadat pod článek čl. 12 odst. 4 směrnice 2014/24. Ve světle těchto upřesnění a s přihlédnutím k účasti soukromého kapitálu ve smíšené společnosti, která má být založena, se domnívám, že na spolupráci, o kterou se jedná v projednávané věci, se nemůže vztahovat výjimka stanovená v tomto ustanovení.

79. V důsledku toho není k tomu, aby bylo možné odpovědět na předběžné otázky, nutné vyložit článek 12 směrnice 2014/24.

37 – Viz bod 11 tohoto stanoviska.

38 – Viz rozsudek ze dne 6. dubna 2006, ANAV (C-410/04, EU:C:2006:237, body 31 a 32).

39 – Rozsudek ze dne čtvrtek 28. května 2020 (C-796/18, EU:C:2020:395).

40 – Stanovisko ve věci Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (C-796/18, EU:C:2020:47, bod 109 třetí odrážka).

3. Režim zakázek na sociální a jiné zvláštní služby

80. Článek 74 směrnice 2014/24 stanoví, že veřejné zakázky na sociální a jiné zvláštní služby uvedené v příloze XIV této směrnice musí být zadávány v souladu s hlavou III kapitolou I této směrnice. S výjimkou CNS všechny zúčastněné strany ve svých odpovědích na písemné otázky Soudního dvora uvedly, že přinejmenším jedna ze služeb, které tvoří integrativní školskou službou, spadá nebo může spadat do oblasti působnosti této přílohy.

81. Bude na předkládajícím soudu, aby ověřil, zda tomu tak je. V případě kladné odpovědi by stačilo, aby zadávací řízení bylo v souladu s pružnějšími pravidly stanovenými ve směrnici 2014/24 pro zadávání tohoto typu zakázek. Omezím se tedy na doplnění několika úvah, které mohou být pro předkládající soud užitečné.

82. Je pravda, že hlava III kapitola I směrnice 2014/24 zavádí zvláštní režim zadávání zakázek na sociální a jiné zvláštní služby. Na takové zakázky se tedy pravidla standardního režimu nevztahují. Článek 76 odst. 1 této směrnice však stanoví, že členské státy zavedou vnitrostátní pravidla pro zadávání zakázek, na které se vztahuje tato kapitola, aby bylo zajištěno, že veřejní zadavatelé dodržují zásady transparentnosti a rovného zacházení s hospodářskými subjekty. *A priori* se tedy jedná o stejné zásady, jako jsou zásady uvedené v článku 18 uvedené směrnice. Nemohu tedy vyloučit, že použití hlavy III kapitoly I směrnice 2014/24 ve věci v původním řízení by nemělo vliv na odpovědi na předběžné otázky[41].

83. Kromě toho by bylo vhodné před tím, než dospěji k závěru, že se na smlouvu dotčenou ve věci v původním řízení použijí pravidla hlavy III kapitoly I směrnice 2014/24, porovnat odhadované hodnoty služeb, na které se vztahuje tato kapitola, s hodnotami služeb, na které se vztahuje standardní režim této směrnice, a poté na základě těchto hodnot určit hlavní předmět smlouvy[42].

84. Vzhledem k absenci údajů umožňujících dospět k závěru, že služby spadající do hlavy III kapitoly I směrnice 2014/24 musí být považovány za hlavní předmět smlouvy dotčené ve věci v původním řízení, a jelikož předkládající soud nijak neodkazuje na ustanovení této kapitoly, vycházím z předpokladu, že se zjednodušená pravidla v projednávané věci nepoužijí.

4. Článek 107 SFEU

85. První předběžná otázka zmiňuje článek 107 SFEU. Komise tvrdí, že žádost o rozhodnutí o předběžné otázce je nepřípustná v rozsahu, v němž se týká výkladu tohoto ustanovení primárního práva.

86. Souhlasím s Komisí. Žádost o rozhodnutí o předběžné otázce totiž jasně neoznačuje opatření, které by v rámci řízení dotčeného v původním řízení představovalo státní podporu. Předkládající soud neupřesňuje ani důvody, proč je výklad tohoto ustanovení nezbytný pro vyřešení sporu, který mu byl předložen.

41 – Viz také v tomto ohledu bod 70 tohoto stanoviska.

42 – Článek 3 odst. 2 druhý pododstavec směrnice 2014/24 stanoví, že „[v] případě smíšených zakázek obsahujících zčásti služby ve smyslu hlavy III kapitoly I a zčásti další služby nebo v případě smíšených zakázek obsahujících zčásti služby a zčásti dodávky se hlavní předmět určí podle toho, která z příslušných služeb nebo dodávek má nejvyšší odhadovanou hodnotu“.

87. Žádost o rozhodnutí o předběžné otázce lze samozřejmě chápat v tom smyslu, že předkládající soud žádá Soudní dvůr o výklad nikoli jednoho z ustanovení primárního práva, nýbrž směrnic 2014/23 a 2014/24 ve světle tohoto primárního práva („s ohledem na článek 107 SFEU“). Takový výklad žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce by však nezměnil skutečnost, že v každém případě není třeba odpovídat na předběžné otázky v rozsahu, v němž se týkají článku 107 SFEU.

88. Za těchto podmínek musí být námitka nepřípustnosti vznesená CNS přijata rovněž v rozsahu, v němž se týká první předběžné otázky a článku 107 SFEU, jakož i v rozsahu, v němž se z důvodů uvedených v bodech 71 až 79 tohoto stanoviska, týká článku 12 směrnice 2014/24.

C. K věci samé

89. První předběžná otázka odkazuje kromě ustanovení unijního práva, jejichž relevance pro projednávanou věc byla vyloučena, na článek 30 směrnice 2014/23 a článek 18 směrnice 2014/24. Aby bylo možné určit všechna relevantní ustanovení těchto směrnic, je třeba nejprve zasadit do souvislostí požadavky týkající se veřejné účasti a soukromé účasti stanovené v dokumentaci k zadávacímu řízení.

1. Požadavky týkající se veřejné a soukromé účasti v kontextu směrnic 2014/23 a 2014/24

90. Unijní normotvůrce v článku 56 směrnice 2014/24 zřetelně rozlišuje mezi dvěma druhy kritérií, a to konkrétně kritérii pro výběr na základě kvalifikace, ke kterým se řadí zejména důvody pro vyloučení a kvalifikační kritéria pro výběr ověřující způsobilost hospodářského subjektu k plnění veřejné zakázky, jež má být zadána (články 57 a 58 této směrnice), a kritéria pro zadání veřejné zakázky, která se týkají samotných nabídek. Články 38 a 41 směrnice 2014/23, které se týkají kritérií pro výběr a hodnocení uchazečů na základě kvality a kritérií pro udělení koncese, pracují s podobným rozlišováním.

91. V tomto ohledu je třeba konstatovat, že žádost o rozhodnutí o předběžné otázce jasně neuvádí logiku, na níž stojí požadavky týkající se veřejné a soukromé účasti stanovené v dokumentaci k zadávacímu řízení. Vzhledem k tomu, že tyto požadavky představují *lex specialis* ve vztahu k požadavkům stanoveným legislativním nařízením č. 175[43], lze tuto logiku nicméně vyvodit z vysvětlení týkajících se tohoto legislativního nařízení. Dokumentace k zadávacímu řízení podle všeho relativizuje procenta a jejich povahu (přesně stanovené požadavky namísto maximálních a minimálních prahových hodnot), avšak bez podstatného vlivu na jejich cíle.

92. V tomto ohledu chápu vysvětlení předkládajícího soudu v tom smyslu, že omezení veřejné účasti ve smíšené společnosti, která má být založena, stanovením hranice ve výši 70 % má zajistit, aby soukromá účast v této společnosti byla nižší než 30 %.

93. Z obecného hlediska trhu a hospodářských subjektů by tedy soukromý společník nemohl nadměrně omezit (pod 30 %) hospodářské riziko své účasti ve společnosti se smíšeným kapitálem a neoprávněně těžit z výhod veřejné účasti tím, že by jiným subjektům znemožnil přístup se ziskem ke stejné hospodářské činnosti v daném segmentu trhu. Z tohoto hlediska, jak uvádí předkládající soud, má toto omezení zabránit obcházení zásady volné hospodářské soutěže.

[43] – Viz bod 28 tohoto stanoviska.

94. Z hlediska předmětu zadávacího řízení a veřejného zadavatele tento limit zajišťuje, že soukromý společník je provozním partnerem, jehož příspěvek k plnění úkolů svěřených entitě se smíšeným kapitálem, která má být založena, spočívá v kapitálovém vkladu a poskytnutí dovedností nezbytných k plnění těchto úkolů, přičemž přebírá veškeré provozní riziko za jejich plnění.

95. Musím poznamenat, že aspekt týkající se skutečného příspěvku soukromého společníka má podle všeho zásadní význam, pokud jde o věc v původním řízení a požadavky na veřejnou a soukromou účast stanovené v dokumentaci k zadávacímu řízení. Vzhledem k nezbytně individualizované povaze podmínek a kritérií hospodářské a finanční způsobilosti nebo technické a odborné způsobilosti[44] a v souladu s rozsudkem Acoset[45] tato poznámka naznačuje, že požadavky na veřejnou a soukromou účast stanovené v dokumentaci k zadávacímu řízení představují kritéria pro výběr na základě kvalifikace.

96. Kromě toho z žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce vyplývá, že kvůli způsobu, jakým byl proveden výpočet zohledňující nepřímou účast veřejného zadavatele na základním kapitálu tohoto společníka, byli z důvodu nedodržení těchto požadavků uchazeči vyloučeni z řízení zahájeného v návaznosti na výzvu k podání nabídky. V tomto ohledu podle ustálené judikatury kritéria pro výběr na základě kvalifikace umožňují veřejnému zadavateli připustit k podání nabídek pouze ty hospodářské subjekty, u nichž lze předpokládat, že budou schopny plnit předmět veřejné zakázky[46].

97. Takové požadavky týkající se veřejné a soukromé účasti, jako jsou požadavky dotčené ve věci v původním řízení, se tak podle všeho netýkají nabídek (kritérií pro zadání veřejné zakázky)[47]. Spíše se zdá, že se jedná o kritéria pro výběr na základě kvalifikace, kterými se veřejný zadavatel snaží zajistit, aby byl soukromý společník v ekonomické a finanční situaci nebo měl technickou a odbornou způsobilost, které mu umožní zachovat rozdělení veřejného a soukromého kapitálu společnosti se smíšeným kapitálem, jak je určeno veřejným zadavatelem, jeho kapitálovou účastí na základním kapitálu této společnosti a převzetím plného provozního rizika za poskytování služby uvedenou společností[48]. Takové požadavky týkající se veřejné a soukromé účasti stanovené

[44] – Článek 38 odst. 1 druhá věta směrnice 2014/23 stanoví, že „[p]odmínky pro účast musí souviset s potřebou zajistit, aby byl koncesionář schopný plnit danou koncesi, a být této potřebě úměrné, přičemž je nutné zohlednit předmět koncese a to, že je třeba zajistit skutečnou soutěž“. V tomto směru čl. 58 odst. 1 směrnice 2014/24 zejména uvádí, že veřejní zadavatelé omezují podmínky pro účast na „ty, které zajišťují, aby měl zájemce nebo uchazeč právní a finanční způsobilost a technické a odborné schopnosti pro plnění veřejné zakázky, která má být zadána. Veškeré požadavky musí souviset s předmětem veřejné zakázky a být vzhledem k předmětu veřejné zakázky přiměřené“.

[45] – Viz bod 59 rozsudku Acoset: „[…] výběr soukromého společníka při dodržení požadavků uvedených v bodech 46 až 49 tohoto rozsudku a volba kritérií výběru soukromého společníka umožňují tuto situaci napravit, pokud uchazeč musí prokázat, krom své způsobilosti stát se společníkem, především svou technickou způsobilost poskytovat službu, jakož i hospodářské a jiné výhody vyplývající z jeho nabídky.“ Soudní dvůr v tomto rozsudku zdůraznil význam kvalifikačních kritérií pro výběr týkajících se schopnosti vykonávat službu nebo koncesi [v tomto smyslu viz Brown, A., „Selection of the Private Participant in a Public-Private Partnership which is Entrusted with a Public Services Concession: Acoset (Case C-196/08)“, *Public Procurement Law Review*, svazek 2, 2010, s. 4], avšak nezůstala bez povšimnutí kritéria pro výběr na základě kvalifikace týkající se schopnosti stát se soukromým společníkem ve smíšené společnosti, která má být založena.

[46] – V tomto smyslu viz rozsudek ze dne čtvrtek 8. července 2021, Sanresa (C-295/20, EU:C:2021:556, bod 62).

[47] – Jak poznamenává právní nauka, v kontextu jednoho PPP je třeba i přes obtíže odlišit kritéria pro výběr na základě kvalifikace od kritérií pro zadání veřejné zakázky. Viz Andrecka, M., a Kania, M., „Choosing the Private Partner for a Public Private Partnership: A European Union Law Perspective on Polish Practice“, *Polish Review of International and European Law*, svazek 2, č. 1, 2013, s. 148.

[48] – Z tohoto důvodu jsem toho názoru, že kvalifikaci přijatou Soudním dvorem v rozsudku ze dne 19. května 2009, Assitur (C-538/07, EU:C:2009:317, body 21 a 23), pokud jde o vnitrostátní právní úpravu, která má vyloučit jakoukoli potenciální koluzi mezi účastníky téhož zadávacího řízení na veřejnou zakázku a zachovat rovné zacházení se zájemci a transparentnost řízení, nelze v projednávané věci použít, pokud jde o požadavky týkající se veřejné a soukromé účasti dotčené v projednávané věci, stanovené ostatně v dokumentaci k zadávacímu řízení.

v dokumentaci k zadávacímu řízení, jako jsou požadavky dotčené ve věci v původním řízení, tedy představují kritéria a podmínky ve smyslu čl. 38 odst. 1 směrnice 2014/23, nebo případně ve smyslu čl. 58 odst. 1 směrnice 2014/24.

2. Přeformulování předběžných otázek

98. S ohledem na upřesnění týkající se předmětu předběžných otázek [49], režimu použitelného ve věci v původním řízení [50], jakož i kvalifikace podmínek veřejné a soukromé účasti použitelných v této věci [51] navrhuji přeformulovat předběžné otázky upřesněním ustanovení unijního práva, jejichž výklad je nezbytný k podání užitečné odpovědi předkládajícímu soudu.

99. Konkrétně navrhuji mít za to, že se předkládající soud svými předběžnými otázkami, které navrhuji analyzovat společně, snaží zjistit, zda mají být článek 30 a čl. 38 odst. 1 směrnice 2014/23, nebo případně článek 18 a čl. 58 odst. 1 směrnice 2014/24 vykládány v tom smyslu, že brání tomu, aby byla pro účely určení procentního podílu účasti soukromého společníka-uchazeče ve společnosti se smíšeným veřejným a soukromým kapitálem, která má být založena, zohledněna nepřímá účast veřejného zadavatele na základním kapitálu tohoto soukromého společníka-uchazeče, takže je tento uchazeč vyloučen ze zadávacího řízení, pokud v důsledku zohlednění této nepřímé účasti není splněn procentní podíl soukromé účasti požadovaný veřejným zadavatelem podle dokumentace k zadávacímu řízení.

3. Posouzení

100. Vzhledem k tomu, že se jedná o podmínky a kritéria hospodářské a finanční způsobilosti nebo technické a odborné způsobilosti, musí požadavky týkající se veřejné a soukromé účasti stanovené v dokumentaci k zadávacímu řízení souviset s předmětem veřejné zakázky a být vzhledem k předmětu veřejné zakázky přiměřené [52]. V souladu s článkem 30 směrnice 2014/23 a článkem 18 směrnice 2014/24 musí veřejný zadavatel tyto požadavky uplatňovat v souladu se zásadami rovnosti a zákazu diskriminace uchazečů, jakož i transparentnosti a přiměřenosti.

101. Na prvním místě je třeba ověřit, zda existuje souvislost mezi těmito požadavky a předmětem zadávacího řízení.

102. V souladu s požadavky stanovenými v dokumentaci k zadávacímu řízení (51 % účast v případě města Řím a 49 % účast, pokud jde o soukromého společníka) musí být uchazečem, který může být vybrán, subjekt, který je ve vztahu k veřejnému zadavateli třetí osobou. Větší účast veřejného zadavatele ve společnosti se smíšeným kapitálem prostřednictvím kontroly tohoto uchazeče (rovněž vyplývající z nepřímé účasti) by totiž ovlivnila rozdělení mezi veřejným a soukromým kapitálem této společnosti, jak jej stanovil veřejný zadavatel. Mimoto by taková situace mohla omezit úlohu soukromého společníka, a v důsledku toho skutečné využití hospodářské a finanční způsobilosti nebo technické a odborné způsobilosti uchazeče pod hranici 49 % stanovenou veřejným zadavatelem. Tyto požadavky tedy souvisejí s předmětem zadávacího řízení.

[49] – Viz body 35 a 36 tohoto stanoviska.

[50] – Viz bod 70 tohoto stanoviska.

[51] – Viz bod 97 tohoto stanoviska.

[52] – Viz poznámka pod čarou 44.

103. Navíc vzhledem k tomu, že unijní právo obecně nebrání použití jediného řízení v souvislosti s PPP[53], výklad požadavku týkajícího se existence spojitosti mezi kritérii pro výběr na základě kvalifikace a předmětem zadávacího řízení, ke kterému je třeba se přiklonit, nemůže veřejným zadavatelům bránit v tom, aby tuto formu spolupráce využívali (včetně stanovení rozdělení veřejného a soukromého kapitálu společnosti se smíšeným kapitálem veřejným zadavatelem). Využití PPP totiž vyplývá ze svobody členských států, pokud jde o volbu způsobu poskytování služeb, kterým veřejní zadavatelé obstarávají své vlastní potřeby[54].

104. Na druhém místě, pokud jde o proporcionalitu požadavků na veřejnou a soukromou účast, připomínám, že přinejmenším ve světle mého výkladu žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce tyto požadavky systematicky nevylučují žádného uchazeče, jehož kapitál je veřejného původu[55]. Naproti tomu s ohledem na původní znění první předběžné otázky se tyto požadavky podle všeho vztahují na jakoukoli formu nepřímé účasti veřejného zadavatele na základním kapitálu soukromého společníka.

105. Nepřímá účast veřejného zadavatele na kapitálu soukromého společníka však může mít různé formy. Kromě toho její dopad na fungování tohoto soukromého společníka závisí na jeho organizační struktuře. Neexistuje tedy jistota, že jakákoli nepřímá účast na kapitálu soukromého společníka omezuje skutečné využití hospodářské a finanční způsobilosti nebo technické a odborné způsobilosti uchazeče pod hranici 49 % stanovenou veřejným zadavatelem.

106. V důsledku toho zohlednění jakékoli nepřímé účasti veřejného zadavatele na základním kapitálu soukromého společníka nedodržuje zásadu proporcionality, jelikož ponechává bez povšimnutí skutečnost, že taková nepřímá účast nutně neomezuje skutečné využití hospodářských a finančních předpokladů nebo technické a odborné způsobilosti tohoto soukromého společníka pod hranici 49 % stanovenou veřejným zadavatelem. Při neexistenci šetření umožňujících prokázat, že tomu tak je, nemůže být tento soukromý společník-uchazeč, automaticky vyloučen ze zadávacího řízení kvůli této nepřímé účasti.

107. Není zřejmé, zda veřejný zadavatel v projednávané věci taková šetření skutečně provedl. Analýza kapitálové struktury dotčených subjektů obsažená v rozhodnutí o vyloučení však nejprve může vést k domněnce, že tomu tak je. Žádost o rozhodnutí o předběžné otázce se také podle všeho shoduje s tímto rozhodnutím, jelikož předkládající soud uvádí, že „pokud se zohlední věcný aspekt, a sice struktura společnosti [Roma Multiservizi], a zejména skutečnost, že je z 51 % držena společností [AMA], která je zase zcela držena městem Řím, […] účast [veřejná a soukromá] ve smíšené společnosti [která má být založena] by *ve skutečnosti* činila 73,5 % a [26,5 %]“. Konečně nic nenasvědčuje tomu, že rozdělení rozhodovacích pravomocí a provozních rizik nebylo provedeno v poměru k drženému kapitálu. Skutečnost, že veřejný zadavatel drží většinu kapitálu soukromého společníka-uchazeče, tedy podle všeho může omezit skutečné využití hospodářské a finanční způsobilosti nebo technické a odborné způsobilosti tohoto soukromého společníka pod hranici 49 % stanovenou veřejným zadavatelem.

108. V důsledku toho jsem toho názoru, že článek 30 a čl. 38 odst. 1 směrnice 2014/23, nebo případně článek 18 a čl. 58 odst. 1 směrnice 2014/24 musí být vykládány v tom smyslu, že tato ustanovení brání tomu, aby byla pro účely určení procentního podílu účasti soukromého

[53] – Viz rozsudek Acoset (bod 63).

[54] – Viz rovněž bod 5 odůvodnění směrnice 2014/24, který uvádí, že „žádné ustanovení této směrnice nezavazuje členské státy zadat subdodávky na poskytování služeb, jež si přejí poskytovat samy nebo organizovat jiným způsobem než prostřednictvím veřejných zakázek ve smyslu této směrnice, nebo poskytování těchto služeb externalizovat“.

[55] – Viz bod 38 tohoto stanoviska.

společníka-uchazeče ve společnosti se smíšeným veřejným a soukromým kapitálem, která má být založena, zohledněna jakákoli nepřímá účast veřejného zadavatele na základním kapitálu tohoto soukromého společníka-uchazeče, takže je tento uchazeč automaticky vyloučen ze zadávacího řízení, pokud v důsledku zohlednění této nepřímé účasti není splněn procentní podíl soukromé účasti požadovaný veřejným zadavatelem podle dokumentace k zadávacímu řízení.

109. Naproti tomu článek 30 a čl. 38 odst. 1 směrnice 2014/23, nebo případně článek 18 a čl. 58 odst. 1 směrnice 2014/24 nebrání takovému zohlednění, pokud toto zohlednění není automatické. Konkrétně tato ustanovení nebrání zohlednění nepřímé účasti, pokud z šetření provedených veřejným zadavatelem vyplývá, že tato účast spočívá v držení většiny kapitálu soukromého společníka-uchazeče jinou entitou, která je zcela držena veřejným zadavatelem, pokud je rozdělení rozhodovacích pravomocí a rizik provedeno v poměru k výši drženého kapitálu pokud jde o tohoto soukromého společníka-uchazeče a tuto entitou.

110. Pokud jde o dodržení proporcionality, poznamenávám v zájmu úplnosti, že Komise zřejmě zpochybňuje, že vyloučení nabídky předložené společnostmi Rekeep a Roma Multiservizi je v souladu se zásadou proporcionality, neboť město Řím jim mělo umožnit, aby případně prokázaly, že jeho nepřímá účast na kapitálu společnosti Roma Multiservizi nepředstavuje riziko střetu zájmů. Hlavním cílem požadavků týkajících se veřejné a soukromé účasti stanovených v dokumentaci k zadávacímu řízení však není vyloučit taková rizika. Kromě toho je střet zájmů důvodem pro výjimku stanovenou ve směrnicích 2014/23 a 2014/24 a žádost o rozhodnutí o předběžné otázce na něj nijak neodkazuje. Žádost o rozhodnutí o předběžné otázce se neodvolává ani na článek 35 směrnice 2014/23, ani na článek 24 směrnice 2014/24.

111. Pokud jde na třetím místě o zásady transparentnosti a rovného zacházení, musím poznamenat, že společnosti Roma Multiservizi a Rekeep ve svých písemných vyjádřeních tvrdí, že zohlednění nepřímé účasti veřejného zadavatele na kapitálu uchazeče nebylo v dokumentaci k zadávacímu řízení zmíněno.

112. Žádost o rozhodnutí o předběžné otázce neodkazuje na neuvedení této zmínky v dokumentaci k zadávacímu řízení. V této souvislosti musím poznamenat, že město Řím ve svých odpovědích na písemné otázky Soudního dvora uvádí, že podle legislativního nařízení č. 175, které podle všeho obsahuje prováděcí pravidla ke směrnicím 2014/23 a 2014/24, je veřejný podnik definován jako podnik, na který mohou veřejní zadavatelé vykonávat přímo či nepřímo dominantní vliv. Podle vyjádření společnosti Rekeep toto nařízení rovněž stanoví, že „pokud platné právní předpisy povolují založení smíšených společností k provedení a správě veřejných stavebních prací nebo k organizaci a provozování služby obecného zájmu, musí být soukromý společník vybrán prostřednictvím zadávacího řízení na veřejnou zakázku“. Výkladem *a contrario* lze tedy konstatovat, že v rámci společnosti se smíšeným kapitálem se nemůže soukromý společník ocitnout v postavení přímého nebo nepřímého dominantního vlivu vůči veřejnému zadavateli. Nepřímou účast na kapitálu soukromého společníka vedoucí k výkonu dominantního vlivu však nelze stavět na roveň jakékoli nepřímé účasti na kapitálu tohoto soukromého společníka.

113. V každém případě mají pouze vnitrostátní soudy pravomoc případně ověřit opodstatněnost těchto tvrzení a jejich relevanci v dané fázi věci v původním řízení.

114. Vzhledem k tomu, že předkládající soud odkazuje na článek 30 směrnice 2014/23 a článek 18 směrnice 2014/24, je třeba tomuto soudu poskytnout užitečná upřesnění, pokud jde o ověření provedené s ohledem na zásady uvedené v těchto ustanoveních.

115. Z ustálené judikatury vyplývá, že zásady transparentnosti a rovného zacházení, kterými se řídí všechny postupy při zadávání veřejných zakázek, vyžadují, aby hmotněprávní a procesněprávní podmínky týkající se účasti v soutěži o veřejnou zakázku byly předem jasně vymezeny a zveřejněny, zejména povinnosti uložené uchazečům, aby tito uchazeči mohli přesně znát omezení řízení a ujistit se o skutečnosti, že stejné požadavky platí pro všechny soutěžitele [56].

116. Například, pokud jde o režim směrnice 2014/24, vyhlášení zakázky musí obecně obsahovat seznam a stručný popis výběrových kritérií a kritérií týkajících se osobní situace hospodářských subjektů, která by mohla vést k jejich vyloučení [57].

117. V návaznosti na tuto logiku musí být zásada rovného zacházení a povinnost transparentnosti vykládány v tom smyslu, že brání vyloučení hospodářského subjektu ze zadávacího řízení na veřejnou zakázku z důvodu, že tento subjekt nesplnil povinnost, která vyplývá nikoliv výslovně z dokumentace týkající se tohoto zadávacího řízení či z platného vnitrostátního zákona, nýbrž z výkladu tohoto zákona a těchto dokumentů, jakož i z doplnění chybějících ustanovení uvedených dokumentů vnitrostátními správními orgány nebo soudy [58].

118. Vzhledem k tomu, že nepřímá účast veřejného zadavatele na kapitálu soukromého společníka může mít různé formy a její dopad na fungování tohoto soukromého společníka závisí na jeho organizační struktuře, nezdá se mi samozřejmé, že by jakákoli forma nepřímé účasti veřejného zadavatele automaticky vedla k vyloučení uchazeče ze zadávacího řízení z důvodu nesplnění požadavků na veřejnou a soukromou účast. Takový výklad podle všeho z vnitrostátních právních předpisů nebo dokumentace k zadávacímu řízení dostatečně zjevně nevyplývá.

119. Aniž jsou dotčeny výše uvedené dodatečné poznámky týkající se dodržování zásad transparentnosti a rovného zacházení, trvám na názoru, který jsem uvedl v bodě 108 tohoto stanoviska a který se týká dodržování zásady proporcionality.

VI. Závěry

120. Na základě výše uvedených úvah navrhuji, aby Soudní dvůr odpověděl Consiglio di Stato (Státní rada, Itálie) následovně:

„Článek 30 a čl. 38 odst. 1 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/23/EU ze dne 26. února 2014 o udělování koncesí, nebo případně článek 18 a čl. 58 odst. 1 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES musí být vykládány v tom smyslu, že tato ustanovení brání tomu, aby byla pro účely určení procentního podílu účasti soukromého společníka-uchazeče ve společnosti se smíšeným veřejným a soukromým kapitálem, která má být založena, zohledněna jakákoli nepřímá účast veřejného zadavatele na základním kapitálu tohoto soukromého společníka-uchazeče, takže je tento uchazeč automaticky vyloučen ze zadávacího řízení, pokud v důsledku zohlednění této nepřímé účasti není splněn procentní podíl soukromé účasti požadovaný veřejným zadavatelem podle dokumentace k zadávacímu řízení.

56 – Viz rozsudek ze dne 17. května 2018, Specializuotas transportas (C-531/16, EU:C:2018:324, bod 23 a citovaná judikatura).

57 – Viz článek 49 a příloha V část C bod 11 písm. c) směrnice 2014/24.

58 – Viz rozsudek ze dne 2. června 2016, Pizzo (C-27/15, EU:C:2016:404, bod 51).

Naproti tomu článek 30 a čl. 38 odst. 1 směrnice 2014/23, nebo případně článek 18 a čl. 58 odst. 1 směrnice 2014/24 nebrání takovému zohlednění, pokud toto zohlednění není automatické. Konkrétně tato ustanovení nebrání zohlednění nepřímé účasti, pokud z šetření provedených veřejným zadavatelem vyplývá, že tato účast spočívá v držení většiny kapitálu soukromého společníka-uchazeče jinou entitou, která je zcela držena veřejným zadavatelem, pokud je rozdělení rozhodovacích pravomocí a rizik provedeno v poměru k výši drženého kapitálu, pokud jde o tohoto soukromého společníka-uchazeče a tuto entitu.“