Zbierka súdnych rozhodnutí

NÁVRHY GENERÁLNEHO ADVOKÁTA
MACIEJ SZPUNAR
prednesené 24. februára 2022 [1]

Vec C-332/20

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

[návrh na začatie prejudiciálneho konania, ktorý podala Consiglio di Stato (Štátna rada, Taliansko)]

„Návrh na začatie prejudiciálneho konania – Verejné obstarávanie – Koncesné zmluvy – Zadanie riadenia integrovanej školskej služby spoločnosti so zmiešaným kapitálom – Stanovenie súkromného partnera na základe verejného obstarávania – Požiadavka podielu súkromného partnera na imaní spoločnosti so zmiešaným kapitálom najmenej 30 % – Nepriamy podiel verejného obstarávateľa na imaní súkromného partnera“

I. Úvod

1. Na základe tohto návrhu na začatie prejudiciálneho konania má Súdny dvor možnosť konkretizovať svoju judikatúru týkajúcu sa spôsobu, akým právo EÚ poníma inštitucionalizované verejno-súkromné partnerstvo (PPPI), ktoré niekedy verejní obstarávatelia používajú namiesto verejného obstarávania alebo „tradičných“ koncesných zmlúv.

2. Aj keď žiadne záväzné ustanovenie práva Únie výslovne neupravuje PPPI [2], Európska komisia ho však definuje ako formu spolupráce medzi verejnými a súkromnými partnermi, ktorí založia subjekt so zmiešaným kapitálom, ktorý vykonáva verejné obstarávania alebo koncesie [3] a vzťahuje sa naň judikatúra Súdneho dvora. Súdny dvor najmä konštatoval, že právo Únie vo všeobecnosti nebráni tomu, aby sa v rámci PPPI použil postup, na základe ktorého sa jednak vyberie súkromný partner a tiež sa zadá zákazka alebo udelí koncesia verejno-súkromnému subjektu, ktorý sa má založiť. [4]

[1] Jazyk prednesu: francúzština.

[2] K jednotlivým formám verejno-súkromného partnerstva z hľadiska práva Únie, najmä PPPI, pozri BOVIS, CH.: Chapter 18: Public service partnerships. In: *Research Handbook on EU Public Procurement Law*, pod vedením BOVIS, CH., Edward Elgar, Cheltenham-Northampton, 2016, s. 554 a nasl.

[3] Pozri Zelenú knihu o verejno-súkromných partnerstvách a práve Spoločenstva v oblasti verejného obstarávania a koncesií [KOM(2004) 327 v konečnom znení], bod 54.

[4] Pozri najmä rozsudok z 15. októbra 2009, Acoset (C-196/08, ďalej len „rozsudok Acoset“, EU:C:2009:628).

3. Problémy, na ktoré poukazuje tento návrh na začatie prejudiciálneho konania a ktoré sú vyjadrené v štruktúre a obsahu týchto návrhov, vyplývajú skôr z neexistencie ustanovení práva Únie upravujúcich partnerstvá PPPI. Právny problém, ktorý vzniká v prejednávanej veci, nie je z hľadiska práva Únie jasne definovaný, ani presne zaradený do kontextu.

4. Na základe podrobnej analýzy tohto návrhu na začatie prejudiciálneho konania som dospel k záveru, že otázky položené vnútroštátnym súdom sa týkajú otázky, či spôsob, akým verejný obstarávateľ postupoval pri výpočte súkromného podielu na subjekte so zmiešaným kapitálom, ktorý sa má založiť, v dôsledku čoho vylúčil uchádzača z verejného obstarávania, je v súlade so smernicami 2014/23/EÚ [5] a/alebo 2014/24/EÚ [6].

II. Právny rámec

A. Právo Únie

1. Smernica 2014/23

5. Článok 3 smernice 2014/23 stanovuje:

„1. Verejní obstarávatelia a obstarávatelia zaobchádzajú s hospodárskymi subjektmi rovnako a nediskriminačne a konajú transparentne a primerane.

Návrh postupu udeľovania koncesie, vrátane stanovenia predpokladanej hodnoty, sa nesmie robiť so zámerom vylúčiť ho z rozsahu pôsobnosti tejto smernice alebo neprimerane zvýhodniť či znevýhodniť niektoré hospodárske subjekty alebo niektoré stavebné práce, tovar alebo služby.

2. Cieľom verejných obstarávateľov a obstarávateľov je zabezpečiť transparentnosť postupu udeľovania, ako aj transparentnosť plnenia koncesie pri dodržaní článku 28.“

6. Článok 30 ods. 1 a 2 tejto smernice stanovuje:

„1. Verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ slobodne organizuje postup vedúci k výberu koncesionára, pričom sa musí dodržať súlad s touto smernicou.

2. Návrh postupu udeľovania koncesie rešpektuje zásady ustanovené v článku 3. Verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ počas postupu udeľovania koncesie predovšetkým neposkytuje informácie diskriminačným spôsobom, v dôsledku ktorého by niektorí záujemcovia alebo uchádzači mohli oproti iným získať výhodu.“

7. V článku 38 ods. 1 uvedenej smernice sa uvádza:

„Verejní obstarávatelia a obstarávatelia overia podmienky účasti týkajúce sa odbornej a technickej spôsobilosti a finančného a ekonomického postavenia záujemcov alebo uchádzačov, a to na základe vlastných vyhlásení, referencie alebo referencií, ktoré je potrebné predložiť ako dôkaz v súlade s požiadavkami uvedenými v oznámení o koncesii, ktoré musia byť nediskriminačné

[5] Smernica Európskeho parlamentu a Rady z 26. februára 2014 o udeľovaní koncesií (Ú. v. EÚ L 94, 2014, s. 1).

[6] Smernica Európskeho parlamentu a Rady z 26. februára 2014 o verejnom obstarávaní a o zrušení smernice 2004/18/ES (Ú. v. EÚ L 94, 2014, s. 65).

a primerané predmetu koncesie. Podmienky účasti sa vzťahujú na potrebu zabezpečiť schopnosť koncesionára plniť koncesiu a sú k nej primerané, pričom zohľadňujú predmet koncesie a účel zaručenia skutočnej hospodárskej súťaže.“

2. Smernica 2014/24

8. Článok 18 ods. 1 smernice 2014/24 stanovuje:

„Verejní obstarávatelia zaobchádzajú s hospodárskymi subjektmi rovnako a nediskriminačne a konajú transparentným a primeraným spôsobom.

Obstarávanie sa nesmie robiť so zámerom vylúčiť ho z rozsahu pôsobnosti tejto smernice ani umelo zúžiť hospodársku súťaž. Hospodárska súťaž sa považuje za umelo zúženú, ak je návrh obstarávania vypracovaný so zámerom neprimerane zvýhodniť či znevýhodniť niektoré hospodárske subjekty.“

9. Článok 58 ods. 1 tejto smernice stanovuje:

„Podmienky účasti sa môžu týkať:

a) spôsobilosti vykonávať odbornú činnosť;

b) ekonomického a finančného postavenia;

c) technickej a odbornej spôsobilosti.

Verejní obstarávatelia môžu ako požiadavky na účasť stanoviť pre hospodárske subjekty len podmienky uvedené v odsekoch 2, 3 a 4. Akékoľvek požiadavky sa obmedzia na požiadavky primerané na zabezpečenie toho, aby mal záujemca alebo uchádzač právne a finančné kapacity a technickú a odbornú spôsobilosť na plnenie zadávanej zákazky. Všetky požiadavky musia súvisieť s predmetom zákazky a musia mu byť primerané.“

B. Talianske právo

10. V talianskom práve sa právna úprava v oblasti zmiešaných spoločností riadi decreto legislativo n. 175 – Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica (legislatívny dekrét č. 175 – konsolidované znenie v oblasti spoločností s verejným podielom) z 19. augusta 2016[7] v znení uplatniteľnom na spory vo veci samej (ďalej len „legislatívny dekrét č. 175“).

11. Účelom legislatívneho dekrétu č. 175 je podľa článku 1 tohto dekrétu zabezpečiť účinné riadenie verejných podielov, chrániť a podporovať hospodársku súťaž a trh, ako aj zracionalizovať a znížiť verejné výdavky. Tento dekrét stanovuje, že verejná správa si môže na účely riadenia dotknutých činností uvedených v článku 4 tohto dekrétu vybrať medzi interným riadením prostredníctvom spoločnosti, ktorej je výlučným vlastníkom, a založením spoločností so zmiešaným kapitálom, pričom podrobne upravuje túto druhú alternatívu, aby bola zlučiteľná s právom Únie.

[7] GURI č. 210 z 8. septembra 2016, s. 1.

12. Pokiaľ ide o túto druhú alternatívu, v článku 17 ods. 1 legislatívneho dekrétu č. 175 sa uvádza:

„V spoločnostiach so zmiešaným verejno-súkromným podielom nesmie byť percentuálny podiel súkromnej osoby nižší ako 30 % a výber tejto osoby sa uskutoční na základe verejného obstarávania v súlade s článkom 5 ods. 9 legislatívneho dekrétu č. 50 z roku 2016[8] a jeho účelom je upísanie alebo nadobudnutie podielu súkromným partnerom a zároveň zadanie zákazky alebo udelenie koncesie, ktorá predstavuje výlučný predmet činnosti zmiešanej spoločnosti.“

III. Skutkové okolnosti sporu vo veci samej

13. Mesto Rím v roku 2018 vyhlásilo verejné obstarávanie s dvojakým účelom: po prvé vybrať súkromného partnera, ktorý by s ním založil spoločnosť so zmiešaným verejno-súkromným kapitálom (ďalej len „zmiešaná spoločnosť, ktorá sa má založiť“), a po druhé zadať tejto spoločnosti integrovanú školskú službu za sumu 277 479 616,21 eura patriacu do právomoci mesta Rím. Podľa súťažných podkladov malo mesto Rím vlastniť 51 % akcií uvedenej spoločnosti a zvyšných 49 % mal nadobudnúť súkromný partner, ktorý mal znášať celé prevádzkové riziko.

14. Ponuku predložila skupina zložená zo spoločností Roma Multiservizi SpA a Rekeep SpA.

15. Na základe rozhodnutia č. 435 z 1. marca 2019 (ďalej len „rozhodnutie o vylúčení“) bola táto skupina vylúčená z prebiehajúceho konania z dôvodu, že 51 %-ným vlastníkom spoločnosti Roma Multiservizi bola spoločnosť AMA SpA, ktorej výlučným vlastníkom bolo mesto Rím, a že prijatie ponuky uvedenej skupiny by malo za následok, že mesto Rím bude mať de facto skutočný podiel 73,5 % v zmiešanej spoločnosti, ktorá sa má založiť[9], čím by sa teda prekročila 51 %-ná hranica stanovená v súťažných podkladoch.

16. Spoločnosti Rekeep a Roma Multiservizi napadli toto rozhodnutie na Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Regionálny správny súd pre Lazio, Taliansko), ktorý zamietol ich žaloby na základe dvoch rozsudkov vynesených 18. júna 2019.

17. Spoločnosti Rekeep a Roma Multiservizi sa proti týmto dvom rozsudkom odvolali na vnútroštátny súd.

18. Z pripomienok týchto účastníkov konania vyplýva, že počas skúmania ich odvolaní mesto Rím na základe rokovacieho konania zadalo výkon predmetnej služby skupine CNS.

8 Decreto legislativo n. 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 (legislatívny dekrét č. 50 týkajúci sa prebratia smerníc 2014/23/UE, 2014/24/UE a 2014/25/UE o udeľovaní koncesií, verejnom obstarávaní a obstarávaní dodávateľských subjektov v odvetviach vodného hospodárstva, energetiky, dopravy a poštových služieb, ako aj reorganizácia platnej právnej úpravy v oblasti verejných zákaziek na práce, služby a dodávky z 18. apríla 2016 (bežný dodatok GURI č. 91 z 19. apríla 2016).

9 Skutočný 51 %-ný podiel vyplýval totiž už zo súťažných podkladov. Podľa týchto podkladov malo mesto Rím vlastniť 51 % akcií zmiešanej spoločnosti, ktorá sa má založiť. Pokiaľ ide o zvyšok (73,5 % – 51 % = 22,5 %), skutočný 22,5 %-ný podiel v tejto spoločnosti mal vyplývať zo skutočnosti, že podiel spoločnosti Roma Multiservizi v skupine vytvorenej so spoločnosťou Rekeep bol približne 90 %. V dôsledku toho by vlastnenie 51 % imania spoločnosti Roma Multiservizi spoločnosťou AMA, – ktorej výlučným vlastníkom je mesto Rím –, malo za následok skutočný 22,5 %-ný podiel mesta Rím v zmiešanej spoločnosti, ktorá sa má založiť (22,5 % = 49 % × 90 % × 51 %). Spoločnosti Rekeep a Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa (CNS) vo svojich písomných pripomienkach totiž uvádzajú, že bolo stanovené, že 10 %-ným vlastníkom tejto skupiny bude spoločnosť Rekeep ako zástupca a 90 %-ným vlastníkom bude spoločnosť Roma Multiservizi ako vedúci zástupca, a tiež, že tieto spoločnosti upíšu imanie zmiešanej spoločnosti, ktorá sa má založiť s mestom Rím, úmerne k ich podielu v tejto skupine.

IV. Konanie na Súdnom dvore a prejudiciálne otázky

19. Za týchto okolností Consiglio di Stato (Štátna rada, Taliansko) na základe rozhodnutia z 13. februára 2020 doručeného Súdnemu dvoru 22. júla 2020 prerušila konanie a položila Súdnemu dvoru na posúdenie nasledujúce otázky:

„1. Bráni právo [Únie] a správny výklad odôvodnení 14 a 32, ako aj článkov 12 a 18 smernice 2014/24 a článku 30 smernice 2014/23, a to aj vzhľadom na článok 107 ZFEÚ, tomu, aby sa na účely stanovenia minimálnej hranice 30 %-ného podielu súkromného partnera pri nadobudnutí imania vznikajúcej zmiešanej verejno-súkromnej spoločnosti, teda hranice, ktorú vnútroštátny zákonodarca považuje za primeranú na základe zásad [práva Únie] vyvodených v danej oblasti na základe judikatúry Únie, zohľadnilo výlučne formálne alebo zdokladované zloženie základného imania takého súkromného partnera, alebo má orgán verejnej správy, ktorý vyhlasuje verejné obstarávanie, možnosť, či dokonca povinnosť zohľadniť svoj nepriamy podiel na základnom imaní súkromného partnera, ktorý je uchádzačom?

2. Je v prípade kladnej odpovede na prvú otázku v súlade so zásadami [práva Únie], najmä so zásadami hospodárskej súťaže, proporcionality a primeranosti skutočnosť, že orgán verejnej správy, ktorý vyhlasuje verejné obstarávanie, môže z obstarávania vylúčiť súkromného partnera, ktorý je uchádzačom a ktorého skutočný podiel vo vznikajúcej zmiešanej verejno-súkromnej spoločnosti je v skutočnosti nižší než 30 %, a to v dôsledku zisteného priameho alebo nepriameho verejného podielu?“

20. Písomné pripomienky predložili účastníci konania vo veci samej a skupina CNS, ako aj Komisia. Pojednávanie sa nekonalo.

V. Analýza

A. O predmete prejudiciálnych otázok

21. Zo znenia návrhu na začatie prejudiciálneho konania vyplýva, že vnútroštátny súd vzhľadom na okolnosti veci samej zohľadňuje dve požiadavky, pokiaľ ide o verejný podiel a súkromný podiel v zmiešanej spoločnosti, ktorá sa má založiť.

22. Prvá požiadavka sa týka minimálnej hranice podielu 30 %, ktorá sa vyžaduje od súkromného partnera pri nadobudnutí imania subjektu so zmiešaným kapitálom, ktorý sa má založiť, v súlade s článkom 17 ods. 1 legislatívneho dekrétu č. 175. Táto minimálna hranica súkromného podielu logicky zodpovedá maximálnej hranici verejného podielu 70 %.

23. Druhou požiadavkou je požiadavka stanovená v tomto prípade samotným verejným obstarávateľom vo verejnom obstarávaní, a to podiel 49 % v prípade súkromného partnera a podiel 51 % v prípade verejného obstarávateľa.

24. Obe prejudiciálne otázky, ako ich formuloval vnútroštátny súd, odkazujú iba na minimálnu hranicu podielu 30 %, ktorý sa vyžaduje od súkromného partnera pri nadobudnutí imania zmiešanej spoločnosti. V tejto súvislosti musím poznamenať, že vnútroštátny súd sa Súdneho dvora nepýta na platnosť tejto hranice z hľadiska práva Únie. Znenie týchto otázok naznačuje, že

vnútroštátny súd sa v nich pýta, či právo Únie bráni tomu, aby sa na účely stanovenia takej minimálnej hranice podielu 30 % zohľadnil nepriamy podiel verejného obstarávateľa na základnom imaní tohto súkromného partnera.

25. Odôvodnenie návrhu na začatie prejudiciálneho konania však nie je také jednoznačné, pokiaľ ide o predmet prejudiciálnych otázok.

26. Vnútroštátny súd totiž v súlade so znením prejudiciálnych otázok uvádza, že na rozhodnutie vo veci samej „je potrebné určiť, či na účely dodržania hraníc podielov v zmiešanej spoločnosti [ktorá sa má založiť] (nie viac ako 70 %, pokiaľ ide o verejný podiel, nie menej ako 30 %, pokiaľ ide o podiel súkromného partnera) treba zohľadniť iba právnu povahu súkromného partnera alebo či sa v prípade podielu verejného akcionára na jeho imaní musí vziať do úvahy aj jeho verejný podiel“.

27. Vnútroštátny súd ďalej tiež uvádza, že zákonnosť hraníc verejného podielu (51 %) a súkromného podielu (49 %) nebola v spore vo veci samej spochybnená. V dôsledku toho sa domnieva, že „[tento] spor sa týka zákonnosti rozhodnutia verejného obstarávateľa, ktorý na účely preskúmania dodržania hornej hranice 51 % svojho podielu v novej spoločnosti, ktorá sa mala založiť, usúdil, že bolo potrebné zohľadniť aj jeho [nepriamy podiel v tejto spoločnosti]“.

28. Vzhľadom na nejednoznačnosť predmetu prejudiciálnych otázok musím v prvom rade poznamenať, že vnútroštátny súd uvádza, že *lex specialis* o verejnom obstarávaní, ktorého ustanovenia sú „účinné“ vo veci samej, presne stanovuje verejný a súkromný podiel na 51 % a 49 %.[10] Zdá sa teda, že v rámci sporu vo veci samej, ktorý sa týka rozhodnutia o vylúčení, sa vnútroštátny súd pýta predovšetkým na požiadavky verejného a súkromného podielu stanovené v súťažných podkladoch.

29. V druhom rade v nadväznosti na otázku, či rozhodnutie o vylúčení bolo formálne odôvodnené porušením článku 17 ods. 1 legislatívneho dekrétu č. 175 alebo nedodržaním požiadavky rozdelenia imania stanoveného v súťažných podkladoch, účastníci konania väčšinou uprednostnili túto druhú možnosť.

30. Spoločnosť Roma Multiservizi odpovedala kategoricky a uviedla, že rozhodnutie o vylúčení sa odvoláva na údajné nedodržanie rozdelenia základného imania uvedeného v súťažných podkladoch.

31. Mesto Rím po prvé uviedlo, že ponuka skupiny, na ktorú sa vzťahuje rozhodnutie o vylúčení, vykazuje dve nezrovnalosti s ohľadom na/v súvislosti s dvoch požiadaviek týkajúcich sa verejného a súkromného podielu. Mesto Rím však po druhé opakuje dôvody vylúčenia tejto skupiny, z ktorých vyplýva, že toto vylúčenie je založené na konštatovaní, že „podiel rizikového kapitálu v [zmiešanej spoločnosti, ktorá sa má založiť] určeného na súkromné investície je nižší ako 49 % a je v zjavnom rozpore s podmienkami uvedenými v súťažných podkladoch a v aktoch schválených obecným zastupiteľstvom“.

32. Spoločnosť Rekeep v súlade s odpoveďou mesta Rím uviedla, že odôvodnenie rozhodnutia o vylúčení poukazuje iba na nedodržanie podielov na imaní stanovených v súťažných podkladoch a dodala, že legislatívny dekrét č. 175 je uvedený v predbežných úvahách tohto rozhodnutia.

[10] Rovnako podľa informácií uvedených v návrhu na začatie prejudiciálneho konania spoločnosti Roma Multiservizi a Rekeep napadli rozhodnutie o vylúčení, pričom poukázali najmä na porušenie, nesprávne uplatnenie a neprípustný účelový výklad toho, čo títo účastníci konania považovali za *lex specialis*.

33. Zdá sa, že Komisia sa vo svojej odpovedi implicitne vyjadrila rovnako. Táto inštitúcia sa domnieva, že je zrejmé, že stanovenie 49 %-ného súkromného podielu – a z toho vyplývajúce vylúčenie – je založené výlučne na hranici stanovenej v článku 17 legislatívneho dekrétu č. 175. Z toho vyvodzujem, že podľa Komisie *vyplýva* vylúčenie priamo z nedodržania požiadavky týkajúcej sa súkromného podielu 49 % stanoveného v súťažných podkladoch.

34. Iba skupina CNS sa domnieva, že rozhodnutie o vylúčení je založené jednak na porušení článku 17 ods. 1 legislatívneho dekrétu č. 175, ako aj na porušení požiadavky na rozdelenie imania stanovenej v súťažných podkladoch. Časti tohto rozhodnutia, ktoré uvádza skupina CNS, sa však týkajú iba požiadaviek verejného a súkromného podielu stanovených vo verejnom obstarávaní.

35. Vzhľadom na tieto spresnenia je potrebné konštatovať, že vo svojej prvej otázke sa vnútroštátny súd pýta, či právo Únie bráni tomu, aby sa na účely stanovenia percentuálneho súkromného podielu v zmiešanej spoločnosti, ktorá sa má založiť, zohľadnil nepriamy podiel verejného obstarávateľa na základnom imaní súkromného partnera, ktorý je uchádzačom.

36. Druhú prejudiciálnu otázku treba teda chápať v tom zmysle, že vnútroštátny súd sa pýta, či právo Únie bráni tomu, aby verejný obstarávateľ vylúčil z verejného obstarávania súkromného partnera, ktorý je uchádzačom a ktorého skutočný podiel v subjekte so zmiešaným kapitálom, ktorý sa má založiť, nespĺňa požiadavku týkajúcu sa minimálnej hranice súkromného podielu stanovenú v súťažných podkladoch.

37. K takto preformulovaným prejudiciálnym otázkam musím uviesť niekoľko doplňujúcich poznámok.

38. Z pôvodného znenia prvej otázky po prvé vyplýva, že vnútroštátny súd chce zistiť, či právo Únie bráni tomu, aby verejný obstarávateľ nezohľadnil akýkoľvek verejný podiel na imaní súkromného partnera, ktorý je uchádzačom, ale iba „svoj vlastný podiel“ na imaní tohto partnera („verejná správa, ktorá vyhlasuje verejné obstarávanie, [má] možnosť alebo dokonca povinnosť zohľadniť svoj vlastný nepriamy podiel na základnom imaní súkromného partnera“). Viaceré časti návrhu na začatie prejudiciálneho konania podporujú taký výklad nielen požiadaviek verejného a súkromného podielu stanovených vo verejnom obstarávaní,[11] ale aj rozhodnutia o vylúčení, čo je ešte dôležitejšie v rámci veci samej.[12]

39. Zo znenia prvej prejudiciálnej otázky ďalej vyplýva, že vnútroštátny súd poukazuje na „možnosť, či dokonca povinnosť“ zohľadniť taký nepriamy podiel. Je však nesporné, že vo veci samej verejný obstarávateľ zohľadnil svoj nepriamy podiel. Na preskúmanie rozhodnutia o vylúčení stačí určiť, či právo EÚ bráni takému zohľadneniu.

40. Vnútroštátny súd okrem toho uvádza, že druhá prejudiciálna otázka vzniká v prípade kladnej odpovede na prvú otázku. Prvá otázka však vo svojom pôvodnom znení obsahuje dve alternatívy („bráni[a ustanovenia práva Únie] tomu, aby [sa] zohľadnil výlučne [priamy podiel] alebo [má verejný obstarávateľ] možnosť, či dokonca povinnosť zohľadniť… nepriamy podiel na základnom imaní súkromného partnera, ktorý je uchádzačom?“). V každom prípade je potrebné konštatovať,

[11] Vnútroštátny súd najmä uvádza, že verejný obstarávateľ „stanovil 51 %-ný podiel mesta Rím a 49 %-ný podiel súkromného partnera“ a že tento verejný obstarávateľ vyhlásil verejné obstarávanie, „pričom stanovil 51 %-ný podiel mesta Rím“.

[12] Vnútroštátny súd najmä uvádza, že „mesto Rím… by nakoniec malo vo verejno-súkromnej spoločnosti skutočný podiel 73,5 %, čím by prekročilo 51 %-nú hranicu stanovenú v súťažných podkladoch“ a že „podiel mesta Rím v [zmiešanej spoločnosti, ktorá sa má založiť], by prekročil stanovenú 51 %-nú hranicu“.

že druhá otázka vzniká v prípade, keď odpoveď na prvú otázku je, že právo Únie nebráni zohľadneniu nepriameho podielu verejného obstarávateľa na základnom imaní súkromného partnera, ktorý je uchádzačom.

41. Aby napokon bolo možné užitočne odpovedať vnútroštátnemu súdu, je potrebné určiť režim uplatniteľný vo veci samej ako aj ustanovenia tohto režimu, ktorých výklad je potrebný na vyriešenie sporu, ktorý prebieha pred týmto súdom. Nezdá sa totiž, že by boli relevantné všetky ustanovenia, ktoré uvádza vnútroštátny súd vo svojom návrhu na začatie prejudiciálneho konania. Z tohto dôvodu niektorí účastníci konania spochybňujú prípustnosť prejudiciálnych otázok.

B. O prípustnosti prejudiciálnych otázok a uplatniteľnom režime

42. Vnútroštátny súd vo svojej prvej otázke uvádza viaceré ustanovenia práva Únie bez výslovného uvedenia dôvodov, pre ktoré sa opýtal na ich výklad. Pokiaľ ide o druhú otázku, tento súd uvádza len právne zásady, najmä zásady hospodárskej súťaže, proporcionality a primeranosti, pričom neodkazuje na žiadne ustanovenie tohto práva.

43. Komisia sa v tejto súvislosti domnieva, že prvá prejudiciálna otázka je neprípustná v rozsahu, v akom sa týka článku 107 ZFEÚ, zatiaľ čo skupina CNS spochybňuje prípustnosť návrhu na začatie prejudiciálneho konania v celom rozsahu.[13] Tieto námietky neprípustnosti preskúmam v rámci mojej analýzy návrhu na začatie prejudiciálneho konania, ktorej cieľom je určiť ustanovenia práva Únie relevantné v prejednávanej veci.

1. Smernice 2014/23 a 2014/24

44. Prvá prejudiciálna otázka, ako ju sformuloval vnútroštátny súd, odkazuje na smernicu 2014/23 ako aj smernicu 2014/24. Tieto smernice stanovujú pravidlá uplatniteľné na postupy udeľovania koncesných zmlúv a pravidlá uplatniteľné na postupy verejného obstarávania.

45. Na určenie smernice uplatniteľnej v prejednávanej veci je potrebné preskúmať predmet verejného obstarávania, ako aj zmluvu, ktorú chcel verejný obstarávateľ uzavrieť na základe vyhlásenia tohto verejného obstarávania.

46. Verejné obstarávanie, o ktoré ide vo veci samej, má dva ciele, takže možno konštatovať, že zmluva, ktorá sa mala uzavrieť, pozostávala z dvoch častí, pričom prvá sa týkala výberu súkromného partnera v zmiešanej spoločnosti, ktorá sa mala založiť, a druhá zadania integrovanej školskej služby tejto spoločnosti.

47. Môže prvá časť ovplyvniť uplatniteľnosť smernice 2014/23 alebo smernice 2014/24, pokiaľ ide o obe časti zmluvy, o akú ide vo veci samej? Judikatúra obsahuje užitočné východiská pre zodpovedanie tejto otázky.

[13] Podľa skupiny CNS vnútroštátny súd žiada iba o preskúmanie súladu vnútroštátneho práva so všeobecnými zásadami práva Únie bez toho, aby konkrétne určil osobitné ustanovenia, vo vzťahu ku ktorým by bolo potrebné tento súlad preskúmať. Irelevantnosť prejudiciálnej otázky podľa nej dokazuje aj skutočnosť, že v práve Únie neexistujú osobitné ustanovenia týkajúce sa foriem verejno-súkromného partnerstva.

a) O relevantnej judikatúre

48. Vo veci, v ktorej bol vydaný rozsudok Club Hotel Loutraki a i.[14], sa Súdny dvor stretol s analogickou otázkou. Návrh na začatie prejudiciálneho konania sa týkal zmluvy pozostávajúcej z troch dohôd: dohody o prevode 49 % akcií verejného podniku s cieľom jeho privatizácie, dohody, podľa ktorej nadobúdateľ prevzal riadenie kasína za odmenu, a dohody, na základe ktorej sa tento nadobúdateľ zaviazal vykonať plán modernizácie priestorov kasína.

49. Súdny dvor na účely vyriešenia tejto otázky najprv potvrdil, že vnútroštátny súd správne kvalifikoval zmluvu ako „zmiešanú zmluvu“[15] a následne preskúmal, či predmetná zmluva predstavuje nedeliteľný celok a či spadá ako celok z dôvodu svojho hlavného predmetu pod jednu z predmetných smerníc.[16] Súdny dvor pritom odkázal na judikatúru, podľa ktorej „v prípade zmiešanej zmluvy, ktorej rôzne časti sú… spojené neoddeliteľne, a teda tvoria nedeliteľný celok, musí byť predmetná transakcia skúmaná na účely právneho posúdenia ako celok jednotne a musí byť posudzovaná na základe pravidiel upravujúcich časť, ktorá predstavuje hlavný predmet alebo prevažujúci prvok zmluvy“.[17]

50. Pokiaľ ide o túto judikatúru, Súdny dvor po prvé uviedol, že ide o zmiešanú zmluvu, ktorá tvorí nedeliteľný celok, keďže je nevyhnutné uzavrieť túto zmluvu s jediným partnerom, ktorý má finančnú kapacitu potrebnú na kúpu predmetných akcií a zároveň profesionálne skúsenosti v oblasti prevádzky kasína. Súdny dvor po druhé konštatoval, že prevod 49 % akcií verejného podniku predstavuje hlavný predmet predmetnej zmluvy.[18] Táto úvaha vyplynula zo skutočnosti, že predaj akcií predstavuje totiž privatizáciu a vyvoláva účinky bez časového obmedzenia, pričom nadobúdateľ môže mať ako akcionár zjavne väčší príjem ako je odmena, ktorá mu patrí ako poskytovateľovi služieb.[19]

51. V rozsudku Mehiläinen a Terveystalo Healthcare[20] Súdny dvor skúmal na základe tej istej judikatúry[21] dohodu, na základe ktorej verejný obstarávateľ uzavrel so súkromným subjektom nezávislým od neho zmluvu, ktorá stanovila zriadenie spoločného podniku vo forme akciovej spoločnosti, od ktorej sa tento verejný obstarávateľ počas tohto zriadenia zaviazal na prechodné obdobie štyroch rokov kupovať služby v oblasti zdravia a vhodných pracovných podmienok, z ktorých mali mať prospech jeho zamestnanci.

52. Súdny dvor v rozsudku Healthcare, ako aj v rozsudku Club Hotel Loutraki a i. potvrdil, že predmetná dohoda predstavuje zmiešanú zmluvu. Súdny dvor však konštatoval, že časti tejto dohody nie sú neoddeliteľné, keďže neexistuje objektívna nevyhnutnosť uzavrieť zmiešanú zmluvu s jediným partnerom. Podľa Súdneho dvora bola oddeliteľnosť časti týkajúcej sa služieb od zvyšku zmiešanej zmluvy potvrdená predovšetkým skutočnosťou, že verejný obstarávateľ vyjadril svoj úmysel vyhlásiť počas prechodného obdobia verejné obstarávanie takých služieb a tiež, že spoločný podnik bol skutočne vytvorený a fungoval bez časti týkajúcej sa služieb.[22]

14 Rozsudok zo 6. mája 2010 (C-145/08 a C-149/08, ďalej len „rozsudok Club Hotel Loutraki a i.“, EU:C:2010:247).

15 Rozsudok Club Hotel Loutraki a i. (bod 46).

16 Rozsudok Club Hotel Loutraki a i. (bod 50).

17 Rozsudok Club Hotel Loutraki a i. (bod 48 a citovaná judikatúra).

18 Rozsudok Club Hotel Loutraki a i. (bod 57).

19 Rozsudok Club Hotel Loutraki a i. (body 55 a 57).

20 Rozsudok z 22. decembra 2010 (C-215/09, ďalej len „rozsudok Healthcare“, EU:C:2010:807).

21 Rozsudok Healthcare (bod 36).

22 Rozsudok Healthcare (body 43 a 44).

53. Súdny dvor sa v rozsudku Acoset, v ktorom mu bola položená otázka s ohľadom na/v súvislosti s priameho zadania miestnej verejnej služby týkajúcej sa integrovanej vodohospodárskej služby spoločnosti so zmiešaným kapitálom, ani nezaoberal otázkou, či predmetná zmluva predstavuje zmiešanú zmluvu, ktorej odlišné časti sú neoddeliteľne spojené a tvoria teda nedeliteľný celok. Aby Súdny dvor zistil, či toto zadanie spadá pod jednu z predmetných smerníc, zameral sa na miestnu verejnú službu týkajúcu sa integrovanej vodohospodárskej služby, ako aj na práce súvisiace s riadením tejto služby.

54. Rozsudok Acoset však nemožno vykladať v tom zmysle, že by v prípade zmluvy pozostávajúcej z viacerých častí, z ktorých jedna sa týka založenia spoločnosti so zmiešaným kapitálom, bolo potrebné na túto časť neprihliadať a skúmať len ostatné časti. Taký výklad by bol v rozpore s judikatúrou vydanou po tomto rozsudku, ktorá je citovaná v predchádzajúcich bodoch týchto návrhov.

55. Rozsudok Acoset treba teda chápať v tom zmysle, že Súdny dvor implicitne konštatoval po prvé, že išlo o zmiešanú zmluvu, ktorej časti tvorili nedeliteľný celok, a po druhé, že hlavným predmetom tejto zmluvy bola časť týkajúca sa miestnej verejnej služby.

56. Z toho vyplýva, že zmluva uzavretá v rámci konania vyhláseného verejným obstarávateľom týkajúca sa výberu súkromného partnera pre spoločnosť so zmiešaným kapitálom a zadania zákazky alebo koncesie tejto spoločnosti je zmiešanou zmluvou, ktorá pozostáva z dvoch častí.[23] Pokiaľ ide ďalej o takú zmiešanú zmluvu, treba po prvé zistiť, či sú jednotlivé časti zmluvy neoddeliteľne (nerozlučne) spojené a tvoria nedeliteľný celok, po druhé určiť hlavný predmet alebo prevažujúci prvok tejto zmluvy a po tretie určiť režim uplatniteľný na uvedenú zmluvu vzhľadom na tento hlavný predmet alebo tento prevažujúci prvok.[24]

b) Uplatnenie

1) Zmiešaná zmluva: neoddeliteľné časti?

57. Podľa môjho názoru sú obe časti zmluvy, o akú ide vo veci samej, neoddeliteľné, ako to bolo v prípade vecí, v ktorých boli vydané rozsudky Club Hotel Loutraki a i. a Acoset.

[23] Zdá sa, že niektorí účastníci konania spochybňujú posúdenie zmluvy, ktorej jedna z častí sa týka výberu súkromného partnera pre subjekt so zmiešaným kapitálom, ktorý sa má založiť, ako „zmiešanej zmluvy“. Aj keď však Súdny dvor nepoužil pojem „zmiešaná zmluva“ v rozsudku Acoset, urobil tak vo svojich rozsudkoch Club Hotel Loutraki a i. a Healthcare. Okrem toho aj za predpokladu, že by sa v tomto prípade uplatnila smernica 2014/24 a že by zmluva, o akú ide vo veci samej, nespadala pod pojem „zmiešané obstarávanie“ v zmysle článku 3 tejto smernice, keďže výber súkromného partnera na založenie zmiešanej spoločnosti sa netýka obstarávania (pozri poznámku pod čiarou 24), však môže táto zmluva spadať do širšej kategórie zmiešaných zmlúv, na ktoré Súdny dvor zrejme poukazuje v rozsudkoch Club Hotel Loutraki a i. a Healthcare.

[24] Bez ohľadu na riešenie, ku ktorému dospel Súdny dvor vo svojej judikatúre, za predpokladu, že by sa smernica 2014/24 uplatnila vo veci samej, by sa rovnaký výsledok mohol *a priori* dosiahnuť na základe článku 3 ods. 6 tejto smernice, podľa ktorého „[a]k sú jednotlivé časti danej zákazky objektívne neoddeliteľné, uplatniteľný právny režim sa určí na základe hlavného predmetu tejto zákazky“. V súlade s uvedenou smernicou majú zákazky za cieľ uskutočnenie stavebných prác, dodanie tovaru alebo poskytnutie služieb. Vzniká teda otázka, či výber súkromného partnera a založenie zmiešanej spoločnosti patrí pod pojem „zákazka“ v zmysle tej istej smernice. Zdá sa, že doktrína sa domnieva, že to tak je (pozri v tomto zmysle v rozsahu, v akom sa autorka odvoláva na článok 3 ods. 4 smernice 2014/24, ANDRECKA, M.: Institutionalised Public-Private Partnership as a Mixed Contract under the Regime of the New Directive 2014/24/EU. In: *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, zv. 9, č. 3, 2014, s. 176). Okrem toho vzhľadom na pochybnosti, ktoré existujú ohľadom uplatniteľného režimu v tomto prípade, je potrebné poukázať na rozdiel medzi znením použitým v smernici 2014/24, ktorej článok 3 ods. 6 stanovuje, že „[a]k sú jednotlivé časti danej zákazky objektívne neoddeliteľné, uplatniteľný právny režim sa určí na základe hlavného predmetu tejto [zmiešanej] zákazky“ a znením použitým v smernici 2014/23, ktorej článok 20 ods. 5 stanovuje, že „[a]k sú jednotlivé *časti danej zákazky* [*zmluvy – neoficiálny preklad*] objektívne neoddeliteľné, uplatniteľný právny režim sa určí na základe hlavného predmetu tejto zákazky“ (kurzívou zvýraznil generálny advokát), pričom toto posledné uvedené znenie sa mi zdá byť pružnejšie, prinajmenšom pokiaľ ide o rôzne jazykové verzie týchto smerníc, a najmä pokiaľ ide o francúzsku jazykovú verziu.

58. Na zabezpečenie poskytovania integrovanej školskej služby spoločnosťou so zmiešaným kapitálom tvorenou verejným obstarávateľom a súkromným partnerom je totiž objektívne nevyhnutné vybrať partnera, ktorý má finančné postavenie potrebné na získanie 49 % imania zmiešanej spoločnosti, ktorá sa má založiť, a ktorý spĺňa ďalšie podmienky, na základe ktorých môže vo forme spoločnosti so zmiešaným kapitálom prevziať integrovanú školskú službu so znášaním celého prevádzkového rizika. Obe časti zmluvy sa preto musia týkať toho istého partnera, aj keď sa prvá časť technicky týka výberu súkromného partnera a druhá časť zadania integrovanej školskej služby spoločnosti so zmiešaným kapitálom, v ktorej tento partner vlastní 49 % akcií. [25]

59. Okrem toho na rozdiel od veci, v ktorej bol vydaný rozsudok Healthcare [26] a v ktorej boli okolnosti súvisiace s časťou týkajúcou sa služieb veľmi špecifické, nie je dôvod domnievať sa, že v prejednávanej veci je časť týkajúca sa založenia spoločnosti so zmiešaným kapitálom oddeliteľná od časti týkajúcej sa integrovanej školskej služby. Bez tejto poslednej uvedenej časti by zmiešaná spoločnosť, ktorá sa má založiť, objektívne nemala ekonomický dôvod svojej existencie. Podľa talianskeho práva na základe článku 17 ods. 1 legislatívneho dekrétu č. 175 predstavuje zmluva o zákazke alebo koncesná zmluva výlučný predmet činnosti spoločnosti so zmiešaným kapitálom.

60. Teraz je potrebné určiť, či časťou, ktorá tvorí hlavný predmet zmluvy, o akú ide vo veci samej, je časť týkajúca sa založenia spoločnosti so zmiešaným kapitálom alebo časť týkajúca sa integrovanej školskej služby.

2) Hlavný predmet zmluvy

61. Zastávam názor, že časť týkajúca sa integrovanej školskej služby predstavuje hlavný predmet zmiešanej zmluvy, o akú ide vo veci samej.

62. Zmiešaná spoločnosť, ktorá sa mala založiť, bola iba prostriedkom, na základe ktorého bolo možné zabezpečiť, aby integrovanú školskú službu poskytovalo partnerstvo PPPI a vôbec nepredstavovala účel verejného obstarávania. Na rozdiel od veci, v ktorej bol vydaný rozsudok Club Hotel Loutraki a i., v prejednávanej veci nejde o nadobudnutie akcií už existujúceho verejného podniku s cieľom jeho privatizácie, ale o založenie zmiešanej spoločnosti s cieľom vykonávať integrovanú školskú službu.

63. Okrem toho vlastníctvo akcií už existujúceho verejného podniku predstavovalo v tejto veci samé osebe významný zdroj príjmov. Nie je dôvod konštatovať, že by to bolo tak v prejednávanej veci. Nemožno sa teda inšpirovať rozsudkom Club Hotel Loutraki a i. a v dôsledku toho dospieť k záveru, že v prejednávanej veci je založenie zmiešanej spoločnosti hlavným predmetom zmluvy, o akú ide vo veci samej.

64. Teda otázku, ktorá smernica sa uplatní v rámci sporu vo veci samej, treba preskúmať z hľadiska časti týkajúcej sa integrovanej školskej služby.

[25] Pozri analogicky bod 53 rozsudku Club Hotel Loutraki a i. v spojení s bodom 28 tohto rozsudku, podľa ktorého predmetná zmiešaná zmluva obsahovala „časť týkajúcu sa predaja akcií zo strany [spoločnosti Ellinika Touristika Akinita AE] úspešnému uchádzačovi [a] časť týkajúcu sa zákazky na služby, ktorá sa pridelí úspešnému uchádzačovi, ktorý preberie povinnosti týkajúce sa riadenia kasína“, hoci ako vyplýva z bodu 25 tohto rozsudku, spoločnosť, ktorú mal založiť uchádzač (a nie tento samotný uchádzač), konala ako konateľ a uzavrela prinajmenšom dohodu. Pozri v tejto súvislosti tiež rozsudok Acoset (body 54 a 61).

[26] Pozri bod 52 vyššie.

3) Verejné zákazky na služby alebo koncesie na služby?

65. Návrh na začatie prejudiciálneho konania je neúplný, pokiaľ ide o časť týkajúcu sa integrovanej školskej služby.

66. Je pravdou, že odpovede účastníkov konania na písomné otázky Súdneho dvora obsahujú určité vysvetlenia s ohľadom na/v súvislosti s rozsahu plnení, ktoré predstavujú časť integrovanej školskej služby.[27] Na základe týchto vysvetlení však nemožno v rámci týchto návrhov nespochybniteľne posúdiť túto časť ako patriacu pod „verejnú zákazku na služby“ alebo „koncesiu na služby“.

67. V každom prípade také konkrétne posúdenie patrí iba do právomoci vnútroštátneho sudcu.[28] Súdny dvor môže v prípade potreby poskytnúť spresnenia s cieľom usmerniť tohto vnútroštátneho sudcu pri vykonaní tohto posúdenia.

68. V tejto súvislosti po prvé uvádzam, že verejné zákazky na služby v zmysle smernice 2014/24 zahŕňajú protihodnotu, ktorú verejný obstarávateľ platí priamo poskytovateľovi služby.[29] Naproti tomu koncesia na služby v zmysle smernice 2014/23 spočíva vo zverení poskytovania a správy služieb, pričom protiplnenie spočíva buď výlučne v práve využívať predmetné služby, alebo v tomto práve spolu s cenou.[30] Súdny dvor v tomto smere uznal existenciu koncesie na služby najmä v prípadoch, keď odmena poskytovateľa pochádzala z platieb od užívateľov služby.[31] V dôsledku toho skutočnosť, ako uvádza vnútroštátny súd, že spoločnosť so zmiešaným kapitálom založená podľa talianskeho práva v skutočnosti vykonáva činnosť za odplatu a vytvára zisk (aj keď sú podľa tohto súdu nízke), môže predstavovať indíciu s ohľadom na/v súvislosti s toho, že je potrebné uplatniť smernicu 2014/23.

69. Po druhé, pokiaľ je spôsob odmeny jedným z rozhodujúcich prvkov na účely posúdenia zmluvy ako koncesie na služby, koncesia na služby zahŕňa, že koncesionár nesie riziko spojené s prevádzkovaním predmetných služieb.[32] Rozlišovacie kritérium týkajúce sa prenosu takého rizika bolo kodifikované v smernici 2014/23.[33] Na opis tohto kritéria používa talianske jazykové

[27] Z pripomienok účastníkov konania a ich odpovedí na písomné otázky Súdneho dvora vyplýva, že integrovaná školská služba pozostáva zo všeobecnej starostlivosti, údržby, doručovania a upratovania v škôlkach a školách, ako aj školskej dopravy. Zdá sa, že existencia plnenia týkajúceho sa školskej dopravy v tomto rozsahu nepodnietila vnútroštátny súd, aby zvážil uplatnenie smernice Európskeho parlamentu a Rady 2014/25/EÚ z 26. februára 2014 o obstarávaní vykonávanom subjektmi pôsobiacimi v odvetviach vodného hospodárstva, energetiky, dopravy a poštových služieb a o zrušení smernice 2004/17/ES (Ú. v. EÚ L 94, 2014, s. 243). V každom prípade táto smernica v článkoch 4 a 6 stanovuje aj pravidlá týkajúce sa zmiešaných zmlúv a okrem toho nie je dôvod domnievať sa, že by školská doprava bola hlavným predmetom zmluvy, o akú ide vo veci samej, alebo jej časti týkajúcej sa integrovanej školskej služby.

[28] Pozri v tomto zmysle rozsudok z 10. novembra 2011, Norma-A a Dekom (C-348/10, EU:C:2011:721, body 57 a 59).

[29] Pozri článok 2 ods. 1 bod 5 smernice 2014/24. Pozri v tomto zmysle tiež rozsudok Acoset (bod 39 a citovaná judikatúra).

[30] Pozri článok 5 bod 1 písm. b) smernice 2014/23.

[31] Pozri rozsudok Acoset (bod 43 a citovaná judikatúra).

[32] Pozri v tomto zmysle rozsudok z 10. novembra 2011, Norma-A a Dekom (C-348/10, EU:C:2011:721, bod 44). Pozri v tomto zmysle tiež moje návrhy v spojených veciach Promoimpresa a i. (C-458/14 a C-67/15, EU:C:2016:122, body 62 a 63), v ktorých som konštatoval, že koncesia na služby sa vyznačuje najmä tým, že orgán zverí vykonávanie služby – zvyčajne služby, ktorú by bol povinný vykonávať tento orgán – koncesionárovi, pričom mu uloží povinnosť poskytovať stanovenú službu.

[33] Pozri článok 1 ods. 1 a odôvodnenie 18 smernice 2014/23.

znenie tejto smernice pojem „rischio operativo“ (prevádzkové riziko). Rovnaký pojem je použitý v rozhodnutí, na základe ktorého mesto Rím vyhlásilo verejné obstarávanie, na účely spresnenia, že od vybraného uchádzača sa bude požadovať, aby znášal celé také riziko.[34]

70. Po tretie, aby Súdny dvor mohol odpovedať na prejudiciálne otázky, môže na základe indícií, ktoré sú mu poskytnuté, vychádzať z predpokladu, že zmluva spadá pod niektorú z predmetných smerníc.[35] Taký prístup sa mi však nezdá byť možný v prejednávanej veci vzhľadom na to, že neexistujú indície, na základe ktorých by bolo možné rozhodnúť o režime uplatniteľnom v tomto prípade. Čo je dôležitejšie, rovnako ako Komisia sa domnievam, že uplatnenie režimu stanoveného jednou alebo druhou z týchto smerníc nemusí nevyhnutne ovplyvniť odpovede, ktoré treba dať na prejudiciálne otázky položené v prejednávanej veci. Režim, ktorý sa vzťahuje na časť týkajúcu sa integrovanej školskej služby, sa totiž bude vzťahovať na časť týkajúcu sa výberu súkromného partnera iba „na základe rozšírenia“. Keďže otázky sa týkajú len tejto poslednej uvedenej časti, pôjde v tejto súvislosti iba o uplatnenie všeobecných zásad týchto režimov, ktoré sú spoločné pre obe tieto časti. V dôsledku toho budem v týchto návrhoch odkazovať na smernicu 2014/23 aj na smernicu 2014/24 tak, aby bolo dodržané rozdelenie právomocí medzi vnútroštátne súdy a Súdny dvor.[36]

2. Režim v prípade verejných zákaziek uzavretých medzi subjektmi patriacimi do verejného odvetvia

71. Vnútroštátny súd v prvej prejudiciálnej otázke uvádza článok 12 a odôvodnenia 14 a 32 smernice 2014/24 a v návrhu na začatie prejudiciálneho konania opakuje článok 12 ods. 1 prvý pododsek tejto smernice. Tento súd však vôbec neuvádza dôvody, pre ktoré sa opýtal na výklad tohto posledného uvedeného ustanovenia.

72. V tejto súvislosti sa v odôvodnení 14 smernice 2014/24 po prvé iba uvádza, že pojem „hospodársky subjekt“ by sa mal vykladať široko, čo teda potvrdzuje, že spoločnosť so zmiešaným kapitálom môže spadať pod tento pojem. Toto odôvodnenie ďalej v podstate preberá definíciu tohto pojmu uvedeného v článku 2 ods. 1 bode 10 tejto smernice. Vnútroštátny súd vo svojej prejudiciálnej otázke toto ustanovenie neuviedol.

73. Článok 12 ods. 1 smernice 2014/24 po druhé stanovuje, že verejné zákazky zadané právnickým osobám kontrolovaným verejnými obstarávateľmi by nemali podliehať uplatneniu postupov stanovených v tejto smernici. Toto ustanovenie upravuje vertikálnu spoluprácu medzi dotknutými subjektmi alebo klasické interné („in house“) zadávanie.

74. Vnútroštátny súd však jasne uvádza, že založenie spoločnosti so zmiešaným kapitálom, o akú ide vo veci samej, predstavuje podľa talianskeho práva alternatívu k internému riadeniu.[37]

[34] Vo veci samej mal pritom riziko prevziať súkromný partner vybraný na základe prvej časti zmiešanej zmluvy, zatiaľ čo integrovaná školská služba, ktorá bola hlavným predmetom tejto zmluvy, mala byť na základe druhej časti tejto zmluvy zadaná zmiešanej spoločnosti, ktorá sa mala založiť. Vzhľadom na túto osobitosť by sa dalo tvrdiť, že na základe druhej časti, posudzovanej samostatne, nedochádza k prenosu rizika na vybraného uchádzača. V prejednávanej veci však bolo cieľom verejného obstarávania v každom prípade zbaviť verejného obstarávateľa rizika spojeného s výkonom integrovanej školskej služby. Z tohto dôvodu napriek uvedenej osobitosti nevylučujem posúdenie tejto druhej časti ako „koncesie“. K otázke rovnakej osobitosti pozri tiež bod 58 vyššie.

[35] Pozri analogicky rozsudok Acoset (bod 42).

[36] Pre úplnosť poznamenávam, že smernice 2014/23 a 2014/24 sú uplatniteľné ratione temporis a že suma zákazky, ktorá sa odhaduje na viac ako 277 miliónov eur, je vyššia ako prahové hodnoty požadované v týchto smerniciach. Pozri článok 8 smernice 2014/23 a článok 4 smernice 2014/24.

[37] Pozri bod 11 vyššie.

75. Čo je dôležitejšie, uplatnenie vylúčenia stanoveného v článku 12 ods. 1 smernice 2014/24 v rámci zadávania služieb partnerstvu PPPI sa mi zdá *a priori* vylúčené. Ako sa totiž uvádza v odôvodnení 31 treťom odseku tejto smernice, malo by sa zabezpečiť, aby akákoľvek spolupráca medzi orgánmi verejnej moci, ktorá bola vyňatá z rozsahu pôsobnosti smernice, neviedla v súvislosti so súkromnými hospodárskymi subjektmi k narušeniu hospodárskej súťaže, pokiaľ stavia súkromného poskytovateľa služieb do zvýhodnenej pozície v porovnaní s jeho konkurentmi. Okrem toho, v súlade s judikatúrou vydanou pred prijatím smernice 2014/24[38] odôvodnenie 32 tejto smernice vysvetľuje, že vylúčenie stanovené v článku 12 ods. 1 tejto smernice „by sa nemal[o] vzťahovať na situácie, keď existuje priama účasť súkromného hospodárskeho subjektu na kapitáli kontrolovanej právnickej osoby, keďže za takých okolností by zadanie verejnej zákazky bez súťažného postupu poskytlo súkromnému hospodárskemu subjektu s kapitálovou účasťou v kontrolovanej právnickej osobe nenáležitú výhodu v porovnaní s jeho konkurentmi“.

76. Po tretie si možno tiež položiť otázku, či zmiešaná zmluva, o akú ide vo veci samej, je vylúčená z pôsobnosti smernice 2014/24 podľa článku 12 ods. 4 tejto smernice. Toto ustanovenie sa týka zákaziek uzatvorených výlučne medzi viacerými verejnými obstarávateľmi v prípade, že tieto zákazky vytvárajú alebo zavádzajú spoluprácu medzi týmito verejnými obstarávateľmi.

77. Možno teoretizovať, že mesto Rím chcelo ako verejný obstarávateľ vytvoriť spoluprácu so spoločnosťou so zmiešaným kapitálom, ktorá sa mala založiť a mala tiež zabezpečovať integrovanú školskú službu a v ktorej by 51 % akcií vlastnilo mesto Rím. V dôsledku toho by táto spoločnosť bola „verejnoprávnou inštitúciou“ v zmysle článku 2 ods. 1 bodu 4 smernice 2014/24, a preto by mohla byť „verejným obstarávateľom“ v zmysle článku 2 ods. 1 bodu 1 tejto smernice.

78. Pritom aj za predpokladu, že by v takej situácii boli splnené podmienky na uplatnenie vylúčenia stanoveného v článku 12 ods. 4 smernice 2014/24, Súdny dvor v rozsudku Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung[39] rozhodol, že toto ustanovenie znamená, že spolupráca medzi verejnými obstarávateľmi nesmie v súlade so zásadou rovnosti zaobchádzania viesť k zvýhodneniu súkromného podniku vo vzťahu k jeho konkurentom. Ako uviedol generálny advokát Campos Sánchez-Bordona vo svojich návrhoch v tejto veci[40], z toho vyplýva, že spolupráca medzi verejnými obstarávateľmi, ktorá zvýhodňuje súkromný subjekt v porovnaní s jeho konkurentmi na trhu, nemôže spadať pod článok 12 ods. 4 smernice 2014/24. Vzhľadom na tieto vysvetlenia a vzhľadom na podiel súkromného kapitálu v zmiešanej spoločnosti, ktorá sa má založiť, zastávam názor, že na spoluprácu, o akú ide v prejednávanej veci, sa nemôže vzťahovať výnimka stanovená v tomto ustanovení.

79. V dôsledku toho nie je potrebný výklad článku 12 smernice 2014/24, aby bolo možné odpovedať na prejudiciálne otázky.

[38] Pozri rozsudok zo 6. apríla 2006, ANAV (C-410/04, EU:C:2006:237, body 31 a 32).

[39] Rozsudok z 28. mája 2020 (C-796/18, EU:C:2020:395).

[40] Návrhy vo veci Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (C-796/18, EU:C:2020:47, bod 109, bod 3).

3. Režim zákaziek v prípade sociálnych služieb a iných osobitných služieb

80. Článok 74 smernice 2014/24 stanovuje, že verejné zákazky na poskytnutie sociálnych a iných osobitných služieb uvedených v prílohe XIV sa zadávajú v súlade s hlavou III kapitolou I tejto smernice. Všetci účastníci konania okrem skupiny CNS vo svojich odpovediach na písomné otázky Súdneho dvora uviedli, že aspoň jedno z plnení tvoriacich integrovanú školskú službu patrí alebo môže patriť do tejto prílohy.

81. Vnútroštátnemu súdu prináleží overiť, či je to tak. V prípade kladnej odpovede by stačilo, aby bol postup obstarávania v súlade s miernejšími pravidlami stanovenými v smernici 2014/24 pre zadávanie zákaziek tohto typu. Preto sa obmedzím na doplnenie niekoľkých úvah, ktoré sa môžu javiť ako užitočné pre tento súd.

82. Po prvé, hlava III kapitola I smernice 2014/24 zavádza osobitný systém zadávania zákaziek v prípade sociálnych služieb a iných osobitných služieb. Na také zákazky sa teda nevzťahujú pravidlá štandardného systému. Článok 76 ods. 1 tejto smernice však stanovuje, že členské štáty zavedú na zadávanie zákaziek podľa tejto kapitoly vnútroštátne pravidlá s cieľom zabezpečiť, aby verejní obstarávatelia dodržiavali zásady transparentnosti a rovnosti zaobchádzania s hospodárskymi subjektmi. Ide teda *a priori* o rovnaké zásady, aké sú uvedené v článku 18 uvedenej smernice. Nemôžem teda vylúčiť, že uplatnenie hlavy III kapitoly I smernice 2014/24 vo veci samej neovplyvní odpovede na prejudiciálne otázky. [41]

83. Po druhé pred konštatovaním, že pravidlá hlavy III kapitoly I smernice 2014/24 sa vzťahujú na zmluvu, o akú ide vo veci samej, je tiež potrebné porovnať predpokladané hodnoty služieb patriacich do tejto kapitoly a hodnoty služieb, na ktoré sa vzťahuje štandardný systém tejto smernice, a potom na základe týchto hodnôt stanoviť hlavný predmet zmluvy. [42]

84. Keďže neexistujú údaje, na základe ktorých by bolo možné dospieť k záveru, že služby patriace do kapitoly I hlavy III smernice 2014/24 treba považovať za hlavný predmet zmluvy, o akú ide vo veci samej, a vzhľadom na skutočnosť, že vnútroštátny súd nijako neodkazuje na ustanovenia tejto kapitoly, vychádzam z predpokladu, že v tomto prípade sa neuplatňujú miernejšie pravidlá.

4. Článok 107 ZFEÚ

85. Prvá prejudiciálna otázka poukazuje na článok 107 ZFEÚ. Komisia tvrdí, že návrh na začatie prejudiciálneho konania je neprípustný v rozsahu, v akom sa týka výkladu tohto ustanovenia primárneho práva.

86. Súhlasím s názorom Komisie. V návrhu na začatie prejudiciálneho konania nie je totiž jasne uvedené opatrenie, ktoré by v rámci konania vo veci samej predstavovalo štátnu pomoc. Vnútroštátny súd neuvádza ani dôvody, pre ktoré by bol výklad tohto ustanovenia nevyhnutný pre vyriešenie sporu, o ktorom rozhoduje.

[41] Pozri v tomto ohľade tiež bod 70 vyššie.

[42] Podľa článku 3 ods. 2 druhého pododseku smernice 2014/24 „[v] prípade zmiešaných zákaziek pozostávajúcich čiastočne zo služieb v zmysle hlavy III kapitoly I a čiastočne z ostatných služieb alebo zo zmiešaných zákaziek pozostávajúcich čiastočne zo služieb a čiastočne z tovaru sa hlavný predmet určuje podľa príslušných služieb alebo tovaru s najvyššou predpokladanou hodnotou“.

87. Návrh na začatie prejudiciálneho konania možno však chápať v tom zmysle, že vnútroštátny súd nežiada Súdny dvor o výklad jedného z ustanovení primárneho práva, ale o výklad smerníc 2014/23 a 2014/24 s ohľadom na toto ustanovenie („vzhľadom na článok 107 ZFEÚ“). Také znenie návrhu na začatie prejudiciálneho konania by však nezmenilo skutočnosť, že v každom prípade nie je potrebné odpovedať na prejudiciálne otázky v rozsahu, v akom sa tieto otázky týkajú článku 107 ZFEÚ.

88. Za týchto podmienok treba vyhovieť aj námietke neprípustnosti, ktorú vzniesla skupina CNS v rozsahu, v akom sa týka prvej prejudiciálnej otázky a článku 107 ZFEÚ, ako aj článku 12 smernice 2014/24 z dôvodov uvedených v bodoch 71 až 79 vyššie.

C. O veci samej

89. Okrem ustanovení práva Únie, ktorých relevantnosť bola v prejednávanej veci odmietnutá, odkazuje prvá prejudiciálna otázka na článok 30 smernice 2014/23 a článok 18 smernice 2014/24. Aby bolo možné určiť všetky relevantné ustanovenia týchto smerníc, je najprv potrebné uviesť do kontextu požiadavky týkajúce sa verejného a súkromného podielu stanovené v súťažných podkladoch.

1. Požiadavky týkajúce sa verejného a súkromného podielu v kontexte smerníc 2014/23 a 2014/24

90. V článku 56 smernice 2014/24 normotvorca EÚ výslovne odlišuje dva typy kritérií, a to kvalitatívne podmienky účasti, ktoré tvoria najmä dôvody vylúčenia a podmienky účasti týkajúce sa overenia spôsobilosti hospodárskych subjektov vykonať zadanú zákazku (články 57 a 58 tejto smernice), a kritériá na vyhodnotenie ponúk, ktoré sa vzťahujú na samotné ponuky. Články 38 a 41 smernice 2014/23, ktoré sa týkajú podmienok účasti a kvalitatívneho hodnotenia kandidátov a kritérií na vyhodnotenie ponúk, obsahujú analogické odlíšenie.

91. V tejto súvislosti je potrebné konštatovať, že v návrhu na začatie prejudiciálneho konania sa neuvádza jasne logika, na ktorej sú založené požiadavky týkajúce sa verejného a súkromného podielu stanovené v súťažných podkladoch. Keďže tieto požiadavky predstavujú *lex specialis* vo vzťahu k požiadavkám stanoveným v legislatívnom dekréte č. 175[43], možno túto logiku napriek tomu vyvodiť z vysvetlení týkajúcich sa tohto legislatívneho dekrétu. Súťažné podklady zrejme rozlišujú percentuálne podiely a ich charakter (presne stanovené požiadavky namiesto maximálnych a minimálnych prahových hodnôt), avšak bez toho, aby podstatne ovplyvnili ich ciele.

92. V tejto súvislosti chápem vysvetlenia vnútroštátneho súdu v tom zmysle, že 70 %-ná horná hranica verejného podielu v zmiešanej spoločnosti, ktorá sa má založiť, má za cieľ zaručiť, aby súkromný podiel v tejto spoločnosti nebol nižší ako 30 %.

93. V dôsledku toho súkromný partner nemôže zo všeobecného hľadiska trhu a hospodárskych subjektov neprimerane (pod 30 %) obmedziť ekonomické riziko svojho podielu v spoločnosti so zmiešaným kapitálom a neoprávnene využívať výhody verejného podielu tým, že by iným

[43] Pozri bod 28 vyššie.

subjektom mohol brániť v ziskovom prístupe k rovnakej hospodárskej činnosti na príslušnej časti trhu. Ako uvádza vnútroštátny súd, z tohto pohľadu má horná hranica za cieľ zabrániť obchádzaniu zásady voľnej hospodárskej súťaže.

94. Okrem toho z hľadiska predmetu verejného obstarávania a verejného obstarávateľa táto horná hranica zaručuje, že súkromný partner je prevádzkovým partnerom, ktorého vklad do plnenia úloh zverených subjektu so zmiešaným kapitálom, ktorý sa má založiť, pozostáva z kapitálového vkladu a poskytnutia oprávnení potrebných na vykonávanie týchto úloh, pričom znáša celé prevádzkové riziko v prípade ich vykonávania.

95. Musím poznamenať, že hľadisko týkajúce sa skutočného vkladu súkromného partnera má zrejme veľký význam, pokiaľ ide o vec samú a požiadavky verejného a súkromného podielu stanovené v súťažných podkladoch. Vzhľadom na nevyhnutne individuálny charakter podmienok a kritérií ekonomického a finančného postavenia a/alebo technickej a odbornej spôsobilosti [44] a v súlade s rozsudkom vo veci Acoset [45] predstavuje táto poznámka indíciu s ohľadom na/v súvislosti s toho, že požiadavky verejného a súkromného podielu stanovené v súťažných podkladoch predstavujú kvalitatívne podmienky účasti.

96. Z návrhu na začatie prejudiciálneho konania ďalej vyplýva, že z dôvodu spôsobu výpočtu zohľadňujúceho nepriamy podiel verejného obstarávateľa na základnom imaní tohto partnera boli uchádzači pre nesplnenie týchto požiadaviek vylúčení z konania, ktoré sa začalo v nadväznosti na vyhlásenie verejného obstarávania. Z ustálenej judikatúry v tomto ohľade vyplýva, že kvalitatívne podmienky účasti umožňujú verejnému obstarávateľovi, aby pripustil len ponuky hospodárskych subjektov, ktorých spôsobilosť nasvedčuje tomu, že budú schopní plniť predmet verejného obstarávania. [46]

97. Nezdá sa teda, že by sa požiadavky týkajúce sa verejného a súkromného podielu, o aké ide vo veci samej, týkali ponúk (kritérií na vyhodnotenie ponúk). [47] Naproti tomu sa zdá, že predstavujú kvalitatívne podmienky účasti, na základe ktorých sa verejný obstarávateľ snaží zabezpečiť, aby súkromný partner mal ekonomické a finančné postavenie a/alebo technickú a odbornú spôsobilosť, ktoré mu umožnia zachovať pomer verejného a súkromného kapitálu spoločnosti so zmiešaným kapitálom stanovené verejným obstarávateľom, na základe jeho podielu na imaní tejto spoločnosti a prevzatia celého prevádzkového rizika pri plnení služby uvedenou

[44] V článku 38 ods. 1 druhej vete smernice 2014/23 sa uvádza, že „[p]odmienky účasti sa vzťahujú na potrebu zabezpečiť schopnosť koncesionára plniť koncesiu a sú k nej primerané, pričom zohľadňujú predmet koncesie a účel zaručenia skutočnej hospodárskej súťaže.“ V tomto smere sa v článku 58 ods. 1 smernice 2014/24 uvádza najmä to, že verejní obstarávatelia obmedzia požiadavky na účasť „na požiadavky primerané na zabezpečenie toho, aby mal záujemca alebo uchádzač právne a finančné kapacity a technickú a odbornú spôsobilosť na plnenie zadávanej zákazky. Všetky požiadavky musia súvisieť s predmetom zákazky a musia mu byť primerané“.

[45] Pozri bod 59 rozsudku Acoset: „…výber súkromného spoločníka tak, aby boli dodržané požiadavky uvedené v bodoch 46 až 49 tohto rozsudku, a stanovenie výberových kritérií na súkromného partnera umožňujú túto situáciu napraviť, keď uchádzači musia preukázať nielen svoju schopnosť stať sa akcionármi, ale najmä svoju technickú spôsobilosť poskytnúť službu, ako aj hospodárske a iné výhody vyplývajúce z ich ponuky“. V tomto rozsudku Súdny dvor zdôraznil význam kvalitatívnych podmienok účasti týkajúcich sa spôsobilosti vykonávať službu alebo koncesiu [pozri v tomto zmysle 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). In: *Public Procurement Law Review*, zv. 2, 2010, s. 4], avšak bez toho, aby odmietol kvalitatívne podmienky účasti týkajúce sa spôsobilosti stať sa súkromným partnerom zmiešanej spoločnosti, ktorá sa má založiť.

[46] Pozri v tomto zmysle rozsudok z 8. júla 2021, Sanresa (C-295/20, EU:C:2021:556, bod 62).

[47] Ako uvádza doktrína, v rámci partnerstva PPPI je napriek ťažkostiam dôležité odlíšiť kvalitatívne podmienky účasti od kritérií na vyhodnotenie ponúk. Pozri ANDRECKA, M. a KANIA, M.: Choosing the Private Partner for a Public Private Partnership: A European Union Law Perspective on Polish Practice. In: *Polish Review of International and European Law*, zv. 2, č. 1, 2013, s. 148.

spoločnosťou.[48] Požiadavky týkajúce sa verejného a súkromného podielu stanovené v súťažných podkladoch, o aké ide vo veci samej, predstavujú teda kritériá a podmienky v zmysle článku 38 ods. 1 smernice 2014/23 alebo prípadne v zmysle článku 58 ods. 1 smernice 2014/24.

2. Preformulovanie prejudiciálnych otázok

98. Vzhľadom na poskytnuté spresnenia s ohľadom na/v súvislosti s predmetu prejudiciálnych otázok[49], režimu uplatniteľného vo veci samej[50], ako aj posúdenia požiadaviek verejného a súkromného podielu uplatniteľných v tomto prípade[51] navrhujem preformulovať prejudiciálne otázky a spresniť ustanovenia práva Únie, ktorých výklad je potrebný pre užitočnú odpoveď vnútroštátnemu súdu.

99. Konkrétne navrhujem konštatovať, že vnútroštátny súd chce na základe svojich otázok, ktoré navrhujem analyzovať spoločne, zistiť, či sa článok 30 a článok 38 ods. 1 smernice 2014/23 alebo prípadne článok 18 a článok 58 ods. 1 smernice 2014/24 majú vykladať v tom zmysle, že bránia tomu, aby sa na účely stanovenia percentuálneho podielu súkromného partnera, ktorý je uchádzačom, v zmiešanej verejno-súkromnej spoločnosti, ktorá sa má založiť, zohľadnil nepriamy podiel verejného obstarávateľa na základnom imaní tohto súkromného partnera, ktorý je uchádzačom, v dôsledku čoho je tento partner z verejného obstarávania vylúčený, pokiaľ má zohľadnenie tohto nepriameho podielu za následok, že nie je dodržaný percentuálny súkromný podiel, ktorý verejný obstarávateľ požaduje podľa súťažných podkladov.

3. Posúdenie

100. Keďže požiadavky týkajúce sa verejného podielu a súkromného podielu stanovené v súťažných podkladoch predstavujú podmienky a kritériá ekonomického a finančného postavenia a/alebo technickej a odbornej spôsobilosti, musia súvisieť s predmetom verejného obstarávania a musia mu byť primerané.[52] V súlade s článkom 30 smernice 2014/23 a článkom 18 smernice 2014/24 musí verejný obstarávateľ uplatňovať tieto požiadavky v súlade so zásadami rovnosti a zákazu diskriminácie uchádzačov, ako aj transparentnosti a proporcionality.

101. V prvom rade je potrebné preskúmať existujúcu súvislosť medzi týmito požiadavkami a predmetom verejného obstarávania.

102. V súlade s požiadavkami stanovenými v súťažných podkladoch (stanovený 51 %-ný podiel pre mesto Rím a 49 %-ný podiel pre súkromného partnera), musí byť uchádzač, ktorý môže byť vybraný, tretím subjektom vo vzťahu k verejnému obstarávateľovi. Väčší podiel verejného obstarávateľa v spoločnosti so zmiešaným kapitálom na základe ovládania tohto uchádzača (vyplývajúceho rovnako z nepriameho podielu) by totiž ovplyvnil pomer verejného kapitálu a súkromného kapitálu tejto spoločnosti, stanovený verejným obstarávateľom. Taká situácia by okrem toho mohla obmedziť úlohu súkromného partnera a v dôsledku toho aj skutočné splnenie

[48] Z tohto dôvodu zastávam názor, že posúdenie Súdneho dvora v rozsudku z 19. mája 2009, Assitur (C-538/07, EU:C:2009:317, body 21 a 23), pokiaľ ide o vnútroštátnu právnu úpravu určenú na to, aby zamedzila akejkoľvek prípadnej dohode medzi účastníkmi toho istého postupu verejného obstarávania a zachovala rovnosť zaobchádzania so záujemcami a transparentnosť postupu, nemožno v tomto prípade uplatniť, pokiaľ ide o požiadavky týkajúce sa verejného a súkromného podielu, o aké ide v prejednávanej veci a ktoré sú stanovené aj v súťažných podkladoch.

[49] Pozri body 35 a 36 vyššie.

[50] Pozri bod 70 vyššie.

[51] Pozri bod 97 vyššie.

[52] Pozri poznámku pod čiarou 44.

ekonomického a finančného postavenia a/alebo technickej a odbornej spôsobilosti uchádzača pod hranicu 49 % stanovenú verejným obstarávateľom. Tieto požiadavky teda súvisia s predmetom verejného obstarávania.

103. Okrem toho, keďže právo Únie vo všeobecnosti nebráni použitiu jednotného postupu v rámci partnerstva IPPP,[53] výklad požiadavky existujúcej súvislosti medzi kvalitatívnymi podmienkami účasti a predmetom verejného obstarávania, ktorú treba zohľadniť, nemôže verejným obstarávateľom brániť vo využívaní tejto formy spolupráce (vrátane stanovenia pomeru verejného kapitálu a súkromného kapitálu v spoločnosti so zmiešaným kapitálom verejným obstarávateľom). Použitie partnerstva PPPI vyplýva totiž zo slobody členských štátov, pokiaľ ide o výber spôsobu poskytovania služieb, na základe ktorého verejní obstarávatelia zaobstarajú svoje vlastné potreby.[54]

104. Pokiaľ ide v druhom rade o primeranosť požiadaviek verejného a súkromného podielu, pripomínam, že prinajmenšom vzhľadom na môj výklad návrhu na začatie prejudiciálneho konania tieto požiadavky systematicky nevylučujú každého uchádzača, ktorého kapitál je verejný.[55] Naproti tomu vzhľadom na počiatočné znenie prvej prejudiciálnej otázky sa zdá, že tieto požiadavky sa týkajú akejkoľvek formy nepriameho podielu verejného obstarávateľa na základnom imaní súkromného partnera.

105. Nepriamy podiel verejného obstarávateľa na imaní súkromného partnera môže mať pritom rôzne formy. Okrem toho jeho vplyv na fungovanie tohto súkromného partnera závisí od organizačnej štruktúry tohto partnera. Neexistuje teda istota s ohľadom na/v súvislosti s toho, že akýkoľvek nepriamy podiel na imaní súkromného partnera obmedzí skutočné splnenie ekonomického a finančného postavenia a/alebo technickej a odbornej spôsobilosti uchádzača pod hranicu 49 % stanovenú verejným obstarávateľom.

106. Zohľadnenie akéhokoľvek nepriameho podielu verejného obstarávateľa na základnom imaní súkromného partnera nie je teda v súlade so zásadou proporcionality, keďže nezohľadňuje skutočnosť, že taký nepriamy podiel nevyhnutne neobmedzuje skutočné splnenie ekonomického a finančného postavenia a/alebo technickej a odbornej spôsobilosti tohto súkromného partnera pod hranicu 49 % stanovenú verejným obstarávateľom. Pokiaľ sa na základe preskúmania nepreukáže, že je to tak, nemôže byť tento súkromný partner, ktorý je uchádzačom, automaticky vylúčený z verejného obstarávania z dôvodu tohto nepriameho podielu.

107. Nie je jasne preukázané, že by verejný obstarávateľ v prejednávanej veci vykonal konkrétne také preskúmanie. Analýza kapitálovej štruktúry dotknutých subjektov uvedená v rozhodnutí o vylúčení však môže po prvé naznačovať, že to tak je. Ďalej sa zdá, že návrh na začatie prejudiciálneho konania odkazuje na toto rozhodnutie tým, že vnútroštátny súd uvádza, že pokiaľ „sa vezme do úvahy hmotnoprávne hľadisko, konkrétne štruktúra spoločnosti [Roma Multiservizi] a najmä skutočnosť, že 51 % tejto spoločnosti vlastní spoločnosť [AMA], ktorá je sama vo výlučnom vlastníctve mesta Rím… [verejný a súkromný] podiel v zmiešanej spoločnosti [ktorá sa má založiť] v *skutočnosti* predstavuje 73,5 % a [26,5 %]“. Napokon nič nenasvedčuje tomu, že by rozhodovacie právomoci a prevádzkové riziká neboli rozdelené úmerne k vlastnenému imaniu. Skutočnosť, že verejný obstarávateľ vlastní väčšinu imania súkromného partnera, ktorý je

[53] Pozri rozsudok Acoset (bod 63).

[54] Pozri tiež odôvodnenie 5 smernice 2014/24, v ktorom sa uvádza, že „nič v tejto smernici členské štáty nezaväzuje, aby dodávateľsky zabezpečili alebo externalizovali poskytovanie služieb, ktoré si želajú poskytovať sami alebo organizovať prostredníctvom iných ako verejných zákaziek v zmysle tejto smernice“.

[55] Pozri bod 38 vyššie.

uchádzačom, môže teda zrejme obmedziť skutočné splnenie ekonomického a finančného postavenia a/alebo technickej a odbornej spôsobilosti tohto súkromného partnera pod hranicu 49 % stanovenú verejným obstarávateľom.

108. V dôsledku toho zastávam názor, že článok 30 a článok 38 ods. 1 smernice 2014/23 alebo prípadne článok 18 a článok 58 ods. 1 smernice 2014/24 sa majú vykladať v tom zmysle, že tieto ustanovenia bránia tomu, aby sa na účely stanovenia percentuálneho podielu súkromného partnera, ktorý je uchádzačom, v zmiešanej verejno-súkromnej spoločnosti, ktorá sa má založiť, zohľadnil akýkoľvek nepriamy podiel vereného obstarávateľa na základnom imaní tohto súkromného partnera, ktorý je uchádzačom, v dôsledku čoho je tento partner automaticky vylúčený z verejného obstarávania v prípade, že zohľadnenie tohto nepriameho podielu má za následok, že nie je dodržaný percentuálny súkromný podiel, ktorý verejný obstarávateľ požaduje podľa súťažných podkladov.

109. Článok 30 a článok 38 ods. 1 smernice 2014/23 alebo prípadne článok 18 a článok 58 ods. 1 smernice 2014/24 naproti tomu nebránia takému zohľadneniu, pokiaľ toto zohľadnenie nie je automatické. Tieto ustanovenia predovšetkým nebránia zohľadneniu nepriameho podielu, pokiaľ z preskúmania vykonaného verejným obstarávateľom vyplýva, že tento podiel spočíva vo vlastníctve väčšiny imania súkromného partnera, ktorý je uchádzačom, iným subjektom, ktorého výlučným vlastníkom je zase verejný obstarávateľ, za predpokladu, že rozhodovacie právomoci a riziká sú rozdelené úmerne k vlastnenému imaniu, pokiaľ ide o tohto súkromného partnera a tento subjekt.

110. Pokiaľ ide o dodržanie proporcionality, pre úplnosť poznamenávam, že Komisia zrejme spochybňuje, že by vylúčenie ponuky predloženej spoločnosťami Rekeep a Roma Multiservizi bolo v súlade so zásadou proporcionality z dôvodu, že mesto Rím im malo umožniť, aby v prípade potreby preukázali, že jeho nepriamy podiel na imaní spoločnosti Roma Multiservizi nemá za následok riziko konfliktu záujmov. Hlavným účelom požiadaviek verejného a súkromného podielu stanovených v súťažných podkladoch však nie je zamedziť takým rizikám. Navyše konflikt záujmov predstavuje dôvod vylúčenia stanovený v smerniciach 2014/23 a 2014/24 a návrh na začatie prejudiciálneho konania naň vôbec neodkazuje. Okrem toho sa tento návrh neodvoláva ani na článok 35 smernice 2014/23 a článok 24 smernice 2014/24.

111. Pokiaľ ide v treťom rade o zásady transparentnosti a rovnosti zaobchádzania, musím poznamenať, že spoločnosti Roma Multiservizi a Rekeep vo svojich písomných pripomienkach tvrdia, že súťažné podklady sa nezmienili o zohľadnení nepriameho podielu verejného obstarávateľa na imaní uchádzača.

112. Návrh na začatie prejudiciálneho konania nepoukazuje na neexistenciu tejto zmienky v súťažných podkladoch. V tejto súvislosti musím poznamenať, že mesto Rím vo svojich odpovediach na písomné otázky Súdneho dvora uvádza, že podľa legislatívneho dekrétu č. 175, ktorý sa zjavne týka spôsobov uplatňovania smerníc 2014/23 a 2014/24, je verejný podnik definovaný ako podnik, na ktorý môžu mať verejní obstarávatelia priamo alebo nepriamo rozhodujúci vplyv. Podľa pripomienok spoločnosti Rekeep tento dekrét tiež stanovuje, že „pokiaľ platné ustanovenia dovoľujú zakladanie zmiešaných spoločností na uskutočňovanie a riadenie verejných prác alebo na organizáciu a riadenie služby všeobecného záujmu, súkromný partner musí byť vybraný na základe verejného obstarávania“. Na základe výkladu a contrario možno teda konštatovať, že v rámci spoločnosti so zmiešaným kapitálom sa súkromný partner nemôže vo vzťahu k verejnému obstarávateľovi dostať do situácie, že má priamy alebo nepriamy rozhodujúci

vplyv. Nepriamy podiel na imaní súkromného partnera, ktorého dôsledkom je vykonávanie rozhodujúceho vplyvu, však nemožno prirovnať k akémukoľvek nepriamemu podielu na imaní tohto súkromného partnera.

113. V každom prípade iba vnútroštátne súdy majú právomoc v prípade potreby preskúmať dôvodnosť týchto tvrdení a ich relevantnosť v tomto štádiu konania vo veci samej.

114. Vzhľadom na to, že vnútroštátny súd uvádza článok 30 smernice 2014/23 a článok 18 smernice 2014/24, je potrebné poskytnúť tomuto súdu užitočné vysvetlenia, pokiaľ ide o preskúmanie vykonané z hľadiska zásad uvedených v týchto ustanoveniach.

115. Podľa ustálenej judikatúry zásady transparentnosti a rovnosti zaobchádzania, ktorými sa riadia všetky postupy verejného obstarávania, vyžadujú, aby vecné a procesné podmienky účasti na obstarávaní boli jasne vymedzené vopred a zverejnené, a to najmä povinnosti uchádzačov, aby uchádzači mohli presne poznať požiadavky obstarávania a aby si boli istí, že rovnaké požiadavky platia pre všetkých konkurentov. [56]

116. Pokiaľ ide o príklad režimu smernice 2014/24, oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania musia vo všeobecnosti obsahovať zoznam a stručný opis podmienok účasti a podmienok týkajúcich sa osobného postavenia hospodárskych subjektov, ktoré by mohli mať za následok ich vylúčenie. [57]

117. V nadväznosti na túto logiku sa zásada rovnosti zaobchádzania a povinnosť transparentnosti majú vykladať v tom zmysle, že bránia vylúčeniu hospodárskeho subjektu z postupu verejného obstarávania z dôvodu, že si nesplnil povinnosť, ktorá hoci výslovne nevyplýva zo súťažných podkladov tohto obstarávania ani z platného vnútroštátneho zákona, ale vyplýva z výkladu tohto zákona a týchto podkladov, ako aj z doplnenia ich normatívneho obsahu zo strany vnútroštátnych orgánov alebo vnútroštátnych správnych súdov. [58]

118. Keďže nepriamy podiel verejného obstarávateľa na imaní súkromného partnera môže mať rôzne formy a keďže jeho vplyv na fungovanie tohto súkromného partnera závisí od organizačnej štruktúry tohto partnera, nezdá sa mi, že by bolo zrejmé, že akákoľvek forma nepriameho podielu verejného obstarávateľa by mala mať automaticky za následok vylúčenie uchádzača z verejného obstarávania z dôvodu nesplnenia požiadaviek verejného a súkromného podielu. Uplatnenie takého výkladu vnútroštátnej právnej úpravy alebo súťažných podkladov nie je zrejme dostatočne preukázané.

119. Bez toho, aby boli dotknuté vyššie uvedené doplňujúce poznámky týkajúce sa dodržania zásad transparentnosti a rovnosti zaobchádzania, trvám na svojom stanovisku, ktoré som uviedol v bode 108 vyššie, pokiaľ ide o dodržanie zásady proporcionality.

[56] Pozri rozsudok zo 17. mája 2018, Specializuotas transportas (C-531/16, EU:C:2018:324, bod 23 a citovaná judikatúra).

[57] Pozri článok 49 a prílohu V časť C bod 11 písm. c) smernice 2014/24.

[58] Pozri rozsudok z 2. júna 2016, Pizzo (C-27/15, EU:C:2016:404, bod 51).

VI. Návrh

120. Vzhľadom na všetky vyššie uvedené úvahy navrhujem odpovedať na prejudiciálnu otázku, ktorú položila Consiglio di Stato (Štátna rada, Taliansko) takto:

Článok 30 a článok 38 ods. 1 smernice Európskeho parlamentu a Rady 2014/23/EÚ z 26. februára 2014 o udeľovaní koncesií alebo prípadne článok 18 a článok 58 ods. 1 smernice Európskeho parlamentu a Rady 2014/24/EÚ z 26. februára 2014 o verejnom obstarávaní a o zrušení smernice 2004/18/ES sa majú vykladať v tom zmysle, že tieto ustanovenia bránia tomu, aby sa na účely stanovenia percentuálneho podielu súkromného partnera, ktorý je uchádzačom, v zmiešanej verejno-súkromnej spoločnosti, ktorá sa má založiť, zohľadnil akýkoľvek nepriamy podiel vereného obstarávateľa na základnom imaní tohto súkromného partnera, ktorý je uchádzačom, v dôsledku čoho je tento partner automaticky vylúčený z verejného obstarávania v prípade, že zohľadnenie tohto nepriameho podielu má za následok, že nie je dodržaný percentuálny súkromný podiel, ktorý verejný obstarávateľ požaduje podľa súťažných podkladov.

Článok 30 a článok 38 ods. 1 smernice 2014/23 alebo prípadne článok 18 a článok 58 ods. 1 smernice 2014/24 naproti tomu nebránia takému zohľadneniu, pokiaľ toto zohľadnenie nie je automatické. Tieto ustanovenia predovšetkým nebránia zohľadneniu nepriameho podielu, pokiaľ z preskúmania vykonaného verejným obstarávateľom vyplýva, že tento podiel spočíva vo vlastníctve väčšiny imania súkromného partnera, ktorý je uchádzačom, iným subjektom, ktorého výlučným vlastníkom je zase verejný obstarávateľ, za predpokladu, že rozhodovacie právomoci a riziká sú rozdelené úmerne k vlastnenému imaniu, pokiaľ ide o tohto súkromného partnera a tento subjekt.