Sbírka soudních rozhodnutí

STANOVISKO GENERÁLNÍHO ADVOKÁTA
MANUELA CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONY
přednesené dne 30. dubna 2024[1]

Věc C-683/22

Adusbef – Associazione difesa utenti servizi bancari e finanziari
proti
Presidenza del Consiglio dei ministri,
Ministero dell'Economia e delle Finanze,
Ministero delle Infrastrutture e della Mobilità sostenibili,
DIPE – Dipartimento programmazione e coordinamento della politica economica,
Autorità di regolazione dei trasporti,
Corte dei Conti,
Avvocatura dello Stato,
za účasti:
Mundys S.p.A., dříve Atlantia S.p.A.,
Autostrade per l'Italia S.p.A.,
Holding Reti Autostradali S.p.A.

[žádost o rozhodnutí o předběžné otázce, kterou podal Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (regionální správní soud pro Lazio, Itálie)]

„Řízení o předběžné otázce – Koncese na správu dálnic – Závažné porušení povinností údržby a péče – Směrnice 2014/23/EU – Článek 43 – Změna koncese – Pokračování dosavadního koncesionáře – Posouzení nezbytnosti uspořádat nové koncesní řízení – Odůvodnění rozhodnutí – Podstatné změny – Posouzení spolehlivosti koncesionáře v procesu změny koncese – Článek 44 – Ukončení koncese – Neexistence koncesního řízení – Nespolehlivost koncesionáře“

1. Dne 14. srpna 2018 se zřítil takzvaný „Morandiho most“, viadukt Polcevera, na dálnici A10 u italského Janova. Držitelem koncese na provoz dálnice byla v té době společnost Autostrade per l'Italia S.p.A. (dále jen „ASPI“).

2. Vnitrostátní orgány zahájily řízení o určení odpovědnosti společnosti ASPI za závažné porušení jejích povinností při údržbě a péči o dálniční síť, za kterou byla odpovědná.

[1] – Původní jazyk: španělština.

3. Řízení vyvrcholilo uzavřením *dohody o narovnání* (dále jen „dohoda o narovnání“) mezi společností ASPI a italskými orgány, po níž následoval *dodatek III* (dále jen „dodatek III“) podepsaný stejnými stranami a začleněný do původní koncesní smlouvy. Tyto akty změnily ustanovení koncese, aniž bylo zahájeno nové koncesní řízení.

4. Sdružení spotřebitelů napadlo tyto dohody, jakož i další související akty, u italského soudu, který se obrací na Soudní dvůr se svými pochybnostmi ohledně výkladu unijního práva týkajícího se změny (a případného ukončení) koncesních smluv upravených směrnicí 2014/23/EU[2].

I. Právní rámec

A. Unijní právo. Směrnice 2014/23

5. Článek 3 „Zásada rovného zacházení, nediskriminace a transparentnosti“ stanoví:

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

[…]

2. Veřejní zadavatelé a zadavatelé usilují o zajištění transparentnosti koncesního řízení a plnění koncese […].“

6. Článek 38 „Výběr a hodnocení zájemců na základě kvality“:

„[…] 7. Veřejní zadavatelé nebo zadavatelé mohou z účasti v koncesním řízení vyloučit nebo mohou být členským státem požádáni, aby vyloučili hospodářský subjekt, jestliže je splněna některá z těchto podmínek:

[…]

c) pokud může veřejný zadavatel vhodnými prostředky prokázat, že se hospodářský subjekt dopustil vážného profesního pochybení, což zpochybňuje jeho důvěryhodnost;

[…]

f) pokud hospodářský subjekt v rámci dřívější koncese nebo v rámci dřívějšího smluvního vztahu s veřejným zadavatelem nebo zadavatelem, jak jsou vymezeni v této směrnici nebo ve směrnici 2014/25/EU, vykazoval při plnění základního požadavku závažné nebo trvalé nedostatky, jež vedly k předčasnému ukončení tohoto dřívějšího smluvního vztahu, náhradě škody nebo jiným srovnatelným sankcím;

[…].“

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

7. Článek 43 „Změny koncesí během doby jejich platnosti“ stanoví:

„1. Koncese mohou být změněny bez nového koncesního řízení v souladu s touto směrnicí v těchto případech:

a) pokud změny, bez ohledu na jejich peněžní hodnotu, byly upraveny v původní koncesní dokumentaci v jasných, přesných a jednoznačných ustanoveních o změnách, jež mohou zahrnovat ustanovení o úpravě hodnoty či opčních právech. Tato ustanovení uvádějí rozsah a povahu možných změn a opčních práv, jakož i podmínky, za nichž mohou být uplatněny. Nestanoví však změny ani opční práva, které by měnily celkovou povahu koncese;

[…]

c) pokud jsou splněny všechny tyto podmínky:

   i) potřeba změny byla vyvolána okolnostmi, které pečlivý veřejný zadavatel nebo zadavatel nemohl předvídat,

   ii) změna nemění celkovou povahu koncese,

   iii) v případě koncesí udělených veřejným zadavatelem za účelem vykonávání jiné činnosti než činnosti uvedené v příloze II není nárůst hodnoty vyšší než 50 % hodnoty původní koncese. Je-li provedeno několik po sobě následujících změn, použije se toto omezení pro hodnotu každé změny. Cílem těchto po sobě následujících změn nesmí být obcházení této směrnice;

d) jestliže nový koncesionář nahrazuje koncesionáře, jemuž veřejný zadavatel nebo zadavatel původně koncesi udělil, v důsledku:

   i) jednoznačného ustanovení o změnách a opčních právech v souladu s písmenem a),

   ii) situace, kdy postavení původního koncesionáře v důsledku restrukturalizace, včetně převzetí, fúzí, akvizic nebo úpadku, částečně nebo zcela převezme jiný hospodářský subjekt, který splňuje původně stanovená kritéria pro výběr na základě kvality, pokud tento krok nepřináší další podstatné změny koncese a jeho cílem není obejít uplatňování této směrnice, nebo

   iii) situace, kdy samotný veřejný zadavatel nebo zadavatel plní povinnosti hlavního koncesionáře vůči subdodavatelům, jestliže je tato možnost stanovena ve vnitrostátních právních předpisech;

e) pokud změny, bez ohledu na jejich hodnotu, nejsou podstatné ve smyslu odstavce 4.

Veřejní zadavatelé nebo zadavatelé, kteří změnili koncesi v případech stanovených v písmenech b) a c) tohoto odstavce, uveřejní za tímto účelem oznámení v *Úředním věstníku Evropské unie*. Oznámení musí obsahovat informace stanovené v příloze XI a musí být uveřejněna v souladu s článkem 33.

2. Koncese je rovněž možné změnit bez potřeby nového koncesního řízení v souladu s touto směrnicí, a aniž je nutné ověřovat, zda jsou splněny podmínky stanovené v odst. 4 písm. a) až d), pokud je hodnota změny nižší než obě tyto hodnoty:

i) finanční limit stanovený v článku 8 a

ii) 10 % hodnoty původní koncese.

Změna však nesmí změnit celkovou povahu koncese. Je-li provedeno několik po sobě následujících změn, základem pro posouzení hodnoty je čistá celková hodnota těchto po sobě jdoucích změn.

[…]

4. Změna koncese během jejího trvání se považuje za podstatnou ve smyslu odst. 1 písm. e), pokud co do povahy činí novou koncesi věcně odlišnou od původně udělené koncese. Aniž jsou dotčeny odstavce 1 a 2, považuje se změna v každém případě za podstatnou, pokud je splněna alespoň jedna z těchto podmínek:

a) změna zavádí podmínky, které by, pokud by byly součástí původního koncesního řízení, umožnily výběr jiných žadatelů než těch, kteří byli vybráni původně, nebo přijetí jiné nabídky, než byla původně přijata, nebo by k účasti na koncesním řízení podnítily další účastníky;

b) změna má za následek změnu ekonomické rovnováhy koncese ve prospěch koncesionáře, a to způsobem, který v původní koncesi není upraven;

c) změna vede k výraznému rozšíření rozsahu koncese;

d) pokud nový koncesionář nahrazuje koncesionáře, kterému veřejný zadavatel nebo zadavatel původně koncesi udělil, v jiných případech, než které jsou stanoveny v odst. 1 písm. d).

5. V případě jiných změn v koncesi v průběhu jejího trvání, než jsou změny uvedené v odstavcích 1 a 2, bude vyžadováno nové koncesní řízení v souladu s touto směrnicí.“

8. Článek 44 „Ukončení koncesí“ stanoví:

„Členské státy zajistí, aby veřejní zadavatelé a zadavatelé měli za podmínek stanovených příslušnými vnitrostátními právními předpisy možnost ukončit koncesi během doby její platnosti, je-li splněna alespoň jedna z těchto podmínek:

a) došlo ke změně koncese, aniž bylo zahájeno nové koncesní řízení požadované podle článku 43;

b) dodavatel byl v okamžiku udělení koncese v jedné ze situací uvedených v čl. 38 odst. 4, a proto měl být z koncesního řízení vyloučen;

c) Soudní dvůr Evropské unie shledá v řízení podle článku 258 Smlouvy o fungování EU, že členský stát nesplnil své povinnosti podle Smluv, a to na základě skutečnosti, že veřejný zadavatel nebo zadavatel příslušející k tomuto členskému státu udělil dotyčnou koncesi, aniž by dodržel své povinnosti podle Smluv a této směrnice.“

B. Italské právo

1. Decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201. Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici [3]

9. Podle čl. 43 odst. 1 podléhají aktualizace nebo revize dálničních dohod platných ke dni jejich vstupu v platnost, pokud zahrnují změny nebo úpravy investičního plánu nebo normativních aspektů zaměřených na ochranu veřejných financí, stanovisku určitých subjektů a schvalují je orgány uvedené v tomto ustanovení.

2. Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50. Codice dei contratti pubblici [4]

10. V článku 80 odst. 5 písm. c) a cb) jsou jako fakultativní důvody pro vyloučení uchazečů uvedeny vážné profesní pochybení a neplnění předchozí koncese.

11. Třetí část legislativního nařízení, která se týká koncesních smluv, obsahuje:

– Článek 175 o změnách smluv během doby jejich účinnosti. S několika obměnami přebírá článek 43 směrnice 2014/23.

– Článek 176 o ukončení, zrušení z moci úřední, ukončení z důvodu neplnění a nahrazení koncesionáře.

II. Skutkový stav, spor a předběžné otázky

12. Dne 12. října 2007 uzavřely společnosti ASPI a Azienda Nazionale Autonoma delle Strade (Národní autonomní silniční podnik, Itálie) [5] „Convenzione unica" (dále jen „jednotná smlouva") [6], kterou byla společnosti ASPI udělena koncese na soubor italských dálničních úseků o délce více než 2 800 km [7].

13. Koncese vyprší dne 31. prosince 2038.

14. Dne 14. srpna 2018 se v blízkosti Janova zřítila část viaduktu Polcevera na dálnici A10 („Morandiho most"), kterou měla v koncesi společnost ASPI, což způsobilo smrt 43 osob.

15. Dne 16. srpna 2018 zahájilo Generální ředitelství pro dohled nad koncesionáři dálnic řízení proti společnosti ASPI pro závažné porušení povinností v oblasti údržby a péče o dálniční síť.

[3] – Nařízení vlády s mocí zákona č. 201 ze dne 6. prosince 2011 o naléhavých ustanoveních pro růst, spravedlnost a konsolidaci veřejných rozpočtů (GURI Obecná řada č. 284 ze dne 6. prosince 2011 – Běžný dodatek č. 251).

[4] – Legislativní nařízení č. 50 ze dne 18. dubna 2016 o zákonu o veřejných zakázkách (GURI Obecná řada č. 91 ze dne 19. dubna 2016 – Běžný dodatek č. 10). Použitelné ratione temporis.

[5] – Ministerstvo pro udržitelnou infrastrukturu a mobilitu (dále jen „ministerstvo infrastruktury") se stalo *ex lege* nástupcem národního podniku dne 1. října 2012.

[6] – Dálniční koncese spravovaná společností ASPI má svůj původ v roce 1968, kdy byla koncese udělena společnosti Autostrade-Concessioni e Costruzioni Autostrade S.p.A. Tato společnost byla v roce 1999 privatizována a v roce 2003 převedla své dálniční koncese na společnost ASPI.

[7] – Jednotná smlouva byla formálně schválena článkem 8k decreto-legge 8 aprile 2008, n. 59 – Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e l'esecuzione di sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee (nařízení vlády s mocí zákona č. 59 ze dne 8. dubna 2008 o naléhavých ustanoveních k plnění povinností Společenství a ke splnění povinností vyplývajících z rozsudků Soudního dvora Evropských společenství), které bylo potvrzeno se změnami zákonem č. 101/2008.

16. Od 10. července 2019 probíhala různá jednání mezi koncesionářem a orgány, která vedla k předložení návrhu společnosti ASPI dne 11. července 2020 [8].

17. Na základě tohoto návrhu „sjednaného řešení“ byla vypracována dohoda o narovnání, která byla společnosti ASPI sdělena společným dopisem několika italských ministerstev a předsednictví Rady ministrů ze dne 23. září 2020.

18. Dohoda o narovnání definovala opatření, která má koncesionář přijmout, a další závazky, které na sebe koncesionář vzal za účelem sjednaného řešení řízení o porušení povinností. Bylo v ní navrženo „nové sjednání jednotné smlouvy“ ze dne 12. října 2007.

19. Dne 15. července 2021 předala ASPI návrh dodatku k jednotné smlouvě a jejím přílohám.

20. Dne 14. října 2021 podepsaly ministerstvo infrastruktury a ASPI dohodu o narovnání, která byla potvrzena vyhláškou ministerstva infrastruktury po dohodě s Ministero dell’economia e delle Finanze Ministero dell’economia e delle Finanze (Ministerstvo hospodářství a financí, Itálie) č. 37 ze dne 22. února 2022 [9].

21. Dne 21. března 2022 podepsaly ministerstvo infrastruktury a společnost ASPI dodatek III k jednotné smlouvě, který do této smlouvy zapracoval některé změny koncesních ustanovení.

22. Žalobou zapsanou pod číslem 6020 z roku 2022 napadlo několik sdružení [z nichž byla nakonec uznána aktivní legitimace pouze Associazione difesa utenti servizi bancari e finanziari (dále jen „Adusbef“)] u předkládajícího soudu následující akty, jejichž zrušení se domáhala:

– Usnesení meziresortního výboru pro hospodářské plánování a udržitelný rozvoj č. 75/21 ze dne 22. prosince 2021 nazvané „Autostrade per l'Italia S.p.A. – Stanovisko ke třetímu dodatku k jednotné smlouvě ze dne 12. října 2007 a k hospodářskému a finančnímu plánu ve smyslu článku 43 nařízení vlády s mocí zákona č. 201 z roku 2011 (rozhodnutí č. 75/2021)“.

– Vyhláška č. 37 ze dne 22. února 2022, kterou vydalo ministerstvo infrastruktury po dohodě s ministerstvem hospodářství a financí a jíž se schvaluje dohoda o narovnání podepsaná dne 14. října 2021 mezi ministerstvem infrastruktury a společností ASPI.

– Rozhodnutí Corte dei Conti (Účetní dvůr, Itálie) č. SCCLEG/2/2022/PREV ze dne 29. března 2022.

– Kladné stanovisko Avvocatura Generale dello Stato (Nejvyšší státní zastupitelství, Itálie), předané přípisem ze dne 24. září 2021, týkající se konceptu výše uvedené dohody.

– Dohoda o narovnání ze dne 14. října 2021 podepsaná mezi ministerstvem infrastruktury a ASPI.

– Přípis č. 19135 ze dne 5. listopadu 2021, kterým ASPI předala ministerstvu infrastruktury aktualizovaný návrh hospodářsko-finančního plánu.

[8] – ASPI ve svém návrhu nabídla finanční kompenzaci ve výši 3 400 milionů eur, zvýšení bezpečnostních standardů a provedení podnikové reorganizace se zapojením Cassa Depositi e Prestiti S.p.A. a dalších pro ni přijatelných investorů, na které by byla převedena kontrola nad společností ASPI.

[9] – Schválení dohody o narovnání předcházelo kladné stanovisko (usnesení č. 75) Comitato interministeriale per la programmazione economica e lo sviluppo sostenibile (Meziresortní výbor pro hospodářské plánování a udržitelný rozvoj, Itálie) ze dne 22. prosince 2021, který se vyjádřil k dodatku III.

– Stanovisko Nucleo di consulenza per l'attuazione delle linee guida per la regolazione dei servizi di pubblica utilità (Poradní skupina pro provádění pokynů pro regulaci veřejných služeb) ze dne 22. prosince 2021 k návrhu dodatku III k jednotné smlouvě a souvisejícímu hospodářsko-finančnímu plánu.

– Stanovisko ze dne 14. října 2020 a zpráva Autorità di regolazione dei trasporti (Úřad pro regulaci dopravy, Itálie) ze dne 16. prosince 2021.

– Zápis ze zasedání Consiglio dei Ministri (Rada ministrů, Itálie) ze dnů 14. a 15. července 2020.

– Jakékoli jiné předběžné, související nebo následné akty.

23. Žalobní důvody vznesené ze strany Adusbef[10] se týkaly porušení vnitrostátních ustanovení i článků 38, 43 a 44 směrnice 2014/23.

24. Této žalobě se bránila společnost ASPI, instituce a orgány veřejné správy, které byly původci napadených aktů, zastoupené společně, a společnost Atlantia S.p.A[11] a jako vedlejší účastnice *ad opponendum* Holding Reti Autostradali.

25. V této souvislosti Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (regionální správní soud pro Lazio, Itálie) předložil Soudnímu dvoru následující předběžné otázky „ve vztahu k právní úpravě stanovené v článcích 38, 43 a 44 směrnice 2014/23“:

„1) Je výklad vnitrostátní právní úpravy v tom smyslu, že zadavatel udělující koncesi může zahájit řízení o změně v subjektu a předmětu platné dálniční koncese nebo o jejím novém sjednání, aniž posoudí a vyjádří se k povinnosti zahájit koncesní řízení, v rozporu s [unijním] právem?

2) Je výklad vnitrostátní právní úpravy v tom smyslu, že zadavatel udělující koncesi může zahájit řízení o změně v subjektu nebo předmětu platné dálniční koncese nebo o jejím novém sjednání, aniž posoudí spolehlivost koncesionáře, který se dopustil závažného porušení povinnosti, v rozporu s [unijním] právem?

3) Ukládá [unijní] právo v případě prokázaného porušení zásady otevřené soutěže nebo prokázané nespolehlivosti držitele dálniční koncese povinnost tento vztah ukončit?“

III. Řízení před Soudním dvorem

26. Žádost o rozhodnutí o předběžné otázce byla zapsána do rejstříku kanceláře Soudního dvora dne 4. listopadu 2022.

27. Písemná vyjádření předložily společnosti Adusbef, ASPI, Holding Reti Autostradali, Mundys, německá, estonská a italská vláda, jakož i Evropská komise. S výjimkou německé a estonské vlády se všechny zúčastnily jednání konaného dne 28. února 2024.

[10] – Strany 12 až 15 předkládacího rozhodnutí v italském znění.

[11] – Společnost Atlantia byla akcionářem společnosti ASPI až do doby, kdy svůj podíl prodala společnosti Holding Reti Autostradali S.p.A. v rámci restrukturalizace kapitálu společnosti ASPI. Dne 14. března 2023 změnila společnost Atlantia svůj název na Mundys S.p.A.

IV. Posouzení

A. Úvodní poznámky

1. Použitelná směrnice

28. Podle společnosti Mundys není směrnice 2014/23 pro řešení sporu relevantní, neboť podle jejího čl. 54 odst. 2 „se nepoužije na udělování koncesí, u kterých byla výzva k účasti v soutěži zveřejněna nebo které byly uděleny přede dnem 17. dubna 2014“. V projednávané věci byla sporná koncese udělena dne 12. října 2007.

29. I když byla původní koncese udělena před přijetím směrnice 2014/23, je pro určení použitelného pravidla rozhodující datum změn, jejichž platnost je napadena [12]. Toto datum totiž nastalo po 17. dubnu 2014, který určuje použitelnost směrnice 2014/23.

30. Stejná argumentace platí obdobně pro zamítnutí námitek týkajících se nastalé nespolehlivosti koncesionáře a existence důvodu pro ukončení smlouvy. Obě se totiž týkají skutečností, které vyplývají ze sporných změn nebo s nimi souvisejí a které nastaly po 17. dubnu 2014.

2. Přípustnost žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce

31. ASPI, Holding Reti Autostradali, Mundys a italská vláda tvrdí, s částečně společnými a částečně odlišnými argumenty, že žádost o rozhodnutí o předběžné otázce je nepřípustná. Stručně řečeno, vytýkají předkládajícímu soudu, že nepředložil dostatečné skutkové a právní důkazy k získání užitečné odpovědi na své otázky a že tyto otázky jsou hypotetické.

32. Na žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce týkající se výkladu unijního práva se vztahuje domněnka relevance. Vnitrostátnímu soudu navíc přísluší, aby na vlastní odpovědnost vymezil skutkový a právní rámec, jehož správnost Soudnímu dvoru nepřísluší ověřovat. Soudní dvůr může odmítnout rozhodnout o některé z těchto žádostí pouze ve výjimečných případech, které Soudní dvůr upřesnil [13].

33. Podle mého názoru, aniž je dotčeno to, co uvedu níže ohledně třetí předběžné otázky, a určité nejasnosti ve zbývajících otázkách, první dvě otázky souvisejí s předmětem projednávané věci. Ačkoli popis skutkového stavu není tak přesný, jak by měl být [14], tento popis a právní úvahy obsažené v předkládacím rozhodnutí [15] poskytují Soudnímu dvoru minimální informace potřebné k zodpovězení prvních dvou otázek.

[12] – Rozsudek ze dne 2. září 2021, Sisal a další (C-721/19 a C-722/19, EU:C:2021:672; dále jen „Sisal a další“), bod 28: „[…] v případě podstatné změny koncesní smlouvy jsou unijními právními předpisy, podle nichž musí být tato změna posuzována, předpisy platné k okamžiku této změny. V této souvislosti Soudní dvůr upřesnil, že skutečnost, že prvotní koncesní smlouva byla uzavřena před přijetím unijní právní úpravy v dané oblasti, nemá v tomto ohledu žádný dopad […]“. Obdobně rozsudky ze dne 11. července 2013, Komise v. Nizozemsko (C-576/10, EU:C:2013:510), bod 54, a ze dne 18. září 2019, Komise v. Itálie (C-526/17, EU:C:2019:756), bod 60.

[13] – Tedy v případech, kdy je zřejmé, že požadovaný výklad unijního práva nemá žádný vztah k realitě nebo předmětu sporu v původním řízení, jestliže se jedná o hypotetický problém, nebo také jestliže Soudní dvůr nedisponuje skutkovými nebo právními poznatky nezbytnými pro užitečnou odpověď na otázky předkládajícího soudu. Viz zejména rozsudek ze dne 14. září 2023, TGSS (Odmítnutí přiznat příplatek za mateřství) (C-113/22, EU:C:2023:665), body 30 a 31.

[14] – V předkládacím rozhodnutí (bod 2.1.) předkládající soud uvádí, že pokud jde o předmět sporu a vylíčení relevantních skutečností, „tento senát přijímá ‚skutkovou‘ část tohoto rozsudku v plném rozsahu“. Tato část však neobsahuje popis skutečností, které soud sám považuje za prokázané, nýbrž skutečností tvrzených účastníky řízení.

[15] – Předkládací rozhodnutí má neobvyklou formu „nepravomocného rozsudku“.

B. První předběžná otázka

34. Předkládající soud se táže, zda unijní právo připouští „výklad vnitrostátní právní úpravy v tom smyslu, že zadavatel udělující koncesi může zahájit řízení o změně v subjektu a předmětu platné dálniční koncese nebo o jejím novém sjednání, aniž posoudí a vyjádří se k povinnosti zahájit koncesní řízení“.

35. Takto formulovanou otázku je třeba chápat tak, že se vztahuje k článku 43 směrnice 2014/23, který upravuje změnu koncesních smluv v době jejich platnosti. Budu se jí zabývat prostřednictvím analýzy tohoto ustanovení a formálních a věcných aspektů změn dohodnutých v projednávané věci.

1. Změny koncesních smluv ve směrnici 2014/23

36. Článek 43 směrnice 2014/23 umožňuje změnu koncesí bez nutnosti zahájit nové koncesní řízení v případech uvedených v odstavci 1. Nejdůležitější z nich je předpoklad, že „změny, bez ohledu na jejich hodnotu, nejsou podstatné ve smyslu odstavce 4“ [odst. 1 písm. e)].

37. Odstavec 4 téhož článku upravuje, kdy se změna koncese během jejího trvání považuje za podstatnou. V této souvislosti jeho odstavec 5 stanoví, že „bude vyžadováno nové koncesní řízení“.

38. Bod 75 odůvodnění směrnice 2014/23 uvádí, že „[…] nové koncesní řízení je vyžadováno v případě podstatných změn původní koncese, zejména budou-li se týkat rozsahu a obsahu vzájemných práv a povinností smluvních stran […]“.

39. Soudní dvůr již před vstupem směrnice 2014/23 v platnost rozhodl, že podstatné změny zásadních ustanovení smlouvy o koncesi mohou zapříčinit nezbytnost udělení nové smlouvy o koncesi [16].

40. V roce 2011 byla zahájena diskuse [17] o potřebě změnit směrnice o zadávání veřejných zakázek. Jednou z otázek předložených ke konzultaci bylo, „zda je nezbytné právní objasnění na úrovni EU, které by stanovilo podmínky, za kterých změna zakázky vyžaduje nové zadávací řízení“, s ohledem na judikaturu Soudního dvora. Výsledek, který se promítl do tří směrnic o zadávání veřejných zakázek z roku 2014, je podobný, pokud jde o smluvní změny.

41. Následná judikatura k článku 43 směrnice 2014/23 jej vykládá v souladu se svými předchozími rozhodnutími. V rozsudku ze dne 2. září 2021 tak Soudní dvůr uvedl, že tento článek „[…] provedl úplnou harmonizaci situací, v nichž mohou být koncese změněny, aniž by za tím účelem bylo třeba uskutečnit nové koncesní řízení […], a situací, v nichž je naopak takové řízení v případě změn podmínek koncese vyžadováno“ [18].

[16] – Rozsudek ze dne 13. dubna 2010, Wall (C-91/08, EU:C:2010:182), bod 37. Obdobně k právní úpravě předcházející směrnici 2014/23 viz rozsudky ze dne 18. září 2019, Komise v. Itálie (C-526/17, EU:C:2019:756), bod 59, a ze dne 11. července 2013, Komise v. Nizozemsko (C-576/10, EU:C:2013:510), bod 54.

[17] – Zelená kniha „o modernizaci politiky EU v oblasti zadávání veřejných zakázek. Směrem k efektivnějšímu evropskému trhu veřejných zakázek“ [Brusel, 27. ledna 2011, COM(2011) 15 final. Na straně 27 se uvádí, že „u určitých druhů změn se judikatura nezdá být dostatečně jasná, pokud jde o určení, zda je nutné nové zadávací řízení“.

[18] – Rozsudek Sisal a další, bod 31.

42. Jak jsem právě uvedl, čl. 43 odst. 1 a 2 směrnice 2014/23 stanoví, které změny nevyžadují zahájení nového koncesního řízení. Odstavec 4 téhož článku stanoví, kdy je změna považována za podstatnou, což má za následek (odstavec 5), že musí být zahájeno nové koncesní řízení.

43. Ve světle těchto předpokladů je třeba odpovědět předkládajícímu soudu na první předběžnou otázku. Znění otázky je však nejednoznačné: zdá se, že tak, jak je formulována, má za cíl pouze zjistit, zda existuje *formální povinnost* veřejného zadavatele přijmout rozhodnutí formou odůvodněného rozhodnutí, jehož *materiální* obsah by tak byl druhořadý.

44. Tento formální přístup však kontrastuje s pozorností, kterou předkládající soud věnuje ve svém předkládacím rozhodnutí jedné z (údajných) podstatných změn koncese, která se týká akcionářské struktury koncesionáře.

45. Pro úplnost se budu zabývat oběma hledisky, formálním a materiálním, této otázky. Především musím zdůraznit, že s výjimkou změny akcionářů není v předkládacím rozhodnutí přesně určen ani původ, ani obsah pozměněných koncesních ustanovení.

46. Jak jsem již vysvětlil, ke změně došlo na základě dvou aktů, které se sice vzájemně prolínají, ale mají odlišnou právní podobu:

– Zaprvé uzavření dohody o narovnání mezi ministerstvem infrastruktury a společností ASPI dne 14. října 2021, kterou bylo ukončeno vyšetřování porušení povinnosti ze strany koncesionáře [19].

– Zadruhé podpis dodatku III k jednotné smlouvě stejnými stranami dne 21. března 2022. Právě tento akt ve skutečnosti přinesl změny koncese. Předkládací rozhodnutí mu však věnuje malou pozornost.

2. Povinnost veřejného zadavatele odůvodnit své rozhodnutí

47. Článek 43 odst. 1, 2 a 4 směrnice 2014/23, který upravuje způsob, jakým mohou být koncese změněny (s nutností zahájit nové koncesní řízení nebo bez něj), nevyžaduje, aby veřejný zadavatel uvedl důvody, které ho vedou k úvaze, že se jedná o jeden z případů uvedených v těchto ustanoveních.

48. V zásadě a s ohledem na to, že článek 43 směrnice 2014/23 o této podrobnosti mlčí, je na členských státech, zda veřejným zadavatelům uloží povinnost odůvodnit svá rozhodnutí o změně koncese, či nikoli.

49. Soudní dvůr však již rozhodl, že za určitých okolností se na veřejného zadavatele taková povinnost vztahuje, aby dotčené osoby mohly „hájit svá práva a rozhodnout se s plnou znalostí věci, zda je namístě podat proti [rozhodnutím přijatým vnitrostátními orgány] žalobu“, a aby „příslušné soudy mohly provést přezkum legality těchto rozhodnutí“ [20].

[19] – Dohoda o narovnání je ve skutečnosti správním aktem přijatým v souladu s článkem 11 zákona č. 241/1990 ze dne 7. srpna 2003 o „Nových pravidlech správního řízení a právu na přístup ke správním dokumentům“. To se odráží v článku 5 samotné dohody o narovnání. Jakožto takový správní akt (přijatý ve formě „dohody s dotčenou osobou“ podle čl. 11 odst. 1 tohoto zákona) podléhá obecné povinnosti uvést odůvodnění a stejné kontrole jako ostatní správní akty.

[20] – Rozsudky ze dne 7. září 2021, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras (C-927/19, EU:C:2021:700), bod 120, s citací předchozí judikatury, a ze dne 21. prosince 2023, Infraestruturas de Portugal a Futrifer Indústrias Ferroviárias (C-66/22, EU:C:2023:1016), bod 87.

50. Předkládající soud musí určit, zda vzhledem k předmětu sporu měly být napadené akty odůvodněny, a pokud ano, zda obsahují dostatečné odůvodnění, které umožní obranu práv jejich adresátů nebo jejich soudní přezkum [21].

51. Z tohoto pohledu je v rozhodnutí o předběžné otázce uveden dostatek prvků, z nichž lze vyvodit, že rozhodnutí veřejného zadavatele předcházelo posouzení, které mohlo splnit požadavek na odůvodnění. Příslušné orgány zejména vysvětlily (ať už správně, či nesprávně, ale to je jiná otázka), proč je změna koncese nejvhodnějším řešením.

52. Z bodu 2.2 předkládacího rozhodnutí lze totiž vyčíst, jak veřejný zadavatel zvážil negativní a pozitivní důsledky obou předložených alternativ (změna koncese bez nového koncesního řízení nebo ukončení smlouvy) [22]. Důvody, které vedly italské orgány k volbě prvního z těchto řešení, jsou podrobně popsány v různých dokumentech, které jsou součástí spisu [23].

53. Vzhledem k tomu lze úvahy veřejného zadavatele odvodit z obsahu souboru dokumentů, které tvoří akty napadené v žalobě Adusbef. Patří mezi ně stanoviska vnitrostátních orgánů a institucí, která zdůrazňují vhodnost přijetí dohody o narovnání a dodatku III, v důsledku čehož veřejný zadavatel považoval za vhodné změnit původní koncesi bez předchozího koncesního řízení.

54. V žalobě Adusbef podané k předkládajícímu soudu toto sdružení uznává, že „důvody přijaté v dohodě [o narovnání] ve prospěch neukončení, ale pokračování smlouvy […]“ jsou obsaženy v této dohodě, a přebírá část jejího obsahu [24]. V této žalobě [25] zpochybňuje svými vlastními argumenty ty argumenty, které obsahuje dohoda o narovnání ve prospěch pokračování smlouvy, a ty argumenty, které předložil Corte dei conti (Účetní dvůr, Itálie) za účelem „zahrnutí odůvodnění“.

55. Sdružení Adusbef se tedy mohlo seznámit s obsahem aktů měnících koncesi, kterou podrobuje soudnímu přezkumu předkládajícího soudu, a napadnout je [26].

[21] – Na jednání se diskutovalo o tom, zda měl veřejný zadavatel po změně koncese v souladu s čl. 43 odst. 1 písm. c) směrnice 2014/23 zveřejnit oznámení v *Úředním věstníku Evropské unie* s informacemi uvedenými v příloze XI. Předkládající soud se na toto opomenutí netáže a omezil svou otázku na neuvedení odůvodnění aktů. V každém případě se domnívám, že v projednávané věci nebyla splněna jedna ze tří podmínek vyžadovaných tímto ustanovením: změna celkové povahy koncese.

[22] – Za tímto účelem předkládající soud přepisuje negativní důsledky ukončení koncese, jak jsou uvedeny v dohodě o narovnání. Patří mezi ně přerušení smluvních činností, které by mohlo znamenat riziko finančního ohrožení pro smluvní partnery a dodavatele společnosti ASPI, s možnými dodatečnými náklady pro státní správu vyplývajícími z uznání penalizací; riziko, které je odrazující, že by státní správa čelila soudnímu sporu, v němž by byla uznána účinnost ustanovení jednotné smlouvy, jehož výsledek by znamenal značnou finanční zátěž pro stát, jakož i povinnost státu zaplatit koncesionáři náhradu škody.

[23] – Předkládající soud vyzdvihuje jako pozitivní aspekty dohody o narovnání, které jsou v ní uvedeny: i) nepřetržité pokračování poskytování služby, které by zabránilo přerušení služby, jež je pro společnost zásadní, a řešení možných situací, které by bránily jejímu řádnému provozu; ii) okamžité zahájení provádění programu investic a údržby dálniční sítě, jakož i podporu investičních plánů týkajících se ekologického přechodu a udržitelné mobility; iii) zachování a rozvoj stávající úrovně zaměstnanosti a přijetí iniciativ ve prospěch společnosti ze strany ASPI v souladu s prioritami, které stanovil přímo správní orgán; iv) záruka plateb za rekonstrukční práce na mostě, který má nahradit viadukt Polcevera; v) ukončení nevyřešených sporů mezi koncesionářem a správními orgány; vi) úprava smluvních ustanovení koncese vypuštěním ustanovení, která jsou považována za nespravedlivě výhodná pro koncesionáře; vii) zavedení posíleného systému sankcí ve vztahu k systému sankcí stanovenému v jednotné smlouvě; viii) ochota obou stran vyhnout se v budoucnu soudním sporům.

[24] – Strany 10 a 11 žaloby.

[25] – Odstavec 8 nadepsaný „diritto“, strana 29 žaloby.

[26] – Adusbef na jednání zdůraznilo nedostatečné odůvodnění vyhlášky ministerstva infrastruktury č. 37 ze dne 22. února 2022. Tato vyhláška, kterou Adusbef předložilo jako přílohu, obsahuje dva články, jimž předchází četné body odůvodnění: první článek pouze schvaluje dohodu o narovnání a druhý článek stanoví, že „účinnost dohody je podmíněna splněním podmínek stanovených v článku 10 této dohody“. Vyhláška se mi proto jeví jako dostatečně odůvodněná sama o sobě a *per remissionem*, a to v rozsahu, v němž přebírá (rozsáhlé) odůvodnění obsažené v dohodě o narovnání. Oba akty je třeba vykládat společně.

3. Kvalifikace změn koncesní smlouvy

56. Předkládací rozhodnutí se zaměřuje především na (údajnou) změnu koncesní smlouvy v důsledku změny akcionářské struktury společnosti ASPI. Předmětem diskuse je, zda došlo ke „změně koncesionáře“ ve smyslu čl. 43 odst. 4 písm. d) směrnice 2014/23 ve spojení s jejím čl. 43 odst. 1 písm. d).

57. Předkládající soud se rovněž táže, zda:

– zřícení Morandiho mostu představuje „nepředvídatelnou okolnost“ ve smyslu čl. 43 odst. 1 prvního pododstavce písm. c) bodu i) směrnice 2014/23;

– závazek společnosti ASPI poskytnout finanční kompenzaci ve výši 3 400 milionů eur a zajistit posílení bezpečnostních podmínek dálniční sítě a jeho účinné provádění znamená podstatnou změnu koncese.

58. Předkládajícímu soudu přísluší posoudit, zda bylo v souladu s čl. 43 odst. 5 směrnice 2014/23 nezbytné zahájit koncesní řízení. Soudní dvůr mu však může poskytnout několik vodítek, která mu pomohou formulovat jeho úsudek.

a) Změna akcionářské struktury: podstatná změna koncesní smlouvy?

59. Článek 43 odst. 1 písm. d) bodu ii) směrnice 2014/23 stanoví, že „[k]oncese mohou být změněny bez nového koncesního řízení […] jestliže nový koncesionář nahrazuje koncesionáře […] v důsledku […] situace, kdy postavení původního koncesionáře v důsledku restrukturalizace, včetně převzetí, fúzí, akvizic nebo úpadku, částečně nebo zcela převezme jiný hospodářský subjekt […]“.

60. Pro výklad tohoto ustanovení je třeba odkázat na bod 77 odůvodnění směrnice 2014/23, který se týká *strukturálních změn*, jako jsou čistě interní reorganizace, převzetí a fúze během plnění koncese. Dodává, že tyto strukturální změny „by neměly automaticky vyžadovat nové koncesní řízení […]“.

61. Z písemných vyjádření předložených stranami sporu, jakož i z informací obsažených v předkládacím rozhodnutí [27], je zřejmé, že nedošlo k úplnému nebo částečnému nahrazení koncesionáře (společnost ASPI byla a zůstává držitelem koncese), nýbrž k interní akcionářské restrukturalizaci [28], kdy noví akcionáři nahradili jiné v rámci transakce oznámené Komisi [29].

[27] – Bod 2.5. předkládacího rozhodnutí.

[28] – Podle bodu 2.5 prvního pododstavce předkládacího rozhodnutí prodala společnost Atlantia 88 % společnosti ASPI holdingové společnosti (Holding Reti Autostradali), jejímž většinovým akcionářem (51 %) byla společnost Cassa Depositi e Prestiti Equity S.p.A. a v níž dva zahraniční fondy, Macquarie Group Ltd a Blackstone Group Inc., vlastnily každý 24,5 %. Zbývající kapitál podle poznámky pod čarou č. 2 vyjádření společnosti Holding Reti Autostradali patřil z 6,94 % společnosti Appia Investments Srl a z 5 % společnosti Silk Road Fund Co. (tyto procentní podíly jsou uvedeny v předkládacím rozhodnutí v bodě 2.5 druhém pododstavci).

[29] – Komise v rozhodnutí C(2021) 8274 final rozhodla, že nebude vznášet námitky proti oznámené transakci, kterou prohlásila za slučitelnou s vnitřním trhem. Podle oznámení o navrhovaném spojení [podle článku 4 nařízení Rady (ES) č. 139/2004 ze dne 20. ledna 2004 o kontrole spojování podniků, (Úř. věst. 2004, L 24, s. 1; Zvl. vyd. 08/003, s. 1)] mělo několik společností (Cassa Depositi e Prestiti Equity, patřící do skupiny Cassa Depositi e Prestiti; Macquarie Group a Blackstone Group) v úmyslu získat společnou kontrolu nad celou společností ASPI prostřednictvím nákupu akcií.

62. Na jednání se diskutovalo o tom, zda většinový podíl společnosti Cassa Depositi e Prestiti [30] na základním kapitálu společnosti ASPI znamená z důvodu svých charakteristik [31] změnu koncesionáře, která by vyžadovala koncesní řízení.

63. Pouhé nahrazení některých akcionářů jinými v rámci akcionářské restrukturalizace, která nevede k nahrazení držitele koncese, v zásadě nepředstavuje podstatnou subjektivní novaci, která by vyžadovala nové koncesní řízení ve smyslu čl. 43 odst. 1 písm. d) bodu ii) směrnice 2014/23. To potvrdil i Soudní dvůr, který rozhodl, že „[…] interní reorganizace původního dodavatele může být nepodstatnou změnou podmínek dotčené veřejné zakázky, která si nežádá zahájení nového zadávacího řízení“ [32].

64. Z dalšího hlediska bude muset předkládající soud zohlednit to, zda tato subjektivní změna byla přípustná podle článku 10a jednotné smlouvy. V takové situaci bude třeba posoudit, zda napadené akty byly v souladu s ustanoveními čl. 43 odst. 1 písm. d) bodu i) směrnice 2014/23 [33], tj. zda byla změna stanovena jako opční právo nebo jednoznačné ustanovení o změnách v původním koncesním titulu [34].

b) Další změny (objektivní povahy)

65. Podle předkládajícího soudu [35] nejsou změny jednotné smlouvy důsledkem „okolností, které by pečlivý veřejný zadavatel nebo zadavatel nemohl předpokládat“.

66. Podle jeho názoru nepředvídatelnou okolnost nepředstavuje nesplnění povinnosti, které může ovlivnit bezpečnost silničního provozu nebo vést samo o sobě nebo ve spojení s jinými nesplněními povinností k tragické události, jakou bylo zřícení Morandiho mostu.

67. Domnívám se, že důraz by neměl být kladen ani tak na to, zda byla událost nepředvídatelná, ale na „potřebnost“ smluvní změny, která z ní vyplývá. Ustanovení čl. 43 odst. 1 prvního pododstavce písm. c) bodu i) směrnice 2014/23 se týká právě *potřeby změny* vyplývající z okolností, které pečlivý veřejný zadavatel nebo zadavatel nemohl předvídat.

68. Bez ohledu na příčinu dohodnutých změn je v tomto sporu rozhodující jejich kvalifikace jako podstatných, aby bylo možné rozhodnout, zda by bez ohledu na jejich původ bylo nutné uspořádat koncesní řízení, protože tyto změny změnily předmět nebo celkovou povahu koncese.

[30] – Podle dostupných informací, které podléhají dalšímu ověření, je společnost ASPI z 88,06 % vlastněna společností Holding Reti Autostradali, která je zase z 51 % kontrolována společností Cassa Depositi e Prestiti Equity, jejíž základní kapitál je nakonec ze 100 % vlastněn společností Cassa Depositi e Prestiti.

[31] – Jeden z předložených argumentů se týkal změny povahy (veřejné, nebo soukromé) koncesionáře v důsledku účasti ministerstva hospodářství a financí na kapitálu společnosti Cassa Depositi e Prestiti. Předkládající soud nicméně tvrdí, že se nejedná o veřejný podnik. Diskutovalo se také o tom, zda vstup nových akcionářů do společnosti ASPI představuje *self cleaning* opatření koncesionáře, které více, či méně nabídl koncesionář nebo které mu uložily italské orgány, což by znamenalo podstatnou subjektivní změnu. Podle mého názoru lze tento posledně uvedený argument odmítnout, neboť opatření pro sebeočištění jsou právě ta, která přijímá tentýž koncesionář (tedy ten, jehož totožnost je zachována), aby se mohl účastnit následného koncesního řízení podle čl. 38 odst. 9 směrnice 2014/23.

[32] – Rozsudek ze dne 3. února 2022, Advania Sverige y Kammarkollegiet (C-461/20, EU:C:2022:72), bod 34, v němž je citován rozsudek ze dne 19. června 2008, pressetext Nachrichtenagentur (C-454/06, EU:C:2008:351).

[33] – K použití tohoto pravidla viz rozsudek Sisal a další, body 39 až 43.

[34] – Holding Reti Autostradali to uvádí v bodech 10 a 40 svého vyjádření s odkazem na článek 10a jednotné smlouvy, který stanoví kritéria pro povolení změn koncesionářů dálnic v důsledku fúzí na úrovni Unie.

[35] – Bod 2.6 třetí a čtvrtý pododstavec předkládacího rozhodnutí.

69. Na jednání bylo diskutováno, které objektivní změny vyplývají zejména z dohody o narovnání a dodatku, a to ve vztahu k jednotné smlouvě. Z nich předkládající soud zmiňuje závazky společnosti ASPI poskytnout finanční kompenzaci ve výši 3 400 milionů eur a zajistit posílení bezpečnostních podmínek dálniční sítě. Nezmiňuje se však o změně sazeb ani o změnách odlišné povahy obsažených v těchto dvou dohodách.

70. Předkládajícímu soudu přísluší opět posoudit, zda závazky přijaté společností ASPI znamenají podstatnou změnu smlouvy ve smyslu čl. 43 odst. 1, 2 a 4 směrnice 2014/23. Při svém posouzení může vzít v úvahu, jak bylo diskutováno na jednání bez jednoznačného výsledku, zda zavedené změny skutečně zhoršují postavení koncesionáře tím, že ho podrobují přísnějším podmínkám [36], nebo naopak zvýhodňují jeho zájmy tím, že mu umožňují pokračovat v koncesi. Bude rovněž schopen posoudit, zda jsou tyto změny výsledkem provádění nových legislativních opatření obecné povahy [37] nebo spíše *ad hoc* rozhodnutí veřejného zadavatele, která veřejný zadavatel svobodně přijal ve prospěch koncesionáře.

71. Domnívám se, že s ohledem na změny uvedené předkládajícím soudem se dvě objektivní změny, které tento soud uvedl, nejeví jako podstatné: zaprvé finanční příspěvek společnosti ASPI (který jako takový zatěžuje koncesionáře) je určen k vyrovnání hospodářských důsledků toho, co se stalo, v rámci transakce; zadruhé závazek zlepšit bezpečnost dálniční sítě se výrazně neliší od závazků přijatých v jednotné smlouvě.

C. Druhá předběžná otázka

72. Předkládající soud se táže, zda „je výklad vnitrostátní právní úpravy v tom smyslu, že zadavatel udělující koncesi může zahájit řízení o změně v subjektu nebo předmětu platné dálniční koncese nebo o jejím novém sjednání, aniž posoudí spolehlivost koncesionáře, který se dopustil závažného porušení povinnosti, v rozporu s [unijním] právem“ [38].

73. Předpokladem této otázky je, že koncesionář závažným způsobem porušil své povinnosti udržovat a pečovat o dálniční infrastrukturu. Veřejný zadavatel však toto porušení *formálně* neprohlásil, neboť řízení zahájené za tímto účelem bylo předmětem výše uvedené dohody o narovnání.

[36] – Zástupce společnosti Holding Reti Autostradali odkázal na rozsudek Sisal a další, aby zdůraznil, že v tomto případě byly koncesionáři uloženy přísnější podmínky, než byly původně stanoveny, a proto nedošlo k podstatné změně ve prospěch koncesionáře. Bod 53 tohoto rozsudku uvádí, „že jelikož by taková dřívější platba mohla zvýšit částku, která má být zaplacena, nezdá se, že by taková změna ovlivnila hospodářskou rovnováhu koncese ve prospěch koncesionáře ve smyslu [čl. 43 odst. 4 směrnice 2014/23]“.

[37] – To na jednání tvrdil zástupce společnosti ASPI, který uvedl, že změny dohody o narovnání a dodatku přinejmenším částečně vyplývají z toho, že vstoupilo v platnost Decreto-legge 28 settembre 2018, n. 109 (nařízení vlády s mocí zákona č. 109 ze dne 28. září 2018) (GURI č. 226 ze dne 28. září 2018), které se vztahuje na všechny dálniční koncese. Je však pochybné, zda lze obsah tohoto nařízení vlády s mocí zákona, pokud jde o společnost ASPI, oddělit od jejího jednání jako koncesionáře, jak lze vyvodit z nálezu Corte Costituzionale (Ústavní soud, Itálie) č. 168/2020 ze dne 8. července 2020, body „in diritto“ 1.1 až 1.6.

[38] – Jak poznamenal jeden z vedlejších účastníků, druhá předběžná otázka je svým způsobem v rozporu s první otázkou: pokud zavedení nových akcionářů představuje podstatnou subjektivní změnu, neboť ve skutečnosti zahrnuje změnu koncesionáře (první otázka), nemá již smysl posuzovat, zda byl „dřívější“ koncesionář spolehlivý, či nikoli.

74. Předkládající soud bere na vědomí stanovisko vydané dne 28. června 2019 meziresortní pracovní skupinou [39], která konstatovala, že koncesionář závažným způsobem neplnil své povinnosti v oblasti údržby a péče. Toto stanovisko však již stanovilo vyloučení prohlášení o nesplnění povinnosti výměnou za nové sjednání jednotné smlouvy [40], což se ve skutečnosti stalo.

75. Tuto otázku je třeba chápat jako odkaz na článek 38 směrnice 2014/23, který je jedním z ustanovení této směrnice uvedených v záhlaví společném pro všechny tři otázky.

76. Článek 38 směrnice 2014/23 upravuje výběr a hodnocení zájemců na základě kvality. Je vložen do hlavy (II) týkající se udělování koncesí. V této souvislosti směrnice 2014/23 zahrnuje spolehlivost jako klíčovou součást prvotního výběru. Podle jejího bodu 70 odůvodnění mohou veřejní zadavatelé vyloučit „hospodářské subjekty, které se ukázaly jako nespolehlivé“.

77. Složka spolehlivosti prostupuje důvody pro vyloučení týkající se subjektivních podmínek jak úspěšného uchazeče, tak ostatních hospodářských subjektů [41]. Musí existovat souvislost mezi (ne)spolehlivostí a zvláštními důvody pro vyloučení stanovenými v článku 38 směrnice 2014/23.

78. Důvody pro vyloučení mají svou řádnou oblast působnosti ve fázi výběru dodavatele, nikoli však v případě, že smluvní vztah již vznikl a jako v tomto případě koncese trvá již několik let. Ačkoli jeden z odstavců článku 38 stanoví, že veřejný zadavatel může rozhodnout o vyloučení *kdykoli v průběhu řízení* (o udělení koncese), jedná se o postup výběru a hodnocení žádostí.

79. Nyní se nabízí otázka, zda by měla být spolehlivost relevantním prvkem i při změně podmínek stávající smlouvy. Tedy zda směrnice 2014/23 vyžaduje posouzení spolehlivosti koncesionáře při změně smlouvy.

80. Odpověď na tuto otázku bude záviset na povaze navrhovaných změn:

– Pokud je změna podstatná ve smyslu výše analyzovaných podmínek, musí veřejný zadavatel zahájit nové koncesní řízení, v jehož průběhu musí posoudit spolehlivost všech uchazečů, včetně předchozího koncesionáře (pokud se rozhodne zúčastnit) [42]. Posouzení spolehlivosti bude proto provedeno v rámci otevřeného zadávacího řízení na udělení nové koncese.

– Naopak, pokud změny nejsou podstatné, nic ve směrnici 2014/23 nevyžaduje, aby bylo provedeno nové posouzení spolehlivosti koncesionáře. V takovém případě nebude nutné posuzovat důvody pro vyloučení uvedené v článku 38.

[39] – Jedenáctý odstavec popisu skutkového stavu a první odstavec bodu 2.7 předkládacího rozhodnutí, který přebírá část preambule dohody o narovnání. Předkládající soud se rovněž opírá o nález Corte Costituzionale (Ústavní soud) č. 168/2020 ze dne 8. července 2020.

[40] – Podle předkládajícího soudu obsahovala preambule dohody o narovnání v tomto stanovisku část, v níž bylo jako alternativa k ukončení smlouvy navrženo pověřit příslušné správní orgány „posouzením, zda přistoupit k novému sjednání jednotné smlouvy, pokud by to lépe chránilo zájmy státu, s cílem obnovit rovnováhu koncese a obnovit plnou bezpečnost dálniční sítě, přičemž v bodě 11 bylo připomenuto možné riziko soudních sporů a provozních důsledků opatření spočívajícího v ukončení smlouvy“.

[41] – To jsem konstatoval ve svém stanovisku ve věci Tim (C-395/18, EU:C:2019:595), bod 44, ve vztahu ke směrnici 2014/24/EU [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)], jejíž obsah je obdobný obsahu směrnice 2014/23. Viz rozsudky ze dne 3. října 2019, Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 (C-267/18, EU:C:2019:826), bod 26, a ze dne 19. června 2019, Meca (C-41/18, EU:C:2019:507), body 29 a 30.

[42] – V takovém případě může v souladu s čl. 38 odst. 9 směrnice 2014/23 hospodářský subjekt, který se nachází v některé ze situací uvedených v odstavcích 4 a 7 tohoto článku, předložit důkaz, že jím přijatá opatření (opatření pro sebeočištění) postačují k prokázání jeho spolehlivosti navzdory existenci platného důvodu pro vyloučení. Jsou-li tyto důkazy považovány za dostatečné, není příslušný hospodářský subjekt z koncesního řízení vyloučen.

81. Rozdíl mezi oběma situacemi je jasnější při pohledu na úpravu subjektivních změn ve směrnici 2014/23. Její čl. 43 odst. 1 písm. d) bod ii) stanoví, že v případě úplného nebo částečného převzetí postavení původního koncesionáře jiným hospodářským subjektem musí tento subjekt „splň[ovat] původně stanovená kritéria pro výběr na základě kvality“. Při posuzování splnění těchto kritérií bude muset veřejný zadavatel samozřejmě zohlednit spolehlivost nového provozovatele, který nahradí předchozího.

82. Pokud však nedojde k takové subjektivní změně, ale pouze k interní restrukturalizaci společnosti v důsledku změn ve vlastnické struktuře subjektu, který je a zůstává koncesionářem, není veřejný zadavatel povinen znovu posuzovat spolehlivost tohoto koncesionáře, která již byla stanovena v původním koncesním řízení.

83. Pokud jde o objektivní nepodstatné změny, je s nimi zacházeno obdobně jako se subjektivními změnami, a to s ohledem na režim smluvních změn ve směrnici 2014/23.

84. Jiná situace nastane, pokud koncesionář v průběhu trvání smlouvy závažným způsobem poruší své smluvní povinnosti. Tento faktor by mohl za určitých podmínek ovlivnit jeho vztah s veřejným zadavatelem, pokud by znamenal (nastalou) nepoctivost nebo nespolehlivost. Z tohoto omezeného pohledu lze tvrdit, že spolehlivost koncesionáře musí být zachována po celou dobu trvání koncese.

85. Nespolehlivost koncesionáře v důsledku závažného porušení podmínek stávající koncesní smlouvy je totiž faktorem, který může vést k ukončení této smlouvy, jak vysvětlím níže. V tomto ohledu může reakce na závažné porušení, jakmile je zjištěno a veřejným zadavatelem prohlášeno za takové, spočívat v ukončení koncese, což článek 38 směrnice 2014/23 neupravuje.

86. K takové reakci však nemusí nutně dojít, pokud veřejný zadavatel v rámci své diskreční pravomoci považuje přiměřené změny smlouvy (pokud nejsou podstatné) za vhodnější z důvodu veřejného zájmu.

D. Třetí předběžná otázka

1. K přípustnosti

87. Předkládající soud se táže, zda „v případě prokázaného porušení zásady otevřené soutěže nebo prokázané nespolehlivosti držitele dálniční koncese“ unijní právo ukládá „povinnost tento vztah ukončit“.

88. Otázku je třeba chápat jako odkaz na článek 44 směrnice 2014/23, jehož předmětem je ukončení[43] koncesí a byl do italského práva proveden článkem 176 zákona o veřejných zakázkách.

[43] – Výraz používaný v různých jazykových verzích pro tento pojem neodpovídá vždy významu používanému v některých členských státech a v jiných členských státech. Byl přeložen jako „résiliation“ (ve francouzštině), „termination“ (v angličtině), „risoluzione“ (v italštině), „Kündigung“ (v němčině), „rescisão“ (v portugalštině), „Beëindiging“ (v nizozemštině) nebo „Încetarea“ (v rumunštině). Španělská verze používá „resolución“, ale v bodě 80 odůvodnění směrnice přejímá, jako by šlo o synonymum, výraz „rescisión“.

89. Takto položená otázka je podle mého názoru nepřípustná, neboť není nezbytná pro řešení původního sporu. V tomto sporu byla podána *žaloba na neplatnost* výše uvedených aktů (schválení smluvních změn), ale nebyl uplatněn požadavek na *ukončení* koncese [44].

90. Vzhledem k tomu, že diskuse před předkládajícím soudem se omezila na zákonnost smluvních změn, není jasné, jaký zájem v tomto případě existuje na zodpovězení otázky ohledně použití mechanismu ukončení podle článku 44 směrnice 2014/23 [45].

2. K věci samé

91. Pro případ, že by Soudní dvůr tuto otázku připustil, stručně analyzuji dopad uvedeného článku 44 na tento spor.

92. Toto ustanovení stanoví, že „[č]lenské státy zajistí, aby veřejní zadavatelé a zadavatelé měli za podmínek stanovených příslušnými vnitrostátními právními předpisy možnost ukončit koncesi během doby její platnosti“ ve třech přesně vymezených případech [46].

93. Výčet těchto tří případů není taxativní. Členské státy mohou ve svém vnitrostátním právu stanovit ukončení koncese v případě závažného porušení smluvních ustanovení, které lze přičíst jedné ze stran [47].

94. Vnitrostátní právní řády totiž často obsahují ustanovení, podle nichž je možnost ukončit závazky považována za vzájemně implicitní v případě, že jedna z povinných osob neplní své závazky. Tak je tomu v případě článku 1453 italského občanského zákoníku: ve smlouvách se vzájemným plněním, pokud jedna ze smluvních stran neplní své závazky, může druhá strana podle své volby požadovat plnění nebo ukončení smlouvy, v každém případě s výhradou náhrady škody.

95. Prostřednictvím článku 176 zákona o veřejných zakázkách italský zákonodárce provedl článek 44 směrnice 2014/23 [48], ale také stanovil ukončení koncese z důvodu neplnění ze strany koncesionáře. Pro tento případ odkazuje čl. 176 odst. 7 zákona o veřejných zakázkách na článek 1453 občanského zákoníku.

96. Z toho vyplývá (s výhradou výkladu práva předkládajícím soudem), že bez ohledu na článek 44 směrnice 2014/23 může být neplnění koncesních povinností legitimním důvodem pro ukončení koncesní smlouvy. Z dokumentů založených do spisu totiž vyplývá, že řízení zahájené proti společnosti ASPI z důvodu neplnění jejích povinností údržby dálnice zahrnovalo mezi možnými opatřeními i ukončení koncese.

[44] – Adusbef před předkládajícím soudem namítalo (pátý žalobní důvod) mimo jiné porušení článku 44 směrnice 2014/23, ale učinilo tak jako argument pro tvrzení, že vzhledem k podstatné změně koncese bylo nutné nové koncesní řízení.

[45] – Na jednání italská vláda argumentovala stejným způsobem, že Adusbef neuplatnilo požadavek na ukončení u předkládajícího soudu, a tento soud by se tedy dopustil procesního pochybení (rozhodnutí *ultra petita*), pokud by rozhodl o něčem, co po něm nebylo požadováno.

[46] – Viz jeho přepis v bodě 8 tohoto stanoviska.

[47] – Odkaz v bodě 77 odůvodnění směrnice 2014/23 na případ, kdy „je koncese ukončena z důvodů nedostatků v plnění“ znamená uznání důvodů pro ukončení, které nejsou v jejích článcích stanoveny. Na jednání Komise připustila, že nic nebrání tomu, aby členské státy upravily tyto ostatní důvody pro ukončení.

[48] – Článek 176 zákona o veřejných zakázkách stanoví neplatnost z moci úřední z důvodu vady, kterou nelze přičíst koncesionáři (odstavec 3); ukončení z důvodu porušení ze strany zadavatele, který koncesi zruší z důvodu veřejného zájmu s uvedením příslušných ekonomických důsledků (odstavce 4, 5 a 6); ukončení z důvodu porušení ze strany koncesionáře nebo jiných důvodů, které lze přičíst jemu (odstavce 7 a 8); a nahrazení koncesionáře novým hospodářským subjektem, jehož práva a povinnosti stanoví (odstavce 9 a 10).

97. Předkládající soud se však táže, zda v případě „porušení zásady otevřené soutěže nebo prokázané nespolehlivosti držitele dálniční koncese“ ukládá unijní právo povinnost „tento vztah ukončit“.

98. Jak tvrdí italská vláda, Komise a někteří účastníci řízení[49], odpověď na třetí otázku vyplývá z odpovědi na druhou otázku. Z této posledně uvedené otázky lze vyvodit, že ani jeden ze dvou faktorů uvedených předkládajícím soudem neurčuje v projednávané věci ukončení koncese:

– Pokud jde o první faktor (neexistence koncesního řízení), nové řízení se vyžaduje pouze v případě podstatných změn koncese. Podle čl. 44 písm. a) směrnice 2014/23 lze přistoupit k ukončení, pokud „došlo ke změně koncese, aniž bylo zahájeno nové koncesní řízení požadované podle článku 43“, k čemuž v projednávané věci, na základě již uvedených důvodů, patrně nedošlo.

– Pokud jde o druhý faktor (nespolehlivost koncesionáře), již jsem vysvětlil, že ten by bylo možné posoudit ve fázi výběru a hodnocení úspěšného uchazeče, nikoli v případě nepodstatných změn koncese. Pokud je nespolehlivost spojena se závažným porušením smluvních podmínek, je to takové porušení, které by veřejnému zadavateli umožnilo ukončit smlouvu z jiného důvodu, než jsou důvody uvedené v článku 44 směrnice 2014/23.

V. Závěry

99. S ohledem na výše uvedené navrhuji, aby Soudní dvůr prohlásil třetí otázku Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (regionální správní soud pro Lazio, Itálie) za nepřípustnou a odpověděl na první a druhou otázku následovně:

„Článek 38 a čl. 43 odst. 1, 4 a 5 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/23/EU ze dne 26. února 2014 o udělování koncesí

musí být vykládány v tom smyslu, že:

1) Podle článku 43 směrnice 2014/23 lze koncesní smlouvu změnit bez nutnosti zahájit nové veřejné koncesní řízení, pokud změny jejích podmínek, aniž se změnila celková povaha koncese, nejsou podstatné, což přísluší posoudit předkládajícímu soudu.

   Veřejní zadavatelé nebo zadavatelé posoudí, zda je nezbytné zahájit nové koncesní řízení, a to poté, co vyhodnotí povahu podstatných, či nepodstatných změn koncesních ustanovení. Příslušné rozhodnutí musí umožnit dotčeným osobám hájit svá práva a případně soudní přezkum.

2) Článek 38 směrnice 2014/23 ukládá veřejným zadavatelům nebo zadavatelům povinnost posoudit spolehlivost zájemců ve vztahu k příslušným důvodům pro vyloučení v rámci fáze výběru a hodnocení těchto zájemců na základě kvality. Takové posouzení je vyžadováno jak pro udělení původní koncese, tak pro zavedení podstatných změn do koncesní smlouvy, které vyžadují nové veřejné koncesní řízení.“

[49] – Body 58 a 59 písemného vyjádření italské vlády. Komise zastává stejný přístup, pokud jde o spolehlivost koncesionáře (bod 65 jejího písemného vyjádření). Podle společnosti ASPI závisí odpověď na třetí otázku na odpovědi na dvě předchozí otázky (body 27 a 76 jejího písemného vyjádření).