



Zbierka súdnych rozhodnutí

NÁVRHY GENERÁLNEHO ADVOKÁTA
MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
prednesené 5. júla 2018¹

Vec C-328/17

**Amt Azienda Trasporti e Mobilità SpA,
Atc Esercizio SpA,
Atp Esercizio Srl,
Riviera Trasporti SpA,
TPL Linea Srl
proti
Atpl Liguria – Agenzia regionale per il trasporto pubblico locale SpA,
Regione Liguria**

[návrh na začatie prejudiciálneho konania, ktorý podal Tribunale Amministrativo Regionale della Liguria (Regionálny správny súd pre región Ligúria, Taliansko)]

„Prejudiciálna otázka - Verejné obstarávanie - Prípustnosť - Bezpredmetnosť - Smernica 89/665/EHS - Postupy preskúmania - Potreba byť účastníkom obstarávania pre možnosť napadnúť ho - Legitimácia uchádzača v prípade absolútnej istoty nespôsobilosti“

1. Môže v konaní, ktorého predmet (právne) zanikol, takže v dôsledku neexistencie meritórneho sporu medzi účastníkmi konania sa už nevyžaduje rozsudok, ktorý by spor vyriešil, súd, ktorý mal v spore rozhodnúť, požiadať o rozhodnutie o prejudiciálnej otázke obmedzené iba na rozhodnutie o tom, kto je povinný nahradiť trovy konania?

2. Súdnemu dvoru sa ponúkajú tieto dve možnosti:

- na jednej strane sa môže pridržať judikátu vydaného vo veci Reinke² a rozhodnúť, že v takej situácii už nie je potrebné odpovedať na prejudiciálnu otázku, ktorá je v dôsledku toho neprípustná,
- na druhej strane môže toto úskalie prekonať a v takom prípade musí vnútroštátnemu súdu, ktorý koná vo veci, odpovedať výkladom smerníc o preskúvaní v rámci verejného obstarávania³. Tento výklad sa od neho požaduje na účely overenia správnosti výkladu, ku ktorému sa prikláňajú talianske najvyššie súdy Consiglio di Stato (Štátna rada) a Corte Costituzionale (Ústavný súd) v súvislosti s legitímáciou podniku na napadnutie aktov vydaných v zadávacom konaní, ktorého sa podnik nezúčastnil. Podľa vnútroštátneho súdu rozhodnutie o trovách konania vo veci samej závisí od odpovede na túto otázku.

¹ Jazyk prednesu: španielčina.

² Uznesenie zo 14. októbra 2010 (C-336/08, neuvverejnené, ďalej len, „uznesenie Reinke“, EU:C:2010:604).

³ Smernica Rady 89/665/EHS z 21. decembra 1989 o koordinácii zákonov, iných právnych predpisov a správnych opatrení týkajúcich sa uplatňovania postupov preskúmania v rámci verejného obstarávania tovarov a prác (Ú. v. ES L 395, 1989, s. 33; Mim. vyd. 06/001, s. 246) a smernica Rady 92/13/EHS z 25. februára 1992, ktorou sa koordinujú zákony, iné právne predpisy a správne opatrenia o uplatňovaní právnych predpisov spoločenstva, o postupoch verejného obstarávania subjektov pôsobiach vo vodnom, energetickom, dopravnom a telekomunikačnom sektore (Ú. v. ES L 76, 1992, s. 14; Mim. vyd. 06/001, s. 315).

I. Právny rámec

A. Právo únie

1. *Smernica 89/665 a smernica 92/13*⁴

3. Článok 1 s názvom „Rozsah pôsobnosti a dostupnosť postupov preskúmania“ uvádza:

„1. Táto smernica sa vzťahuje na zákazky uvedené v smernici Európskeho parlamentu a Rady 2004/18/ES z 31. marca 2004 o koordinácii postupov zadávania verejných zákaziek na práce, verejných zákaziek na dodávku tovaru a verejných zákaziek na služby [(Ú. v. EÚ L 134, 2004, s. 114)], pokiaľ tieto zákazky nie sú vyňaté z rozsahu pôsobnosti v súlade s článkami 10 až 18 tejto smernice [smernica Európskeho parlamentu a Rady 2004/17/ES z 31. marca 2004 o koordinácii postupov obstarávania subjektov pôsobiacich v odvetviach vodného hospodárstva, energetiky, dopravy a poštových služieb (Ú. v. EÚ L 134, 2004, s. 1; Mim. vyd. 06/007, s. 19), pokiaľ tieto zákazky nie sú v súlade s článkom 5 ods. 2, článkami 18 až 26, článkami 29, 30 a 62 uvedenej smernice z jej rozsahu pôsobnosti vylúčené].

Zákazky v zmysle tejto smernice zahŕňajú verejné zákazky [zákazky na dodávky tovaru, na práce a na služby], rámcové dohody, verejné koncesie na práce a dynamické obstarávacie systémy.

Pokiaľ ide o zákazky, ktoré patria do rozsahu pôsobnosti smernice 2004/18/EÚ [smernice 2004/17/EÚ], členské štáty prijímú opatrenia potrebné na zabezpečenie toho, aby sa rozhodnutia prijaté verejnými obstarávateľmi mohli účinne a predovšetkým čo najskôr preskúmať v súlade s podmienkami stanovenými v článkoch 2 až 2f tejto smernice z dôvodu, že týmito rozhodnutiami sa porušilo právo Spoločenstva v oblasti verejného obstarávania alebo vnútroštátne právne predpisy, ktorými sa toto právo transponuje.

2. Členské štáty zabezpečia, aby v dôsledku toho, že sa v tejto smernici rozlišuje medzi vnútroštátnymi právnymi predpismi, ktorými sa vykonáva právo Spoločenstva, a ostatnými vnútroštátnymi právnymi predpismi, nedochádzalo k diskriminácii medzi podnikmi, ktoré tvrdia, že boli poškodené v rámci postupu zadávania zákazky.

3. Členské štáty zabezpečia, aby si postupy preskúmania mohla na základe podrobných pravidiel, ktoré môžu stanoviť členské štáty, uplatniť [prinajmenšom – *neoficiálny preklad*] každá osoba, ktorá má alebo mala záujem o získanie určitej zákazky, ktorá bola poškodená alebo existuje riziko poškodenia údajným porušením.

...“

4. V článku 2 s názvom „Požiadavky na postupy preskúmania“ sa uvádza:

„1. Členské štáty zabezpečia, aby prijaté opatrenia, ktoré sa týkajú postupov preskúmania uvedených v článku 1, zahŕňali ustanovenie o právomoci:

...

b) zrušiť alebo zabezpečiť zrušenie nezákonne prijatých rozhodnutí vrátane odstránenia diskriminačných technických, ekonomických alebo finančných kritérií uvedených vo výzvach na predloženie ponúk, v súťažných podkladoch alebo v akýchkoľvek iných dokumentoch týkajúcich sa

4 Zmenená smernicou Európskeho parlamentu a Rady 2007/66/ES z 11. decembra 2007, ktorou sa menia a dopĺňajú smernice Rady 89/665/EHS a 92/13/EHS, pokiaľ ide o zvýšenie účinnosti postupov preskúmania v oblasti zadávania verejných zákaziek (Ú. v. EÚ L 335, 2007, s. 31). V hranatých zátvorkách uvádzam odlišnosti v znení smernice 92/13 vo vzťahu k zodpovedajúcemu zneniu smernice 89/665.

postupu zadávania zákazky [zrušiť alebo zabezpečiť zrušenie protiprávných rozhodnutí, vrátane odstránenia diskriminačných technických, hospodárskych alebo finančných kritérií v texte zmluvy, periodických oznamoch, oznámeniach o existencii systému kvalifikácie, výzvach na predkladanie ponúk, zmluvných dokumentoch alebo akýchkoľvek iných dokumentoch týkajúcich sa príslušného postupu verejného obstarávania].

...“

2. Nariadenie č. 1370/2007⁵

5. Článok 5, nazvaný „Zadávanie zmlúv o službách vo verejnom záujme“, stanovuje:

„1. Zmluvy o službách vo verejnom záujme sa zadávajú v súlade s pravidlami stanovenými v tomto nariadení. Avšak zmluvy o službách alebo zmluvy o službách vo verejnom záujme vymedzené v smernici 2004/17/ES alebo smernici 2004/18/ES pre služby vo verejnom záujme v autobusovej alebo električkovej osobnej doprave sa zadávajú v súlade s postupmi ustanovenými podľa uvedených smerníc, ak tieto zmluvy nemajú formu koncesných zmlúv na služby, ako je vymedzené v uvedených smerniciach. Ak sa zmluvy majú zadávať v súlade so smernicou 2004/17/ES alebo smernicou 2004/18/ES, ustanovenia odsekov 2 až 6 tohto článku sa neuplatňujú.

...

7. Členské štáty prijímú potrebné opatrenia na zabezpečenie toho, aby rozhodnutia prijaté v súlade s odsekmi 2 až 6 mohli byť preskúmané účinným a rýchlym spôsobom na základe požiadavky každej osoby, ktorá má alebo mala záujem získať príslušnú zmluvu a ktorá bola poškodená alebo ktorej hrozí, že bude poškodená porušením pravidiel, na základe toho, že takéto rozhodnutia porušili právo Spoločenstva alebo vnútroštátne predpisy na vykonávanie práva Spoločenstva.

...“

B. Talianske právo

1. Zákonný dekrét č. 138 z 13. augusta 2011⁶

6. Podľa článku 3a je územným rámcom pre poskytovanie miestnych verejných služieb spravidla provincia.

2. Regionálny zákon Ligúrie č. 33 zo 7. novembra 2103⁷

7. Podľa článku 9 ods. 1 a článku 14 ods. 1 sa zadanie zákazky na služby uskutoční prostredníctvom určenia jedinej časti zákazky týkajúcej sa celého územia regiónu.⁸

5 Nariadenie Európskeho parlamentu a Rady (ES) z 23. októbra 2007 o službách vo verejnom záujme v železničnej a cestnej osobnej doprave, ktorým sa zrušujú nariadenia Rady (EHS) č. 1191/69 a (EHS) č. 1107/70 (Ú. v. EÚ L 315, 2007, s. 1).

6 Gazzetta Ufficiale č. 188, z 13. augusta 2011, schválený so zmenami zákonom č. 148, zo 14. septembra 2011.

7 Bollettino Ufficiale č. 17 z 8. novembra 2013; ďalej len „regionálny zákon Ligúrie č. 33/2013“.

8 Tieto články boli ponechané bez účinku regionálnym zákonom č. 19 z 9. augusta 2016 o „o zmene a doplnení regionálneho zákona č. 33 zo 7. novembra 2013 (Reforma systému regionálnej a miestnej verejnej dopravy) a zmene a doplnení iných predpisov v oblasti miestnej verejnej dopravy“ (Gazzetta Ufficiale č. 11 z 18. marca 2017; ďalej len „regionálny zákon Ligúrie č. 19/2016“).

3. *Správny súdny poriadok (Codice del processo amministrativo)*⁹

8. Článok 26 s názvom „Trovy konania“ stanovuje:

„1. Súd pri vydaní rozhodnutia rozhodne tiež o trovách konania podľa článkov 91, 92, 93, 94, 96 a 97 Občianskeho súdneho poriadku, pričom tiež prihliada na dodržanie zásad jasnosti a stručnosti, na ktoré odkazuje článok 3 ods. 2 V každom prípade súd môže aj bez návrhu nariadiť účastníkovi, ktorý v konaní neuspel, aby druhému účastníkovi zaplatil sumu určenú v súlade so zásadou spravodlivosti, ktorá však nemôže presiahnuť dvojnásobok uhradených trov konania, ak pre to existujú zjavne nepodložené dôvody.

...“

9. V článku 39 ods. 1 sa uvádza:

„Na otázky neupravené týmto zákonníkom sa uplatnia ustanovenia Občianskeho súdneho poriadku v rozsahu, v akom sú zlučiteľné alebo sú vyjadrením všeobecných zásad.“

4. *Občiansky súdny poriadok (Codice di procedura civile)*¹⁰

10. Článok 91 stanovuje pre náhradu trov konania zásadu objektívneho úspechu.

11. Článok 92 spresňuje:

„Súd v rozsudku vydanom podľa predchádzajúceho článku môže vylúčiť náhradu trov konania, ktoré vynaložil úspešný účastník konania, pokiaľ ich považuje za neprimerané alebo zbytočné;...

Pokiaľ súd žalobe vyhovie čiastočne, otázka, o ktorú ide, je úplne nová alebo sa mení judikatúra týkajúca sa predložených otázok, môže náhradu trov konania úplne alebo čiastočne rozdeliť medzi účastníkov konania.

...“

12. Článok 100 znie:

„Podať žalobu alebo vyjadriť sa k nej môže iba osoba, ktorá má na veci právny záujem.“

II. Skutkové okolnosti sporu a prejudiciálna otázka

13. Región Ligúria prostredníctvom Regionálnej agentúry pre miestnu verejnú dopravu uverejnil v *Úradnom vestníku Európskej únie* z 3. júna 2015¹¹ „oznámenie o výbere hospodárskych subjektov“, ktoré by mali na jeho území poskytovať verejnú službu cestnej dopravy cestujúcich podľa regionálneho zákona Ligúrie č. 33/2013 a nariadenia č. 1370/2007.

⁹ Legislatívny dekrét č. 104, z 2. júla 2010 (Gazzetta Ufficiale č. 156, zo 7. júla 2010).

¹⁰ Regio Decreto č. 1443 z 28. októbra 1940 (Gazzetta Ufficiale č. 253 z 28. októbra 1940).

¹¹ Ú. v. EÚ S 105, 2015 z 3. júna, oznámenie č. 191825. Tomuto oznámeniu predchádzalo iné „predbežné oznámenie“ z 18. februára 2014 (2014/S 038-063550), v ktorom sa uvádzal odkaz na smernicu 2004/17.

14. Rôzne podniky (ďalej len „AMT“), ktoré poskytovali službu cestnej verejnej dopravy v regióne na úrovni provincie alebo časti provincie, napadli na Tribunale Amministrativo Regionale della Liguria (Regionálny správny súd pre Ligúriu, Taliansko)¹² akty výberového konania. Na podporu svojho návrhu tvrdili, že určením regiónu ako jediného územného rámca pre poskytovanie služby boli ich možnosti uspieť v zadávacom konaní prakticky nulové.

15. Keďže vznikla pochybnosť o súlade regionálneho zákona Ligúrie č. 33/2013 s talianskou Ústavou, podal RSS pre Ligúriu 21. januára 2016 „otázku súladu s Ústavou“ na Corte Costituzionale (Ústavný súd, Taliansko).

16. Zatiaľ čo prebiehalo konanie o súlade s Ústavou, región Ligúria schválil nový zákon¹³, ktorým zrušil regionálne vymedzenie na poskytovanie služby cestnej dopravy. Príslušný orgán vzhľadom na toto zrušenie ustúpil od pokračovania v zadávacom konaní a ponechal ho bez účinku.

17. Napriek vyššie uvedenému Corte Costituzionale (Ústavný súd) vydal rozsudok č. 245/2016 z 22. novembra 2016, v ktorom vyhlásil otázku podanú správnym súdom pre Ligúriu za neprípustnú, pretože AMT nebol aktívne legitimovaný na napadnutie aktov zadávacieho konania, ktorého sa nezúčastnil.

18. Corte costituzionale (Ústavný súd) odôvodnil svoje rozhodnutie takto:

„Podľa tvrdenia predkladateľa sa žalobkyne, podniky, ktoré už boli úspešnými uchádzačmi o zákazky na služby verejnej dopravy na úrovni provincie, nezúčastnili neformálneho zadávacieho konania vyhláseného regionálnou správou podľa článku 30 legislatívneho dekrétu č. 163 z roku 2006^[14], ale obmedzili sa na napadnutie oznámenia o výbere hospodárskych subjektov, v ktorom bola uvedená výzva na predloženie vyjadrenia záujmu, v rozsahu, v akom uvádza zadávacie konanie v regionálnom rámci a v jedinej časti zákazky.

Podľa ustálenej judikatúry vo veciach správneho súdnictva podnik, ktorý sa nezúčastní zadávacieho konania, nemôže napadnúť toto konanie ani zadanie zákazky tretím podnikom, pretože jeho hmotnoprávne postavenie nie je dostatočne špecifické, keďže sa zakladá iba na faktickom záujme (rozsudok Štátnej rady č. 2507, tretí senát, z 10. júna 2016; rozsudok Štátnej rady č. 491, tretí senát, z 2. februára 2015; rozsudok Štátnej rady č. 6048, šiesty senát, z 10. decembra 2014; rozsudok Štátnej rady č. 9, zasadajúcej v pléne, z 25. februára 2014, a rozsudok Štátnej rady č. 4, zasadajúcej v pléne, zo 7. apríla 2011).

Existuje tiež ustálená judikatúra, podľa ktorej výzvy na účasť v zadávacom konaní a v súťaži a písomné výzvy sa obvykle napádajú spolu s aktmi, voči uplatneniu ktorých smerujú, vzhľadom na to, že práve také akty konkrétne spresňujú subjekty poškodené konaním a súčasne vyvolávajú skutočnú a konkrétnu škodu u dotknutého účastníka (rozsudok Štátnej rady č. 1, zasadajúcej v pléne, z 29. januára 2003).

Výnimky z týchto pravidiel, vyplývajúce z jednoduchého uplatnenia všeobecných zásad v oblasti aktívnej legitimácie a právneho záujmu na zadávacie konanie, predstavujú prípady, keď sa napáda neexistencia zadávacieho konania alebo prípadne výzvy na účasť v súťaži, alebo prípady, keď sa napádajú priamo vylučujúce ustanovenia oznámenia o zadávacom konaní alebo nakoniec ustanovenia, ktoré ukladajú zjavne nezrozumiteľné alebo celkom neprimerané povinnosti, alebo ktoré znemožňujú

12 Ďalej len „RSS pre Ligúriu“.

13 Pozri poznámku pod čiarou 8.

14 Decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163. Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/ES a 2004/18/ES. [legislatívny dekrét č. 163 z 12. apríla 2006 (*Gazzetta Ufficiale* č. 100 z 2. mája 2006; ďalej len „legislatívny dekrét č. 163 z roku 2006“ alebo „zákoník verejných zákaziek“)].

predloženie ponuky (rozsudok Štátnej rady č. 2507, tretí senát, z 10. júna 2016; rozsudok Štátnej rady č. 5862, piaty senát, z 30. decembra 2015; rozsudok Štátnej rady č. 5181, piaty senát, z 12. novembra 2015; rozsudok Štátnej rady č. 9, zasadajúcej v pléne, z 25. februára 2014 a rozsudok Štátnej rady č. 4, zasadajúcej v pléne, zo 7. apríla 2011).

V takých prípadoch nie je žiadosť o účasť v konaní na účely napadnutia relevantná, či už pre neexistenciu samotného zadávacieho konania, alebo z dôvodu, že napadnutie základu zadávacieho konania, alebo nemožnosť zúčastniť sa na konaní, samy osebe vytvárajú osobitnú právnu situáciu (vo vzťahu k podniku, ktorý je nositeľom právneho vzťahu nezlučiteľného s výzvou na účasť na novom konaní, a k podniku v danom odvetví, ktorému bola znemožnená účasť), vyvolávajúcu skutočnú a konkrétnu škodu (rozsudok Štátnej rady č. 4, zasadajúcej v pléne, zo 7. apríla 2011).

Prípád, ktorý je predmetom preskúmania v prejednávanej veci, nespadá medzi tieto výnimočné situácie, ako to vyplýva zo samotného odôvodnenia návrhu na začatie prejudiciálneho konania, ktoré uvádza, že napadnuté ustanovenia by mali vplyv na pravdepodobnosť zadania zákazky žalobkyniam, ktorá ‚by sa znížila až takmer na nulu‘, zatiaľ čo pri zadávacom konaní v rámci provincie a rozdelenom na viaceré časti zákazky, by žalobkyne ‚mali veľmi vysokú pravdepodobnosť, že im bude zákazka na službu zadaná, aj keby to bolo len na základe výhody, ktorú predstavuje skutočnosť, že túto službu doposiaľ prevádzkovali‘.

Z takého odôvodnenia nevyplýva existencia skutočnej a účinnej prekážky v účasti na zadávacom konaní, ale iba hypotéza prípadnej škody, ktorú môžu napádať tí, ktorí sa konania zúčastnili, výlučne po jeho ukončení, v prípade, že im nebola zákazka zadaná.“

19. RSS pre Ligúriu pochybuje, že tento výklad Corte Costituzionale (Ústavný súd) je v súlade so smernicou 89/665. Z tohto dôvodu napriek tomu, že výzva na účasť v súťaži bola ponechaná bez účinku, považuje pre rozhodnutie o trovách konania za potrebné, aby Súdny dvor rozhodol o prejudiciálnej otázke.

20. Vnútroštátny súd sa domnieva, že môžu vzniknúť dve situácie:

- „ak by sa totiž dospelo k záveru, že žaloba na vyhlásenie neplatnosti zameraná na preskúmanie celého zadávacieho konania v sebe zahŕňa jeden z uvedených výnimočných prípadov, kedy sa predpokladá aktívna legitímácia hospodárskeho subjektu, ktorý sa daného obstarávania nezúčastnil, konanie by sa malo skončiť rozsudkom o zániku predmetu sporu, a to vzhľadom na vydanie regionálneho zákona regiónu Ligúria č. 19/2016... V tomto prípade by sa mali na zaplatenie trov konania a tiež jednotného príspevku,... zaviazat' žalovaní, s následnou refundáciou týchto súm v prospech žalobkyní“,
- „naproti tomu, v prípade prijatia výkladu uvedeného v uznesení Corte Costituzionale (Ústavný súd) č. 245/2016, keďže žalobkyne by sa nepovažovali za aktívne legitimované na napadnutie aktov vydaných v rámci obstarávania, by sa konanie malo skončiť vyhlásením žaloby za neprípustnú z dôvodu nedostatku záujmu na konaní s tým dôsledkom, že trovy konania by sa rozdelili medzi žalobkyne“.

21. Na základe vyššie uvedených okolností RSS pre Ligúriu kladie túto prejudiciálnu otázku:

„Bránia článok 1 ods. 1, 2 a 3 a článok 2 ods. 1 písm. b) smernice č. 89/665/EHS o koordinácii zákonov, iných právnych predpisov a správnych opatrení týkajúcich sa uplatňovania postupov preskúmania v rámci verejného obstarávania tovarov a prác vnútroštátnej právnej úprave priznávajúcej možnosť napadnúť akty vydané v rámci verejného obstarávania iba tým hospodárskym subjektom, ktoré predložili žiadosť o účasť na danom obstarávaní, a to aj v prípade, ak súdna žaloba napáda základ zadávacieho konania, keďže z jeho pravidiel vyplýva veľmi vysoká pravdepodobnosť, že zákazka nebude zadaná?“

III. Zhrnutie pripomienok účastníkov konania

22. Talianska vláda spochybňuje prípustnosť prejudiciálnej otázky nasledujúcimi tvrdeniami:

- po prvé článok 1 ods. 1 smernice 89/665 definuje oblasť jej pôsobnosti odkazom na smernicu 2004/18. Vzhľadom na to, že predmetom spornej verejnej zákazky bolo udelenie koncesie na verejnú službu cestnej dopravy, nebola by smernica 2004/18 použiteľná, rovnako ako smernica 89/665,
- po druhé, aj keby sa pripustilo, že by použiteľná bola, uplatnenie smernice 89/665 je založené na porušení hmotnoprávných pravidiel smernice 2004/18. Vnútroštátny súd neuviedol, ktoré ustanovenia boli porušené, keď vágne poukázal na možné neprimerané obmedzenie hospodárskej súťaže bez toho, aby spresnil porušené ustanovenia práva Únie.

23. K veci samej talianska vláda uvádza, že podľa všeobecného pravidla ten, kto sa dobrovoľne a slobodne zdržal účasti na výberovom konaní, nie je oprávnený žiadať jeho zrušenie. Existujú však výnimky pre prípad napadnutia: i) samotného základu výzvy na účasť na súťaži; ii) neexistencie výzvy na účasť v súťaži, keď správny orgán pristúpil k priamemu uzavretiu zmluvy, a iii) jedného alebo niekoľkých ustanovení oznámenia o začatí zadávacieho konania na základe toho, že sa považujú za priamo vylučujúce. Domnieva sa, že táto schéma je úplne zlučiteľná so zásadami judikatúry stanovenými v rozsudku *Grossmann Air Service*¹⁵.

24. Talianska vláda dospela k záveru, že Corte Costituzionale (Ústavný súd) rozhodol, že možnosti ATM neboli nulové, ale iba obmedzené, takže by bolo možné určiť spôsobilosť pre účasť vo výberovom konaní až po jeho ukončení, na ktorom sa taký subjekt mal zúčastniť.

25. Vláda Českej republiky, tiež s odkazom na rozsudok *Grossmann*, tvrdí, že pokiaľ sa potenciálni uchádzači nachádzajú v diskriminačnej situácii, treba im priznať aktívnu legitímáciu na napadnutie ustanovení, ktoré spôsobujú diskrimináciu. Vyhovenie ich žalobe by im umožnilo získať prístup k zadaniu zákazky tým, že by mohli dosiahnuť preskúmanie aktov zadávacieho konania v jeho prvej fáze bez toho, aby čakali, až bude táto fáza definitívne uzavretá.

26. Podľa španielskej vlády smernica 89/665 stanovuje minimálne úrovne prístupu k postupom preskúmania, pričom vnútroštátnym právnym poriadkom prislúcha tieto konania nastaviť v medziach zásad rovnocennosti a efektivity. Analýzu zameriava na zásadu efektivity a odmieta jej porušenie, keďže článok 1 ods. 3 smernice 89/665 vyžaduje, aby dotknutej osobe vznikla škoda alebo hrozil vznik škody z údajného porušenia práva spoločenstva. Nie je to tak ale v prípade žalobcu, keď ide o akty zadávacieho konania, ktorého sa nezúčastnil.

27. Španielska vláda zdôrazňuje, že talianska právna úprava a judikatúra, ktorá ju vykladá, ponúkajú cesty, ktorými možno napadnúť výzvu na účasť v súťaži bez toho, aby bolo nutné zúčastniť sa zadávacieho konania, a že žalobkyne zmeškali príležitosť napadnúť oznámenie o začatí zadávacieho konania. Nemajú teda teraz dôvod, aby podávali žalobu proti aktom zadávacieho konania, ktorého sa nezúčastnili.

28. Komisia sa domnieva, že položená prejudiciálna otázka je neprípustná, lebo je hypotetická, keďže spor vo veci samej sa stal bezpredmetným.

¹⁵ Rozsudok z 12. februára 2004 (C-230/02, ďalej len „rozsudok *Grossmann*“, EU:C:2004:93).

29. Pokiaľ ide o meritum veci, Komisia analyzuje rozsudok Grossmann a domnieva sa, že vnútroštátne právne predpisy upravujúce opravné prostriedky musia byť v súlade so zásadou efektivity a nemajú poškodzovať potrebný účinok smernice 89/665, ktorý je posilnený článkom 47 Charty základných práv EÚ.

30. Podľa Komisie je doktrína Corte Costituzionale (Ústavný súd) v rozpore s uvedenou zásadou, keď na uplatnenie výnimiek z aktívnej legitímácie žalobcu, ktorý sa zadávacieho konania nezúčastnil, vyžaduje úplnú istotu o vylúčení z tohto konania. Súdny dvor nepožadoval preukázanie úplnej istoty, ale len pravdepodobnosti.

IV. Konanie pred Súdnym dvorom

31. Návrh na začatie prejudiciálneho konania bol doručený do kancelárie Súdneho dvora 31. mája 2017.

32. Písomné pripomienky predložila talianska, španielska a česká vláda, ako aj Európska komisia. Len talianska vláda a Komisia sa zúčastnili na pojednávaní, ktoré sa konalo 26. apríla 2018.

V. Posúdenie

A. Prípustnosť prejudiciálnych otázok

33. Ťažisko prejudiciálnej otázky sa nachádza v aktívnej legitímácii toho, kto ako AMT nevyjadril záujem usilovať o verejnú zákazku, keďže sa domnieval, že existuje veľmi vysoká pravdepodobnosť, že nebude vybratý, na podanie prieskumného prostriedku.

34. Ako už bolo uvedené, konanie pred vnútroštátnym súdom, sa stalo bezpredmetným v dôsledku zmeny právnej úpravy, na základe ktorej verejný zadávateľ ponechal výzvu na účasť v súťaži bez účinku. Vnútroštátny súd však zastáva názor, že rozhodnutie Súdneho dvora o prejudiciálnej otázke je potrebné pre jeho vlastné rozhodnutie o trovách konania.

35. Podľa článku 267 ZFEÚ cieľom prejudiciálnej otázky je poskytnúť vnútroštátnemu súdu potrebné usmernenia, ktoré tomuto súdu umožnia rozhodnúť spory, v ktorých vznikajú pochybnosti o výklade práva Únie.

36. Ako som uviedol na začiatku týchto návrhov, Súdny dvor mal príležitosť sa vysloviť k podobnej situácii, v ktorej sa spor vo veci samej stal bezpredmetným a rozhodnutie o prejudiciálnej otázke bolo užitočné iba pre rozhodnutie o trovách konania.

37. V uznesení Reinke sa totiž uvádza, že také rozhodnutie o trovách konania závisí od rozhodnutia sporu vo veci samej, v rámci ktorého vznikli prejudiciálne otázky. Keďže tento spor bol vyriešený, nebolo už potrebné odpovedať na otázky položené výlučne v súvislosti s trovami konania.¹⁶

¹⁶ Bod 16.

38. Zdá sa mi, že logike uznesenia Reinke nie je možné nič vytknúť¹⁷ a že zodpovedá iným prejavom tej istej zásady (napríklad podľa článku 58 Štatútu Súdneho dvora nemôže opravný prostriedok smerovať len proti určeniu výšky trov konania alebo proti rozhodnutiu o povinnosti ich uhradiť. Pokiaľ sa konanie, v ktorom sa mal uplatniť predpis Únie stane náhle bezpredmetným, skončil spor medzi účastníkmi a výklad predpisu Únie Súdny dvorom už jednoducho nie je potrebný, pretože nemôže mať vplyv na (neexistujúci) spor.

39. RSS pre Ligúriu však uvádza, že posúdenie Súdneho dvora týkajúce sa aktívnej legitímácie žalobcu na napadnutie zadávacieho konania, ktorého sa nezúčastnil, by bolo relevantné na to, aby sám objasnil, ktorý účastník a v akej výške je povinný zaplatiť trovy konania, ktorého predmet zanikol.

40. Nemyslím si, že toto nepriame spojenie postačuje na dostatočné spojenie s právom Únie. To, o čom sa teraz rozhoduje, už v skutočnosti nepatrí do rámca zadávania verejných zákaziek, ale do rámca úpravy trov súdneho konania. Pokiaľ by na nich nebol uplatniteľný nejaký predpis práva Únie (čo nastáva v určitých vecných oblastiach, o ktorých niečo uvediem ďalej), rozhodnutie o trovách konania je založené výlučne na vnútroštátnom práve, a nie na práve Únie.

41. Myšlienka, na ktorej je založené uznesenie Reinke, je spojená s funkciou prejudiciálnej otázky: výklad práva Únie musí byť nevyhnutný na to, aby vnútroštátny súd mohol rozhodnúť v spore (bod 13 uvedeného uznesenia), takže zánik tohto sporu spôsobuje, že odpoveď na prejudiciálnu otázku je zbytočná (bod 16).

42. Právo Únie neobsahuje harmonizovanú právnu úpravu trov konania, ktorých úprava patrí plne do právomoci členských štátov. Iba v niektorých oblastiach prejavil normotvorca Únie svoju vôľu dotknúť sa tejto otázky, a to či už s cieľom predísť vzniku neprímeraných trov konania, ktoré môžu odrádzať od prístupu k spravodlivosti v niektorom odvetví právneho poriadku,¹⁸ alebo s cieľom zaručiť, že ten, ktorého práva boli poškodené, získa od protistrany primeranú a rozumnú náhradu trov konania, a to opäť v určitých špecifických vecných oblastiach.¹⁹

43. Napriek tomu aj vo veciach, v ktorých sa právo Únie zaoberá úpravou trov konania, Súdny dvor rozhodol, že „v prípade neexistencie podrobnejšej úpravy v práve Únie majú členské štáty pri preberaní smernice povinnosť zabezpečiť jej úplnú účinnosť, pričom však disponujú širokou mierou voľnej úvahy, pokiaľ ide o voľbu prostriedkov“. V súvislosti s vtedy posudzovaným prípadom práva životného prostredia uviedol, že treba „zohľadniť všetky relevantné ustanovenia vnútroštátneho práva, najmä vnútroštátneho systému právnej pomoci, ako aj režimu ochrany v oblasti trov konania“, ako aj „citelné rozdiely medzi vnútroštátnymi právnymi úpravami v tejto oblasti“²⁰.

44. Pokiaľ táto široká miera voľnej úvahy spolu s uznaním zvláštností každého vnútroštátneho systému existuje v prípadoch, v ktorých sa právo Únie týka úpravy trov konania, členské štáty budú mať ešte väčšiu voľnosť v oblasti, v ktorej neexistuje úprava Únie.

17 Bolo by samozrejme možné argumentovať, že okolnosti veci Reinke neboli zhodné s okolnosťami prejednávanej veci. Domnievam sa však, že napriek určitým rozdielom analógiu medzi oboma vecami nemožno poprieť.

18 Článok 10a smernice Rady 85/337/EHS z 27. júna 1985 o posudzovaní vplyvov určitých verejných a súkromných projektov na životné prostredie (Ú. v. ES L 175, 1985, s. 40; Mím. vyd. 15/001, s. 248) a článok 15a smernice Rady 96/61/ES z 24. septembra 1996 o integrovanej prevencii a kontrole znečisťovania životného prostredia (Ú. v. ES L 257, 1996, s. 26; Mím. vyd. 15/003, s. 80).

19 Článok 14 smernice Európskeho parlamentu a Rady 2004/48/ES z 29. apríla 2004 o vymožitelnosti práv duševného vlastníctva (Ú. v. EÚ L 157, 2004, s. 45; Mím. vyd. 17/002, s. 32); článok 6 ods. 3 smernice Európskeho parlamentu a Rady 2011/7/EÚ zo 16. februára 2011 o boji proti oneskoreným platbám v obchodných transakciách (Ú. v. EÚ L 48, 2011, s. 1).

20 Rozsudok z 11. apríla 2013, Edwards (C-260/11, EU:C:2013:221, body 37 a 38).

45. Pokiaľ by v prejednávanej veci išlo o diskusiu o trovách konania,²¹ dotýkal by sa prísne vzaté výkladu vnútroštátnych predpisov upravujúcich ich rozdelenie medzi účastníkov konania, ako aj právomoci súdu upraviť ich. Pri spore obmedzenom na tieto trovy konania musí práve vnútroštátne právo poskytnúť kritériá pre jeho vyriešenie, a nie právo Únie, ktoré, ako opakujem, kritériá v tejto vecnej oblasti nestanovuje.

46. Zostávala by možnosť, že napriek tomu, že nedošlo k harmonizácii v oblasti trov konania v tomto druhu sporov na úrovni Únie, charakteristiky konania vo veci samej by ohrozovali dodržiavanie základných pravidiel a všeobecných zásad Zmluvy o FEÚ, ale na to by bolo potrebné, aby bola spochybnená niektorá zo základných slobôd, čo návrh na začatie prejudiciálneho konania ani nenaznačuje.

47. Nakoniec, bez toho, aby som zamýšľal nahradiť vnútroštátny súd v jeho posúdení alebo zasahovať do jeho slobody voľby jedného alebo druhého riešenia medzi tými, ktoré mu ponúka jeho vnútroštátne právo, vyššie uvedené pravidlá jeho Občianskeho súdneho poriadku a Správneho súdneho poriadku mu poskytujú dostatočnú oporu na to, aby si bez ohľadu na prípadné riešenie, ktoré by mohlo byť uplatnené na problém aktívnej legitímácie žalobcu, poradil s rozhodovaním o tom, ktorému z účastníkov konania bude uložená povinnosť nahradiť trovy konania na základe dôvodov, ktoré nie sú spojené s týmto problémom.

48. Z tohto hľadiska stačí pripomenúť, že podľa vnútroštátneho práva, pokiaľ „je otázka riešená v spore celkom nová“ alebo pokiaľ „sa mení judikatúra týkajúca sa preskúmaných otázok“²², súd môže trovy konania v celom rozsahu alebo čiastočne rozdeliť medzi účastníkov konania. Patrí mu teda v tejto súvislosti neobmedzená diskrečná právomoc, či už pri rešpektovaní rozsudku Corte Costituzionale (Ústavný súd) odmietne aktívnu legitímáciu AMT, alebo ju prijme.

49. Zastávam teda názor, že prejudiciálna otázka je neprípustná, keďže odpoveď Súdneho dvora nie je potrebná a Súdny dvor nemá právomoc rozhodnúť o uplatnení talianskeho systému náhrady trov konania, ktorý je čisto vnútroštátnej povahy.

B. O veci samej

50. Pre prípad, že Súdny dvor pristúpi k meritórnemu riešeniu prejudiciálnej otázky, subsidiárne uvádzam svoj názor. Urobím tak s úmyslom najprv vymedziť použiteľný právny režim a následne navrhnúť riešenie vzniknutých pochybností.

1. Platný právny rámeč

51. Účelom sporného zadávacieho konania bolo zadať poskytovanie verejných služieb cestnej dopravy cestujúcich. Tento druh služieb patrí do špecifickej pôsobnosti nariadenia č. 1370/2007, ktorého článok 5 upravuje „Zadávanie zmlúv o službách vo verejnom záujme“ v odvetví dopravy.

21 Vnútroštátny súd neuvádza údaje, ktoré by ozrejmovali spor účastníkov konania o určenie výšky (budúcich) trov konania a rozhodnutie o tom, kto ich má zaplatiť. Nakoniec všetci títo účastníci konania sa vzdali možnosti zúčastniť sa prejudiciálneho konania, čo podľa môjho názoru neukazuje na veľký záujem na jeho vyriešení.

22 V návrhu na začatie prejudiciálneho konania je uvedené, že právna úprava a skoršia judikatúra Consiglio di Stato (Štátna rada) k aktívnej legitímácii toho, kto sa nezúčastnil zadávacieho konania, boli „v súlade s judikatúrou Spoločenstva“. Situácia sa podľa vnútroštátneho súdu zmenila z dôvodu rozsudku Ústavného súdu č. 245/2016, „judikátu najvyššej právnej sily“, ktorý už uplatnili neskoršie rozsudky Consiglio di Stato (Štátna rada).

52. Z údajov uvedených v návrhu na začatie prejudiciálneho konania nie je možné s istotou určiť, či v prejednávanej veci išlo o „koncesnú zmluvu na služby“ alebo o „zmluvu o službách vo verejnom záujme“. Hoci oba prípady majú podobné charakteristiky,²³ odlišujú sa v protiplnení, ktoré pri koncesiách spočíva v práve prevádzkovať službu (či už len v tomto práve, alebo v tomto práve spolu s platbou) a pri zmluvách o službách vo verejnom záujme v platbe verejného obstarávateľa poskytovateľovi týchto služieb.²⁴

53. Zaradenie spornej zmluvy do jednej alebo druhej kategórie prislúcha vnútroštátnemu súdu, ktorému sú na rozdiel od Súdneho dvora známe na tento účel všetky skutkové okolnosti. Jej kvalifikácia bude relevantná na určenie právneho režimu, ktorý sa na túto zmluvu použije, vzhľadom na znenie článku 5 ods. 1 nariadenia č. 1370/2007.²⁵

54. Budem sa teda zaoberať problémom aktívnej legitímácie pri oboch hypotézach.

a) Koncesia na služby verejnej dopravy

55. Prvá hypotéza je, že by išlo o koncesiu na služby, ako to obhajujú niektoré písomné vyjadrenia a ako by sa dalo vyvodzovať z výzvy na účasť v súťaži, keď odkazuje na článok 30 zákonníka verejných zákaziek, ktorý upravuje práve „koncesie na služby“²⁶.

56. Talianska vláda s poukázaním na existenciu koncesie spochybňuje odkaz na smernicu 89/665. Argumentuje, že vzhľadom na to, že článok 1 ods. 1 stanovuje svoju oblasť pôsobnosti odkazom na smernicu 2004/18, posledná uvádzaná smernica sa na také koncesie nevzťahuje.

57. Komisia naopak tvrdí, že Taliansko v článku 30 ods. 7 zákonníka verejných zákaziek rozšírilo uplatnenie smernice 89/665 na koncesie na verejné služby. Existovala by teda súvislosť v rámci Únie medzi vnútroštátnou právnou úpravou a právom Únie, na základe ktorej by v súlade s ustálenou judikatúrou bola založená právomoc Súdneho dvora.²⁷

58. Týmto spôsobom smernica 89/665 môže prichádzať do úvahy. Napriek tomu platí, že „zohľadnenie obmedzení, ktoré vnútroštátny zákonodarca mohol zaviesť na účely uplatňovania práva Spoločenstva na čisto vnútorné situácie, na ktoré sa uplatní iba prostredníctvom vnútroštátneho zákona, čo prislúcha overiť vnútroštátnemu súdu, patrí do vnútroštátneho práva, a teda do výlučnej právomoci súdov členského štátu“²⁸.

23 Pozri návrhy, ktoré predniesla generálna advokátka Sharspton vo veci Hörmann Reisen (C-292/15, EU:C:2016:480, bod 26), a návrhy, ktoré predniesol generálny advokát Cruz Villalón vo veci Norma-A a Dekom (C-348/10, EU:C:2011:468, bod 39 a naśl.).

24 K tomu treba dodať, že koncesionár musí znášať riziko spojené s prevádzkovaním služby. Pozri rozsudok z 10. novembra 2011, Norma-A a Dekom (C-348/10, EU:C:2011:721, bod 44).

25 „Zmluvy o službách vo verejnom záujme sa zadávajú v súlade s pravidlami stanovenými v tomto nariadení. Avšak zmluvy o službách alebo zmluvy o službách vo verejnom záujme vymedzené v smernici 2004/17/ES alebo smernici 2004/18/ES pre služby vo verejnom záujme v autobusovej alebo električkovej osobnej doprave sa zadávajú v súlade s postupmi ustanovenými podľa uvedených smerníc, ak tieto zmluvy nemajú formu koncesných zmlúv na služby, ako je vymedzené v uvedených smerniciach“.

26 Podľa tohto ustanovenia „sa ustanovenia zákonníka verejných zákaziek nepoužijú na koncesie na služby, pokiaľ nie je v tomto článku stanovené inak“. V jeho odseku 3 sa ako metóda výberu koncesionára uvádza možnosť pristúpiť k „neformálnemu zadávaciemu konaniu, ku ktorému sa vyzve najmenej päť uchádzačov“, a tento postup bol použitý v tejto veci.

27 „Teda výklad ustanovení práva Únie Súdny dvorom v situáciách, ktoré nepatria do pôsobnosti práva Únie, je odôvodnený, ak tieto ustanovenia sú na základe vnútroštátneho práva uplatniteľné na takéto situácie priamo a nepodmienečne, aby sa zabezpečilo rovnaké zaobchádzanie s takýmito situáciami a so situáciami upravenými právom Únie“ [rozsudok z 19. októbra 2017, Solar Electric Martinique (C-303/16, EU:C:2017:773), bod 27 a citovaná judikatúra].

28 Rozsudok z 18. októbra 1990, Dzodzi (C-297/88 a C-197/89, EU:C:1990:360, body 41 a 42).

59. Navyše zvláštna úprava verejnej služby cestnej dopravy cestujúcich obsiahnutá v nariadení č. 1370/2007 podriaďuje udelenie príslušných koncesií pravidlám článku 5 ods. 2 až 6 toho istého nariadenia a v odseku 7 dodáva, že rozhodnutia prijaté podľa uvedených odsekov musí byť možné „preskúma[ť] účinným a rýchlym spôsobom na základe požiadavky každej osoby, ktorá má alebo mala záujem získať príslušnú zmluvu a ktorá bola poškodená alebo ktorej hrozí, že bude poškodená porušením pravidiel, na základe toho, že takéto rozhodnutia porušili právo Spoločenstva alebo vnútroštátne predpisy na vykonávanie práva Spoločenstva“.

60. Ukazuje sa teda, že v tomto bode sa ustanovenia nariadenia č. 1370/2007 a článku 1 ods. 3 smernice 89/665 v podstate zhodujú. Nie náhodou odôvodnenie dvadsať jedna predmetného nariadenia uvádza, že „by sa [mala] zaručiť účinná právna ochrana, a to nielen pri zadávaní zmlúv, v rozsahu pôsobnosti [smerníc 2004/17 a 2004/18], ale tiež v prípade iných zmlúv zadávaných na základe tohto nariadenia. Je potrebné, aby bol účinný postup revízie podľa potreby porovnateľný s príslušnými postupmi ustanovenými v smernici Rady 89/665/EHS... a v smernici... 92/13/EHS“.

61. V zhrnutí je teda výsledok, hoci dosiahnutý inou cestou, rovnaký: povinnosť zaviesť účinné postupy preskúmania. Vychádzajúc z tohto predpokladu, spor teda spočíva v objasnení, do akej miery treba zabezpečiť tieto postupy preskúmania pre podniky, ktoré sa nezúčastnili zadávacieho konania.

b) Zmluva o dopravných službách vo verejnom záujme

62. Druhá hypotéza je, že by sporný právny postup zodpovedal kategórii zmluvy o dopravných službách vo verejnom záujme. V „pravidelnom informatívnom oznámení“ z 22. februára 2014 sa v skutočnosti uvádza výlučne smernica 2004/17²⁹ a ako kritérium pre zadanie zákazky sa určuje ekonomicky najvýhodnejšia ponuka. Rovnako výzva na účasť v súťaži z 29. mája 2015 v bode 2 uvádza protiplnenie pre úspešného uchádzača, ktoré bude definitívne spresnené vo výzvach na predloženie finančnej ponuky, na ktorú odkazuje jej bod 6.

63. Bolo by teda možné tvrdiť, že tieto črty zmluvy ju vzdávajú od koncesie na dopravné služby, ako ju definuje článok 1 ods. 3 písm. b) smernice 2004/17,³⁰ smerom k jej zaradeniu medzi zmluvy o dopravných službách vo verejnom záujme. Ak by to tak bolo, článok 5 ods. 1 nariadenia č. 1370/2007 by spôsobil uplatnenie smernice 2004/17, a teda režimu postupov preskúmania stanovených v článkoch 1 a 2 smernice 92/13, ktorý je podobný režimu smernice 89/665, na ktorý sa pýta vnútroštátny súd.

2. Odpoveď na prejudiciálnu otázku

64. Hoci jadro diskusie sa zameriava na aktívnu legitímáciu na napadnutie zadávacieho konania, a teda na právo na prístup k systému postupov preskúmania, návrh na začatie prejudiciálneho konania jej obsah prostredníctvom trochu všeobecného odkazu na článok 1 ods. 1, 2 a 3 a článok 2 ods. 1 písm. b) smernice 89/665 ďalej rozširuje.

²⁹ Týmto oznámením sa zaoberá článok 41 tejto smernice.

³⁰

„Koncesia na služby: je zákazka rovnakého druhu ako zákazka na služby s tým rozdielom, že protiplnením za poskytovanie služieb je buď len právo na využívanie služby, alebo toto právo spojené s peňažným plnením“.

65. Corte Costituzionale (Ústavný súd) na základe judikatúry Consiglio di Stato (Štátna rada) v rozsudku č. 245/2016 stanovil predpoklad, ktorý je podľa môjho názoru ťažko vyvrátiteľný: ten, kto sa dobrovoľne a slobodne zdržal účasti na výberovom konaní, nie je v zásade oprávnený žiadať o jeho zrušenie. Toto kritérium sa zhoduje s tým, ktoré Súdny dvor vysvetlil v rozsudku Grossmann pri výklade článku 1 ods. 3 smernice 89/665.³¹

66. Talianske najvyššie súdy však pripúšťajú, že postupy preskúmania môžu byť v určitých výnimočných situáciách prístupné aj tým, ktorí sa zadávacieho konania nezúčastnili. Medzi tieto situácie slovami rozsudku Ústavného súdu č. 245/2016 patria „prípady, keď sa napáda neexistencia zadávacieho konania alebo prípadne výzvy na účasť v súťaži, alebo prípady, keď sa napádajú priamo vylučujúce ustanovenia oznámenia o zadávacom konaní alebo nakoniec ustanovenia, ktoré ukládajú zjavne nezrozumiteľné alebo celkom neprimerané povinnosti, alebo ktoré znemožňujú predloženie ponuky“.

67. Také umožnenie aktívnej legitímácie sa mi opäť zdá byť v súlade s tým, čo Súdny dvor pripustil pri hypotéze, kde by ustanovenia oznámenia o začatí zadávacieho konania alebo dokumentácia uvádzajúca podmienky súťaže bola sama osebe diskriminačná do tej miery, že by bránila účasti určitého podniku alebo určitých podnikov.³² Pokiaľ „sú možnosti, že s [uvedenými podnikmi] bude táto zmluva uzavretá, vzhľadom na existenciu uvedených [diskriminačných] charakteristík rovné nule,³³ treba im priznať aktívnu legitímáciu bez požiadavky predchádzajúcej účasti na zadávacom konaní.“³⁴

68. Nevidím teda rozpor medzi výkladom smernice 89/665, ktorý podal Súdny dvor, a výkladom, ktorý rozvinuli talianske najvyššie súdy vo vzťahu k vlastným vnútroštátnym pravidlám, pokiaľ ide o aktívnu legitímáciu tých, ktorí sa usilujú napadnúť diskriminačné ustanovenia, úplne blokujúce prístup k verejnej zákazke, hoci sa zadávacieho konania nezúčastnili.

69. Pokiaľ sa prejudiciálna otázka obmedzí na objasnenie hypotetického rozporu medzi smernicou 89/665 a vnútroštátnou právnou úpravou v abstraktnej rovine, už uvedené postačuje na vylúčenie tejto nezlučiteľnosti. Vnútroštátny súd formuluje túto otázku spôsobom, ktorý skutočne neodráža všetky aspekty právnej doktríny jemu nadriadených súdov, tak ako vyplývajú z vnútroštátnej judikatúry.³⁵

70. Pokiaľ sa bude odpoveď vzťahovať na skutkové okolnosti veci samej, v ktorej sa výrok o nedostatku aktívnej legitímácie AMT stal právoplatným, je prinajmenšom diskutabilné,³⁶ či by regionálna úroveň služby cestnej dopravy (namiesto jej rozdelenia na položky provinčnej či nižšej úrovne) bola sama osebe *diskriminačná*. Odlišným aspektom je, že malé podniky ako také nemajú prostriedky na účasť v zadávacom konaní s týmito špecifikáciami, čo býva inherentné zadávacím konaniam veľkého rozsahu.

31 Rozsudok Grossmann, bod 27: „Účasť na zadávacom konaní na verejnú zákazku môže v zásade predstavovať platnú... podmienku, ktorej splnenie sa vyžaduje na určenie, či dotknutá osoba má záujem na získaní predmetnej zákazky alebo jej v dôsledku údajne nezákonnej povahy rozhodnutia o uzavretí uvedenej zmluvy hrozí ujma. Pokiaľ táto osoba nepodalala ponuku, ťažko môže preukázať, že mala záujem napadnúť toto rozhodnutie alebo že bola poškodená alebo jej hrozí ujma v dôsledku uvedeného uzavretia zmluvy“.

32 Tamže, bod 28: „V prípade, že podnik nepredložil ponuku z dôvodu *údajne diskriminačných* špecifikácií v dokumentoch týkajúcich sa výzvy na predloženie súťažných návrhov alebo v zadávacích podkladoch, ktoré mu zabránili dodať všetky požadované služby“. V tomto prípade bude podnik „oprávnený podať priamu žalobu proti týmto špecifikáciám, ešte pred ukončením predmetného konania o zadaní verejnej zákazky“ (kurzívou zvýraznil generálny advokát).

33 Tamže, bod 29 (kurzívou zvýraznil generálny advokát).

34 Tamže, bod 30: „V dôsledku toho podnik, by mal mať možnosť podať žalobu priamo proti týmto diskriminačným špecifikáciám, a nie iba čakať na ukončenie postupu zadávania zákazky“.

35 Pozri prepis v bode 18 vyššie.

36 Pre stanovenie oblastí poskytovania služieb cestnej dopravy určitej úrovne (napríklad regionálnej), namiesto ich rozdelenia na nižšie úrovne, možno uvádzať dôvody spojené s efektivitou a úspornosťou. Voľba medzi nimi prináleží príslušným orgánom, ktoré navyše musia zvážiť, či voľba jedinej položky predstavuje neprimerané prekážky pre vstup hospodárskych subjektov menšej veľkosti. V tomto prípade Úrad na ochranu hospodárskej súťaže a trhu vyzval 25. júna 2015 Regionálnu agentúru pre miestnu verejnú dopravu Ligúrie na zavedenie „väčšieho počtu položiek, ktoré umožnia zabezpečiť čo najširšiu možnú účasť v súťažnom konaní“.

71. V každom prípade Corte Costituzionale (Ústavný súd) konštatoval, že z toho, ako bola zákazka konfigurovaná, vyplývala vysoká pravdepodobnosť, že AMT zákazku nezíska, ale nie absolútna nemožnosť.³⁷ Vylúčil teda, že by existovala „skutočná a účinná prekážka pre účasť na zadávacom konaní“. Pokiaľ ide o už právoplatné posúdenie obsahu príslušných ustanovení, tieto závery musia byť pre vnútroštátny súd záväzné a mala by sa ich pridržať aj odpoveď na prejudiciálnu otázku.

72. Komisia s poukázaním na rozsudok Grossmann argumentuje, že sa nevyžaduje absolútna istota vylúčenia zo zadávacieho konania, pretože na to, aby mohol uvedený konanie napadnúť, stačí dotknutému podniku iba pravdepodobnosť odmietnutia bez toho, aby sa musel zúčastniť.

73. Moje chápanie rozsudku Grossmann sa nezhoduje s tým, ako ho chápe Komisia. Považujem za nebezpečné ako jediný rozhodovací faktor pre vyriešenie tohto sporu zavádzať výpočet pravdepodobnosti. Pokiaľ by to tak bolo, mohol by akýkoľvek podnik tvrdiť, že *pravdepodobným* účinkom ustanovení zadávacieho konania (vrátane tých, ktoré majú diskriminačnú povahu) je jeho odmietnutie, čo by otváralo cestu k prípadnému neserióznemu napádaniu zo strany tých, ktorí sa rozhodli zadávacieho konania nezúčastniť.

74. V každom prípade však opakujem, že Súdnu dvoru neprislúcha rozhodnúť, či sa Corte Costituzionale (Ústavný súd) zmýlil, keď v tejto konkrétnej veci odmietol aktívnu legitimáciu AMT. Rozhodujúce – a zdôrazňujem, že otázka vnútroštátneho súdu sa týka rozporu medzi vnútroštátnym predpisom a smernicou 89/665 – je, či *všeobecný* právny názor, ktorý talianske najvyššie súdy zaujali s ohľadom na aktívnu legitimáciu (v zásade odmietajú, ale v určitých prípadoch prípustnú) hospodárskych subjektov, ktoré sa nezúčastnili zadávacieho konania, je v súlade s právom Únie, čo domnievam sa je.

VI. Návrh

75. Z vyššie uvedených dôvodov navrhujem, aby Súdny dvor:

1. Vyhlásil prejudiciálnu otázku, ktorú položil Tribunale Amministrativo Regionale della Liguria (Regionálny správny súd pre región Liguria, Taliansko), za neprípustnú.
2. Subsidiárne rozhodol, že článok 1 ods. 1, 2 a 3 a článok 2 ods. 1 písm. b) smernice Rady 89/665/EHS z 21. decembra 1989 o koordinácii zákonov, iných právnych predpisov a správnych opatrení týkajúcich sa uplatňovania postupov preskúmania v rámci verejného obstarávania tovarov a prác, nebránia takej vnútroštátnej právnej úprave, ktorej výklad najvyššími súdmi upravuje, že
 - ten, kto sa dobrovoľne a slobodne zdržal účasti na výberovom konaní na uchádzačov o pridelenie verejnej zákazky, nie je v zásade oprávnený žiadať o jeho zrušenie,
 - výnimku z tohto pravidla predstavujú prípady, v ktorých sa napáda neexistencia zadávacieho konania alebo prípadne výzvy na účasť v súťaži, alebo prípady, keď sa napádajú priamo vylučujúce ustanovenia oznámenia o zadávacom konaní alebo nakoniec ustanovenia, ktoré ukládajú zjavne nezrozumiteľné alebo celkom neprimerané povinnosti, alebo ktoré znemožňujú predloženie ponuky.

³⁷ AMT vo svojej žalobe pred RSS pre Ligúriu tvrdil, že oznámenie o zadávacom konaní „výrazne obmedzuje možnosť účasti... malých a stredne veľkých subjektov, ako sú podniky miestnej verejnej dopravy, ktoré sú tak nútené sa za každú cenu združovať s veľkými subjektmi“ (strana 51 písomného vyhotovenia žaloby) (kurzívou zvýraznil generálny advokát).