Sbírka soudních rozhodnutí

STANOVISKO GENERÁLNÍHO ADVOKÁTA
MANUELA CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONY
přednesené dne 11. května 2023 [1]

Věc C-66/22

Infraestruturas de Portugal, S. A,
Futrifer Indústrias Ferroviárias, S. A
proti
Toscca – Equipamentos em Madeira Ld[a],
za účasti:
Mota-Engil Railway Engineering, SA

[žádost o rozhodnutí o předběžné otázce podaná Supremo Tribunal Administrativo (Nejvyšší správní soud, Portugalsko)]

„Řízení o předběžné otázce – Směrnice 2014/24/EU – Zadávání veřejných zakázek – Fakultativní důvody pro vyloučení – Článek 57 odst. 4 písm. d) – Vyloučení hospodářského subjektu z účasti v zadávacím řízení – Sankce za praktiky omezující hospodářskou soutěž – Automatické vyloučení založené na předchozím rozhodnutí orgánu pro hospodářskou soutěž – Oprávnění veřejného zadavatele posoudit existenci důvodu pro vyloučení – Článek 57 odst. 6 – Způsobilost a spolehlivost uchazeče – Odůvodnění – Praktiky omezující hospodářskou soutěž, odhalené v průběhu zadávacího řízení“

1. V tomto řízení o předběžné otázce má Soudní dvůr podat výklad čl. 57 odst. 4 písm. d) směrnice 2014/24/EU [2], podle něhož mohou veřejní zadavatelé vyloučit z účasti v zadávacím řízení hospodářský subjekt, který uzavřel s jinými hospodářskými subjekty dohody, jejichž cílem je narušení hospodářské soutěže.

2. Projednávaná žádost o rozhodnutí o předběžné otázce byla položena ve sporu týkajícím se zadání zakázky podniku, který byl předtím sankcionován za to, že uzavřel s jinými podniky dohody s cílem provádět jednání omezující hospodářskou soutěž (dohody o cenách a rozdělení trhů).

[1] – Původní jazyk: španělština.

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

I. Právní rámec

A. Unijní právo

1. Směrnice 2014/24

3. Článek 56 („Obecné zásady“) stanoví:

„1. Veřejné zakázky se zadávají na základě kritérií stanovených v souladu s články 67 až 69 za předpokladu, že veřejný zadavatel v souladu s články 59 až 61 ověřil splnění všech těchto podmínek:

[…]

b) nabídka byla podána uchazečem, který nebyl vyloučen podle článku 57 […]“

4. Článek 57 („Důvody pro vyloučení“) stanoví:

„[…]

4. Veřejní zadavatelé mohou z účasti v zadávacím řízení vyloučit nebo po nich mohou členské státy požadovat, aby vyloučili hospodářský subjekt, který se nachází v některé z těchto situací:

[…]

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

d) pokud veřejný zadavatel může na základě dostatečně věrohodných informací dospět k závěru, že hospodářský subjekt uzavřel s jinými hospodářskými subjekty dohody, jejichž cílem je narušení hospodářské soutěže;

[…]

5. […]

Veřejní zadavatelé mohou kdykoli v průběhu zadávacího řízení vyloučit hospodářský subjekt nebo být o jeho vyloučení požádáni členským státem, pokud se ukáže, že hospodářský subjekt se s ohledem na jednání či opomenutí, k němuž došlo buď před zahájením řízení, nebo v jeho průběhu, nachází v jedné ze situací uvedených v odstavci 4.

6. Každý hospodářský subjekt, který se nachází v některé ze situací uvedených v odstavcích 1 a 4, může doložit, že opatření přijatá hospodářským subjektem postačují k prokázání jeho spolehlivosti navzdory existenci platného důvodu pro vyloučení. Jsou-li tyto doklady považovány za dostatečné, příslušný hospodářský subjekt se ze zadávacího řízení nevyloučí.

Za tímto účelem hospodářský subjekt prokáže, že nahradil nebo se zavázal nahradit veškeré škody způsobené spácháním trestného činu nebo pochybením, detailně vysvětlil fakta a okolnosti

v aktivní součinnosti s vyšetřujícími orgány a přijal konkrétní technická, organizační a personální opatření vhodná k zabránění další trestné činnosti nebo pochybením.

Opatření přijatá hospodářskými subjekty se hodnotí s ohledem na závažnost a konkrétní okolnosti trestného činu nebo pochybení. Pokud jsou opatření považována za nedostatečná, obdrží příslušný hospodářský subjekt odůvodnění tohoto rozhodnutí.

Hospodářský subjekt, který byl pravomocným rozsudkem vyloučen z účasti v zadávacích řízeních nebo koncesních řízeních, nesmí využívat možnost stanovenou v tomto odstavci po dobu vyloučení vyplývající z uvedeného rozsudku ve členských státech, v nichž daný rozsudek vyvolává účinky.

7. Členské státy stanoví prostřednictvím právních či správních předpisů a s ohledem na právo Unie podmínky k provedení tohoto článku. Zejména vymezí maximální dobu vyloučení pro případ, že hospodářský subjekt nepřijme žádné opatření ve smyslu odstavce 6 k tomu, aby prokázal svou spolehlivost. Pokud nebyla doba vyloučení stanovena v pravomocném rozsudku, nesmí překročit pět let ode dne vydání odsuzujícího pravomocného rozsudku v případech uvedených v odstavci 1 a tři roky od příslušné události v případech uvedených v odstavci 4.“

2. Směrnice 2014/25/EU[3]

5. Podle článku 80 („Použití důvodů pro vyloučení a kvalifikačních kritérií pro výběr uvedených ve směrnici 2014/24/EU“):

„1. Objektivní pravidla a kritéria pro vyloučení a výběr hospodářských subjektů žádajících o kvalifikaci v systému kvalifikace a objektivní pravidla a kritéria pro vyloučení a posouzení kvalifikace zájemců a uchazečů v otevřených, užších nebo jednacích řízeních, v soutěžních dialozích nebo v inovačních partnerstvích mohou zahrnovat důvody pro vyloučení uvedené v článku 57 směrnice 2014/24/EU za podmínek tam stanovených.

Pokud je zadavatelem veřejný zadavatel, tato kritéria a pravidla zahrnují důvody pro vyloučení uvedené v čl. 57 odst. 1 a 2 směrnice 2014/24/EU za podmínek stanovených v uvedeném článku.

Pokud tak vyžadují členské státy, zahrnují tato kritéria a pravidla navíc důvody pro vyloučení uvedené v čl. 57 odst. 4 směrnice 2014/24/EU za podmínek stanovených v uvedeném článku.

[…]“

[3] – Směrnice Evropského parlamentu a Rady ze dne 26. února 2014 o zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb a o zrušení směrnice 2004/17/ES (Úř. věst. 2014, L 94, s. 243).

B. Portugalské právo

1. Decreto-lei n.º 18/2008, Código dos Contratos Públicos [4]

6. Článek 55 („Překážky účasti na zadávacích řízeních“) stanoví:

„Následující subjekty nemohou být zájemci, uchazeči ani nemohou tvořit seskupení:

[…]

c) subjekty, kterým byla uložena sankce za vážné profesní pochybení a které nebyly zatím rehabilitovány, jedná-li se o fyzické osoby, nebo v případě právnických osob subjekty, jejichž správním nebo řídícím orgánům, jež stále vykonávají své funkce, byla uložena taková správní sankce;

[…]

f) subjekty, kterým byla uložena vedlejší sankce zákazu účasti na zadávacích řízeních podle zvláštních právních předpisů, zejména v rámci sankčních režimů v oblasti […] hospodářské soutěže […], a to po dobu stanovenou v rozhodnutí o uložení sankce.“

7. Článek 70 („Posouzení nabídek“) stanoví v odstavci 2 toto:

„2 – Nabídky budou vyloučeny, pokud jejich posouzení odhalí:

[…]

g) existenci závažných indicií o jednáních, dohodách, praktikách nebo informacích, které mohou narušit pravidla hospodářské soutěže.“

2. Ley n.º 19/2012 da Concorrência (zákon č. 19/2012 o hospodářské soutěži) [5]

8. Článek 71 („Vedlejší sankce“) stanoví v odst. 1 písm. b), že odůvodňuje-li to závažnost protiprávního jednání a zavinění na straně osoby, která se ho dopustila, Autoridade de Concorrência (Úřad pro hospodářskou soutěž, Portugalsko; dále jen „AC“) může spolu s pokutou uložit vedlejší sankci spočívající v odnětí práva na účast v určitých zadávacích řízeních, pokud byla praktika zakládající protiprávní jednání, za něž lze uložit sankci v podobě pokuty, uskutečněna v průběhu příslušného řízení nebo v návaznosti na něj.

[4] – Nařízení s mocí zákona č. 18/2008, zákoník veřejných zakázek, dále jen „CCP“ (Diário da República č. 20/2008, řada I, ze dne 29. ledna 2008), ve znění platném po jeho změně prostřednictvím Decreto-lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto (nařízení s mocí zákona č. 111-B/2017, ze dne 31. srpna 2017, dále jen „nařízení s mocí zákona č. 111-B/2017“) (Diário da República č. 168/2017, 2. dodatek, řada I, ze dne 31. srpna 2017).

[5] – Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, aprova o novo regime jurídico da concorrência [zákon č. 19/2012 ze dne 8. května 2012, kterým se přijímá nový právní režim hospodářské soutěže (Diário da República, 1. řada, č. 89, 8. května 2012)].

II. Skutkový stav, spor a předběžné otázky

9. Dne 18. ledna 2019 zahájila Infraestruturas de Portugal, S. A (dále jen „Infraestruturas“), zadávací řízení na veřejnou zakázku na dodávku kreosotových borových kolíků a pražců za základní cenu 2 979 200 eur [6].

10. Řízení se zúčastnily podniky Toscca – Equipamentos em Madeira, Lda. (dále jen „Toscca“), a Futrifer, Indústrias Ferroviárias, S. A. (dále jen „Futrifer“), z nichž každý podal nabídku.

11. Dne 12. června 2019 uložil AC společnosti Futrifer pokutu za porušení práva hospodářské soutěže v zadávacích řízeních [7] organizovaných v letech 2014 a 2015 [8].

12. AC měl konkrétně za to, že Futrifer a ostatní podniky z daného odvětví uzavřely dohody za účelem stanovení cen a rozdělení trhů v oblasti služeb údržby železniční sítě, což je v rozporu s čl. 9 odst. 1 zákona č. 19/2012 a s čl. 101 odst. 1 SFEU.

13. AC měl ve svém rozhodnutí za to, že s ohledem na okolnosti dané věci a na návrh narovnání, který podala Futrifer, není nutné uložit této společnosti vedlejší sankci spočívající v zákazu účasti v zadávacích řízeních, která je stanovena v čl. 71 odst. 1 písm. b) zákona č. 19/2012 [9].

14. Dne 27. července 2019 zadala Infraestruturas spornou zakázku společnosti Futrifer.

15. Toscca podala proti tomuto rozhodnutí žalobu k Tribunal Administrativo e Fiscal de Viseu (správní a finanční soud ve Viseu, Portugalsko; dále jen „TAF ve Viseu“). Navrhla, aby bylo rozhodnutí o zadání zakázky zrušeno, aby byla nabídka podaná společností Futrifer vyloučena a zakázka zadána společnosti Toscca. Na podporu své žaloby se dovolávala zejména rozhodnutí AC, jímž byla společnosti Futrifer uložena sankce.

16. Soud prvního stupně žalobu společnosti Toscca zamítl, neboť měl za to, že se čl. 70 odst. 2 písm. g) CCP použije pouze v případě, že indicie o narušení hospodářské soutěže jsou zjištěny v řízení, které je předmětem sporu.

17. Toscca se proti rozsudku TAF ve Viseu odvolala k Tribunal central administrativo norte (Vrchní správní soud pro severní region, Portugalsko). Posledně jmenovaný soud rozsudkem ze dne 29. května 2020 zrušil napadený rozsudek a nařídil, aby Infraestruturas zadala zakázku společnosti Toscca, neboť měl za to, že v prvním stupni byl podán nesprávný výklad čl. 70 odst. 2 písm. g) CCP.

18. Infraestruturas a Futrifer napadly rozsudek vydaný v odvolacím řízení před Supremo Tribunal Administrativo (Nejvyšší správní soud, Portugalsko), který jej zrušil pro nedostatek odůvodnění a nařídil vrácení věci k Tribunal central administrativo norte (Vrchní správní soud pro severní region).

19. Dne 2. června 2021 vydal Tribunal central administrativo norte (Vrchní správní soud pro severní region) rozsudek, v němž znovu zrušil rozsudek vydaný v prvním stupni a nařídil, aby Infraestruturas zadala zakázku společnosti Toscca.

6 – Řízení 2019/S 015-030671, zveřejněné v dodatku Úř. věst. ze dne 22. ledna 2019 (Úř. věst. 2019, S 15, s. 1).

7 – Jednalo se o řízení, v němž veřejný podnik zadával zakázky na služby v oblasti údržby zařízení a tratí portugalské železniční sítě.

8 – Spis PRC/2016/6. V souvislosti s Futrifer se jedná o „Konečné rozhodnutí přijaté v postupu při narovnání (nedůvěrné znění)“.

9 – Bod 231 a násl. rozhodnutí ze dne 12. června 2019.

20. Infraestruturas a Futrifer podaly proti rozsudku ze dne 2. června 2021 odvolání k Supremo Tribunal Administrativo (Nejvyšší správní soud, Portugalsko), který pokládá Soudnímu dvoru tyto předběžné otázky:

„1) Představuje důvod pro vyloučení stanovený v čl. 57 odst. 4 písm. d) směrnice 2014/24/EU otázku vyhrazenou rozhodnutí [‚reserva de decisão'] veřejného zadavatele?

2) Může vnitrostátní zákonodárce zcela nahradit rozhodnutí, které má přijmout veřejný zadavatel podle čl. 57 odst. 4 písm. d) směrnice 2014/24/EU, obecným rozhodnutím (prostřednictvím účinků rozhodnutí) orgánu pro hospodářskou soutěž o uložení vedlejší sankce spočívající v zákazu účasti na zadávacích řízeních na určitou dobu, přijatým v rámci uložení pokuty za porušení pravidel hospodářské soutěže?

3) Musí být rozhodnutí veřejného zadavatele o ‚spolehlivosti' hospodářského subjektu z hlediska dodržení (či nedodržení) pravidel hospodářské soutěže mimo konkrétní zadávací řízení chápáno jako nezbytnost provést odůvodněné posouzení ohledně způsobilosti týkající se tohoto hospodářského subjektu, což představuje konkrétní vyjádření práva na řádnou správu ve smyslu čl. 41 odst. 2 písm. c) Listiny základních práv Evropské unie?

4) Lze za slučitelné s unijním právem a zejména s čl. 57 odst. 4 písm. d) směrnice 2014/24/EU považovat řešení přijaté v portugalském právu prostřednictvím čl. 55 odst. 1 písm. f) CCP, které podmiňuje vyloučení hospodářského subjektu ze zadávacího řízení z důvodu porušení pravidel hospodářské soutěže, k němuž došlo mimo dotčené zadávací řízení, rozhodnutím přijatým orgánem pro hospodářskou soutěž v rámci uložení vedlejší sankce spočívající v zákazu účasti na zadávacích řízeních, tedy v řízení, v němž samotný orgán pro hospodářskou soutěž v této souvislosti posuzuje relevanci přijatých nápravných opatření?

5) Je v souladu s unijním právem, a zejména s čl. 57 odst. 4 písm. d) směrnice 2014/24/EU rovněž řešení přijaté v portugalském právu prostřednictvím čl. 70 odst. 2 písm. g) CCP, které omezuje možnost vyloučit nabídku z důvodu existence závažných indicií o jednáních, dohodách, praktikách nebo informacích, které mohou narušit pravidla hospodářské soutěže, na konkrétní zadávací řízení, v němž byly tyto praktiky zjištěny?"

III. Řízení před Soudním dvorem

21. Žádost o rozhodnutí o předběžné otázce byla zapsána do rejstříku Soudního dvora dne 2. února 2022.

22. Písemná vyjádření předložily Futrifer, Toscca, česká, maďarská a portugalská vláda a Evropská komise.

23. Všichni výše uvedení s výjimkou české a maďarské vlády se zúčastnili jednání konaného dne 7. března 2023.

IV. Posouzení

A. Úvodní poznámky

1. Použitelná směrnice

24. Předkládající soud žádá pouze o výklad směrnice 2014/24, aniž se zmiňuje o směrnici 2014/25. Posledně jmenovaná směrnice upravuje veřejné zakázky zadávané subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, *dopravy* a poštovních služeb.

25. Předmětem zakázky, jejíž zadání bylo zpochybněno, je dodání součástí infrastruktury v odvětví železniční dopravy, tedy v odvětví dopravy. Poté, co byly osoby zúčastněné na tomto řízení o předběžné otázce dotázány Soudním dvorem, vyjádřily na jednání shodný názor, že tato zakázka spadá do působnosti směrnice 2014/25, která se vztahuje konkrétně na „činnosti spojené s poskytováním nebo provozem sítí určených k poskytování služeb veřejnosti v oblasti železniční dopravy“ (článek 11).

26. Každopádně náleží předkládajícímu soudu, aby určil, zda sporná zakázka spadá s ohledem na své podmínky do působnosti směrnice 2014/24, nebo spíše do působnosti směrnice 2014/25, což se jeví jako pravděpodobnější.

27. Je pravda, že z praktického hlediska nebude velký rozdíl v tom, zda se na sporný bod použije ta či ona směrnice: i kdyby byla použitelná směrnice 2014/25, její článek 80 obsahuje odkaz na „důvody pro vyloučení uvedené v článku 57 směrnice 2014/24/EU za podmínek tam stanovených“ [10].

28. Jak ovšem vysvětlím níže, použití směrnice 2014/25 by mohlo mít určitý dopad na (sporné) „oprávnění“ členských států stanovit ve svých vnitrostátních právních řádech fakultativní důvody pro vyloučení [11].

29. Po tomto upřesnění se budu nyní zabývat článkem 57 směrnice 2014/24.

2. Provedení čl. 57 odst. 4 písm. d) směrnice 2014/24 do portugalského právního řádu

30. Písemné vyjádření předložené Komisí dalo podnět k diskusi, která probíhala i během jednání a týkala se prostoru pro uvážení, který náleží členským státům, pokud jde o neprovedení fakultativních důvodů pro vyloučení uvedených v čl. 57 odst. 4 směrnice 2014/24.

31. Komise vysvětluje svůj argument následovně:

– čl. 57 odst. 4, jakož i bod 101 odůvodnění směrnice 2014/24 vyjadřují záměr normotvůrce neposkytnout členským státům svobodnou možnost zvolit si, zda provedou všech devět stanovených důvodů pro vyloučení do svých právních řádů, či nikoliv. Možnost výběru je vyhrazena veřejným zadavatelům a členské státy jim mohou nanejvýš uložit povinnost tyto důvody použít. Naproti tomu členské státy nemají možnost vyhnout se provedení některého či některých z těchto důvodů do svých právních řádů;

[10] – Viz obdobně rozsudek ze dne 10. listopadu 2022, Taxi Horn Tours (C-631/21, EU:C:2022:869, body 39 a 40).

[11] – Bod 46 tohoto stanoviska.

– do portugalského právního řádu nebyl proveden fakultativní důvod pro vyloučení týkající se existence dohod s jinými hospodářskými subjekty, jejichž cílem je narušení hospodářské soutěže.

32. Problém, na který Komise upozornila, by mohl být v tomto řízení o předběžné otázce řešen, pokud by bylo druhé z těchto tvrzení správné: při neprovedení jednoho z fakultativních důvodů pro vyloučení do vnitrostátního právního řádu by bylo nutné znovu zvážit, zda stávající judikatura Soudního dvora [12], která se týká oprávnění členských států provést či neprovést tuto kategorii důvodů pro vyloučení do právních řádů, nemá být upřesněna, či dokonce opravena.

33. Z níže uvedených důvodů mám za to, že toto druhé tvrzení Komise (podpořené některými písemnými vyjádřeními předloženými v řízení o předběžné otázce) neodpovídá skutečnosti.

34. Nařízením s mocí zákona č. 111-B/2017 byl změněn CCP za účelem provedení směrnic 2014/24 a 2014/25. V článku 1 tohoto nařízení portugalský zákonodárce výslovně uvádí, že prostřednictvím tohoto nařízení „se provádí do vnitrostátního právního řádu“ mimo jiné směrnice 2014/24 a 2014/25 [13].

35. Důvody pro vyloučení („překážky“), jež stanoví nové znění CCP, jsou vyjmenovány v písmenech a) až l) jeho čl. 55 odst. 1, jež s drobnými změnami odpovídají příslušným důvodům uvedeným v čl. 57 odst. 1 a 4 směrnice 2014/24.

36. Co se týče sporného důvodu pro vyloučení, čl. 55 odst. 1 písm. f) CCP jej uvádí těmito slovy: „následující subjekty nemohou být zájemci […]: subjekty, kterým byla uložena vedlejší sankce zákazu účasti na zadávacích řízeních podle zvláštních právních předpisů, zejména v rámci sankčních režimů v oblasti […] hospodářské soutěže […], a to po dobu stanovenou v rozhodnutí o uložení sankce“.

37. Mimoto obsahuje CCP další ustanovení [čl. 70 odst. 2 písm. g)], podle něhož musí být nabídky vyloučeny, pokud jejich posouzení odhalí „existenci závažných indicií o jednáních, dohodách, praktikách nebo informacích, které mohou narušit pravidla hospodářské soutěže“ [14].

38. Ve světle obou těchto ustanovení mohu jen stěží porozumět některým tvrzením, jež ve svých písemných vyjádřeních uvedly Futrifer a sama portugalská vláda (z nichž posledně jmenovaná dvojznačným způsobem, který na jednání nevysvětlila) [15] ohledně neprovedení čl. 57 odst. 4 písm. d) směrnice 2014/24 prostřednictvím CCP.

[12] – Postoj, který převažuje v rozsudcích ze dne 19. června 2019, Meca (C-41/18, EU:C:2019:507; dále jen „rozsudek Meca“, bod 33), a ze dne 30. ledna 2020, Tim (C-395/18, EU:C:2020:58, bod 34), byl v rozsudku ze dne 3. června 2021, Rad Service a další (C-210/20, EU:C:2021:445, bod 28), potvrzen následovně: „V souladu s čl. 57 odst. 4 a 7 směrnice 2014/24 mají […] členské státy možnost neuplatnit fakultativní důvody pro vyloučení, které jsou v nich uvedeny, nebo je začlenit do vnitrostátní právní úpravy s mírou přísnosti, která se může lišit případ od případu v závislosti na právních, ekonomických nebo sociálních okolnostech panujících na vnitrostátní úrovni“.

[13] – Pro účely projednávané věci není podstatné, že nařízení s mocí zákona č. 111-B/2017 ponechalo beze změny některá ustanovení CCP, jež byla předtím platná.

[14] – Tohoto ustanovení se dovolává Toscca ve svém písemném vyjádření, v němž uvádí, že „portugalský zákonodárce *provedl* čl. 57 odst. 4 písm. d) směrnice 2014/24, přičemž *zachoval* znění čl. 70 odst. 2 písm. g) CCP (nyní ve znění vyplývajícím ze změny provedené v roce 2017)“. Kurzivou zvýraznil autor stanoviska.

[15] – Body 80 až 84 písemného vyjádření portugalské vlády. Vykládáme-li je ve spojení s předchozími body, v konečném důsledku poukazují na to, že portugalský zákonodárce začlenil prostřednictvím článku 70 CCP ve spojení s čl. 55 odst. 1 písm. f) sporný důvod pro vyloučení. Zcela jasně to vyjadřuje portugalská vláda v bodě 71 svého vyjádření: „ustanovení obsažená v čl. 55 odst. 1 písm. f) a čl. 70 odst. 2 písm. g) CCP jsou v naprostém souladu s ustanoveními směrnice 2014/24, zvláště s jejím čl. 57 odst. 4 písm. d)“.

39. Z výkladu obou těchto ustanovení CCP je totiž podle mého mínění zcela zjevné, že portugalský zákonodárce projevil jednoznačnou vůli zavést (nebo zachovat) [16] ve svém právním řádu ujednání, které je uvedeno v čl. 57 odst. 4 písm. d) směrnice 2014/24. Jak posledně jmenované ustanovení, tak i obě výše uvedená vnitrostátní ustanovení mají za cíl bojovat v oblasti zadávání veřejných zakázek proti dohodám uzavřeným mezi hospodářskými subjekty, jejichž cílem je narušení hospodářské soutěže.

40. Jinou otázkou je, zda portugalský zákonodárce tím, že upravil tento důvod pro vyloučení daným způsobem, postupoval striktně v souladu s čl. 57 odst. 4 písm. d) směrnice 2014/24, nebo zda naopak zvolil taková řešení, jež zmíněné ustanovení zkreslují, odchylují se od základních zásad, jež toto ustanovení zavádí, nebo neoprávněně omezují jeho působnost.

41. Soudní dvůr opakovaně prohlásil, že „[…] poté, co kterýkoli z […] [členských států] učiní rozhodnutí zakotvit jeden z fakultativních důvodů pro vyloučení podle směrnice 2014/24, musí respektovat základní znaky tohoto důvodu, které stanoví uvedená směrnice. Tím, že předepisuje, že členské státy musí brát ‚ohled na právo Unie', když stanoví ‚podmínky k provedení tohoto článku', čl. 57 odst. 7 směrnice 2014/24 brání tomu, aby členské státy zkreslily fakultativní důvody pro vyloučení, které toto ustanovení zakotvuje, nebo pominuly cíle a zásady, na kterých je každý z těchto důvodů založen." [17].

42. Z dále uvedených důvodů mám za to, že i když byl obsah čl. 57 odst. 4 písm. d) směrnice 2014/24 portugalskými právními předpisy začleněn do vnitrostátního právního řádu, toto provedení není zcela v souladu s danou směrnicí: konkrétně čl. 55 odst. 1 písm. f) CCP omezuje neodůvodněně oprávnění veřejného zadavatele vyloučit uchazeče používající koluzivní praktiky, neboť požaduje, aby jim AC předtím za jejich jednání uložil vedlejší sankci spočívající v zákazu účasti v zadávacích řízeních.

43. Výše uvedená situace však podle mého názoru neznamená, že nedošlo k provedení do vnitrostátního právního řádu, nýbrž to, že uskutečněné provedení je nedostatečné. Tato nedostatečnost by ostatně mohla být zhojena, pokud by byl čl. 70 odst. 2 písm. g) CCP vykládán *volněji*, tj. v souladu s čl. 57 odst. 4 písm. d) směrnice 2014/24 (konformní výklad) [18].

44. Domnívám se tedy, že toto řízení o předběžné otázce není vhodnou příležitostí k oživení diskuse ohledně oprávnění členských států nezačlenit fakultativní důvody pro vyloučení do svých vnitrostátních právních řádů, neboť portugalský zákonodárce se rozhodl právě pro opačné řešení (ačkoli toto řešení není z pohledu unijního práva dostatečně uspokojivé).

[16] – Ke splnění povinnosti provést ustanovení určité směrnice do vnitrostátního právního řádu postačuje, aby předchozí vnitrostátní právní úprava obsahovala předpisy, které z hmotněprávního hlediska daná ustanovení začleňují. Přizpůsobení vnitrostátního práva určité směrnici nemusí nutně znamenat, že její závazný obsah bude formálně a doslovně převzat prostřednictvím předpisu přijatého *po* přijetí dané směrnice. V tomto smyslu viz rozsudek ze dne 10. června 2021, Ultimo Portfolio Investment (Luxembourg) (C-303/20, EU:C:2021:479, body 33 až 36). Konkrétně v bodě 35 se prohlašuje, že k určení, „zda vnitrostátní právní úprava dostatečně provádí povinnosti vyplývající z dané směrnice, je nutné vzít v úvahu nejen právní úpravu specificky přijatou za účelem provedení této směrnice, ale rovněž všechny dostupné a použitelné právní normy".

[17] – Rozsudek Meca, bod 33.

[18] – Právě v tomto smyslu se zřejmě vyjádřil Tribunal central administrativo norte (Vrchní správní soud pro severní region) ve svém rozsudku ze dne 29. května 2020, když vyhověl návrhovému žádání, které vznesla Toscca. Tento závěr vyplývá z argumentů Infraestruturas shrnutých v bodě 7 předkládacího rozhodnutí: podle názoru výše uvedeného soudu čl. 70 odst. 2 písm. g) CCP „musí nutně zahrnovat i *minulé případy* indicií o protisoutěžních jednáních soutěžitelů, kteří nejsou přítomni, nebo indicií uvedených v nabídce soutěžitele" (kurzivou zvýraznil autor stanoviska).

45. Stávající judikatura Soudního dvora, která se týká oprávnění členských států v této oblasti, samozřejmě neopomíjí skutečnost, že členským státům byla uložena povinnost (článek 288 SFEU) usilovat o výsledek, jehož má být dosaženo na základě určité směrnice. Různá složení kolegií Soudního dvora dospěla na základě tohoto předpokladu k závěru, že provedení směrnice 2014/24, co se týče fakultativních důvodů pro vyloučení, je zajištěno za výše uvedených podmínek [19].

46. Obnovení diskuse, o které jsem se zmínil výše, by navíc bylo zvláště choulostivé s ohledem na to, že jeho výsledek:

– by mohl způsobit, že se fakultativní důvody pro vyloučení stanou povinnými bez zásahu ze strany členských států, na nějž odkazuje čl. 57 odst. 7 směrnice 2014/24;

– by mohl narušit jednotný režim, kterým se řídí odkazy na směrnici 2014/24, uvedené v ustanoveních směrnice 2014/25 týkajících se důvodů pro vyloučení. Podle čl. 80 odst. 1 třetího pododstavce posledně jmenované směrnice zahrnují kritéria a pravidla pro vyloučení zájemců fakultativní důvody pro vyloučení uvedené v čl. 57 odst. 4 směrnice 2014/24, *pokud tak vyžadují členské státy*.

B. První předběžná otázka

47. Předkládající soud si přeje zjistit, zda důvod pro vyloučení stanovený v čl. 57 odst. 4 písm. d) směrnice 2014/24 představuje „otázku vyhrazenou rozhodnutí“ veřejného zadavatele.

48. Tuto otázku již Soudní dvůr zodpověděl následujícími slovy: „ze znění čl. 57 odst. 4 směrnice 2014/24 vyplývá, že unijní normotvůrce měl v úmyslu pověřit veřejného zadavatele, a to pouze jeho, úkolem posoudit ve stadiu výběru uchazečů, zda by měl být zájemce nebo uchazeč ze zadávacího řízení vyloučen“ [20].

49. Toto prohlášení Soudního dvora je v souladu s čl. 56 odst. 1 písm. b) směrnice 2014/24: veřejný zadavatel musí ověřit, že „nabídka byla podána uchazečem, který nebyl vyloučen podle článku 57“. Každopádně je tedy věcí veřejného zadavatele, aby rozhodl, zda musí být některý z uchazečů ze zadávacího řízení vyloučen.

50. Výše uvedené kategorické prohlášení musí být nicméně zmírněno v případě, že bylo předchozím pravomocným rozhodnutím příslušného orgánu zjištěno jednání neslučitelné s přístupem k zadávacím řízením, nebo že bylo danému uchazeči takovým rozhodnutím zakázáno účastnit se takových řízení.

51. Za okolností, v nichž vyvstala tato otázka (tj. v situaci, kdy bylo uchazeči přičteno jednání narušující hospodářskou soutěž), mohou nastat tři různé scénáře:

– pokud byl hospodářský subjekt dříve pravomocným rozsudkem vyloučen z účasti v zadávacích řízeních (čl. 57 odst. 6 poslední pododstavec směrnice 2014/24) z důvodu jednání omezujících

[19] – Viz výše, poznámka pod čarou 12.

[20] – Rozsudek Meca, bod 34.

hospodářskou soutěž[21], veřejný zadavatel musí tento zákaz dodržet. Po celou dobu vyloučení vyplývající z rozsudku nemá hospodářský subjekt, jemuž byla zakázána účast, právo využít v členských státech, v nichž daný rozsudek vyvolává účinky, možnosti prokázat svou spolehlivost (nápravná opatření nebo opatření *self cleaning*)[22];

– pokud nebyl zákaz účasti uložen pravomocným rozsudkem, nýbrž rozhodnutím AC, veřejný zadavatel není tímto rozhodnutím bezvýhradně vázán: má možnost ověřit, zda daný hospodářský subjekt přijal nápravná opatření, která byla zmíněna výše, a i přesto mu umožnit účast v zadávacím řízení;

– to platí tím spíše, pokud AC nevydal žádný zákaz účasti v zadávacím řízení, avšak uložil hospodářskému subjektu sankci za koluzivní jednání.

52. Druhou a třetí z právě popsaných situací se budu dále zabývat v souvislosti s analýzou dalších předběžných otázek. Vzhledem k tomu, že znění první otázky je obecné, považuji za dostatečné ji zodpovědět ve smyslu obecného pravidla, aniž jsou dotčeny výjimky vyplývající ze samotné směrnice 2014/24.

C. Druhá předběžná otázka

53. Předkládající soud si v podstatě přeje zjistit, zda vnitrostátní zákonodárce může v souvislosti s čl. 57 odst. 4 písm. d) směrnice 2014/24 „zcela nahradit rozhodnutí, které má přijmout veřejný zadavatel“, jiným rozhodnutím, kterým AC ukládá hospodářskému subjektu vedlejší sankci spočívající v zákazu účasti v zadávacích řízeních.

54. Zákon č. 19/2012 umožňuje, aby AC uložil hospodářským subjektům, které se dopustily praktik omezujících hospodářskou soutěž, kromě pokuty také vedlejší sankci[23] spočívající v zákazu účasti v zadávacích řízeních, a to po určitou dobu [čl. 71 odst. 1 písm. b)].

55. Jak jsem již ovšem vysvětlil, AC výslovně rozhodl, že není namístě uložit Futrifer vedlejší sankci.

1. Nepřípustnost

56. Vycházíme-li z výše uvedeného předpokladu, tato otázka má ve vztahu k projednávané věci hypotetickou povahu, a to i přes značný význam, jehož může problém, na který předkládající soud upozornil, nabýt v jiných souvislostech i z obecného hlediska.

57. Daná otázka by měla smysl, pokud by bylo na základě rozhodnutí, jímž AC uložil zákaz účasti v zadávacích řízeních, nutné zjistit, tak jak to požaduje předkládající soud, nakolik toto rozhodnutí postačuje k tomu, aby „nahradilo“ (pozdější) rozhodnutí veřejného zadavatele.

[21] – Zákaz účasti v zadávacích řízeních může být vyhlášen pravomocným rozsudkem z důvodu protiprávních jednání, k nimž došlo v jiných oblastech právního řádu. Omezím se nyní pouze na zákazy uložené orgánem pro hospodářskou soutěž, což odpovídá situaci, která nastala v projednávané věci.

[22] – K výkladu obdobného pravidla uvedeného ve směrnici Evropského parlamentu a Rady 2014/23/EU ze dne 26. února 2014 o udělování koncesí (Úř. věst. 2014, L 94, s. 1), viz rozsudek ze dne 11. června 2020, Vert Marine (C-472/19, EU:C:2020:468, bod 20).

[23] – Zákon č. 19/2012 označuje tento zákaz za „sankci“. Právní povaha tohoto zákazu, která bývá v jiných právních řádech diskutována, proto není předmětem diskusi.

58. V řízení vedeném proti Futrifer bylo však naopak konstatováno, že AC vědomě neuložil tomuto subjektu vedlejší sankci spočívající v zákazu účasti v zadávacích řízeních, a proto mi není jasné, jaký význam by v projednávaném sporu mělo vyjadřovat se k následkům tohoto (neexistujícího) zákazu.

59. Druhá předběžná otázka je tedy nepřípustná [24].

2. Podpůrně k věci samé

60. Pro případ, že by Soudní dvůr můj názor nesdílel a rozhodl by se zabývat meritem této předběžné otázky, uvedu svůj postoj v tomto ohledu.

61. Mám za to, že (ponechám-li stranou případy, kdy byl zákaz účasti v zadávacích řízeních uložen pravomocným rozsudkem) [25] rozhodnutí, kterým AC zakazuje hospodářskému subjektu účast v zadávacích řízeních, není pro veřejného zadavatele natolik závazné, aby mohlo „zcela nahradit [jeho] rozhodnutí“.

62. I v takovém případě bude totiž veřejný zadavatel moci ověřit, zda hospodářský subjekt přijal nápravná opatření, na něž odkazuje čl. 57 odst. 6 směrnice 2014/24, a i přesto mu povolit účast v zadávacím řízení.

63. Je třeba připomenout, že hospodářský subjekt má jednoznačné právo prokázat svou spolehlivost prostřednictvím těchto nápravných opatření, přičemž toto právo mu přímo přiznává zmíněný čl. 57 odst. 6 směrnice 2014/24 [26].

64. Řešení, které navrhuji (tj. vyhradit veřejnému zadavateli oprávnění ověřit nápravná opatření bez ohledu na to, že orgán pro hospodářskou soutěž uložil zákaz účasti v zadávacích řízeních), umožňuje dosáhnout rovnováhy mezi těmito dvěma hledisky:

– na jednu stranu musí být zachována oprávnění veřejného zadavatele, který musí požívat volnosti při posuzování spolehlivosti zájemce, aniž je nutně vázán posouzeními jiných veřejných orgánů [27];

– na druhou stranu je třeba brát ohled na úkoly orgánů veřejné moci, které mají konkrétně stíhat jednání omezující hospodářskou soutěž [28]. Veřejný zadavatel musí brát rozhodnutí těchto orgánů v úvahu, neboť v konečném důsledku „může být jednání omezující hospodářskou soutěž prokázáno až po přijetí takového rozhodnutí, které skutky právně kvalifikuje v tomto smyslu“ [29].

[24] – Futrifer považuje za nepřípustnou celou žádost o rozhodnutí o předběžné otázce, neboť má za to, že všechny otázky jsou obecné a hypotetické, takže žádná z nich není relevantní pro rozhodnutí daného sporu. Komise je stručnější, přičemž vytýká předkládajícímu soudu, že „zřejmě žádá Soudní dvůr, aby se obecně a téměř abstraktně vyjádřil k provedení směrnice 2014/24“, avšak nevznáší žádnou námitku proti přípustnosti žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce. Osobně se domnívám, že výtka, kterou uvedla Futrifer, je správná, pokud jde o druhou a čtvrtou předběžnou otázku.

[25] – Viz body 50 a 51 tohoto stanoviska.

[26] – Rozsudek ze dne 14. ledna 2021, RTS infra a Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel (C-387/19, EU:C:2021:13, bod 48).

[27] – Odkazuji na stanovisko, které jsem přednesl ve věci Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 (C-267/18, EU:C:2019:393, bod 30).

[28] – Rozsudek ze dne 24. října 2018, Vossloh Laeis (C-124/17, EU:C:2018:855; dále jen „Vossloh Laeis“, body 25 a 26).

[29] – Rozsudek Vossloh Laeis, bod 39.

65. Je nicméně pravda, jak prohlásil Soudní dvůr ve světle bodu 102 odůvodnění směrnice 2014/24[30], že členské státy mají „široký prostor pro uvážení, pokud jde o určení orgánů pověřených posouzením vhodnosti nápravných opatření. […] [V] tomto ohledu […] členské státy mohou toto posouzení svěřit kterémukoli jinému orgánu mimo veřejného zadavatele nebo zadavatele“[31].

66. Znamená to, že v okamžiku, kdy se veřejný zadavatel rozhoduje, zda použije ustanovení obsažená v čl. 57 odst. 4 písm. d), může:

– buď sám vyloučit hospodářský subjekt, u něhož lze na základě dostatečně věrohodných informací dospět k závěru, že uzavřel s jinými hospodářskými subjekty dohody, jejichž cílem je narušení hospodářské soutěže, a to v případě, že neexistují žádná předchozí rozhodnutí vydaná jinými orgány;

– nebo pokud již tyto dohody narušující hospodářskou soutěž konstatoval příslušný orgán[32] a bez ohledu na to, zda zmíněný orgán uložil či neuložil zákaz účasti v zadávacích řízeních, posoudit, zda nápravná opatření uchazeče či zájemce prokazují jeho spolehlivost, a na základě čl. 57 odst. 6 směrnice 2014/24 tedy nemá být vyloučen z účasti v zadávacím řízení. Členský stát může nicméně pověřit posouzením nápravných opatření jiný orgán než veřejného zadavatele, který se pak musí tímto posouzením řídit.

D. Třetí předběžná otázka

67. Třetí předběžná otázka, soudě podle jejího znění, obsahuje ve skutečnosti dva dotazy:

– zaprvé zda může být „rozhodnutí veřejného zadavatele o ‚spolehlivosti‘ hospodářského subjektu z hlediska dodržení (či nedodržení) pravidel hospodářské soutěže“ vydáno „mimo konkrétní zadávací řízení“;

– zadruhé zda musí být toto posouzení spolehlivosti hospodářského subjektu „dostatečně odůvodněno“ provedením „nezávislého posouzení“ ze strany veřejného zadavatele, které mohou ostatní uchazeči napadnout[33].

68. I tato otázka zřejmě vychází z předpokladu, že před vydáním rozhodnutí veřejného zadavatele uložil AC vedlejší opatření (zákaz účasti v zadávacích řízeních). Na základě tohoto předpokladu si předkládající soud přeje zjistit, zda jsou důvody, na nichž se zakládá vedlejší opatření, „stejného druhu a stejné povahy“ jako „posouzení spolehlivosti“, které musí provést veřejný zadavatel[34].

[30] – „[Členské státy by] [m]ěly […] mít zejména možnost svobodně rozhodnout, zda ponechají provedení příslušného posouzení na jednotlivých veřejných zadavatelích, nebo svěří tento úkol jiným orgánům na ústřední či neústřední úrovni.“

[31] – Rozsudek ze dne 11. června 2020, Vert Marine (C-472/19, EU:C:2020:468, bod 29).

[32] – Pokud jde o vztah mezi rozhodnutími orgánu pro hospodářskou soutěž a rozhodnutími veřejných zadavatelů, viz body 25 až 33 rozsudku Vossloh Laeis.

[33] – Předkládací rozhodnutí, bod 2.2.6 třetí pododstavec.

[34] – Předkládající soud má za to, že v projednávané věci „veřejný zadavatel nijak neusiluje o to, aby sám posoudil ‚spolehlivost‘ uchazeče […]. Tvrdí naopak, že nemá povinnost toto posouzení provést, neboť je již obsaženo v rozhodnutí, které přijal AC“ (bod 2.2.6 pátý pododstavec předkládacího rozhodnutí).

69. Chápeme-li otázku tímto způsobem, vyvstávají tytéž problémy nepřípustnosti (související s hypotetickou povahou otázky), jaké již byly zmíněny v souvislosti s druhou otázkou. Předkládající soud však v rámci své argumentace upozorňuje na možnost, že by se veřejný zadavatel rozhodl připustit spolehlivost hospodářského subjektu i přesto, že mu byly uloženy sankce za koluzivní jednání, mezi něž však nepatřil zákaz účasti v zadávacích řízeních [35].

70. Při zodpovězení obou dotazů budu tedy vycházet z postoje předkládajícího soudu, který byl právě vysvětlen.

1. Posouzení spolehlivosti či způsobilosti, které provádí veřejný zadavatel

71. Odpověď na tuto část předběžné otázky vyplývá ve skutečnosti ze způsobu, jakým jsem již zodpověděl obě předchozí otázky. Veřejný zadavatel si v plném rozsahu ponechává svou pravomoc posoudit výše popsaným způsobem spolehlivost uchazeče nebo zájemce po vydání rozhodnutí orgánu pro hospodářskou soutěž.

72. Jak se uvádí v bodě 101 odůvodnění směrnice 2014/24, „[v]eřejní zadavatelé by […] měli mít možnost vyloučit hospodářské subjekty, které se ukázaly jako nespolehlivé, a to například z důvodu […] jiných druhů vážného profesního pochybení, jako je porušení pravidel hospodářské soutěže“ [36]. Ve druhém pododstavci téhož bodu odůvodnění je zmíněno plnění u dřívějších zakázek, „jež vyvolává vážné pochybnosti ohledně spolehlivosti daného hospodářského subjektu“ [37].

73. Není překvapivé, že Soudní dvůr ve světle tohoto bodu odůvodnění prohlásil: „možnost vyloučit uchazeče ze zadávacího řízení, jíž disponuje každý veřejný zadavatel, je zvláště určena k tomu, aby mu umožnila posoudit důvěryhodnost a spolehlivost každého uchazeče“ [38].

74. Fakultativní důvody pro vyloučení tedy umožňují členským státům plnit cíle obecného zájmu a každopádně mají poskytnout záruky spolehlivosti [39], řádné péče, profesní bezúhonnosti a zodpovědnosti uchazeče [40].

75. Konkrétně v souvislosti s „cílem, ze kterého vychází čl. 57 odst. 4 směrnice 2014/24“, Soudní dvůr rozhodl, že „možnost, či dokonce povinnost veřejného zadavatele vyloučit hospodářský subjekt z účasti na zadávacím řízení je konkrétně určena k tomu, aby mu umožnila posoudit integritu a spolehlivost každého hospodářského subjektu“ [41].

76. Správný výklad čl. 57 odst. 4 písm. d) směrnice 2014/24 ostatně vyžaduje, aby se ověření integrity a spolehlivosti uchazeče vztahovalo i na jeho *minulé* jednání omezující hospodářskou soutěž, a nikoli pouze na koluzivní dohody uzavřené v rámci „konkrétního“ zadávacího řízení, v němž musí veřejný zadavatel rozhodnout.

35 – Tento závěr lze, ač ne zcela jednoznačně, vyvodit z bodu 2.2.6 předkládacího rozhodnutí.

36 – Kurzivou zvýraznil autor stanoviska.

37 – Viz rozsudek Meca, bod 30.

38 – Tamtéž, bod 29.

39 – Již ve stanovisku, které jsem přednesl ve věci Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 (C-267/18, EU:C:2019:393, bod 28), jsem uvedl, že „[s]měrnice 2014/24 zahrnuje spolehlivost mezi klíčové složky vztahu“ mezi veřejným zadavatelem a uchazečem.

40 – Rozsudek ze dne 10. července 2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici (C-358/12, EU:C:2014:2063, body 29, 31 a 32).

41 – Rozsudek ze dne 30. ledna 2020, Tim (C-395/18, EU:C:2020:58, bod 41).

77. Vyplývá to zejména z čl. 57 odst. 5 druhého pododstavce směrnice 2014/24, podle něhož mohou veřejní zadavatelé vyloučit hospodářský subjekt, pokud se ukáže, že „hospodářský subjekt se s ohledem na jednání či opomenutí, k němuž došlo buď *před zahájením řízení*, nebo v jeho průběhu, nachází v jedné ze situací uvedených v odstavci 4“ [42].

78. K výše uvedeným úvahám je třeba dodat, že veřejný zadavatel může namísto toho použít čl. 57 odst. 4 písm. c) směrnice 2014/24 a své rozhodnutí vyloučit uchazeče založit na okolnosti, že se posledně jmenovaný dopustil vážného profesního pochybení.

79. Pojem „vážné profesní pochybení“, které je podle portugalských právních předpisů jedním z důvodů pro vyloučení [43], se může vztahovat i na jednání omezující hospodářskou soutěž, ačkoli pro posledně jmenovaná jednání existuje zvláštní druh vyloučení: potvrzuje to výše uvedený bod 101 odůvodnění směrnice 2014/24, který (v témže duchu, v jakém se vyjadřuje Soudní dvůr v souvislosti s předchozí směrnicí) [44] označuje porušení pravidel hospodářské soutěže za vážné profesní pochybení [45].

80. Jak bylo zdůrazněno na jednání, je pravda, že tato možnost představuje určité překrytí obou fakultativních důvodů pro vyloučení. Přesto se však domnívám, že chápeme-li jejich vztah v tom smyslu, že se vzájemně doplňují, může užitečně přispět ke splnění cílů směrnice 2014/24.

81. Nastane-li situace uvedená v čl. 57 odst. 4 písm. d) směrnice 2014/24, je logické, aby veřejný zadavatel uplatnil tento důvod pro vyloučení. Na ostatní druhy jednání, jež sice porušují pravidla hospodářské soutěže, avšak nemají povahu „[dohod uzavřených] s jinými hospodářskými subjekty“, může použít obecnější obsah písmene c).

82. Je-li cílem poskytnout veřejnému zadavateli více možností posuzovat spolehlivost uchazečů a zájemců, neshledávám žádné důvody, z nichž by měly být omezovány jeho pravomoci týkající se určení, k jakému „porušení pravidel hospodářské soutěže“ došlo. I tentokrát bod 101 odůvodnění směrnice 2014/24 umožňuje, aby byla způsobem, který byl popsán výše, použita písmena c) a d) jejího čl. 57 odst. 4. Může tedy dojít k souběhu norem, který musí osoba podávající výklad vyřešit tak, že použije tu z nich, která nejlépe vyhovuje okolnostem konkrétního případu.

2. Povinnost uvést odůvodnění

83. Veřejnému zadavateli se ukládá, aby „provedl konkrétní a individuální posouzení chování dotyčného subjektu“ [46]. Toto posouzení se musí promítnout do odůvodnění přijatého aktu, které umožňuje jeho adresátům i případným konkurentům napadnout tento akt podáním žaloby [47].

[42] – Kurzivou zvýraznil autor stanoviska.

[43] – Článek 55 odst. 1 písm. c) CCP stanoví, že fyzickým či právnickým osobám, kterým byla uložena správní sankce za vážné profesní pochybení, je zakázána účast v zadávacích řízeních.

[44] – Usnesení ze dne 4. června 2019, Consorzio Nazionale Servizi (C-425/18, EU:C:2019:476), které se týká čl. 45 odst. 2 prvního pododstavce směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES ze dne 31. března 2004 o koordinaci postupů při zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb (Úř. věst. 2004, L 134, s. 114; Zvl. vyd. 06/07, s. 19).

[45] – Pokud jde o „Rozsah důvodu pro vyloučení v souvislosti s tajnými ujednáními: zahrnutí jednání ve vzájemné shodě a vzájemného působení do důvodu pro vyloučení na základě vážného profesního pochybení“, lze doporučit výklad podaný v bodě 5.2 Sdělení Evropské komise o nástrojích pro boj proti tajným ujednáním při zadávání veřejných zakázek a o pokynech, jak uplatňovat související důvod pro vyloučení (2021/C 91/01).

[46] – Rozsudek ze dne 7. září 2021, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras (C-927/19, EU:C:2021:700, bod 157), v němž je citován rozsudek ze dne 9. listopadu 2017, LS Customs Services (C-46/16, EU:C:2017:839, bod 39), a citovaná judikatura.

[47] – Tamtéž, bod 120.

84. Pokud jeden ze soutěžitelů tvrdí, že jiný soutěžitel podléhá některému z důvodů pro vyloučení podle čl. 57 odst. 4 písm. d) směrnice 2014/24 (což nastalo v projednávaném případě), veřejný zadavatel bude muset konkrétně vysvětlit, proč považuje tohoto zájemce za spolehlivého. Toto odůvodnění bude muset případně zahrnovat i posouzení nápravných opatření přijatých uchazečem, jemuž byla uložena sankce [48].

85. Povinnost uvést odůvodnění je splněna i tím, že veřejný zadavatel přímo nebo prostřednictvím odkazu převezme argumenty, na základě nichž odvětvový orgán (jímž je v projednávané věci AC) prohlásil, že určitý hospodářský subjekt uzavřel s jinými hospodářskými subjekty dohody, jejichž cílem je narušení hospodářské soutěže.

E. Čtvrtá předběžná otázka

86. Předkládající soud má pochybnosti, zda je „řešení přijaté v portugalském právu prostřednictvím čl. 55 odst. 1 písm. f) CCP“ slučitelné s čl. 57 odst. 4 písm. d) směrnice 2014/24.

87. Způsob, jakým předkládající soud vykládá toto ustanovení CCP (jímž se musí Soudní dvůr řídit, neboť pochází od nejvyššího portugalského správního soudu), je následující: pokud je vyloučení hospodářského subjektu důsledkem „porušení pravidel hospodářské soutěže, k němuž došlo mimo dotčené zadávací řízení“, podle čl. 55 odst. 1 písm. f) CCP je toto vyloučení závislé na rozhodnutí AC „ohledně uložení vedlejší sankce spočívající v zákazu účasti v zadávacích řízeních“. Předkládající soud dodává, že v takovém řízení posuzuje AC relevantnost přijatých nápravných opatření.

88. Z týchž důvodů, jaké byly zmíněny v rámci analýzy druhé předběžné otázky [49], by měla být tato otázka považována za hypotetickou, neboť

– zaprvé AC výslovně odmítl uložit Futrifer vedlejší sankci za její jednání;

– zadruhé ze spisu nevyplývá, že by se některý ze soutěžících hospodářských subjektů dovolával přijetí nápravných opatření uvedených v čl. 57 odst. 6 směrnice 2014/24, aby odstranil (neexistující) předchozí zákaz účasti v zadávacích řízeních.

89. Dotazy, které položil předkládající soud, proto překračují ve světle posuzovaných skutečností rámec projednávaného sporu a ve skutečnosti směřují k tomu, aby Soudní dvůr poskytl poradní stanovisko týkající se hledisek, jež s těmito skutečnostmi vůbec nesouvisí.

90. Ve snaze vyhnout se námitce nepřípustnosti by mohla být tato otázka přeformulována v tom smyslu, že se týká případu, kdy AC považuje koluzivní dohodu za prokázanou a uloží za ni sankci, avšak bez zákazu účasti v zadávacích řízeních.

[48] – Článek 57 odst. 6 třetí pododstavec směrnice 2014/24 stanoví, že „[p]okud jsou opatření [přijatá hospodářskými subjekty] považována za nedostatečná, obdrží příslušný hospodářský subjekt odůvodnění tohoto rozhodnutí“. Toto ustanovení však nebrání tomu, aby bylo odůvodnění uplatněno v opačném případě, tj. pokud to vyžaduje jiný soutěžící hospodářský subjekt, aby prosadil vyloučení svého protivníka.

[49] – Rozdíl oproti druhé předběžné otázce spočívá v tom, že nyní upozorňuje předkládající soud na to, že podle portugalského práva je AC v případě uložení vedlejší sankce spočívající v zákazu účasti v zadávacích řízeních příslušný rovněž k tomu, aby rozhodl o tom, zda má být hospodářský subjekt, jemuž byla uložena sankce, rehabilitován.

91. Odpověď, kterou navrhuji, každopádně vychází z výše uvedených úvah, bez ohledu na to, zda bude zmíněným způsobem přeformulována, nebo řešena podpůrně. V tomto smyslu:

– vnitrostátní právní předpis (nebo jeho výklad), podle něhož je nezbytnou podmínkou použití čl. 57 odst. 4 písm. d) směrnice 2014/24 existence předchozího rozhodnutí orgánu pro hospodářskou soutěž, není slučitelný s uvedeným článkem;

– členské státy mohou pověřit posouzením nápravných opatření jiné orgány než veřejné zadavatele, jako např. AC. Je věcí předkládajícího soudu, aby ověřil, zda je tomu tak v portugalském právním řádu, a v kladném případě zjistil, zda „k tomu zavedený vnitrostátní režim je v souladu se všemi požadavky stanovenými v čl. [57 odst. 6 směrnice 2014/24]“ [50].

F. Pátá předběžná otázka

92. Předkládající soud se zaměřuje na čl. 70 odst. 2 písm. g) CCP, aby zjistil, zda je jeho obsah v souladu s čl. 57 odst. 4 písm. d) směrnice 2014/24.

93. Způsob, jakým předkládající soud vykládá tento článek CCP, jej vede k prohlášení, že „omezuje možnost vyloučit nabídku z důvodu existence závažných indicií o jednáních, dohodách, praktikách nebo informacích, které mohou narušit pravidla hospodářské soutěže, na konkrétní zadávací řízení, v němž byly tyto praktiky zjištěny“.

94. Článek 70 CCP odkazuje, alespoň podle svého znění, na pozdější etapu zadávacího řízení: zatímco článek 55 se použije v počáteční fázi (výběr hospodářského subjektu na základě kvalifikačních kritérií), článek 70 se týká následné fáze (analýza předložených nabídek). Je logické, že do této druhé fáze postoupí pouze ten uchazeč nebo zájemce, který prošel první fází, tj. ten, který nebyl předem vyloučen z účasti v řízení.

95. Nic tedy nebrání vnitrostátnímu ustanovení, jestliže jeho výklad nijak nenarušuje oprávnění veřejného zadavatele posoudit, zda se uchazeč před zahájením konkrétního zadávacího řízení, v němž má veřejný zadavatel zadat zakázku, dopustil jednání narušujícího hospodářskou soutěž, které je relevantní pro jeho vyloučení.

96. Jinými slovy, nebude porušeno žádné ustanovení směrnice 2014/24, pokud se čl. 70 odst. 2 písm. g) CCP omezí pouze na to, že povoluje, aby veřejný zadavatel sám vyloučil nabídku uchazeče, zjistí-li, že je tato nabídka důsledkem koluzivních jednání v rámci konkrétního zadávacího řízení [51].

97. Znění čl. 57 odst. 4 písm. d) směrnice 2014/24 je natolik široké, že pojme nejrůznější způsoby, jimiž se veřejný zadavatel může dozvědět o jednání uchazeče, jejichž cílem je narušení hospodářské soutěže.

[50] – Rozsudek ze dne 11. června 2020, Vert Marine (C-472/19, EU:C:2020:468, body 31 a 38, jakož i bod 2 výroku).

[51] – Je věcí předkládajícího soudu, aby navíc určil, zda by čl. 70 odst. 2 písm. g) CCP mohl být vykládán ve smyslu, který jsem zmínil v poznámce pod čarou 18.

98. Ve stanovisku ve věci Vossloh Laeis jsem uvedl, že článek 57 směrnice 2014/24 svěřuje veřejným zadavatelům některé úlohy s vyšetřujícími konotacemi [52], a v rozsudku vydaném v této věci Soudní dvůr tento postoj převzal [53].

99. Při plnění těchto úloh jsou veřejní zadavatelé oprávněni k tomu, aby odhalovali existenci dohod narušujících hospodářskou soutěž, jež uchazeči uzavírají v souvislosti s probíhajícím zadávacím řízením. Jak uvádí Komise, je možné, že prokázat jednání omezující hospodářskou soutěž může být pro veřejného zadavatele obtížné. Těmito obtížemi, jež nejsou ostatně v praxi nepřekonatelné, nelze odůvodnit omezení pravomoci veřejného zadavatele posoudit koluzivní jednání, jehož existenci sám zjistil.

V. Závěry

100. Na základě všech výše uvedených úvah navrhuji, aby Soudní dvůr prohlásil druhou a čtvrtou předběžnou otázku za nepřípustnou a aby odpověděl Supremo Tribunal Administrativo (Nejvyšší správní soud, Portugalsko) následovně:

„Článek 57 odst. 4 písm. d) směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES

musí být vykládán v tom smyslu, že

– při posouzení fakultativního důvodu pro vyloučení uvedeného v tomto ustanovení není veřejný zadavatel vázán rozhodnutími jiných orgánů, ledaže byl hospodářský subjekt vyloučen pravomocným rozsudkem z účasti v zadávacích řízeních na dobu vyloučení vyplývající z uvedeného rozsudku v členských státech, v nichž daný rozsudek vyvolává účinky;

– veřejný zadavatel musí přímo nebo prostřednictvím odkazu odůvodnit, z jakých důvodů připouští k účasti v zadávacím řízení uchazeče, jemuž byla předtím uložena sankce za jednání omezující hospodářskou soutěž;

– nebrání vnitrostátnímu právnímu předpisu, který povoluje veřejnému zadavateli, aby vyloučil nabídku z důvodu existence závažných indicií o jednáních, dohodách, praktikách nebo informacích, které mohou v konkrétním zadávacím řízení, v němž byly tyto praktiky zjištěny, narušit pravidla hospodářské soutěže.

Podpůrně navrhuji, aby Soudní dvůr odpověděl na druhou a čtvrtou předběžnou otázku následovně:

– Pokud orgán pro hospodářskou soutěž uložil hospodářskému subjektu vedlejší sankci spočívající v zákazu účasti v zadávacích řízeních na určitou dobu, veřejný zadavatel je nadále oprávněn nevyloučit jej ze zadávacího řízení, existují-li okolnosti uvedené v čl. 57 odst. 6 směrnice 2014/24.

– Hospodářský subjekt má právo doložit, že přijal opatření, která postačují k prokázání jeho spolehlivosti na základě čl. 57 odst. 6 směrnice 2014/24 a která musí veřejný zadavatel (nebo orgán k tomu oprávněný na základě vnitrostátního práva) posoudit i v případě, že orgán pro

[52] – C-124/17, EU:C:2018:316, body 46 až 49.

[53] – Rozsudek Vossloh Laeis, bod 24 a násl.

hospodářskou soutěž uložil tomuto hospodářskému subjektu vedlejší sankci spočívající v zákazu účasti v zadávacích řízeních.“