Sbírka soudních rozhodnutí

STANOVISKO GENERÁLNÍHO ADVOKÁTA
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONY
přednesené dne 8. května 2019 [1]

**Věc C-267/18**

**Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 SA**
**proti**
**Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA**

[žádost o rozhodnutí o předběžné otázce podaná Curtea de Apel Bucureşti (odvolací soud v Bukurešti, Rumunsko)]

„Předběžná otázka – Směrnice 2014/24/EU – Zadávání veřejných zakázek – Fakultativní důvody pro vyloučení – Vyloučení hospodářského subjektu z účasti v zadávacím řízení z důvodu ukončení dřívější zakázky kvůli využití subdodavatele, jež nebylo oznámeno veřejnému zadavateli – Pojem ‚závažné nebo trvalé pochybení' – Zadržování informací o ukončení dřívější veřejné zakázky – Informace o účasti subdodavatelů na provádění veřejné zakázky – Cíle a účel – Závažnost zadržování informací"

1. Směrnice 2014/24/EU [2] umožňuje vyloučit ze zadávacích řízení uchazeče, který se „v rámci dřívější veřejné zakázky" dopustil „závažných nebo trvalých pochybení při plnění zásadního požadavku, jež vedl[a] k předčasnému ukončení této dřívější veřejné zakázky" [čl. 57 odst. 4 písm. g)].

2. Rumunský předkládající soud se obrací na Soudní dvůr se svými pochybnosti o tom, zda se toto ustanovení použije, když bylo „ukončení dřívější veřejné zakázky" vyvoláno tím, že úspěšný uchazeč zadal část stavebních prací subdodavateli, aniž to oznámil správnímu orgánu. K této okolnosti přistoupila skutečnost, že v novém zadávacím řízení tento hospodářský subjekt (druhému) veřejnému zadavateli také neoznámil předčasné ukončení dřívější veřejné zakázky.

## I. Právní rámec

### *A. Unijní právo. Směrnice 2014/24*

3. Bod 101 odůvodnění uvádí:

„Veřejní zadavatelé by dále měli mít možnost vyloučit hospodářské subjekty, které se ukázaly jako nespolehlivé, a to například z důvodu porušení environmentálních nebo sociálních povinností, včetně pravidel pro přístupnost osobám se zdravotním postižením[,] nebo jiných druhů vážného profesního pochybení, jako je porušení pravidel hospodářské soutěže nebo práv duševního vlastnictví. Je třeba upřesnit, že vážné profesní pochybení může zpochybnit důvěryhodnost hospodářského subjektu a učinit jej nezpůsobilým pro zadání veřejné zakázky bez ohledu na to, zda by daný hospodářský subjekt byl jinak technicky a ekonomicky způsobilý k plnění zakázky.

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).

Vzhledem k tomu, že veřejný zadavatel ponese odpovědnost za důsledky svého případného chybného rozhodnutí, by veřejní zadavatelé měli i nadále mít možnost se domnívat, že došlo k vážnému profesnímu pochybení, mohou-li před vydáním konečného a závazného rozhodnutí o existenci důvodů pro povinné vyloučení jakýmkoli vhodným způsobem prokázat, že daný hospodářský subjekt porušil své povinnosti, včetně povinností spojených s platbou daní nebo příspěvků sociálního zabezpečení, nestanoví-li vnitrostátní právní předpisy jinak. Zároveň by měli mít možnost vyloučit zájemce nebo uchazeče, jejichž plnění u dřívějších veřejných zakázek vykazovalo závažné nedostatky s ohledem na základní požadavky, například absenci dodávky nebo výkonu, významné nedostatky dodaného výrobku nebo služby, které výrobek nebo službu činí neupotřebitelným pro zamýšlený účel, nebo pochybení, jež vyvolává vážné pochybnosti ohledně spolehlivosti daného hospodářského subjektu. Vnitrostátní právo by mělo stanovit maximální dobu takových vyloučení.

Při použití fakultativních důvodů pro vyloučení by veřejní zadavatelé měli věnovat zvláštní pozornost zásadě proporcionality. Drobné nesrovnalosti by měly vést k vyloučení hospodářského subjektu pouze ve výjimečných případech. Nicméně opakované případy drobných nesrovnalostí mohou vést k pochybnostem o spolehlivosti hospodářského subjektu, což by mohlo odůvodnit vyloučení.“

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;

[…]

g) pokud se hospodářský subjekt v rámci dřívější veřejné zakázky, dřívějšího smluvního vztahu s veřejným zadavatelem nebo dřívější koncesní smlouvy dopustil závažných nebo trvalých pochybení při plnění zásadního požadavku, jež vedl[a] k předčasnému ukončení této dřívější veřejné zakázky, náhradě škody nebo jiným srovnatelným sankcím;

h) pokud hospodářský subjekt závažným způsobem zkresloval poskytované informace, potřebné k ověření neexistence důvodů pro vyloučení nebo splnění kvalifikačních kritérií pro výběr, pokud takové informace zadržel nebo není s to předložit další podklady požadované podle článku 59 […]

[…]

5. Veřejní zadavatelé kdykoli v průběhu zadávacího řízení vyloučí 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 odstavcích 1 a 2.

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.

[…]“

5. Článek 71 („Využití subdodavatele“) uvádí:

„[…]

2. V zadávací dokumentaci může veřejný zadavatel od uchazečů požadovat nebo mu může být členským státem uložena povinnost od uchazečů požadovat, aby ve své nabídce uvedli, ve spojitosti s jakou částí veřejné zakázky případně zamýšlejí zapojit třetí osoby, a všechny navrhované subdodavatele.

[…]

5. V případě veřejných zakázek na stavební práce a služeb, které mají být poskytnuty v zařízení pod přímým dohledem veřejného zadavatele, požádá veřejný zadavatel po zadání veřejné zakázky, avšak nejpozději v době zahájení plnění veřejné zakázky, hlavního dodavatele, aby mu sdělil jméno, kontaktní údaje a právní zástupce subdodavatelů zapojených do těchto stavebních prací či služeb, jsou-li v dané době známi. Veřejný zadavatel požádá hlavního dodavatele, aby mu po dobu trvání veřejné zakázky sděloval veškeré změny těchto informací, jakož i informací požadovaných v případě všech nových subdodavatelů, které následně zapojí do těchto stavebních prací či služeb.

Bez ohledu na první pododstavec, mohou členské státy povinnost poskytovat požadované informace uložit přímo hlavnímu dodavateli.

Je-li to nezbytné pro účely odst. 6 písm. b) tohoto článku, musí být požadované informace doplněny vlastními prohlášeními subdodavatelů, jak je stanoveno v článku 59. […]

6. S cílem předejít porušení povinností uvedených v čl. 18 odst. 2 lze přijmout patřičná opatření, jako například:

[…]

b) veřejní zadavatelé mohou v souladu s články 59, 60 a 61 ověřit nebo po nich mohou členské státy požadovat, aby ověřili, zda existují důvody pro vyloučení subdodavatelů podle článku 57. V těchto případech veřejný zadavatel požádá hospodářský subjekt, aby nahradil subdodavatele, u něhož se při ověření prokázalo, že existují povinné důvody pro vyloučení. Veřejný zadavatel může požadovat, nebo po něm může tento požadavek vyžadovat členský stát, aby hospodářský subjekt nahradil subdodavatele, u něhož se při ověření prokázalo, že existují nepovinné důvody pro vyloučení.

[…]“

***B. Vnitrostátní právo. Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice [zákon č. 98/2016 o zadávání veřejných zakázek (dále jen zákon č. 98/2016)]***

6. Článek 167 zní:

„(1) Veřejný zadavatel vyloučí ze zadávacího řízení na veřejnou zakázku nebo rámcovou dohodu jakýkoli hospodářský subjekt, pokud:

[…]

g) hospodářský subjekt závažně nebo opakovaně porušil své hlavní povinnosti ve vztahu k dřívější veřejné zakázce, odvětvové smlouvě nebo koncesní smlouvě a tato porušení vedla k předčasnému ukončení této dřívější veřejné zakázky, úhradě náhrady škody nebo jiným srovnatelným sankcím;

h) hospodářský subjekt závažným způsobem zkresloval informace poskytované veřejnému zadavateli pro účely ověření neexistence důvodů pro vyloučení nebo splnění kvalifikačních kritérií pro výběr, takové informace zadržel nebo není s to předložit další požadované podklady;

[…]

(8) Pro účely odstavce 1 písm. g) se za závažné porušení smluvních povinností považuje například nesplnění smlouvy, dodání, předání nebo poskytnutí výrobků, služeb nebo stavebních prací, jež vykazují zásadní nedostatky, které je činí nezpůsobilé pro použití v souladu s účelem stanoveným ve smlouvě.“

7. Článek 171 stanoví:

„(1) Každý hospodářský subjekt, který se nachází v jedné ze situací uvedených v článcích 164 a 167, které s sebou nesou vyloučení ze zadávacího řízení, může poskytnout důkazy, že přijal opatření, která jsou dostatečná ke konkrétnímu prokázání jeho spolehlivosti navzdory existenci důvodů pro vyloučení.

(2) Pokud veřejný zadavatel shledá, že důkazy předložené hospodářským subjektem podle odstavce 1 jsou dostatečné ke konkrétnímu prokázání jeho spolehlivosti, hospodářský subjekt ze zadávacího řízení nevyloučí.

(3) Důkazy, které hospodářský subjekt, jenž se nachází v některé ze situací uvedených v článcích 164 a 167, může veřejnému zadavateli ve smyslu odstavce 1 poskytnout, zahrnují ze strany hospodářského subjektu úhradu nebo přijetí závazku uhradit náhradu případné škody způsobené trestným činem nebo jiným protiprávním jednáním, celkové objasnění skutečností a okolností, za nichž došlo k trestnému činu nebo jinému protiprávnímu jednání, cestou aktivní spolupráce s vyšetřujícími orgány, jakož i přijetí konkrétních a vhodných technických, organizačních a personálních opatření, jako je přerušení vztahů s osobami a organizacemi zapojenými do nedovoleného jednání, opatření týkající se personální reorganizace, zavedení systémů kontroly a oznamování, vytvoření struktury interního auditu s cílem ověřit dodržování ustanovení zákonů a jiných předpisů nebo přijetí vnitřních předpisů o odpovědnosti a náhradě škody, s cílem předejít spáchání nových trestných činů nebo jiného protiprávního jednání.

[…]“

## II. Skutkový stav a předběžná otázka

8. Obec Râmnicu Vâlcea (Rumunsko) dne 3. října 2010 zadala společnosti Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 SA (dále jen „společnost Delta“) a dalším dvěma společnostem, s nimiž tvořila dočasné sdružení podniků („DSP1“), zakázku na stavební práce k přestavbě a modernizaci rekreačního zařízení.

9. Dne 7. června 2017 se obec rozhodla veřejnou zakázku ukončit s tím, že DSP1 porušilo smlouvu, neboť významnou část stavebních prací bez jejího předchozího souhlasu zadalo subdodavateli, třebaže zadávací dokumentace obsahovala ustanovení, že bez souhlasu veřejného zadavatele se na provádění zakázky nemůže účastnit žádný subdodavatel [3].

10. Předčasné ukončení zakázky z důvodů přičitatelných DSP1 bylo dne 25. července 2017 oznámeno na online platformě Sistemul Electronic de Achiziții Publice (elektronický systém pro zadávání veřejných zakázek; dále jen „elektronický systém“).

11. Dne 27. července 2017 Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA (státní podnik pro správu silniční infrastruktury; dále jen „CNAIR“) vyhlásil zadávací řízení na stavební práce „Proiectare și execuție lărgire la 4 benzi DN 7 Bâldana-Titu km 30 + 950 – 52 + 350“ [Návrh a realizace rozšíření státní silnice Bâldana-Titu km 30 + 950 – 52 + 350 na čtyřproudovou silnici] v odhadované výši 210 627 629 RON (46 806 139,78 eura) s dobou trvání 84 měsíců.

12. Společnost Delta spolu s dalšími dvěma společnostmi vytvořila nové dočasné sdružení podniků („DSP2“) a přihlásila se do zadávacího řízení jako uchazeč. Ve své žádosti o účast tvrdila, že se jí netýká žádný důvod pro vyloučení.

13. Hodnotící komise CNAIR prostřednictvím elektronického systému zjistila existenci potvrzení vydaného obcí Râmnicu Vâlcea, které dokládalo ukončení smlouvy o zakázce mezi DSP1 a touto obcí.

14. Hodnotící komise CNAIR dne 18. prosince 2017 po slyšení společnosti Delta a obce Râmnicu Vâlcea vyloučila DSP2 ze zadávacího řízení na rozšíření státní silnice. K tomu uvedla, že předčasné ukončení dřívější zakázky a neuvedení této skutečnosti ve druhém zadávacím řízení jsou důvody pro vyloučení stanovené v čl. 167 odst. 1 písm. g) a h) zákona č. 98/2016.

15. DSP2 navrhlo veřejnému zadavateli, aby rozhodnutí o vyloučení zrušil a znovu přezkoumal jeho nabídku. Jelikož CNAIR neodpověděl, podalo stížnost Národní radě pro řešení stížností (dále jen „NRŘS“).

16. NRŘS dne 2. února 2018 stížnost zamítla, přičemž uvedla, že:

– je příslušná k přezkumu zákonnosti rozhodnutí o vyloučení nabídky a k ověření, zda nastal zákonem stanovený případ vyloučení, nikoli však k posouzení zákonnosti potvrzení;

– vzhledem k tomu, že toto potvrzení požívá presumpce zákonnosti, dokládalo závažnost porušení povinností vyplývajících z dřívější veřejné zakázky;

– DSP2 se dovolávalo pouze důvodů týkajících se nezákonnosti potvrzení, aniž předložilo důkazy své spolehlivosti podle článku 171 zákona č. 98/2016.

3 – V témže rozhodnutí byla vypočtena vzniklá škoda na částku 2 345 299,70 lei (RON) (521 000 eur).

17. Rozhodnutí NRŘS bylo napadeno u předkládajícího soudu dne 16. února 2018. Žaloba ve shrnutí obsahovala následující tvrzení: a) že potvrzení není s to osvědčit, že se společnost Delta dopustila závažného a opakovaného porušení svých smluvních povinností; a b) že i za předpokladu, že by tvrzení odpovídalo skutečnosti, nelze sdělení v něm obsažená podřadit pod důvod pro vyloučení spočívající v závažném nebo opakovaném porušení smluvních povinností [4].

18. Za této situace Curtea de Apel Bucureşti (Odvolací soud v Bukurešti, Rumunsko) položil Soudnímu dvoru následující předběžnou otázku:

„Lze čl. 57 odst. 4 písm. g) směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES vykládat v tom smyslu, že ukončení smlouvy na veřejnou zakázku z důvodu, že část prací byla bez souhlasu veřejného zadavatele zadána subdodavateli, je závažným nebo trvalým pochybením při plnění zásadního požadavku dřívější smlouvy na veřejnou zakázku, jež vede k vyloučení hospodářského subjektu z účasti v zadávacím řízení?“

## III. Řízení před Soudním dvorem

19. Žádost o rozhodnutí o předběžné otázce došla kanceláři Soudního dvora dne 17. dubna 2018.

20. Písemná vyjádření předložily společnost Delta, rumunská vláda a Evropská komise. Jednání konaného dne 27. února 2019 se zúčastnily společnost Delta, rakouská vláda a Komise.

## IV. Posouzení

### *A. Předběžná poznámka*

21. Otázka předkládajícího soudu se omezuje na výklad čl. 57 odst. 4 písm. g) směrnice 2014/24. Domnívám se však, že odpověď na ni se podle ustálené praxe Soudního dvora [5] může vztahovat na další ustanovení této směrnice spojená s týmiž skutkovými okolnostmi s cílem poskytnout předkládajícímu soudu užitečné poznatky, které mu usnadní jeho práci.

22. Konkrétně řečeno, důvod pro vyloučení týkající se předčasného ukončení veřejné zakázky zajisté odpovídá čl. 57 odst. 4 písm. g) směrnice 2014/24. Samotné předkládací usnesení [6] však zmiňuje, že hodnotící komise veřejného zadavatele „uplatnila na předmětnou nabídku také ustanovení čl. 167 odst. 1 písm. h) zákona č. 98/2016“. Vzhledem k tomu, že toto pravidlo ve vnitrostátní právní úpravě odráží důvod pro vyloučení stanovený v čl. 57 odst. 4 písm. h) směrnice 2014/24, může být odpověď Soudního dvora úplnější, bude-li se vztahovat k dopadu posledně uvedeného důvodu na sporné skutkové okolnosti [7].

4 – Společnost Delta dodávala, že jak potvrzení, tak údajná porušení, na něž poukazovala, byla napadena před soudem.

5 – Rozsudek ze dne 22. října 2015, Impresa Edilux a SICEF (C-425/14, EU:C:2015:721), bod 20: „Okolnost, že předkládající soud formuloval předběžnou otázku tak, že odkázal pouze na určitá ustanovení unijního práva, nebrání tomu, aby Soudní dvůr tomuto soudu poskytl veškeré prvky výkladu, které mohou být pro rozsouzení věci, jež mu byla předložena, užitečné, ať již na ně posledně uvedený soud v položených otázkách odkázal, či nikoli. V tomto ohledu přísluší Soudnímu dvoru, aby ze všech poznatků předložených vnitrostátním soudem, a zejména z odůvodnění předkládacího rozhodnutí, vytěžil ty prvky unijního práva, které je s přihlédnutím k předmětu sporu třeba vyložit“.

6 – Bod 15.

7 – Analýza porušení smluvních povinností by se mohla dokonce zabývat důvodem pro vyloučení podle čl. 57 odst. 4 písm. c) směrnice 2014/24 (a sice vážným profesním pochybením). Nebudu se nicméně tímto případem zabývat.

### *B. K důvodu pro vyloučení podle čl. 57 odst. 4 písm. g) směrnice 2014/24*

23. Jak jsem uvedl ve stanovisku ve věci Meca [8], čl. 57 odst. 4 směrnice 2014/24 mezi jednáními hospodářských subjektů, která mohou odůvodnit jejich vyloučení ze zadávacího řízení, uvádí jak „vážné profesní pochybení, [které] zpochybňuje je[jich] důvěryhodnost“ [písmeno c)], tak „závažná […] pochybení při plnění zásadního požadavku [v rámci dřívější veřejné zakázky], jež vedl[a] k předčasnému ukončení této dřívější veřejné zakázky“ [písmeno g)].

24. Z bodu 101 odůvodnění směrnice 2014/24 vyplývá, že profesní pochybení podle písmene c) mají převážně mimosmluvní povahu, to znamená, že to jsou nedovolená jednání, která se obecně odehrávají mimo oblast smluvních vztahů. Tak je tomu u pochybení vztahujících se k porušení environmentálních nebo sociálních povinností, k porušení pravidel hospodářské soutěže nebo práv duševního vlastnictví nebo k porušení povinností týkajících se daní nebo sociálního zabezpečení. Naproti tomu u jednání podle písmene g) je charakteristické porušení smlouvy.

25. Je ovšem jisté, že některá porušení smlouvy mohou souběžně představovat druh vážného profesního pochybení, tedy pochybení, k němuž došlo v rámci předchozí správní smlouvy a které je dostatečného významu na to, aby vedlo k ukončení smluvního vztahu.

26. Z tohoto hlediska odpovídá vztah mezi oběma písmeny vztahu *lex generalis* [písmeno c)] vůči *lex specialis* [písmeno g)], což by umožňovalo použít cíle a odůvodnění obecného pravidla k rozpoznání zásad, jichž je třeba se přidržet při výkladu pravidla obsaženého v písmeni g).

27. Oba důvody pro vyloučení mají oporu v základní složce vztahu úspěšného uchazeče o zakázku s veřejným zadavatelem, a sice spolehlivosti takového uchazeče, na níž stojí důvěra, kterou v něj vkládá veřejný zadavatel. Ačkoli směrnice 2004/18 [9] výslovně neodkazovala na tento prvek, o jeho zavedení se postarala judikatura Soudního dvora [10].

28. Směrnice 2014/24 zahrnuje spolehlivost mezi klíčové složky vztahu, právě když se zabývá vážným profesním pochybením. Podle bodu 101 prvního pododstavce odůvodnění mohou veřejní zadavatelé vyloučit „hospodářské subjekty, které se ukázaly jako nespolehlivé“. Tentýž bod odůvodnění v druhém pododstavci bere v úvahu plnění u dřívějších zakázek, „jež vyvolává vážné pochybnosti ohledně spolehlivosti daného hospodářského subjektu“.

29. Význam, který je přikládán spolehlivosti hospodářského subjektu, je patrný v některých odstavcích (6 a 7) článku 57 směrnice 2014/24, když mu umožňují přijmout opatření s cílem prokázat, že je hoden důvěry navzdory existenci důvodu pro vyloučení. Tímto způsobem složka spolehlivosti prostupuje důvody pro vyloučení vztahující se k subjektivním podmínkám na straně zájemce.

30. Podle úmyslu článku 57 směrnice 2014/24 má veřejný zadavatel požívat volnosti při posuzování této složky (spolehlivosti zájemce), aniž je nutně vázán posouzeními jiných veřejných orgánů. Veřejným zadavatelům a toliko jim přísluší posoudit dosah pochybení, která představují tak vážné porušení zásadního smluvního požadavku, že odůvodňuje ukončení dřívější zakázky pro ztrátu důvěry.

8 – Stanovisko ze dne 7. března 2019 (C-41/18, EU:C:2019:183), body 38 až 45.

9 – Směrnice Evropského parlamentu a Rady ze dne 31. března 2004 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby (Úř. věst. 2004, L 134, s. 114; Zvl. vyd. 06/07, s. 132).

10 – Rozsudky ze dne 20. března 2018, Komise v. Rakousko (státní tiskárna) (C-187/16, EU:C:2018:194), body 88 a 91; ze dne 14. prosince 2016, Connexxion Taxi Services (C-171/15, EU:C:2016:948), bod 28; a ze dne 9. února 2006, La Cascina a další (C-226/04 a C-228/04, EU:C:2006:94), bod 21.

31. Jak již bylo vyloženo, důvod pro vyloučení podle čl. 57 odst. 4 písm. g) směrnice 2014/24 uplatněný v projednávané věci bude přiléhavý, pokud se v rámci dřívější veřejné zakázky subjekt dopustil závažných nebo trvalých pochybení [11] při plnění zásadního požadavku, jež vedla k předčasnému ukončení této zakázky.

32. Z tohoto konstatování je třeba především zdůraznit, že nesrovnalost, jíž se uchazeč dopustil, musí být dostatečně vážná („závažná“) k tomu, aby z hlediska zásady proporcionality odůvodňovala předčasné ukončení veřejné zakázky.

33. Srovnání některých jazykových znění tohoto ustanovení [12] ukazuje, že tento důvod pro vyloučení vyžaduje porušení nějaké zásadní povinnosti stanovené v rámci dřívější veřejné zakázky. Taková povinnost může být jak věcná, tak formální, neboť nic nebrání tomu, aby existovaly formální povinnosti, které jsou stanoveny jako zásadní pro provádění veřejné zakázky [13].

34. K vyloučení tudíž nestačí pouhé jednostranné ukončení dřívější veřejné zakázky. Veřejný zadavatel bude muset navíc provést posouzení porušení, jež bylo zhotoviteli dříve vytknuto, a ověřit, zda vyhovuje požadavkům čl. 57 odst. 4 písm. g) směrnice 2014/24, či nikoli.

35. Soudní dvůr nemůže nahradit předkládající soud při posouzení skutkového stavu ani při posouzení závažnosti porušení, které odůvodnilo vyloučení společnosti Delta. Předkládajícímu soudu tudíž přísluší objasnit, zda nepovolené využití subdodavatele [14] stavebních prací v obecním rekreačním areálu v projednávané věci znamenalo závažné pochybení při plnění smlouvy o veřejné zakázce, jíž bylo DSP1 vázáno s obcí Râmnicu Vâlcea.

36. Soudní dvůr přesto může předkládajícímu soudu pro účely jeho vlastního posouzení poskytnout užitečné informace.

37. Zaprvé musí posoudit obsah zadávací dokumentace, a s jakým dosahem konkrétně ukládala povinnost zhotovitele oznámit svůj úmysl zadat část stavebních prací subdodavateli, a vyžádat si za tím účelem souhlas veřejného zadavatele. Podle rumunské vlády existovala konkrétní ustanovení, podle nichž se bez souhlasu veřejného zadavatele nemohl na provádění veřejné zakázky účastnit žádný subdodavatel [15].

38. Nelze pominout, že podle čl. 71 odst. 2 směrnice 2014/24 „v zadávací dokumentaci může veřejný zadavatel od uchazečů požadovat […], aby ve své nabídce uvedli, ve spojitosti s jakou částí veřejné zakázky případně zamýšlejí zapojit třetí osoby, a všechny navrhované subdodavatele“. Pouze na základě tohoto údaje bude veřejný zadavatel schopen posoudit, zda je subdodavatel spolehlivý [16].

11 – Toto ustanovení v souvislosti s pochybeními používá množné číslo. Domnívám se však, že jde o kvalitativní spíše než o kvantitativní kritérium, takže jediné pochybení by samo o sobě mohlo vést k vyloučení. Tak to na jednání shodně obhajovala Komise a rakouská vláda. Bod 101 odůvodnění směrnice 2014/24, když uvádí příklady některých „závažných nedostatků“, používá jednotné číslo, když odkazuje na „absenci dodávky nebo výkonu“ nebo na „pochybení, jež vyvolává vážné pochybnosti ohledně spolehlivosti daného hospodářského subjektu“. Zdůrazňuji, že vše bude záviset na proporcionalitě opatření ve vztahu k závažnosti jednání.

12 – Ve španělském znění je použito výrazu requisito de fondo, zatímco ostatní znění poukazují spíše na podstatu tohoto požadavku: tak je tomu ve francouzském (obligation essentielle); anglickém (substantive requirement); německém (einer wesentlichen Anforderung) a italském znění (requisito sostanziale).

13 – Záměrné zatajování účasti subdodavatele, kterou uchazeč zamlčel, aby se vyhnul ustanovením smlouvy, která odrážejí kogentní pravidla směrnice 2014/24, i když má zdánlivě formální povahu, může způsobit značnou škodu a být v závislosti na ní a na podvodném záměru uchazeče kvalifikováno jako závažné.

14 – Společnost Delta tvrdí, že ve skutečnosti nedošlo k využití subdodavatele, nýbrž ke vztahu s jiným podnikem pro účely poskytování služeb a dodání materiálu. Předkládací usnesení, jehož líčení skutkového stavu musí Soudní dvůr přijmout, vychází zřejmě z předpokladu, že došlo ke skutečnému využití subdodavatele.

15 – Bod 17 jejího písemného vyjádření. Na jednání byl diskutován obsah tohoto ustanovení (číslo 23.6), jehož existenci společnost Delta uznala.

16 – Bod 105 odůvodnění směrnice 2014/24: „[…] je třeba výslovně uvést, že členské státy by měly mít možnost přijmout další opatření, například rozšířit povinnosti týkající se transparentnosti […] nebo umožnit či nařídit veřejným zadavatelům, aby ověřili, že subdodavatelé nejsou v některé ze situací, jež vyžadují vyloučení hospodářských subjektů […].“

39. Ustanovení zadávací dokumentace, které by vyžadovalo toto předběžné oznámení, tudíž má pevný právní základ v unijním právu. Jeho uplatnění nadto odpovídá záměru směrnice 2014/24, jelikož se týká mechanismů oznamování úmyslu využít subdodavatele a identity subdodavatelů.

40. Zatímco směrnice 2004/18 byla v tomto smyslu strohá [17], neboť pouze zmiňovala vhodnost stanovit pravidla o subdodávkách za účelem podpory přístupu malých a středních podniků na trh veřejných zakázek [18], směrnice 2014/24 podtrhuje důvod, pro který je tak důležitá „transparentnost v subdodavatelském řetězci".

41. Konkrétně se v odůvodnění směrnice 2014/24 vysvětluje, že „tak budou veřejným zadavatelům poskytnuty informace o osobách přítomných na staveništích […] Je třeba upřesnit, že povinnost poskytovat požadované informace bude v každém případě uložena hlavnímu dodavateli, buď na základě zvláštních smluvních ustanovení, která by každý veřejný zadavatel musel zahrnout do všech zadávacích řízení, nebo na základě povinností, které by členské státy uložily hlavním dodavatelům prostřednictvím všeobecně platných ustanovení" [19].

42. Z přísně normativního hlediska čl. 71 odst. 6 písm. b) směrnice 2014/24 uvádí, že „veřejní zadavatelé mohou […] ověřit nebo po nich mohou členské státy požadovat, aby ověřili, zda existují důvody pro vyloučení subdodavatelů podle článku 57". Toto ověření logicky vyžaduje, aby úspěšný uchazeč předem informoval tyto veřejné zadavatele, že navrhuje zadat část stavebních prací subdodavateli.

43. Za tohoto předpokladu bude navíc třeba ověřit, zda porušení povinnosti oznámit existenci subdodavatele mělo podle zadávací dokumentace za následek předčasné ukončení zakázky. V takové situaci by veřejný zadavatel ukončením zakázky neučinil nic jiného, než že by „přísně dodržova[l] kritéria, která sám stanovil", ve smyslu rozsudku Connexxion Taxi Services [20].

44. Zadruhé předkládající soud bude muset posoudit, zda přímé provádění pouze vybraným zhotovitelem představovalo zásadní povinnost pro dosažení cíle sledovaného veřejným zadavatelem. V opačném případě, tedy pokud by se využití subdodavatelů v rámci takové zakázky na stavební práce jevilo jako schůdné, třebaže podléhalo povinnosti předchozího oznámení a následnému souhlasu správního orgánu, bude muset posoudit, zda absence takového oznámení (a tudíž předepsaného souhlasu) nebyla pouhou administrativní chybou bez valného významu, kterou lze dodatečně napravit [21].

45. Zatřetí předkládající soud bude moci posoudit, do jaké míry se využití subdodavatele týkalo významné části stavebních prací v obecním rekreačním středisku a zda se zásah subdodavatele negativně odrazil na provádění těchto prací [22].

17 – Srovnání mezi režimem využití subdodavatele podle směrnice 2004/18 (článek 25) a tímto režimem podle směrnice 2014/24 (článek 71) v podstatě ukazuje zachování povinnosti oznámit veřejnému zadavateli, je-li tak uvedeno v zadávací dokumentaci, jakou část stavebních prací zadá subdodavateli, stejně jako identitu navrhovaných subdodavatelů.

18 – Bod 32 odůvodnění směrnice 2004/18.

19 – Bod 105 odůvodnění směrnice 2014/24. V originálu bez zvýraznění.

20 – Rozsudek ze dne 14. prosince 2016 (C-171/15, EU:C:2016:948), bod 38 a zde citovaná judikatura.

21 – To je jedna z možností, kterou uvádí Komise ve svém písemném vyjádření (spolu s jinými, jako je možnost, že by DSP1 nadále uvádělo veřejného zadavatele v omyl ohledně identity subdodavatele).

22 – Podle rumunské vlády, ačkoli předkládací usnesení neupřesňuje, zda došlo při uvedeném provádění k vadám, určení odpovědnosti DSP1 by naznačovalo, že se vady objevily.

46. Takové úvahy budou relevantní pro posouzení opatření spočívajícího ve vyloučení z hlediska zásady proporcionality [23]. Pokud by jednání hospodářského subjektu, který porušil své povinnosti u první veřejné zakázky, nedosahovalo určitého stupně důležitosti (tedy pokud by bylo pouze *de minimis*), je možné, že jeho vyloučení z druhé veřejné zakázky by bylo z důvodu nepřiměřenosti neadekvátní.

47. Začtvrté, i pokud bude zjištěna existence tohoto důvodu pro vyloučení, čl. 57 odst. 6 směrnice 2014/24 (provedený v článku 171 zákona č. 98/2016) připouští, že dotčený uchazeč může předložit důkazy s cílem prokázat, že po svém dřívějším jednání vykazuje známky spolehlivosti [24].

48. Konečně tvrzení společnosti Delta ohledně probíhajících sporů týkajících se rozhodnutí obce Râmnicu Vâlcea, jímž byla ukončena zakázka DSP1 [25], samo o sobě nebrání uplatnění tohoto důvodu pro vyloučení. Jak jsem obhajoval ve stanovisku ve věci Meca [26], pouhé napadení rozhodnutí o předčasném ukončení veřejné zakázky nemůže představovat překážku, která by bránila veřejnému zadavateli posoudit jednání, které vyvolalo ukončení, a následnou spolehlivost subjektu.

### *C. K důvodu pro vyloučení podle čl. 57 odst. 4 písm. h) směrnice 2014/24*

49. Mezi hypotézami zakotvenými v čl. 57 odst. 4 písm. h) směrnice 2014/24 s cílem odůvodnit vyloučení hospodářského subjektu ze zadávacího řízení se nacházejí situace:

– kdy „hospodářský subjekt závažným způsobem zkresloval poskytované informace, potřebné k ověření neexistence důvodů pro vyloučení nebo splnění kvalifikačních kritérií pro výběr“ a

– kdy „takové informace zadržel“ [27].

50. Soudní dvůr první se zabýval první z uvedených hypotéz, když v rozsudku Esaprojekt [28] vyložil ustanovení směrnice 2004/18 [tedy čl. 45 odst. 2 písm. g)], které obdobným způsobem umožňovalo hospodářský subjekt vyloučit z veřejné zakázky pro zkreslování při poskytování informací veřejnému zadavateli.

51. V tomto rozsudku učinil závěr, že při zkreslování není nutné úmyslné chování, neboť postačuje, je-li dána „[nedbalost] určité závažnosti, a sice [nedbalost], která může mít rozhodující vliv na rozhodnutí o vyloučení, výběru nebo zadání veřejné zakázky“. Jelikož v oné věci taková okolnost nastala, bylo možné na hospodářský subjekt nahlížet tak, že se „dopustil vážného zkreslení“, což odůvodňovalo „rozhodnutí veřejného zadavatele vyloučit uvedený subjekt z dotyčné veřejné zakázky“ [29].

23 – Směrnice 2014/24 se dovolává proporcionality opatření, a to i ve vztahu k povinným důvodům pro vyloučení, jako je důvod týkající se neplacení daní nebo příspěvků na sociální zabezpečení (čl. 57 odst. 3 druhý pododstavec).

24 – V bodě 21 předkládajícího usnesení je obsaženo ujištění, že DSP2 „se dovolávalo pouze důvodů týkajících se nezákonnosti potvrzení, aniž předložilo důkazy, které prokazují jeho spolehlivost […]“. Na jednání společnost Delta neuvedla, že by přijala nápravná opatření, jimiž by se sama očistila od svého jednání, s cílem znovu nabýt spolehlivost (pouze uvedla, že se dříve pokusila zjednat nápravu neoznámení subdodavatele).

25 – Předkládací usnesení zmiňuje tyto probíhající spory v bodě 12.

26 – C-41/18, EU:C:2019:183.

27 – Ačkoli různá jazyková znění, která jsem konzultoval, se liší použitím pozitivních nebo negativních sloves (v italštině non ha trasmesso; v angličtině has withheld; ve francouzštině a caché; v němčině zurückgehalten; v portugalštině tiver retido; v rumunštině nu a divulgat), domnívám se, že v podstatě shodně popisují totéž jednání.

28 – Rozsudek ze dne 4. května 2017 (C-387/14, EU:C:2017:338).

29 – Tamtéž, body 71 a 77.

52. Druhá hypotéza byla probírána v rozsudku Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani a Guerrato [30] s odkazem na odpovídající ustanovení směrnice 2004/18 [31]. V té věci uchazeč ve své nabídce zamlčel informace ohledně trestněprávního postavení člena správní rady odsouzeného za různé trestné činy. Soudní dvůr měl za to, že taková okolnost postačovala k vyloučení uchazeče ze zadávacího řízení [32].

53. Třebaže se z doslovného znění čl. 57 odst. 4 písm. h) směrnice 2014/24 může zdát, že „závažnost" je vyžadována pouze u předkládání zkreslených informací, a nikoli u zadržování informací, domnívám se, že tomu tak není. Ať už je jednání aktivní (zkreslování) nebo jde o opomenutí (zatajování), tím podstatným je, že zkreslené nebo zatajené informace mají vliv na rozhodnutí, které přijme veřejný zadavatel. Domnívám se, že to je opět důsledkem zásady proporcionality.

54. V tomto řízení o předběžné otázce, jak jsem již uvedl, se předkládající soud nezabývá důvodem pro vyloučení, který právě analyzuji, na rozdíl od toho, co učinil veřejný zadavatel [33]. Jelikož společnost Delta neoznámila CNAIR, že byla její předchozí veřejná zakázka ukončena pro porušení ustanovení o využití subdodavatele, rozhodl se tento subjekt uplatnit (spolu s důvodem pro vyloučení, který byl již přezkoumán pod předchozím nadpisem) ustanovení čl. 167 odst. 1 zákona č. 98/2016, a sice vnitrostátní pravidlo, které je odrazem čl. 57 odst. 4 písm. h) směrnice 2014/24.

55. Pokud v této souvislosti předkládající soud považuje za vhodné zabývat se způsobem uplatnění druhého důvodu pro vyloučení ze strany CNAIR, bude muset zohlednit zvláštní okolnosti, za kterých došlo k zatajování informací, jakož i závažnost tohoto jednání.

56. K posouzení závažnosti informací zatajených před veřejným zadavatelem konkrétně nebude stačit konstatování, že uchazeč zamlčel existenci možného důvodu pro vyloučení. Bude navíc nezbytné posoudit důležitost opomenutých informací.

57. V takových věcech, jako je ta projednávaná, v níž došlo k formálně deklarovanému předchozímu ukončení smlouvy [34], zásada loajality od společnosti Delta vyžadovala, aby tuto objektivní skutečnost hned zkraje oznámila veřejnému zadavateli, aniž by tím bylo dotčeno, že by mu poskytla veškeré informace, které bude považovat za nezbytné s cílem prokázat, že podle jejího názoru k porušení povinností nedošlo nebo bylo nevýznamné [35].

58. V každém případě bude příslušet vnitrostátnímu soudu, aby posoudil skutkové okolnosti sporu s cílem objasnit, zda vyloučení uchazeče bylo s ohledem na zásadu proporcionality z nějakého důvodu dostatečně odůvodněné.

30 – Rozsudek ze dne 20. prosince 2017 (C-178/16, EU:C:2017:1000).

31 – Podle čl. 45 odst. 2 písm. g) směrnice 2004/18 „z účasti na zakázce může být vyloučen každý hospodářský subjekt […], který [neposkytl informace vyžadované podle tohoto oddílu]".

32 – Rozsudek ze dne 20. prosince 2017 (C-178/16, EU:C:2017:1000), bod 48: „Také neinformování veřejného zadavatele o trestně postižitelném jednání bývalého člena správní rady tedy může být skutečností umožňující vyloučit podle tohoto ustanovení uchazeče z účasti v zadávacím řízení na veřejnou zakázku."

33 – Komise na jednání zmínila možnost, aby základem pro vyloučení byl čl. 57 odst. 4 písm. h).

34 – Rakouská vláda na jednání zdůraznila, že předčasné ukončení veřejné zakázky je faktorem, jehož význam nelze podceňovat, a že je zcela nezbytné na něj poukázat v pozdějších zadávacích řízeních.

35 – Společnost Delta na jednání uznala, že tento případ neuvedla v jednotném evropském osvědčení pro veřejné zakázky, a tvrdila, že v tiskopise není místo na poznámky. Pokud by ale chtěla vysvětlit zvláštnosti ukončení smlouvy, nic by jí nebránilo předložit oddělené písemné vyjádření s tímto vysvětlením.

## V. Závěry

59. Na základě uvedených úvah navrhuji, aby Soudní dvůr na předběžnou otázku položenou Curtea de Apel București (odvolací soud v Bukurešti, Rumunsko) odpověděl takto:

„1) Článek 57 odst. 4 písm. g) 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:

– veřejný zadavatel je v zásadě oprávněn vyloučit ze zadávacího řízení na veřejné stavební práce hospodářský subjekt, u něhož bylo rozhodnuto o předčasném ukončení dřívější veřejné zakázky z toho důvodu, že porušil ustanovení, jež mu s cílem získat předepsaný souhlas ukládalo povinnost oznámit přidělení části těchto prací subdodavateli;

– vnitrostátnímu soudu přísluší s ohledem na zvláštní okolnosti sporu a za použití zásady subsidiarity objasnit, zda předčasné ukončení (první) veřejné zakázky bylo způsobeno závažným pochybením při plnění zásadního požadavku vymahatelného v rámci uvedené zakázky, jež postačuje pro vyloučení hospodářského subjektu z (druhé) veřejné zakázky.

2) Článek 57 odst. 4 písm. h) směrnice 2014/24 nebrání tomu, aby veřejný zadavatel vyloučil z (druhé) veřejné zakázky uchazeče, který před ním zatajil předčasné ukončení dřívější zakázky z důvodu závažných pochybení při plnění zásadního požadavku vymahatelného v rámci uvedené (první) veřejné zakázky. Vnitrostátnímu soudu přísluší posoudit závažnost tohoto zatajování informací s ohledem na zásadu proporcionality.“