

Věc C-387/19

Shrnutí žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce podle čl. 98 odst. 1

jednacího řádu Soudního dvora

Datum doručení:

17. května 2019

Předkládající soud:

Raad van State (Belgie)

Datum předkládacího rozhodnutí:

7. května 2019

Žalobkyně:

RTS infra BVBA

Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel

Žalovaný:

Vlaams Gewest

Předmět původního řízení

Žaloba, jejímž předmětem je návrh na zrušení rozhodnutí Afdeling Wegen en Verkeer Oost-Vlaanderen van het agentschap Wegen en Verkeer van het Vlaamse Gewest (oddělení pozemních komunikací a dopravy pro provincii Východní Flandry při agentuře Vlámského regionu pro pozemní komunikace a dopravu, Belgie) ze dne 29. listopadu 2016, kterým byla veřejná zakázka na provedení silničních stavebních prací zadána konkurentovi žalobkyň

Předmět a právní základ žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce

Právní základ: Článek 267 SFEU

Žádost o rozhodnutí o předběžné otázce se týká otázky, zda je nutno od uchazeče, kterého veřejný zadavatel vyloučil z důvodu „vážného pochybení“ při výkonu jeho profese, očekávat, že případná vážná profesní pochybení a opatření v zájmu sebeočistění, která byla v souvislosti s nimi přijata, uvede z vlastního popudu, nebo zda veřejný zadavatel poté, co zjistil, že podle jeho názoru došlo k vážnému pochybení, které popřípadě vede k vyloučení, musí před tím, než skutečně může rozhodnout o vyloučení, ještě zajistit kontradiktorní projednání.

Předběžné otázky

1. Musí být čl. 57 odst. 4 písm. c) a g) ve spojení s odstavci 6 a 7 téhož ustanovení směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES vykládán v

tom smyslu, že brání takovému uplatňování, při němž je hospodářský subjekt za účelem prokázání své spolehlivosti povinen z vlastního popudu předložit důkaz o opatřeních, která přijal?

2. Pokud ano: Má takto vykládaný čl. 57 odst. 4 písm. c) a g) ve spojení s odstavci 6 a 7 téhož ustanovení [směrnice 2014/24] přímý účinek?

Uváděná ustanovení unijního práva:

- Článek 57 odst. 4 písm. c) a g) a odst. 6 a 7, čl. 69 odst. 1, jakož i článek 90 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES (Úř. věst. 2014, L 94, s. 65)
- Obecná právní zásada kontradiktornosti řízení
- Prováděcí nařízení Komise (EU) 2016/7 ze dne 5. ledna 2016, kterým se zavádí standardní formulář jednotného evropského osvědčení pro veřejné zakázky (Úř. věst. 2016, L 3, s. 16)

Uváděná ustanovení vnitrostátního práva

- Články 23 a 24 zákona o veřejných zakázkách a některých zakázkách na stavební práce, dodávky a služby ze dne 15. června 2006
- Články 2 a 3 zákona o výslovném odůvodnění správních aktů ze dne 29. července 1991

- Článek 70 zákona o veřejných zakázkách ze dne 17. června 2016
- Článek 61 § 1 a 2 královského nařízení o zadávání veřejných zakázek v klasických oblastech ze dne 15. července 2011
- Článek 20 všeobecných obchodních podmínek pro veřejné zakázky na stavební práce, dodávky a služby, jakož i koncese na stavební práce, které tvoří přílohu královského nařízení ze dne 26. září 1996
- Obecné právní zásady řádné správy: zásada rovnosti, hospodářské soutěže, řádné péče a transparentnosti, jakož i zásada meritorního odůvodnění

Stručný popis skutkového stavu a původního řízení

- 1 Agentura Vlámského regionu pro pozemní komunikace a dopravu vyhlásila veřejnou zakázku na provedení silničních stavebních prací. Zakázka byla zadána formou veřejného zadávacího řízení. V oznámení o zahájení zadávacího řízení bylo výslovně upozorněno na skutečnost, že veřejný zadavatel může uchazeče vyloučit, pokud se dopustil vážného profesního pochybení.
- 2 Nabídka žalobkyň, které spolu vytvořily společnost [občanského práva] na dobu určitou, byla rozhodnutím o zadání zakázky z důvodu vážných profesních pochybení vyloučena z účasti na předmětné zakázce. Jednání, která jsou u každé ze žalobkyň považována za vážná profesní pochybení, jsou uvedena v odůvodnění zprávy o zadání zakázky, z níž vychází rozhodnutí o zadání zakázky. Jedná se mj. o porušování bezpečnostních a hygienických předpisů v loděnicích, nedostatečné

dopravní značení a (technické) nedostatky při provádění dřívějších stavebních prací.

- 3 Žalobkyně k předkládajícímu soudu podaly žalobu na zrušení tohoto rozhodnutí o zadání zakázky.
- 4 Předkládající soud dospěl k závěru, že vyřešení projednávaného sporu vyžaduje výklad unijního práva, konkrétně článku 57 směrnice 2014/24.

Hlavní argumenty účastníků původního řízení

- 5 Žalobkyně namítají porušení článků 23 a 24 výše uvedeného zákona ze dne 15. června 2006, čl. 57 odst. 4, 6 a 7 směrnice 2014/24, zásady *audi et alteram partem* zakotvené v této směrnici, článků 2 a 3 zákona ze dne 29. července 1991 (dále jen „zákon o formálním odůvodnění“), jakož i několika obecných zásad řádné správy.
- 6 Zastávají názor, že jim před vyloučením z důvodu domnělých vážných profesních pochybení musí být poskytnuta možnost k obhajobě, v jejímž rámci by mohly prokázat, že dané problémy odstranily. Výše uvedená ustanovení směrnice stanoví kontradiktorní projednání, při němž uchazeč může prokázat, že napravil nebo odstranil dřívější pochybení, a mimoto stanoví, že taková jednání, jako jsou ta, o která se jedná v projednávané věci, lze k vyloučení uchazeče použít nejvýše tři roky, pokud uchazeč neprokáže, že dané problémy mezitím odstranil.
- 7 Žalobkyně se při tom dovolávají přímého účinku výše uvedených ustanovení směrnice.

Této směrnice, která nebyla do belgického práva provedena včas, se vůči žalovanému, jakožto regionálnímu územnímu samosprávnému celku, mohou dovolávat s ohledem na široký výklad pojmu „stát“ ze strany Soudního dvora.

Uvedená ustanovení jsou bezpodmínečná, jasná a určitá. Údaj, že členské státy „musí přijmout vhodná opatření“ a pouhá zmínka v preambuli, že přesné procesní a věcné podmínky musí vypracovat členské státy – podmínky, které se podle názoru žalobkyň týkají pouze řízení –, samy o sobě neznamenají, že je zavedení práva každého hospodářského subjektu na sebočištění podmíněné.

Žalobkyně mj. poukazují na systematiku směrnice, kterou je podle jejich názoru třeba vykládat v tom smyslu, že pokud se veřejný zadavatel domnívá, že je v důsledku nějakého pochybení zpochybněna důvěryhodnost hospodářského subjektu, musí být každému hospodářskému subjektu poskytnuta možnost prokázat, že přijal opatření. Uchazeč totiž může vědět, co zadavatel považuje za vážné pochybení pouze tehdy, pokud je mu to sděleno. Podle žalobkyň je tudíž „s ohledem na jeho *ratio legis* podmínkou kontradiktorního projednání [...], že ten, kdo smí vznést námitky, ví, proti čemu je může vznášet“. Není tomu tedy tak, by zájemce, resp. uchazeč musel „z vlastního popudu“ prokazovat, že přijal nápravná opatření. Tato povinnost – uložená pozdějšími právními předpisy – se podle žalobkyň nevztahuje na projednávanou zakázku a mimoto je v rozporu s podstatou a cílem článku 57 směrnice, který – stejně jako u mimořádně nízkých cen – stanoví kontradiktorní ověření.

Navíc došlo i k porušení zásady *audi et alteram partem*, výslovně obsažené ve směrnici. Žalovaný dále porušil svou povinnost náležité péče, jakož i zásadu transparentnosti, zásadu poctivé hospodářské soutěže a zásadu rovnosti, jelikož s žalobkyněmi bylo zacházeno jinak, než s jejich „evropskými kolegy“.

- 8 Žalovaný v první řadě zpochybňuje, že by článek 57 směrnice 2014/24 měl přímý účinek. Zpochybňuje, že je odstavec 6 tohoto článku bezpodmínečný, jasný a určitý. Vzhledem k tomu, že čl. 57 odst. 7 stanoví, že „[č]lenské státy stanoví prostřednictvím právních či správních předpisů a s ohledem na právo Unie podmínky k provedení tohoto článku“, není výše uvedený požadavek splněn přinejmenším ohledně nápravných opatření. Žalovaný v této souvislosti zároveň odkazuje na bod 102 odůvodnění směrnice. Rovněž skutečnost, že systém nápravných opatření je ve směrnici „zpracován“ pouze stručně, znamená, že členské státy mají v tomto ohledu při provádění směrnice široký prostor pro uvážení. Směrnice například neurčuje ani kdy zájemce, resp. uchazeč musí oznámit, že byla přijata nápravná opatření, ani jakým způsobem se tak má stát. Okolnost, že členské státy mají široké pravomoci k tomu, aby samy vypracovaly mechanismus nápravných opatření, vyplývá rovněž ze skutečnosti, že směrnice ponechává na členských státech, aby určily, jakému subjektu – veřejnému zadavateli nebo jinému orgánu – přísluší vyhodnocení příslušných nápravných opatření. Naznačuje to rovněž skutečnost, že belgický zákonodárce do – v době zadání předmětné veřejné zakázky ještě budoucí – právní úpravy (článek 70 zákona ze dne 17. června 2016, kterým byl proveden článek 57 směrnice 2014/24)

zahrnul zásadní otázky související s režimem nápravných opatření, resp. je v této úpravě objasnil.

- 9 Podpůrně žalovaný uvádí, že napadené rozhodnutí není v rozporu s mechanismem sebeočistění stanoveným ve směrnici. Vzhledem k tomu, že směrnice vymezuje pouze velmi obecně, jak musí být systém nápravných opatření koncipován, je pro veřejné zadavatele jen obtížně zjistitelné, jak musí uplatňovat sebeočistění podle čl. 57 odst. 6. Za takovýchto okolností se tedy logicky vychází ze zákona ze dne 17. června 2016, který ukládá povinnost z vlastního popudu prokazovat konkrétně přijatá opatření, ačkoli tento zákon dosud nenabyl účinnosti. Žalobkyním nic nebránilo, aby příslušná nápravná opatření samy oznámily při podání své nabídky.

Podle názoru žalovaného takováto úprava mechanismu nápravných opatření není v rozporu s článkem 57 směrnice. Uchazeč má totiž nejlepší předpoklady pro posouzení, zda se na něj vztahuje některý z fakultativních důvodů pro vyloučení a zda tedy musí přijmout nápravná opatření. V projednávaném případě byla závažnost pochybení, ke kterým došlo při dřívějších zakázkách na stavební práce, zjevná, zejména proto, že tyto zakázky byly rovněž zadávány žalovaným.

Ohledně přirovnání ke kontradiktornímu ověřování u mimořádně nízkých cen žalovaný ještě uvádí, že, jak plyne ze samotného čl. 57 odst. 6 a ze srovnání s čl. 69 odst. 1 směrnice, mezi těmito ustanoveními existuje zásadní rozdíl.

Kromě toho poukazuje na prováděcí nařízení 2016/7, v jehož rámci vzorový formulář, který je připojený v příloze, v souvislosti s každým fakultativním důvodem pro vyloučení, včetně vážných profesních pochybení, o něž se jedná v

projednávaném případě, poskytuje možnost uvést, zda byla přijata opatření v zájmu sebeočistění a případně je popsat. Ze směrnice 2014/24 tedy – i dle názoru Evropské komise – vyplývá, že je na zájemci, resp. uchazeči, aby se sám chopil iniciativy a oznámil veřejnému zadavateli případná nápravná opatření.

Krom toho nelze akceptovat, že by se postup sebeočistění lišil podle příslušného důvodu pro vyloučení. Vzhledem k tomu, že účelem směrnice je značné administrativní zjednodušení postupů při zadávání veřejných zakázek, nemohl evropský normotvůrce v oblasti sebeočistění zamýšlet zavedení různých postupů.

Zcela podpůrně žalovaný uvádí, že nedošlo k porušení zásad řádné správy. Nakonec žalovaný odkazuje na ustálenou judikaturu Raad van State (Státní rada, Belgie) týkající se práva být vyslechnut a uvádí, že veřejný zadavatel, který hodlá vydat rozhodnutí o vyloučení, v zásadě není povinen uskutečnit slyšení, jelikož ani neodnímá dříve přiznanou výhodu, ani neukládá sankci, nýbrž pouze odpírá poskytnutí požadované výhody.

Stručné shrnutí odůvodnění žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce

- 10 Předkládající soud nejprve konstatuje, že oznámení o zahájení zadávacího řízení bylo zveřejněno ve dnech 11. a 13. května 2016, tj. po uplynutí lhůty pro provedení směrnice dne 18. dubna 2016. Od tohoto dne rovněž musí být používán standardní formulář jednotného evropského osvědčení pro veřejné zakázky uvedený v prováděcím nařízení 2016/7. V tomto formuláři je v části „Důvody pro

vyloučení“ dána možnost oznámit, zda hospodářský subjekt přijal opatření v zájmu sebeočistění, a případně tato opatření popsat.

Článek 61 § 2 bod 4 královského nařízení z roku 2011, který se použije na spor v původním řízení a na jehož základě byly žalobkyně vyloučeny, stanovil, že zájemci, resp. uchazeči, kteří se dopustili vážného profesního pochybení, mohou být vyloučeni v kterémkoli stadiu zadávacího řízení.

Poté předkládající soud poukazuje na okolnost, že zákon ze dne 17. června 2016 – který stanoví postup, při němž mohou zájemci, resp. uchazeči, kteří mohou být vyloučeni na základě vážných pochybení, z vlastního popudu prokázat, že přijali „nápravná opatření“ – v době vydání napadeného rozhodnutí ještě nebyl účinný.

Při posuzování projednávané žaloby, jejímž předmětem je návrh na zrušení, je nutno odpovědět na otázku, zda čl. 57 odst. 4 písm. c) a g) ve spojení s odstavci 6 a 7 téhož ustanovení směrnice 2014/24 brání (či nebrání) takovému uplatňování, při němž je hospodářský subjekt, který se – jako v projednávaném případě – podle názoru veřejného zadavatele dopustil vážného profesního pochybení a neoznámil z vlastního popudu případná nápravná opatření, vyloučen, aniž by dostal možnost – která je v rámci zamýšleného vyloučení ze strany veřejného zadavatele výslovně stanovena – doložit případná opatření, aby i přesto prokázal svou spolehlivost, nebo aniž by k tomu byl vyzván v oznámení o zahájení zadávacího řízení, resp. v dokumentaci k zadávacímu řízení.

Pokud odpověď na výše uvedenou otázku zní, že směrnice dotčené uplatňování umožňuje, není třeba blíže zkoumat otázku, zda příslušná ustanovení směrnice mají přímý účinek.

Ani ze znění dotčených ustanovení, ani z judikatury Soudního dvora však nelze jednoznačně vyvodit, jak je nutno na tuto otázku odpovědět.

V dřívější judikatuře Soudního dvora, zejména v rozsudku ze dne 24. října 2018, Vossloh Laeis (C-124/17, EU:C:2018:855, body 20 až 23 a výrok), který se týká mechanismu sebeočistění, se totiž nejedná o otázku, které se týká projednávaná věc, a to o otázku, zda čl. 57 odst. 6 směrnice musí být vykládán v tom smyslu, že hospodářský subjekt musí opatření v zájmu sebeočistění uvést z vlastního popudu, nebo zda k tomu musí být rovněž vyzván před tím, než lze rozhodnout o vyloučení.

Znění dotčeného ustanovení směrnice to nikterak neozřejmuje, jelikož je v něm uvedeno pouze toto: „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.“ Rovněž v bodě 102 odůvodnění směrnice je pouze obecně poukázáno na to, že by „[h]ospodářské subjekty [...] měly mít možnost požádat, aby opatření přijatá k zajištění souladu s předpisy za účelem případného přijetí do zadávacího řízení byla posouzena.“

Ve standardním formuláři obsaženém v prováděcím nařízení 2016/7 je v části „Důvody pro vyloučení“ vždy dána možnost oznámit, zda hospodářský subjekt přijal opatření v zájmu sebeočistění, a případně tato opatření popsat.

Možné důvody pro vyloučení se však vztahují na odlišné situace. V některých případech může být pro hospodářský subjekt jasně předvídatelné, zda se jedná o relevantní důvod pro vyloučení, či nikoli. U jiných důvodů pro vyloučení je to zřejmě méně. Existují povinné a fakultativní důvody pro vyloučení. Pokud přichází v úvahu „vážné pochybení“, jako je pochybení dotčené v tomto případě, je podle bodu 101 odůvodnění směrnice na veřejném zadavateli, aby určil, zda se jedná o vážné profesní pochybení. V tomto případě není pro dotčeného uchazeče posouzení ze strany veřejného zadavatele vždy předvídatelné. Musí pak uchazeč jednat z vlastního podnětu, nebo musí veřejný zadavatel poté, co zjistil existenci vážného pochybení, které by mohlo vést k vyloučení, zajistit kontradiktorní projednání?

Mimoto lze opatření v zájmu sebeočistění zahrnout do posouzení přiměřenosti opatření směřujícího k vyloučení. Zdá se, že výklad v tom smyslu, že před tím, než bude skutečně rozhodnuto o vyloučení, je nutno zajistit kontradiktorní projednání, rovněž podporuje hospodářskou soutěž.

Naproti tomu, pokud bude iniciativa přenechána uchazeči, je pravděpodobnější, že pokud by bylo nutno vydat rozhodnutí o zadání veřejné zakázky, mělo by tytéž informace více veřejných zadavatelů, a v tomto smyslu by panovala větší transparentnost.

Ohledně analogie k úpravě šetření mimořádně nízkých cen předkládající soud konstatuje, že článek 69 směrnice, který se týká mimořádně nízkých cen, veřejným zadavatelům předepisuje řadu aktivních úkonů, což u mechanismu sebeočistění uvedeného v čl. 57 odst. 6 směrnice není výslovně upraveno. Předkládající soud dále poukazuje na odlišné cíle úpravy mimořádně nízkých cen a mechanismu sebeočistění.

- 11 Pokud jde o přímý účinek dotčených ustanovení, poukazuje předkládající soud na okolnost, že Soudní dvůr se k této otázce ještě nevyjádřil. Lze však konstatovat, že čl. 57 odst. 6 směrnice 2014/24 vyžaduje dodatečná opatření, aby ho bylo možno uplatňovat, zejména, pokud je v něm uvedeno, že každý hospodářský subjekt může doložit, že opatření přijatá hospodářským subjektem postačují k prokázání jeho spolehlivosti navzdory existenci platného důvodu pro vyloučení. Totéž platí pro čl. 57 odst. 7 této směrnice. Směrnice tak nestanoví, ani kdy zájemce, resp. uchazeč musí oznámit, že byla přijata nápravná opatření, ani jakým způsobem se tak má stát a kdo je pověřen vyhodnocením těchto opatření.
- 12 Na druhou stranu z judikatury Soudního dvora vyplývá, že znění ustanovení, podle něhož členské státy „musí přijmout vhodná opatření“, samo o sobě nebrání tomu, aby směrnice bezpodmínečně a dostatečně určitě přiznávala určité právo. Ačkoli ustanovením o sebeočistění na první pohled nelze celkově přiznat přímý účinek, nelze to zcela vyloučit u určitých částí těchto ustanovení, která mají platnost minimálních záruk.

Pokud Soudní dvůr zastává názor, že obsahem možnosti doložit i přes vyloučení z důvodu vážného pochybení svou spolehlivost, kterou uchazeči skýtá čl. 57 odst. 6 směrnice 2014/24, je, že veřejný zadavatel tuto možnost musí uchazeči, před tím, než ho z tohoto důvodu vyloučí, poskytnout v každém případě, vyvstává tedy otázka, zda se při tom jedná o určitý druh minimální ochrany, kterou tudíž lze na základě směrnice přesně vymezit.

- 13 Vzhledem k tomu, že tedy ohledně výkladu dotčených ustanovení existují pochybnosti, rozhodl se předkládající soud předložit Soudnímu dvoru výše uvedené předběžné otázky.