

Vec C-387/19

**Zhrnutie návrhu na začatie prejudiciálneho konania podľa článku 98 ods. 1
Rokovacieho poriadku Súdneho dvora**

Dátum podania:

17. máj 2019

Vnútroštátny súd:

Raad van State

Dátum rozhodnutia vnútroštátneho súdu:

7. máj 2019

Žalobkyne:

RTS infra BVBA

Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel

Žalovaný:

Vlaams Gewest

Predmet konania vo veci samej

Žaloba o zrušenie rozhodnutia Afdeling Wegen en Verkeer Oost-Vlaanderen van het agentschap Wegen en Verkeer van het Vlaamse Gewest (Oddelenie pre cestnú a dopravnú infraštruktúru Východného Flámska ako súčasť Agentúry pre cestnú a dopravnú infraštruktúru Flámskeho regiónu, Belgicko) z 29. novembra 2016, ktorým sa rozhodlo o zadaní verejnej zákazky na cestné stavebné práce konkurentovi žalobkyni.

Predmet a právny základ návrhu na začatie prejudiciálneho konania

Právny základ: článok 267 ZFEÚ

Návrh na začatie prejudiciálneho konania sa týka otázky, či sa má od uchádzača, ktorého verejný obstarávateľ vylúčil z dôvodu „závažného pochybenia“, ktorého sa dopustil pri výkone svojho povolania, očakávať, že z vlastnej iniciatívy uvedie možné závažné odborné pochybenia a opatrenia na samoočistenie, ktoré v tejto súvislosti prijal alebo či má verejný obstarávateľ, ktorý konštatoval, že podľa jeho názoru došlo k závažnému pochybeniu, ktoré môže prípadne viesť k vylúčeniu, ešte povinnosť umožniť priebeh kontradiktórneho konania ešte pred tým, ako môže skutočne rozhodnúť o vylúčení.

Prejudiciálne otázky

1. Má sa článok 57 ods. 4 písm. c) a g) v spojení s odsekmi 6 a 7 smernice Európskeho parlamentu a Rady 2014/24/EÚ z 26. februára 2014 o verejnom obstarávaní a o zrušení smernice 2004/18/ES vykladať v tom zmysle, že bráni takému uplatneniu, podľa ktorého je hospodársky subjekt povinný z vlastnej iniciatívy predložiť dôkaz o opatreniach, ktoré prijal s cieľom preukázať svoju spoľahlivosť?
2. V prípade kladnej odpovede: má takto vykladaný článok 57 ods. 4 písm. c) a g) v spojení s odsekmi 6 a 7 [smernice 2014/24] priamy účinok?

Relevantné ustanovenia práv Únie

- Článok 57 ods. 4 písm. c) a g), článok 57 ods. 6 a 7, článok 69 ods. 1, ako aj článok 90 smernice Európskeho parlamentu a Rady 2014/24/EÚ z 26. februára 2014 o verejnom obstarávaní a o zrušení smernice 2004/18/ES (Ú. v. L 94, 2014, s. 65)
- Všeobecná právna zásada kontradiktórneho konania

- Vykonávacie nariadenie Komisie (EÚ) 2016/7 z 5. januára 2016, ktorým sa ustanovuje štandardný formulár pre jednotný európsky dokument pre obstarávanie (Ú. v. EÚ L 3, 2016, s. 16)

Relevantné ustanovenia vnútroštátneho práva

- Články 23 a 24 wet van 15 juni 2006 overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten (zákon z 15. júna 2006 o verejnom obstarávaní a niektorých zákazkách v oblasti stavebných prác, dodávok a služieb)
- Články 2 a 3 wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen (zákon z 29. júla 1991 o jednoznačnom odôvodnení správnych aktov)
- Článok 70 wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten (zákon zo 17. júna 2016 o verejnom obstarávaní)
- Článok 61 § 1 a § 2 koninklijk besluit van 15 juli 2011 plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren (kráľovský výnos z 15. júla 2011 o zadávaní verejných zákaziek v bežných oblastiach)
- Článok 20 algemene aannemingsvoorwaarden voor de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en voor de concessies voor openbare werken gevoegd als bijlage bij het Koninklijk besluit van 26 september 1996 (všeobecné obchodné podmienky pre oblasť stavebných prác, dodávok a služieb, ako aj pre oblasť verejných stavebných povolení, ktoré tvoria prílohu ku kráľovskému výnosu z 26. septembra 1996)
- Všeobecné právne zásady riadneho výkonu verejnej správy, zásada rovnosti, hospodárskej súťaže, odbornej starostlivosti a transparentnosti, ako aj zásada odôvodnenia vo veci

Zhrnutie skutkového stavu a konania vo veci samej

- 1 Agentúra pre cestnú a dopravnú infraštruktúru Flámskeho regiónu vypísala verejné obstarávanie na vykonanie cestných stavebných prác. Zákazka bola zadaná formou verejnej výzvy. V oznámení sa výslovne poukazovalo na to, že verejný obstarávateľ má právo vylúčiť uchádzača, ak sa tento dopustil závažného odborného pochybenia.
- 2 Ponuka žalobkýň, ktoré spolu vytvorili dočasné spoločenstvo, bola v rozhodnutí o zadaní zákazky vylúčená z účasti na verejnom obstarávaní pre závažné odborné pochybenia. V odôvodnení správy z obstarávania, ktorá slúžila ako podklad pre rozhodnutie o zadaní zákazky, sa uvádzajú skutky, ktoré boli v prípade každej zo žalobkýň posúdené ako závažné odborné pochybenie. Okrem iného ide

o porušení bezpečnostných a zdravotných predpisov v lodeniach, o chybné cestné označenie a (technické) nedostatky pri realizácii predchádzajúcich stavebných prác.

- 3 Proti tomuto rozhodnutiu o zadaní zákazky podali žalobkyne žalobu o neplatnosť na vnútroštátny súd.
- 4 Tento súd konštatoval, že rozhodnutie v právnom spore si vyžaduje výklad práva Únie, konkrétne článku 57 smernice 2014/24.

Hlavné tvrdenia účastníkov konania vo veci samej

- 5 Žalobkyne namietajú porušenie článkov 23 a 24 vyššie uvedeného zákona z 15. júna 2006, článku 57 ods. 4, 6 a 7 smernice 2014/24, zásady *audi et alteram partem* zakotvanej v smernici, článkov 2 a 3 zákona z 29. júla 1991 („zákon o formálnom odôvodnení“), ako aj viacerých všeobecných zásad riadneho výkonu správy.
- 6 Zastávajú názor, že sa im pred vylúčením z dôvodu údajných závažných odborných pochybení mala poskytnúť možnosť brániť sa, v rámci ktorej by mohli preukázať, že problémy odstránili. Vyššie uvedené ustanovenia smernice upravujú kontradiktórne konanie, v ktorom môže uchádzač predložiť dôkaz o tom, že predchádzajúce pochybenia boli napravené alebo odstránené a okrem toho stanovujú, že na skutky, akými sú sporné skutky v prejednávanej veci, sa možno odvolávať ako na dôvod vylúčenia uchádzača maximálne tri roky v prípade, ak tento uchádzač nepredloží dôkaz o tom, že medzičasom problémy odstránil.
- 7 Žalobkyne sa v tejto súvislosti odvolávajú na priamy účinok vyššie uvedených ustanovení smernice.

Na túto smernicu, ktorá nebola včas prevzatá do belgického práva, sa možno voči žalovanej, ako regionálnemu miestnemu orgánu, odvolávať vzhľadom na extenzívny výklad, ktorý Súdny dvor uplatnil v prípade pojmu „štát“.

Uvedené ustanovenia sú nepodmienené, jasné a určité. Znenie, v zmysle ktorého „členský štát musí prijať vhodné opatrenia“, a samotná požiadavka uvádzaná v preambule, aby členské štáty vypracovali presné procesné a vecné podmienky, teda podmienky, ktoré sa podľa žalobkýň týkajú výlučne konania, samé osebe neodôvodňujú záver, že zakotvenie práva každého hospodárskeho subjektu preukázať samoočistenie, má podmienenú povahu.

Žalobkyne sa odvolávajú okrem iného aj na štruktúru smernice, ktorá sa má podľa ich názoru vykladať v tom zmysle, že každý hospodársky subjekt musí mať možnosť preukázať, že prijal opatrenia, ak sa verejný obstarávateľ domnieva, že integrita hospodárskeho subjektu bola narušená v dôsledku pochybenia. Uchádzač totiž môže zistiť, čo obstarávateľ považuje za závažné pochybenie až vtedy, keď ho obstarávateľ o tejto skutočnosti informuje. To znamená, že „kontradiktórne

konanie ... si v zmysle svojho *ratio legis* vyžaduje, aby osoba, ktorá môže vzniknúť námiety vedela, proti čomu môže tieto námiety uplatniť“. Uvedené teda neznamená, že záujemca resp. uchádzač má „z vlastnej iniciatívy“ preukázať, že prijal nápravné opatrenia. Takáto povinnosť, ktorá vyplýva z neskoršej právnej úpravy, podľa žalobkyň neplatí pre zákazku v tejto veci a navyše odporuje podstate a cieľu článku 57 smernice, ktorý rovnako, ako v prípade neobvyklých cien, predpokladá kontradiktórne preskúvacie konanie.

Okrem toho došlo aj k porušeniu právnej zásady *audi et alteram partem*, výslovne upravenej v smernici. Žalovaný taktiež porušil svoju povinnosť postupovať s odbornou starostlivosťou, ako aj zásadu transparentnosti, zásadu poctivej hospodárskej súťaže a zásadu rovnosti, pretože so žalobkyňami sa zaobchádzalo inak, ako s ich „európskymi kolegami“.

- 8 Žalovaný v prvom rade spochybňuje priamy účinok článku 57 smernice 2014/24. Namietá, že odsek 6 tohto článku nie je nepodmienený, jasný a určitý. Uvedená požiadavka nie je splnená prinajmenšom pokiaľ ide o nápravné opatrenia, pretože článok 57 ods. 7 stanovuje, že „členské štáty prostredníctvom zákonov, iných právnych predpisov alebo správnych opatrení a so zreteľom na právo Únie spresnia vykonávacie podmienky pre tento článok“. Žalovaný odkazuje v tejto súvislosti aj na odôvodnenie 102 smernice. Aj tá skutočnosť, že systém nápravných opatrení je v smernici „prepracovaný“ len veľmi stručne, znamená, že členské štáty disponovali pri preberaní smernice v tejto oblasti širokou mierou voľnej úvahy. Smernica napríklad neupravuje, kedy musí záujemca resp. uchádzač oznámiť, že boli prijaté nápravné opatrenia, ani formu takéhoto oznámenia. Rozsiahle právomoci členských štátov, ktorými disponovali v súvislosti s prijatím vlastnej právnej úpravy nápravných opatrení, potvrdzuje aj tá okolnosť, že smernica ponecháva na členských štátoch aby určili, ktorý orgán (verejný obstarávateľ alebo iný orgán) zodpovedá za posúdenie nápravných opatrení. Na vyššie uvedené poukazuje aj tá skutočnosť, že belgický zákonodarca do zákona, ktorý v čase vyhlásenia verejného obstarávania ešte nebol prijatý (článok 70 zákona zo 17. júna 2016, ktorým bol prebratý článok 57 smernice 2014/24), zahrnul základné otázky týkajúce sa právnej úpravy nápravných opatrení, resp. ich v rámci tejto právnej úpravy objasnil.
- 9 Žalovaný subsidiárne uvádza, že napadnuté rozhodnutie neodporuje právnej úprave samoočistenia v zmysle smernice. Keďže smernica len veľmi všeobecne opisuje podobu, v akej sa má upraviť systém nápravných opatrení, môže verejný obstarávateľ len ťažko určiť, akým spôsobom má uplatniť inštitút samoočistenia podľa článku 57 ods. 6. Za takýchto okolností sa preto logicky nadväzuje na zákon zo 17. júna 2016, ktorý ukladá povinnosť iniciatívne preukázať konkrétne prijaté opatrenia, hoci tento zákon ešte nenadobudol právoplatnosť. Žalobkyniam nič nebránilo v tom, aby z vlastnej iniciatívy vo svojej ponuke oznámili nápravné opatrenia.

Takáto podoba právnej úpravy nápravných opatrení podľa názoru žalovaného neodporuje článku 57 smernice. Uchádzač totiž môže najlepšie posúdiť, či spadá

do pôsobnosti fakultatívneho dôvodu pre vylúčenie a teda či má prijať nápravné opatrenia. V prejednávanej veci bola závažná povaha nedostatkov, ku ktorým došlo počas predchádzajúcich zákaziek na stavebné práce, zjavná najmä preto, že aj tieto zákazky zadal žalovaný.

S ohľadom na porovnanie s kontradiktórnym preskúvacím konaním v prípade neobvyklých cien žalovaný ešte uvádza, že ako vyplýva už zo samotného článku 57 ods. 6 a z porovnania s článkom 69 ods. 1 smernice, medzi týmito predpismi existuje zásadný rozdiel.

Taktiež sa odvoláva na vykonávacie nariadenie 2016/7, ktorého vzorové tlačivo uvedené v prílohe k tomuto nariadeniu poskytuje možnosť uviesť v súvislosti s jednotlivými fakultatívnymi dôvodmi pre vylúčenie, vrátane závažných odborných pochybení, o aké ide v prejednávanej veci, či boli prijaté opatrenia na samoočistenie a prípadne ich aj konkretizovať. Vzhľadom na uvedené skutočnosti zo smernice 2014/24 aj podľa názoru Európskej komisie vyplýva, že je povinnosťou uchádzačov resp. záujemcov, aby postupovali iniciatívne a verejnému obstarávateľovi prípadne oznámili nápravné opatrenia.

Okrem toho nemožno súhlasiť s tým, že postup samoočistenia sa líši v závislosti od príslušného dôvodu pre vylúčenie. Keďže cieľom smernice je dosiahnuť podstatné administratívne zjednodušenie postupu verejného obstarávania, nemohlo byť cieľom európskeho zákonodarcu upraviť rôzne formy konaní v oblasti samoočistenia.

Nanajvýš subsidiárne žalovaný uvádza, že neboli porušené zásady riadneho výkonu verejnej správy. Na záver poukazuje na ustálenú judikatúru Raad van State (Štátna rada, Belgicko) v oblasti práva na vypočutie a uvádza, že verejný obstarávateľ, ktorý má v úmysle prijať rozhodnutie o vylúčení, nie je v zásade povinný pristúpiť k výsluchu, pretože neodníma skôr priznanú výhodu, ani neukladá sankciu, ale len odmieta priznať požadovanú výhodu.

Zhrnutie odôvodnenia návrhu

- 10 Vnútroštátny súd v prvom rade konštatuje, že oznámenie o verejnom obstarávaní bolo uverejnené 11. a 13. mája 2016, t. j. po uplynutí lehoty na prebratie smernice, ktorá uplynula 18. apríla 2016. Od tohto dňa sa musí používať aj štandardný formulár pre jednotný európsky dokument pre obstarávanie upravený vo vykonávacom nariadení 2016/7. V tomto formulári sa v rámci časti „dôvody na vylúčenie“ poskytuje možnosť oznámiť, či hospodársky subjekt prijal opatrenia na samoočistenie a prípadne ich opísať.

Článok 61 § 2 bod 4 kráľovského výnosu z roku 2011, ktorý sa uplatní v spore vo veci samej, a ktorý slúžil ako dôvod pre vylúčenie žalobkýň, stanovoval, že záujemcovia resp. uchádzači, ktorí sa v rámci svojej odbornej činnosti dopustili závažného pochybenia, môžu byť vylúčení v ktoromkoľvek štádiu procesu verejného obstarávania.

Vnútroštátny súd ďalej poukazuje na to, že v čase vydania napadnutého rozhodnutia ešte zákon zo 17. júna 2016, ktorý upravuje konanie, v rámci ktorého by záujemcovia resp. uchádzači, ktorí by mohli byť vylúčení z dôvodu závažných pochybení, boli oprávnení z vlastnej iniciatívy preukázať, že prijali „nápravné opatrenia“, nenadobudol právoplatnosť.

Pri posudzovaní žaloby o neplatnosť treba odpovedať na otázku, či článok 57 ods. 4 písm. c) a g) v spojení s odsekmi 6 a 7 smernice 2014/24 (ne)bránia takej aplikácii práva, v rámci ktorej sa hospodársky subjekt ktorý sa tak, ako v prejednávacom prípade, podľa názoru verejného obstarávateľa dopustil závažného odborného pochybenia a sám od seba nepreukázal, že prijal prípadné nápravné opatrenia, vylúči bez toho, aby mu verejný obstarávateľ v rámci zamýšľaného vylúčenia poskytol výslovne upravenú možnosť preukázať prípadné opatrenia, aby aj napriek všetkému mohol dokázať svoju spoľahlivosť, resp. bez toho, aby bol k takémuto úkonu vyzvaný v rámci výzvy na predkladanie ponúk.

Ak odpoveď na vyššie uvedenú otázku bude znieť, že smernica predmetné uplatnenie povoľuje, nie je potrebné sa bližšie zaoberať otázkou, či majú príslušné ustanovenia smernice priamy účinok.

Ani zo znenia dotknutých ustanovení, ani z judikatúry Súdneho dvora však nemožno jednoznačne vyvodiť odpoveď na túto otázku.

Skoršia judikatúra Súdneho dvora, najmä rozsudok z 24. októbra 2018, Vossloh Laeis (C-124/17 EU:C:2018:855, body 20 až 23 a výroková časť) týkajúci sa samoočistenia sa totiž nezaobera otázkou, ktorá je predmetom tohto konania, konkrétne, či sa má článok 57 ods. 6 smernice vykladať v tom zmysle, že hospodársky subjekt má z vlastnej iniciatívy označiť opatrenia za účelom samoočistenia alebo či sa pred rozhodnutím o vylúčení musí na takýto úkon vyzvať.

Zo znenia dotknutého ustanovenia smernice nemožno dospieť k nijakému relevantnému záveru, pretože sa v ňom uvádza len, že: „každý hospodársky subjekt, ktorý sa nachádza v jednej zo situácií uvedených v odsekoch 1 a 4, môže poskytnúť dôkazy v tom zmysle, že opatrenia, ktoré tento hospodársky subjekt prijal, sú dostatočné na to, aby sa preukázala jeho spoľahlivosť napriek existencii relevantného dôvodu na vylúčenie.“. Aj v odôvodnení 102 smernice sa len všeobecne odkazuje na to, že „hospodárske subjekty... môžu [mali by] požadovať, aby sa preskúmali opatrenia zamerané na dosiahnutie súladu, ktoré boli prijaté so zreteľom na možné pripustenie do postupu obstarávania.”

V štandardnom formulári vykonávacieho nariadenia 2016/7 sa však v časti „dôvody pre vylúčenie“ poskytuje príslušná možnosť oznámiť, či hospodársky subjekt prijal opatrenia na samoočistenie a prípadne tieto opatrenia aj opísať.

Možné dôvody pre vylúčenie sa však týkajú rôznych skutkových okolností. V niektorých prípadoch by hospodársky subjekt mohol jasne predvídať, či existuje relevantný dôvod pre vylúčenie alebo nie. V prípade iných dôvodov pre vylúčenie

je takéto posúdenie menej jednoznačné. Existujú povinné a fakultatívne dôvody pre vylúčenie. Ak ide o „závažné pochybenie“ tak, ako prichádza do úvahy v prejednávanej veci, verejnému obstarávateľovi v zmysle odôvodnenia 101 smernice prináleží, aby určil, či došlo k závažnému odbornému pochybeniu. V takomto prípade nie je samotné posúdenie verejného obstarávateľa pre dotknutého uchádzača vždy predvídateľné. Bol by uchádzač v takomto prípade povinný konať z vlastnej iniciatívy alebo je verejný obstarávateľ na základe predchádzajúceho konštatovania, že došlo k závažnému pochybeniu odôvodňujúcemu možné vylúčenie, povinný zabezpečiť kontradiktórne konanie?

Opatrenia samoočistenia by taktiež bolo možné zahrnúť do prieskumu proporcionality vylučujúceho opatrenia. Výklad, v zmysle ktorého musí prebehnúť kontradiktórne konanie ešte pred skutočným rozhodnutím o vylúčení, zjavne podporuje aj hospodársku súťaž.

Naproti tomu v prípade, ak sa iniciatíva ponechá na záujemcovi, je pravdepodobnejšie, že viacerí verejní obstarávatelia budú mať k dispozícii tie isté informácie v čase rozhodovania o zadaní zákazky a v tomto zmysle by vládla väčšia miera transparentnosti.

Vzhľadom na podobnosť s právnou úpravou preskúmania neobvyklých cien vnútroštátny súd dospieva k záveru, že článok 69 smernice, ktorý upravuje neobvyklé nízke ceny, ukladá verejnému obstarávateľovi povinnosť vykonať viacero aktívnych úkonov, pričom v prípade právnej úpravy samoočistenia podľa článku 57 ods. 6 nejde výslovne o takúto situáciu. Okrem toho poukazuje aj na odlišné ciele právnej úpravy neobvyklých cien a právnej úpravy samoočistenia.

- 11 V súvislosti s priamym účinkom dotknutých ustanovení poukazuje vnútroštátny súd na to, že Súdny dvor sa k tejto otázke doposiaľ nevyjadril. Možno však konštatovať, že článok 57 ods. 6 smernice 2014/24 si pre svoje uplatnenie vyžaduje prijatie doplňujúcich opatrení, najmä pokiaľ sa v tomto ustanovení uvádza, že každý hospodársky subjekt môže poskytnúť dôkazy v tom zmysle, že opatrenia, ktoré tento hospodársky subjekt prijal, sú dostatočné na to, aby sa preukázala jeho spoľahlivosť aj napriek existencii relevantného dôvodu na vylúčenie. Rovnaký záver platí aj pre článok 57 ods. 7 tejto smernice. Táto smernica totiž nestanovuje kedy je záujemca resp. uchádzač povinný oznámiť, že sa musia prijať nápravné opatrenia, ani akým spôsobom sa má takéto oznámenie uskutočniť a kto bude zodpovedný za posúdenie opatrení.
- 12 Na druhej strane z judikatúry Súdneho dvora vyplýva, že znenie predpisu, v zmysle ktorého musí členský štát „prijatť vhodné opatrenia“ samé o sebe nebráni tomu, aby sa na základe smernice priznalo nepodmienené a dostatočne určité konkrétne právo. Hoci ustanoveniam o samoočistení úplne zjavne nemožno priznať priamy účinok, nedá sa takýto postup úplne vylúčiť v prípade niektorých častí týchto ustanovení upravujúcich minimálne záruky.

Ak Súdny dvor dospeje k názoru, že sa možnosť, aby záujemca v súlade s článkom 57 ods. 6 smernice 2014/24 aj napriek vylúčeniu z dôvodu závažného odborného porušenia preukázal svoju spoľahlivosť, spája s povinnosťou verejného obstarávateľa poskytnúť záujemcovi za každých okolností takúto možnosť skôr, ako ho z uvedeného dôvodu vylúči, vzniká otázka, či ide o určitú formu minimálnej ochrany, ktorú možno dostatočne presne určiť na základe smernice.

- 13 Keďže z vyššie uvedených skutočností vyplývajú pochybnosti o výklade dotknutých ustanovení, vnútroštátny súd sa rozhodol predložiť Súdnemu dvoru návrh na začatie prejudiciálneho konania o vyššie uvedených otázkach.

PRACOVNÝ DOKUMENT