

Věc C-195/21**Shrnutí žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce podle čl. 98 odst. 1
jednacího řádu Soudního dvora****Datum doručení:**

26. března 2021

Předkládající soud:

Rajonen sad Lukovit (Bulharsko)

Datum předkládacího rozhodnutí:

26. března 2021

Stěžovatel:

LB

Odpůrce:

Smetna palata na Republika Bulgaria

Předmět původního řízení

Řízení se týká stížnosti proti rozhodnutí o uložení pokuty vydanému předsedou Smetna palata na Republika Bulgaria (Účetní dvůr Bulharské republiky, dále jen „Účetní dvůr“), jímž byla stěžovateli uložena pokuta podle čl. 2 odst. 2 zákona za obštestvenite porački (zákon o zadávání veřejných zakázek, Bulharsko, dále jen „ZOP“).

Předmět a právní základ předběžných otázek

Předkládající soud žádá na základě článku 267 SFEU o výklad čl. 58 odst. 4 směrnice 2014/24/EU, kterým má být vyjasněna otázka, jaké dopady má tímto ustanovením předepsaná proporcionalita požadavků stanovených zadavatelem pro účast na veřejné zakázce s ohledem na předmět zakázky. Žádost o rozhodnutí o předběžné otázce se dále týká výkladu pojmu „nesrovnalost“ ve smyslu nařízení (EU) č. 1303/2013, rozdílu mezi správními opatřeními a sankcemi podle článků 4 a 5 nařízení (ES, Euratom) č. 2988/95, jakož i otázky, zda různé orgány, které se

účastní kontroly správy veřejných prostředků Evropské unie, musí své postupy vzájemně sladit.

Předběžné otázky

- 1) Musí být čl. 58 odst. 4 směrnice 2014/24/EU vykládán v tom smyslu, že požadavky na odbornou způsobilost personálu hospodářského subjektu pro odbornou zakázku v oboru stavebnictví stanovené kvalifikačními kritérii mohou být přísnější než minimální požadavky na vzdělání a odbornou kvalifikaci, které stanoví zvláštní vnitrostátní zákon (čl. 163a odst. 4 ZUT), aniž od počátku představují omezení hospodářské soutěže, a konkrétněji: vyžaduje podmínka „proporcionality“ požadavků stanovených pro účast ve vztahu k předmětu zakázky a) od vnitrostátního soudu, aby provedl posouzení proporcionality na základě provedených důkazů a konkrétních parametrů zakázky, a to i v případech, kdy vnitrostátní zákon stanoví velký počet odborníků, kteří mají obecně kvalifikaci pro činnosti v rámci zakázky, nebo b) umožňuje omezit soudní přezkum pouze na kontrolu, zda jsou podmínky účasti v porovnání s podmínkami obecně stanovenými ve zvláštním vnitrostátním zákoně vymezeny příliš úzce?
- 2) Musí být ustanovení hlavy II „Správní opatření a sankce“ nařízení č. 2988/95 vykládána v tom smyslu, že stejné porušení zákona za obštestvenite porački (zákon o zadávání veřejných zakázek), který provádí směrnici 2014/24/EU (včetně porušení při stanovení kvalifikačních kritérií, za něž byl stěžovatel potrestán), může mít různé právní následky podle toho, zda se jedná o nezaviněné porušení nebo porušení, které bylo způsobeno úmyslně nebo z nedbalosti?
- 3) Je s ohledem na zásady právní jistoty a efektivity s přihlédnutím k cíli čl. 8 odst. 3 nařízení č. 2988/95 a bodům 43 a 122 odůvodnění nařízení č. 1303/13 přípustné, aby různé vnitrostátní orgány povolané k ochraně finančních zájmů Evropské unie posuzovaly stejné skutečnosti v zadávacím řízení různě, a to konkrétně, že řídicí orgán operačního programu nezjistí žádné porušení při stanovení kvalifikačních kritérií, zatímco Účetní dvůr při následné kontrole konstatuje, aniž existují zvláštní nebo nové okolnosti, že tato kritéria omezují hospodářskou soutěž, a zadavateli z tohoto důvodu uloží správní sankci?
- 4) Brání zásada proporcionality takovému vnitrostátnímu ustanovení, jako je ustanovení čl. 247 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek, které stanoví, že zadavatel, který formálně porušuje zákaz čl. 2 odst. 2 tohoto zákona, bude potrestán pokutou ve výši 2 procent z ceny zakázky včetně daně z přidané hodnoty, avšak nepřevyšující 10 000 leva, aniž musí být určena závažnost porušení a jeho skutečné nebo potenciální dopady na zájmy Unie?

Uplatňovaná ustanovení unijního práva a judikatura

Nařízení Rady (ES, Euratom) č. 2988/95 ze dne 18. prosince 1995 o ochraně finančních zájmů Evropských společenství, články 4, 5, 6, 7 a 8.

Nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 1303/2013 ze dne 17. prosince 2013 o společných ustanoveních o Evropském fondu pro regionální rozvoj, Evropském sociálním fondu, Fondu soudržnosti, Evropském zemědělském fondu pro rozvoj venkova a Evropském námořním a rybářském fondu, o obecných ustanoveních o Evropském fondu pro regionální rozvoj, Evropském sociálním fondu, Fondu soudržnosti a Evropském námořním a rybářském fondu a o zrušení nařízení Rady (ES) č. 1083/2006 - body 43 a 122 odůvodnění, čl. 2 bod 36, čl. 4 odst. 10 a článek 16.

Nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 1293/2013 ze dne 11. prosince 2013 o zřízení programu pro životní prostředí a oblast klimatu (LIFE) a o zrušení nařízení (ES) č. 614/2007, článek 28.

Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES, články 18 a 58.

Rozsudky Soudního dvora ze dne 13. prosince 1989, Grimaldi (C-322/88, EU:C:1989:646, body 8 a 18), ze dne 2. dubna 2009, Lodato Gennaro (C-415/07, EU:C:2009:220), ze dne 26. května 2016, Județul Neamț a Județul Bacău (C-260/14 a C-261/14, EU:C:2016:360, bod 50) a ze dne 19. července 2012, Rēdlihs (C-263/11, EU:C:2012:497, bod 44).

Uplatňovaná ustanovení vnitrostátního práva

Zakon za obšttestvenite porački (zákon o zadávání veřejných zakázek, Bulharsko, dále jen „ZOP“), články 1, 5, 18, 59 a 70, kapitola 31 článek 260 a § 3 doplňujících ustanovení, jakož i:

Článek 2 odst. 2: „Při zadávání veřejných zakázek nejsou zadavatelé oprávněni omezovat hospodářskou soutěž stanovením takových podmínek a požadavků, které mají za následek nepřipustnou výhodu nebo omezují přístup hospodářských subjektů k veřejným zakázkám neodůvodněným způsobem a které nejsou podmíněny předmětem, hodnotou, náročností, množstvím nebo rozsahem veřejné zakázky.“

Článek 247 odst. 1: „Zadavatel, který poruší zákaz podle čl. 2 odst. 2 [...], bude uložena pokuta ve výši 2 procent hodnoty smlouvy včetně daně z přidané hodnoty, která však nepřekročí částku 10 000 leva.“

Pravilnik za prilagane na ZOP (prováděcí ustanovení k ZOP, dále jen „PPZOP“), články 33 a 54.

Zakon za upravlenie na sredstvata ot Evropejskite strukturni i investicionni fondove (zákon o správě prostředku z Evropského strukturálního a investičního fondu, dále jen „ZUSESIF“), články 45, 49, 70 a 72.

Zakon za ustrojstvo na teritorijata (zákon o územním plánování, dále jen „ZUT“), článek 137 a článek 163a, který stanoví:

Odstavec 1: „Zhotovitel je povinen zaměstnat na základě pracovní smlouvy osoby s technickou kvalifikací, které budou pověřeny technickým vedením stavby“.

Odstavec 2: „Osoby s technickou kvalifikací jsou takové osoby, které mají diplom vydaný akreditovanou vysokou školou s kvalifikací ‚stavební inženýr‘, ‚inženýr‘ nebo ‚architekt‘, jakož i osoby se středoškolským vzděláním, které ukončily čtyřleté vzdělávání v některé z odborných kvalifikací v oborech ‚architektura a výstavba‘ nebo ‚technika‘.“

Odstavec 4 (ve znění z 9. března 2018): „Technický vedoucí je stavební inženýr, architekt nebo stavební technik, který řídí stavební práce [...]. Další osoby s technickou kvalifikací podle odstavce 2 mohou vykonávat specializované technické vedení jednotlivých stavebních a montážních prací v souladu se svým odborným zaměřením a svou odbornou kvalifikací.“

Zakon za smetnata palata (zákon o Účetním dvoru, Bulharsko), článek 6.

Zakon za administrativnite narušenija i nakazania (zákon o správních přestupcích a sankcích, Bulharsko, dále jen „ZANN“), článek 28 (ve znění ze dne 14. února 2020).

Stručný popis skutkového stavu a řízení

- 1 Dne 21. března 2018 byla podle čl. 45 odst. 2 ZUSESIF uzavřena smlouva o správě týkající se poskytnutí dotace z operačního programu „Životní prostředí 2014 - 2020“ spolufinancovaného z Evropského fondu pro regionální rozvoj a Fondu soudržnosti Evropské unie. Podle této smlouvy poskytne vedoucí řídicího orgánu (ministr životního prostředí a vod) příjemci (městu Lukovit) dotaci do výše až 649 732,14 leva na projekt ISUN č. BG16M1OP-4.003-0002 „Zpevnění svahu LOV19.44327.02 – svah u silnice k regionální skládce odpadu – ul. ‚Sinčec‘ – město Lukovit“. Smlouva o správě upravuje podmínky pro stanovení **finančních oprav**, přičemž výslovně stanoví, že finanční oprava a její výše se určuje na základě vnitrostátních zákonů a pokynů ke stanovení finančních oprav zakotvených v rozhodnutí Evropské komise C(2013)9527, které mají být použity v případě nedodržení pravidel pro zadávání veřejných zakázek u výdajů financovaných Uníí v rámci sdíleného řízení.
- 2 Rozhodnutím ze dne 5. dubna 2018 zahájil starosta města Lukovit podle čl. 18 odst. 1 bodu 12 ZOP otevřené řízení **„veřejná soutěž“** k zadání veřejné zakázky, jejímž předmětem bylo „Zpevnění svahu LOV19.44327.02 – svah u silnice k

regionální skládce odpadu – ul. „Sinčec“ – město Lukovit“. Odhadovaná hodnota této zakázky byla 482 668 leva bez DPH.

- 3 Rozhodnutím bylo stanoveno oznámení o zahájení řízení a zadávací dokumentace. Podle **oznámení** byla cílem stavebního záměru obnova a zlepšení vlastností příslušného úseku silnice za účelem jejího využívání k dopravě. Jako zadávací kritérium byla stanovena „kvalita“ a „cena“ rovným dílem, tedy 50 %.
- 4 Ohledně podmínek účasti byl jako požadavek na způsobilost k výkonu povolání stanoven zápis účastníků (dále rovněž „uchazečů“) v centrálním profesním rejstříku pro stavebnictví a pro zahraniční uchazeče zápis v příslušných rejstřících podle práva konkrétního státu. Rovněž byly uvedeny požadavky na technické zaměstnance uchazečů: Ti museli mít potřebnou odbornou kvalifikaci a zkušenosti v souladu se specifikací zakázky. Příslušný tým zaměstnanců musel zahrnovat alespoň *jednoho technického vedoucího stavby s odbornou kvalifikací „konstruktér“ nebo „stavební inženýr“* (nebo odpovídající kvalifikací v případě, že byla získána v jiném státě) a další odborníky v oborech „inženýrská geologie a hydrogeologie“, „geodézie“, „stavba silnic a dopravních staveb“ (s požadavkem alespoň tříletých profesních zkušeností v oboru u technického vedoucího a ostatních odborníků), odborného koordinátora v oblasti bezpečnosti a zdraví a odborníka na kontrolu kvality provádění stavebních prací, přičemž uchazeči mohli uvést, že technický vedoucí bude zastávat i funkce obou posledně jmenovaných odborníků.
- 5 Během lhůty pro předkládání nabídek (21. května 2018, 17 hodin) byly doručeny tři nabídky. Všichni tři uchazeči navrhovali inženýra jako technického stavbyvedoucího: Uchazeč č. 1 „inženýra“ v oboru „dopravní stavby“ se 14letou zkušeností v tomto oboru, uchazeč č. 2 „stavebního inženýra“ v oboru „hydrogeologie a inženýrská geologie“ s 33letou zkušeností a uchazeč č. 3 „stavebního inženýra“ v oboru „výstavba budov a zařízení“ s 10 lety zkušeností.
- 6 Výbor, který byl příkazem starosty svolán k provedení výběru, vyhodnocení a sestavení pořadí, uvedl ve svém protokolu ze dne 28. května 2018, že u všech tří uchazečů byly zjištěny odchylky od kvalifikačních požadavků a každému z nich byla poskytnuta možnost odstranit je ve lhůtě pěti dní. V protokolu ze dne 22. června 2018 výbor navrhl vyloučení uchazečů č. 1 a č. 3 s odůvodněním, že tito uchazeči nesplňují kvalifikační kritéria.
- 7 Rozhodnutím ze dne 24. července 2018 oznámil starosta města Lukovit následující: 1. Zakázka byla přidělena uchazeči č. 2; 2. Další dva uchazeči jsou vyloučeni z důvodů sdělených výborem. Dne 29. srpna 2018 uzavřelo město Lukovit a uchazeč č. 2, který byl vybrán jako provádějící podnik, smlouvu v hodnotě 481 293,72 leva bez daně z přidané hodnoty (577 552,46 leva s DPH). V průběhu celého zadávací řízení nebyly doručeny žádné stížnosti.
- 8 Rozhodnutím ze dne 9. listopadu 2018, které bylo vydáno po následné kontrole legality provedeného řízení „veřejná soutěž“, **stanovil řídicí orgán** operačního

programu „Životní prostředí 2014 – 2020“ **obecnou finanční opravu ve výši 5 %** hodnoty dotčených a k financování uznaných nákladů ze smlouvy uzavřené dne 29. srpna 2018. V rozhodnutí byly zjištěny dvě skupiny porušení pravidel pro zadávání veřejných zakázek, které byly vyhodnoceny jako nesrovnalosti: a) porušení čl. 70 odst. 7 bodu 1 ZOP posuzováním nabídky, která není v souladu s technickými specifikacemi zadavatele, a b) porušení čl. 54 odst. 8 a 9 PPZOP poskytnutím nejasných a zavádějících pokynů jednomu z uchazečů, které vedly k jeho protiprávnímu vyloučení (mělo se za to, že finanční dopady porušení spočívají v okolnosti, že vyloučený uchazeč mohl předložit nabídku, která by byla cenově výhodnější než nabídka vybraného uchazeče).

- 9 Při stanovení opravy za každou z nesrovnalostí byly zohledněny tyto okolnosti zmírňující negativní dopady: Byly předloženy tři nabídky, což samo o sobě hovoří o uspokojivé úrovni soutěže; odhadovaná cena zakázky je nižší než prahová hodnota, při níž je nezbytné oznámení v Úředním věstníku Evropské unie; zadávací kritérium je „optimální poměr ceny a výkonu“, který nezaručuje, že nabídka na prvním místě musí být nutně nabídka za nejnižší cenu.
- 10 Příkazem ze dne 2. října 2019 pověřil místopředseda **Účetního dvora Bulharské republiky** tým auditorů auditem správy veřejných prostředků a činností města Lukovit v období od 1. ledna 2018 do 30. června 2019. Dne 18. června 2020 vydal jeden z auditorů tohoto týmu rozhodnutí proti LB, v němž bylo konstatováno, že se rozhodnutím o vypsání soutěže na dotčenou veřejnou zakázku **doпустиł správního přestupku proti čl. 2 odst. 2 ZOP tím, že soutěž omezil stanovením podmínky, která neodůvodněným způsobem omezuje účast hospodářských subjektů na veřejné zakázce.** Auditor byl toho názoru, že požadavek, aby uchazeči měli k dispozici zejména technického vedoucího stavby s odbornou kvalifikací „konstruktér“ nebo „stavební inženýr“, není v souladu se zvláštním zákonem (čl. 163a odst. 2 a 4 ZUT), který stanoví požadavky na vzdělání a odbornou kvalifikaci technického vedoucího, které jsou méně přísné. Měl za to, že se jednalo o **zaviněný přestupek**, protože starosta města Lukovit jako veřejný zadavatel podle čl. 5 odst. 2 bodu 9 ZOP měl vynaložit veškeré nezbytné úsilí, aby jednal v souladu kogentními ustanoveními ZOP.
- 11 Na základě rozhodnutí o zjištění správního přestupku vydal předseda Účetního dvora Bulharské republiky dne 16. prosince 2020 rozhodnutí o uložení pokuty napadené v původním řízení, v němž se řídil všemi zjištěními a závěry týkajícími se porušení čl. 2 odst. 2 ZOP ve spojení s jeho čl. 59 odst. 2 a v souladu s čl. 260 odst. 2 ZOP uložil LB pokutu ve výši 10 000 leva (což odpovídá o něco více než 16 tuzemským minimálním mzdám v roce 2020). LB toto rozhodnutí o uložení pokuty napadl s odůvodněním, že článek 59 ZOP neomezuje samostatný postup zadavatelů v tom smyslu, že ti musí přísně dodržovat minimální požadavky zvláštního zákona (ZUT) ohledně kvalifikace. Dále měl za to, že sporný požadavek je nezbytný s ohledem na specifický předmět veřejné zakázky, kterým jsou stavební práce na zpevnění svahu vyznačující se vysokou technickou náročností.

- 12 Ve fázi soudního řízení byla vyžádána informace od Komory stavebních podniků v Bulharsku, podle níž bylo v okamžiku oznámení (5. dubna 2018) v centrálním profesním rejstříku pro stavebnictví zapsáno 391 stavebních firem, které měly povolení k provádění stavebních prací skupiny čtyři, kategorie jedna. V informaci byly uvedeny tyto požadavky na odbornou kvalifikaci zaměstnanců těchto stavebních podniků: Tyto podniky musí mít k dispozici alespoň jednu osobu s odbornou kvalifikací „stavební inženýr“ (zaměření „hydrotechnická výstavba“ nebo „vodovodní a kanalizační stavby“) nebo s odbornou kvalifikací „architekt“ (zaměření „architektura krajiny“).

Hlavní argumenty účastníků původního řízení

- 13 Argumenty účastníků řízení jsou uvedeny níže v popisu odůvodnění žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce.

Stručný popis odůvodnění žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce

- 14 Předkládající soud má za to, že spor mezi stěžovatelem a Účetním dvorem Bulharské republiky spadá do oblasti působnosti unijního práva, protože správní sankce byla uložena z důvodu porušení pravidel pro zadávání veřejných zakázek, kterého se dopustil zadavatel, jemuž byla poskytnuta dotace z operačního programu „Životní prostředí 2014-2020“.
- 15 *První předběžnou otázkou* se předkládající soud táže, zda čl. 58 odst. 4 směrnice 2014/24 a proporcionalita požadavků na účast stanovených zadavatelem požadovaná v tomto ustanovení s ohledem na předmět zakázky umožňuje, aby byly stanoveny **přísnější požadavky** na odbornou způsobilost personálu hospodářského subjektu pro provádění specifické stavební zakázky, **než jsou minimální požadavky na vzdělání a odbornou kvalifikaci podle vnitrostátního zákona (ZUT)**, nebo zda mají být takovéto přísnější požadavky od počátku považovány za požadavky, které omezují hospodářskou soutěž. Podle názoru předkládajícího soudu závisí na odpovědi na tuto otázku to, zda musí svůj přezkum omezit na to, jaká kritéria stanovil veřejný zadavatel a zda jsou tato kritéria restriktivnější než požadavky stanovené v ZUT nebo zda soud má mimoto, včetně provedení nových důkazů, zkoumat, zda tyto restriktivnější a vyšší požadavky na personál odpovídají předmětu, rozsahu a náročnosti zakázky, jako jsou v projednávané věci stavební práce specifického předmětu (zpevnění svahu), které představují činnost nejvyšší obtížnosti podle ZUT.
- 16 Účastníci řízení v této otázce zastávají opačné názory. Stěžovatel má za to, že ve veřejném zadávacím řízení jsou přípustné takové podmínky, které chrání zájmy zadavatele, přičemž kvalifikační kritéria mohou být omezena pouze za kumulativního splnění dvou podmínek: 1. kritéria musí být ve vztahu k předmětu zakázky proporcionální a 2. toto nesmí vést k nerovnému zacházení s potenciálními uchazeči nebo k jejich neodůvodněnému omezení. Podle jeho názoru stanoví čl. 163a odst. 4 ZUT požadavky na „technického vedoucího“

obecně pro všechny kategorie staveb, od staveb s nejnižší náročností až po stavby, jako je ta v projednávané věci, které jsou nanejvýš technicky náročné a které odůvodňují použití přísnějších požadavků, než jsou minimální požadavky na vzdělání a odbornou kvalifikaci, aniž tyto požadavky omezují hospodářskou soutěž. Účetní dvůr má za to, že zúžení tohoto okruhu osob - když zvláštní zákon již stanoví osoby, které mohou vykonávat činnost technického vedoucího - dalšími požadavky zadavatele má za následek omezení možnosti hospodářských subjektů splnit podmínky zakázky a vede tedy k omezení hospodářské soutěže.

- 17 Předkládající soud dále poukazuje na skutečnost, že v případě finančních prostředků ve sdíleném řízení z ESI fondů na vnitrostátní úrovni jsou zapojeny mimo jiné řídicí orgán (ŘO), certifikační jednotka (CJ), auditní orgán (AO), Evropská komise, Evropský účetní dvůr, jakož i orgány finanční kontroly a kontrolních orgánů: Smetna Palata (Účetní dvůr, Bulharsko), Agencija za daržavna financova ispekcija (ADFI) (Agentura pro státní finanční kontrolu, Bulharsko), Direkcija „Zašita na finansovite interesi na Evropejskija sajuz“ (AFKOS) (Ředitelství pro ochranu finanční zájmů Evropské unie). Vzhledem k tomu, že se jedná o jednotný systém veřejných financí, musí **tyto úřady svou činnost vzájemně koordinovat**. V projednávané věci však různé vnitrostátní orgány, které jsou pověřeny dohledem nad dodržováním ustanovení ZOP (řídicí orgán operačního programu „Životní prostředí 2014-2020“ a Účetní dvůr), posuzují legalitu stejných skutečností, totiž kvalifikačních kritérií vypsanych stěžovatelem, rozdílně. Podle názoru předkládajícího soudu je proto relevantní otázka, v jaké míře musí různé kontrolní orgány vzájemně sladit své posouzení legality zadávacích řízení a jaké právní dopady má chybějící koordinace (*třetí předběžná otázka*). Předkládající soud má za to, že chybějící koordinace při kontrole dodržování zásady volné hospodářské soutěže různými orgány jiným způsobem poškozuje zájmy Unie, protože u příjemců vede k právní nejistotě, která má odrazující účinek na jejich hospodářské aktivity.
- 18 Ohledně této otázky má stěžovatel za to, že kontroly stejného skutkového stavu různými kontrolními orgány, které dospěly k různým výsledkům o tom, zda došlo ve výběrovém řízení k porušení či nikoliv, aniž jsou zohledněny skutečnosti a okolnosti zjištěné v ostatních správních řízeních, jsou vzhledem k cíli čl. 8 odst. 3 nařízení č. 2988/95 a s přihlédnutím k zásadě právní jistoty nepřipustné. Účetní dvůr má naopak za to, že on sám a řídicí orgán operačního programu „Životní prostředí“ jsou dva na sobě nezávislé kontrolní orgány a že své kontrolní úkoly podle ZOP vykonávají nezávisle na sobě. Řídicí orgán a orgány Účetního dvora mají různé pravomoci: V případě zjištěných porušení ZOP, které naplňují skutkovou podstatu nesrovnalosti, stanoví řídicí orgán finanční opravy pouze vůči právní osobě příjemce, zatímco Účetní dvůr může ukládat správní sankce odpovědným fyzickým osobám.
- 19 V této souvislosti vyvstává následující (*druhá*) předběžná otázka předkládajícího soudu, která se týká hlavy II nařízení č. 2988/95 („Správní opatření a sankce“). Předpokládá-li stanovení finanční opravy zjištění nesrovnalosti podle její definice v unijním právu a v ustálené judikatuře Soudního dvora Evropské unie, musí být

při posuzování odpovědnosti fyzické osoby podle správního práva trestního z důvodu porušení unijního práva zjištěny **kumulativní objektivní charakteristiky „nesrovnalosti“ společně s dalším subjektivním znakem** - totiž, že porušení bylo úmyslné nebo způsobené z nedbalosti?

- 20 Účastníci řízení v této otázce zastávají opačné názory. Stěžovatel má za to, že finanční opravy představují správní opatření ve smyslu článku 4 nařízení č. 2988/95. Řídicí orgán musí proto v řízení o stanovení finanční opravy prokázat existenci každého jednotlivého znaku skutkové podstaty nesrovnalosti, konkrétně: 1. porušení ustanovení unijního práva; 2. skutečnou nebo potenciální škodu pro souhrnný rozpočet Unie; 3. příčinnou souvislost mezi tvrzeným porušením a škodou. Stěžovatel doplňuje, že na rozdíl od článku 4 nařízení č. 2988/95, který se týká nesrovnalostí vedoucích ke stanovení finančních oprav, upravuje článek 5 stejného nařízení případy, kdy musí být určitá nesrovnalost (která „*poškozuje rozpočet Evropské unie*“) navíc potrestána správní sankcí, pokud byla „úmyslná“ nebo „způsobená z nedbalosti“.
- 21 Účetní dvůr zastává stanovisko, že podle definice „nesrovnalosti“ se jedná o „nesrovnalost“ i v případě, že se poškození rozpočtu Unie jeví jako možné, přičemž konkrétní finanční dopady a podmínky, které rozpočet skutečně mohly poškodit, nemusí být prokázány. Tento názor se zakládá na předpokladu, že se jedná o formální porušení jednoduchým spácháním a vznik škody proto není znakem skutkové podstaty. Normotvůrce se domnívá, že s okolností zjištění těchto nesrovnalostí nastaly nepříznivé právní následky pro stávající řád, které jsou podle zákonné domněnky tak závažné, že musí být postihovány.
- 22 Toto stanovisko Účetního dvora a uvedené sankční ustanovení (čl. 247 odst. 1 ZOP) vedou předkládající soud ke **čtvrté předběžné otázce**, totiž zda je způsob stanovení pokuty v souladu s požadavky proporcionality, neboť nejsou posuzovány žádné jiné okolnosti než **formální porušení**, zatímco při stanovení správního opatření (finanční oprava, která by měla představovat mírnější důsledek porušení unijního práva) je přihlíženo k řadě jiných okolností (v projednávané věci řídicí orgán zohlednil u jiných porušení v prověřovaném řízení mimo jiné počet účastníků a poté shledal, že výběrové řízení bylo uspokojivé).
- 23 Konečně předkládající soud poukazuje na to, že směrnice 2014/24 nestanoví žádnou harmonizaci sankcí v případě porušení právních předpisů upravujících zadávání veřejných zakázek, takže členské státy jsou odpovědné za výběr těch sankcí, které považují za vhodné. Podle judikatury Soudního dvora Evropské unie jsou však povinny vykonávat tuto pravomoc za současného dodržování unijního práva a jeho obecných zásad a tedy za dodržování zásady proporcionality (viz rozsudek ze dne 19. července 2012, Rēdlihs, C-263/11, EU:C:2012:497, bod 44).