

Věc C-416/21

**Shrnutí žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce podle čl. 98 odst. 1
jednacího řádu Soudního dvora**

Datum doručení:

7. července 2021

Předkládající soud:

Bayerisches Oberstes Landesgericht (Německo)

Datum předkládacího rozhodnutí:

24. června 2021

Odpůrce a navrhovatel v řízení o stížnosti:

Landkreis A.-F.

Navrhovatel a odpůrce v řízení o stížnosti:

J. Sch. Omnibusunternehmen

K. Reisen GmbH

Předmět původního řízení

Opravný prostředek proti vyloučení dvou vzájemně propojených zájemců v zadávacím řízení z důvodu porušení povinnosti zachovávat mlčenlivost o obchodních tajemstvích v hospodářské soutěži a z důvodu narušení hospodářské soutěže

Předmět a právní základ předběžné otázky

Výklad směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES; článek 267 SFEU

Předběžné otázky

1. Musí být čl. 57 odst. 4 písm. d) směrnice 2014/24/EU vykládán v tom smyslu, že veřejný zadavatel musí disponovat dostatečně věrohodnými informacemi, na jejichž základě může dospět k závěru, že hospodářské subjekty porušily článek 101 SFEU?
2. Musí být čl. 57 odst. 4 směrnice 2014/24/EU vykládán jako taxativní úprava volitelných důvodů pro vyloučení v tom smyslu, že zásada rovného zacházení (čl. 18 odst. 1 této směrnice) - v případě, že nejsou předloženy samostatné ani nezávislé nabídky - nemůže bránit zadání zakázky?
3. Musí být čl. 18 odst. 1 směrnice 2014/24/EU vykládán v tom smyslu, že brání zadání zakázky podnikům, které tvoří jeden hospodářský celek a každý z nich odevzdal jednu nabídku?

Odpověď na druhou a třetí otázku je zapotřebí pouze v případě kladné odpovědi na první otázku.

Uplatňovaná ustanovení unijního práva

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): čl. 18 odst. 1 a čl. 57 odst. 4

Uplatňovaná ustanovení vnitrostátního práva

Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (zákon proti narušení hospodářské soutěže, „GWB“), § 1, § 97 a § 124.

§ 1 Zákaz dohod omezujících hospodářskou soutěž

Dohody mezi podniky, rozhodnutí sdružení podniků a jednání podniků ve vzájemné shodě, jejichž cílem či výsledkem je znemožnění, omezení nebo narušení hospodářské soutěže, jsou zakázány.

§ 97 Zásady zadání

(1) Veřejné zakázky a koncese jsou zadávány v hospodářské soutěži a cestou transparentních řízení. Jsou přitom dodržovány zásady hospodárnosti a proporcionality.

(2) S účastníky zadávacího řízení musí být zacházeno rovnocenně, ledaže by nerovné zacházení výslovně stanovil nebo povoloval tento zákon.

§ 124 Fakultativní důvody pro vyloučení

(1) Při dodržení zásady proporcionality mohou veřejní zadavatelé kdykoliv vyloučit z účasti na zadávacím řízení podnik, pokud

[...]

2. [...] byl na majetek podniku podán návrh na insolvenční nebo podobné řízení nebo takové řízení bylo zahájeno, [...]

3. se podnik v rámci své činnosti dopustil prokazatelně vážného pochybení, které zpochybňuje jeho důvěryhodnost; [...]

4. veřejný zadavatel může na základě dostatečných poznatků dospět k závěru, že podnik uzavřel s jinými podniky dohody nebo jedná s jinými ve shodě a cílem nebo důsledkem těchto dohod a jednání je ztížení, omezení nebo narušení hospodářské soutěže,

[...]

8. se podnik se závažným způsobem dopustil zkreslení ohledně důvodů pro vyloučení nebo kvalifikačních kritérií nebo zadržel informace [...]

Stručný popis skutkového stavu a řízení

1 Odpůrce, zemský okres, zamýšlí zadat ve veřejném řízení služby veřejné autobusové dopravy. Odhadovaná hodnota zakázky překračuje finanční limit stanovený v čl. 4 písm. c) směrnice 2014/24/EU. Podle oznámení o zahájení zadávacího řízení není cena jediným kritériem pro přidělení zakázky, variantní/alternativní nabídky nejsou přípustné.

2 Ve stanovené lhůtě bylo doručeno několik nabídek, mimo jiné nabídky obou navrhovatelů. Navrhovatel pod bodem 1) je obchodník, který vystupuje pod svým obchodním názvem, zapsaným v obchodním rejstříku, navrhovatelka pod bodem 2) je společnost s ručením omezeným, jejímž jednatelem a jediným společníkem je navrhovatelem pod bodem 1). Na majetek navrhovatele pod bodem 1) bylo rozhodnutím ze dne 1. listopadu 2019 zahájeno insolvenční řízení. Insolvenční správce schválil dopisem ze dne 1. prosince 2019 výkon samostatné činnosti navrhovatele pod bodem 1). Nabídky obou navrhovatelů ze dne 27. února 2020 podepsala stejná osoba, jako osoba předkládající prohlášení byl uveden vždy navrhovatel pod bodem 1). Navrhovatel pod bodem 1) ve své nabídce mimo jiné uvedl, že na majetek podniku nebyl podán návrh na insolvenční řízení, ani takové řízení nebylo zahájeno.

3 Dne 2. dubna 2020 bylo oběma navrhovatelům sděleno, že jejich nabídky byly z důvodu porušení povinnosti zachovávat mlčenlivost o obchodních tajemstvích v hospodářské soutěži a z důvodu narušení hospodářské soutěže vyloučeny, protože je podala stejná osoba.

- 4 Toto rozhodnutí napadli oba navrhovatelé před orgánem vykonávajícím dozor nad veřejnými zakázkami, který jejich oprávněmu prostředku vyhověl. Proti rozhodnutí tohoto orgánu podali odpůrci oprávněný prostředek k předkládajícímu soudu.

Hlavní argumenty účastníků původního řízení

- 5 Navrhovatelé tvrdí, že nedošlo k porušení povinnosti zachovávat mlčenlivost o obchodních tajemstvích v hospodářské soutěži a nejedná se o narušení hospodářské soutěže. Vzhledem k obsáhlému vlivu na řízení navrhovatele pod bodem 1) a úplnému ovládnutí navrhovatelky pod bodem 2) tvoří jeden jednotný podnik, v němž neprobíhá interní hospodářská soutěž. Neexistující hospodářskou soutěž nelze omezit či narušit. Pravidla hospodářské soutěže podle § 97 odst. 1 GWB nejsou pro podniky, které tvoří jednu hospodářskou jednotku použitelná. Nabídky navrhovatelů je nutno považovat za několik (hlavních) nabídek předložených jedním a tímž uchazečem. To v projednávané věci nebylo zadávací dokumentací vyloučeno. Nebezpečí narušení hospodářské soutěže v takovém případě neexistuje a každopádně je to neproblematické v situaci, kdy se nabídky liší nejen cenou, nýbrž rovněž ve věcném a technickém ohledu. Tento požadavek je zde splněn, protože nabídky obsahují odlišné kombinace vozidel.
- 6 Navrhovatelé se odvolávají zejména na rozsudek Soudního dvora ze dne 17. května 2018, *Specializotas transportas* (C-531/16, EU:C:2018:324). V něm Soudní dvůr jasně rozlišoval dvě skupiny případů. Pouze v druhém případě, že dotčené společnosti netvořily hospodářskou jednotku, upozornil Soudní dvůr (bod 29) na to, že by byla porušena zásada rovného zacházení stanovená v článku 2 směrnice 2004/18, pokud by bylo připuštěno, že propojení uchazeči mohou předkládat koordinované a sladěné nabídky, z nichž by jim mohly vyplynout neodůvodněné výhody ve vztahu k ostatním uchazečům. Navazující dodatek, že není nezbytné zkoumat, zda je předkládání takových nabídek také jednáním v rozporu s článkem 101 SFEU, výslovně podtrhuje, že veškerá konstatování v bodě 29 platí pouze pro případ, že se nejedná o hospodářskou jednotku.
- 7 V projednávané věci navrhovatelé tvoří hospodářskou jednotku a nezískali si neoprávněnou výhodu. Ze zásady rovného zacházení, podle níž musí být s různými situacemi zacházeno různě, vyplývá, že uchazeči nemohou být v případě povoleného postupu ve shodě vyloučeni.
- 8 Odpůrci zejména tvrdí, že úkolem práva upravujícího zadávací řízení je zajistit skutečnou hospodářskou soutěž uchazečů účastnících se zadávacího řízení, kteří mají nárok na to, aby nabídky byly předkládány při neznalosti nabídek konkurentů. Porušit tuto zásadu v situaci, kdy dva zájemci tvoří hospodářskou jednotku, znamená nezohlednit zájmy ostatních uchazečů. Uchazeči tvořící hospodářskou jednotku jsou naproti tomu v porovnání s ostatními uchazeči bez právního základu zvýhodněni, což má za následek porušení zásady rovného zacházení a omezení resp. narušení chráněné hospodářské soutěže. Tyto podniky

tvořící hospodářskou jednotku si totiž vzhledem k tomu, že formálně tvoří dva různé právní subjekty, mohou opatřit výhodu například tím, že se při prokázání různých kvalifikačních kritérií budou výběrového řízení účastnit formou sladěných nabídek. V případě, že je jeden z uchazečů hospodářské jednotky z důvodu nedostatečné kvalifikace vyloučen, zůstává druhý uchazeč hospodářské jednotky v soutěži s nabídkou, která byla mezi těmito uchazeči sladěna. U dohod a jednání ve shodě uvedených v § 124 odst. 1 bodě 4 GWB se nejedná pouze o ochranu hospodářské soutěže mezi podniky zapojenými do takovýchto dohod a jednání ve shodě.

- 9 Ani rozsudek ve věci *Specializuotas transportas* nesdílí názor navrhovatelů, podle tohoto rozsudku zadání zakázky navrhovatelům spíše brání porušení zásady rovného zacházení a transparentnosti. Každopádně se jedná o nepřijatelné předložení dvojí nabídky.

Stručný popis odůvodnění žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce

- 10 Podle čl. 57 odst. 4 písm. d) směrnice 2014/24/EU mohou veřejní zadavatelé z účasti v zadávacím řízení vyloučit nebo po nich mohou členské státy požadovat, aby vyloučily hospodářský subjekt, pokud veřejný zadavatel může na základě dostatečně věrohodných informací dospět k závěru, že hospodářský subjekt uzavřel s jinými hospodářskými subjekty dohody, jejichž cílem je narušení hospodářské soutěže. Podle první věty bodu 101 odůvodnění by veřejní zadavatelé měli mít možnost vyloučit hospodářské subjekty, které se z důvodu vážného profesního pochybení, jako je porušení pravidel hospodářské soutěže, ukázaly jako nespolehlivé.
- 11 Při provádění uvedeného ustanovení použil německý zákonodárce v § 124 odst. 1 bodě 4 GWB formulaci zákazů dohod omezujících hospodářskou soutěž použitou v § 1 GWB, která do velké míry odpovídá formulaci v článku 101 SFEU.
- 12 Článek 101 SFEU se nepoužije, pokud dohody a praktiky, jež zakazuje, provádějí podniky tvořící hospodářskou jednotku (rozsudky Soudního dvora *Specializuotas transportas*, bod 28 a zde citovaná judikatura, a ze dne 12. července 1984, *Hydrotherm*, C-170/83, EU:C:1984:271, bod 11).
- 13 Senát má za to, že navrhovatelé tvoří hospodářskou jednotku v tomto smyslu. Dva hospodářské subjekty je nutno považovat za hospodářskou jednotku, tedy za podnik ve smyslu článku 101 SFEU, pokud dceřiná společnost, byť má vlastní právní subjektivitu, samostatně neurčuje své chování na trhu, ale v zásadě uplatňuje pokyny, které jsou jí uděleny mateřskou společností, zejména s ohledem na hospodářské, organizační a právní vazby, které tyto dva subjekty spojují (viz rozsudky Soudního dvora ze dne 27. ledna 2021, *Goldman Sachs*, C-595/18, EU:C:2021:73, bod 31, a ze dne 24. června 2015, *Fresh Del Monte Produce v. Komise a Komise v. Fresh Del Monte Produce*, C-293/13 P a C-294/13 P, EU:C:2015:416, bod 75 a zde citovaná judikatura). Ze skutečnosti, že „matkou“ zde není společnost, nýbrž zapsaný obchodník, nevyplývá jiné posouzení.

- 14 V této souvislosti si senát pokládá otázku, zda musí být čl. 57 odst. 4 písm. d) směrnice 2014/24/EU vykládáno v tom smyslu, že veřejný zadavatel musí disponovat dostatečně věrohodnými informacemi o porušení článku 101 SFEU.
- 15 Senát má za to, že odpověď na první předběžnou otázku musí být kladná, protože bod 101 odůvodnění zmiňuje porušení pravidel hospodářské soutěže.
- 16 Podle názoru senátu nelze čl. 57 odst. 4 písm. d) směrnice 2014/24/EU vykládat v tom smyslu, že podle tohoto ustanovení mohou být vyloučeni rovněž vzájemně propojení uchazeči, kteří tvoří hospodářskou jednotku a předloží sladěné nabídky. Porušení povinnosti zachovávat mlčenlivost o obchodních tajemstvích v hospodářské soutěži může vyloučení podle tohoto ustanovení odůvodnit spíše pouze v případě, že porušuje ustanovení kartelového práva; to nepřichází do úvahy, spadají-li jednající podniky do takzvaného koncernového privilegia kartelového práva.
- 17 V situaci projednávané věci nepřichází podle názoru senátu do úvahy ani vyloučení z důvodu vážného profesního pochybení (čl. 57 odst. 4 písm. c) směrnice 2014/24/EU), který literatura zmiňuje jako skutkovou podstatu výjimky.
- 18 Je pravda, že uchazeči tvořící hospodářskou jednotku, kteří předkládají samostatné nabídky, tak mohou vůči ostatním uchazečům získat neoprávněné výhody. Vůči uchazeči, který předloží několik hlavních nabídek, totiž mají uchazeči, kteří tvoří hospodářskou jednotku a předkládají vždy jednu nabídku, ohledně důvodů pro vyloučení a kvalifikačních kritérií - vztahených na uchazeče - větší šanci na zadání zakázky. V projednávané věci tak například lze s ohledem na zahájení insolvenčního řízení uvažovat o vyloučení navrhovatele pod bodem 1) podle § 124 odst. 4 bodu 2 nebo bodu 8 GWB, zatímco nabídka předložená navrhovatelkou pod bodem 2) a sladěná s navrhovatelem pod bodem 1) by - s výhradou vyloučení podle jiné normy - zůstávala ve vyhodnocení. Senát má za to, že toto hledisko je ovšem nutno zohlednit u druhé předběžné otázky.
- 19 Druhá a třetí otázka vyplývají z pochybností senátu, zda výčet fakultativních důvodů vyloučení v čl. 57 odst. 4 směrnice 2014/24/EU brání odvolat se na zásadu rovnocennosti pro odůvodnění toho, že nabídky dvou uchazečů, kteří tvoří hospodářskou jednotku, nemohou být zohledněny z důvodu porušení povinnosti zachovávat mlčenlivost o obchodních tajemstvích v hospodářské soutěži.
- 20 Druhá předběžná otázka má vyjasnit, zda lze judikaturu Soudního dvora (rozsudek ze dne 16. prosince 2008, Michaniki, C-213/07, bod 44 a násl.) přenést na čl. 57 odst. 4 směrnice 2014/24/EU.
- 21 Podle judikatury Soudního dvora ke směrnici 2004/18/ES musí být článek 2 této směrnice vykládán v tom smyslu, že brání zadání zakázky uchazečům, jejichž vzájemné vazby ovlivnily obsah jejich nabídek předložených v rámci stejného řízení. Nabídky musí být předloženy samostatně a nezávisle, pokud pocházejí od propojených uchazečů (rozsudek Specializuoetas transportas, bod 38 a násl.). Senát tomu rozumí v tom smyslu, že veřejný zadavatel podle této judikatury, na rozdíl

- od čl. 57 odst. 4 směrnice 2014/24/EU („může“), nemá žádnou posuzovací pravomoc.
- 22 Vyloučení, zakládající se na obecných zásadách § 97 odst. 1 a 2 GWB, lze v případech, jako je v projednávané věci, zvažovat pouze tehdy, pokud výčet fakultativních důvodů pro vyloučení stanovený v čl. 57 odst. 4 směrnice 2014/24/EU není taxativní povahy, která by bránila vyloučení.
- 23 Soudní dvůr sice rozhodl, že taxativní výčet důvodů vyloučení založených na nedostatečné profesní kvalifikaci podle čl. 24 odst. 1 směrnice 93/37/EHS o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce nevyklučuje možnost, aby členské státy zachovávaly nebo přijímaly hmotná pravidla určená mimo jiné k zajištění dodržování zásady rovného zacházení v oblasti veřejných zakázek, jakož i z ní vyplývající zásady transparentnosti, kterými jsou zadavatelé vázáni v rámci celého výběrového řízení na takovou zakázku (rozsudek *Michaniki*, bod 44 a násl.) Dále rozhodl, že by byla porušena zásada rovného zacházení stanovená v článku 2 směrnice 2004/18/ES, pokud by bylo připuštěno, že propojení uchazeči mohou předkládat koordinované a sladěné nabídky, z nichž by jim mohly vyplynout neodůvodněné výhody ve vztahu k ostatním uchazečům (rozsudek *Specializuotas transportas*, bod 29), ačkoliv rovněž čl. 45 odst. 2 této směrnice obsahoval seznam fakultativních důvodů pro vyloučení. Soudní dvůr se konečně odvolával na tuto judikaturu v řízení o předběžné otázce, které se týkalo směrnice 2014/24/EU (rozsudek ze dne 11. července 2019, *Telecom Italia*, C-697/17, EU:C:2019:599, body 51 a násl.)
- 24 Pochybnosti Senátu odůvodňující předložení předběžné otázky tedy vyplývají ze systematiky právních úprav. Důvody pro vyloučení odpovídající čl. 57 odst. 4 písm. e) a f) směrnice 2014/24/EU, které nejsou vázány na porušení povinnosti podnikem, nýbrž konflikt zájmů a narušení hospodářské soutěže z důvodu dřívějšího zapojení podniku, totiž nestanovil čl. 24 odst. 1 směrnice 93/[3]7/EHS ani čl. 45 odst. 2 směrnice 2004/18/ES. V literatuře je proto argumentováno, že normotvůrce EU směrnici 2014/24/EU definitivně upravil rovněž vyloučení z důvodů rovného zacházení a transparentnosti. Je pravda, že Soudní dvůr ze zásad rovného zacházení a transparentnosti odvodil, že veřejný zadavatel je povinen ověřit existenci případných střetů zájmů a přijmout vhodná opatření k předcházení střetům zájmů, jejich odhalování a odstraňování (rozsudek ze dne 12. března 2015, *eVigilo*, C-538/13, EU:C:2015:166, bod 43). V článku 57 odst. 4 písm. f) a článku 41 směrnice 2014/24/EU unijní normotvůrce již zohlednil judikaturu Soudního dvora, která se rovněž opírá o zásadu rovného zacházení, týkající se osob, které byly zapojeny již do přípravy zadávacího řízení (rozsudek ze dne 3. března 2005, *Fabricom*, C-21/03 a C-34/03, EU:C:2005:127, body 26 a násl.). Vzhledem k významu zásady rovného zacházení zdůrazňované Soudním dvorem a z toho vyplývajících povinností veřejného zadavatele se senát ovšem přiklání k názoru, že nezávisle na rozšíření seznamu fakultativních důvodů pro vyloučení podle čl. 57 odst. 4 směrnice 2014/24/EU brání zásada rovného zacházení i nadále zohlednění nabídek vzájemně propojených podniků, které nejsou samostatné ani nezávislé. I kdyby možná bylo nutno přihlídnout k tomu, že by veřejní zadavatelé

měli podle bodu 101 odůvodnění směrnice 2014/24/EU při použití těchto - pouze - fakultativních důvodů pro vyloučení věnovat zvláštní pozornost zásadě proporcionality, přiklání se senát k záporné odpovědi na druhou předběžnou otázku.

- 25 Skutečnost, že vnitrostátní judikatura spatřuje ve vnitrostátních ustanoveních o nutných a fakultativních důvodech pro vyloučení podle systematiky zákona konečnou úpravu, je podle názoru senátu v souladu s judikaturou Soudního dvora (rozsudek Michaniki, bod 43) a nevylučuje dovolávání se zásady rovného zacházení k odůvodnění skutečnosti, že nebyly zohledněny nabídky předložené dvěma uchazeči, jejichž nabídky jsou vzájemně koordinovány nebo sladěny.
- 26 Třetí předběžná otázka se týká otázky, zda je rozsudek Specializuotas transportas, který se týká výslovně vzájemně propojených uchazečů, kteří tvoří hospodářskou jednotku, a podle nějž musí být nabídky předkládány samostatně a nezávisle, použitelný na nabídky uchazečů, kteří představují hospodářskou jednotku.
- 27 Podle názoru senátu zásada rovného zacházení teprve brání zadání zakázky uchazečům, kteří tvoří hospodářskou jednotku a nemohou předložit samostatnou ani nezávislou nabídku. Nebylo by logické, pokud by bylo možno zadat zakázku propojeným podnikům, které tvoří hospodářskou jednotku, pouze za podmínky, že jejich nabídky jsou skutečně samostatné a nezávislé, avšak podnikům, které tvoří hospodářskou jednotku a tuto podmínku proto nespĺňují, by zakázku bylo možno bez dalšího zadat.
- 28 Senát proto navrhuje odpovědět třetí předběžnou otázku kladně.