

Věc C-545/21

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

31. srpna 2021

Předkládající soud:

Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Itálie)

Datum předkládacího rozhodnutí:

4. srpna 2021

Žalobkyně:

Azienda Nazionale Autonoma Strade SpA (ANAS)

Žalovaný:

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti

Předmět původního řízení

Žaloba podaná společností Azienda Nazionale Autonoma Strade SpA (ANAS) (dále jen „ANAS“) znějící na zrušení příkazu k navrácení, který vydalo Ministero delle infrastrutture e dei trasporti (ministerstvo infrastruktury a dopravy) (dále jen „MIT“) a kterým byla společnosti ANAS uložena povinnost vrátit částky, které neoprávněně obdržela, jakož i dalších aktů, které přímo nesouvisejí s předběžnými otázkami.

Předmět a právní základ žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce

Článek 267 SFEU; výklad nařízení (ES) č. 1083/2006, (ES) č. 1828/2006, (ES, Euratom) č. 2988/95, úmluvy o ochraně finančních zájmů z roku 1995, vypracované na základě článku K.3 Smlouvy o Evropské unii [akt Rady ze dne 26. července 1995, kterým se stanoví Úmluva o ochraně finančních zájmů Evropských společenství (95/C 316/03)], jakož i směrnice (EU) 2017/1371 za účelem stanovení toho, zda pojmy „nesrovnalost“ a „podvod“ zahrnují jednání, které by teoreticky mohlo zvýhodnit jednoho z účastníků zadávacího řízení, a to i

v případě, že není plně prokázáno, že k takovému jednání došlo, a nejsou prokázány dopady tohoto jednání na výběr vítězného uchazeče (otázka č. 1); slučitelnost čl. 38 odst. 1 písm. f) legislativního nařízení č. 163/2006 s čl. 45 odst. 2 písm. d) směrnice 2004/187/ES (otázka č. 2); výklad výše uvedené unijní právní úpravy ve vztahu k odnětí příspěvku vyplaceného členským státem, pokud byl použit v souladu se stanoveným účelem a na projekt způsobilý pro financování z prostředků EU, který byl skutečně realizován (otázky č. 3 a 4)

Předběžné otázky

1) Musí být čl. 70 odst. 1 písm. b) nařízení (ES) č. 1083/2006, čl. 27 písm. c) nařízení (ES) č. 1828/2006, článek 1 úmluvy o ochraně finančních zájmů uvedené v aktu Rady ze dne 26. července 1995, čl. 1 odst. 2 nařízení č. 2988/95 a čl. 3 odst. 2 písm. b) směrnice (EU) 2017/1371 vykládány v tom smyslu, že jednání, které teoreticky může zvýhodnit hospodářský subjekt v rámci zadávacího řízení, vždy spadá pod pojem „nesrovnalost“ nebo „podvod“, a představuje tak právní základ pro odnětí příspěvku, i když není plně prokázáno, že k takovému jednání skutečně došlo, anebo není plně prokázáno, že bylo rozhodujícím faktorem při výběru příjemce?

2) Brání čl. 45 odst. 2 písm. d) směrnice 2004/18/ES takovému ustanovení, jako je čl. 38 odst. 1 písm. f) legislativního nařízení č. 163/2006, které neumožňuje vyloučit ze zadávacího řízení hospodářský subjekt, který se pokusil ovlivnit rozhodovací proces veřejného zadavatele, zejména pokud tento pokus spočíval v uplácení členů výběrové komise?

3) V případě kladné odpovědi na jednu nebo obě výše uvedené otázky, mají být výše uvedená pravidla vykládána v tom smyslu, že členský stát musí vždy odejmout příspěvek a Komise provést finanční opravu, a to ve výši 100 %, i když byl příspěvek přesto použit na účel, na který byl určen, a na projekt způsobilý pro evropské financování, který byl skutečně realizován?

4) V případě záporné odpovědi na třetí otázku, tedy v tom smyslu, že není vyžadováno odnětí příspěvku nebo provedení finanční opravy ve výši 100 %, umožňují pravidla uvedená v první otázce a dodržení zásady proporcionality stanovit odnětí příspěvku a finanční opravu s ohledem na hospodářskou škodu skutečně způsobenou souhrnnému rozpočtu Evropské unie? Konkrétně, lze v takové situaci, o jakou se jedná v projednávané věci, stanovit „finanční důsledky“ ve smyslu čl. 98 odst. 3 nařízení (ES) č. 1083/2006 paušálně za použití kritérií uvedených v tabulce uvedené v bodě 2 rozhodnutí Komise č. 9527 ze dne 19. prosince 2013?

Uplatňovaná ustanovení unijního práva

Úmluva o ochraně finančních zájmů uvedená v aktu Rady ze dne 26. července 1995, kterým se stanoví Úmluva o ochraně finančních zájmů Evropských společenství, zejména článek 1;

Nařízení Rady (ES, Euratom) č. 2988/95 ze dne 18. prosince 1995 o ochraně finančních zájmů Evropských společenství, zejména čl. 1 odst. 2;

Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES ze dne 31. března 2004 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby, zejména čl. 45 odst. 2 písm. d);

Nařízení Rady (ES) č. 1083/2006 ze dne 11. července 2006 o obecných ustanoveních o Evropském fondu pro regionální rozvoj, Evropském sociálním fondu a Fondu soudržnosti a o zrušení nařízení (ES) č. 1260/1999; zejména čl. 70 odst. 1 písm. b);

Nařízení Komise (ES) č. 1828/2006 ze dne 8. prosince 2006, kterým se stanoví prováděcí pravidla k nařízení Rady (ES) č. 1083/2006 o obecných ustanoveních týkajících se Evropského fondu pro regionální rozvoj, Evropského sociálního fondu a Fondu soudržnosti a k nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 1080/2006 o Evropském fondu pro regionální rozvoj, zejména čl. 27 písm. c);

Poznámka Komise COCOF 07/0037/03-IT ze dne 29. listopadu 2007, kterou se stanoví pokyny pro stanovení finančních oprav, které se použijí pro výdaje spolufinancované ze strukturálních fondů a Fondu soudržnosti v případě nedodržení pravidel pro zadávání veřejných zakázek;

Rozhodnutí Komise C (2013) 9527 o stanovení a schválení pokynů ke stanovení finančních oprav, jež má Komise provést u výdajů financovaných Unii v rámci sdíleného řízení v případě nedodržení pravidel pro zadávání veřejných zakázek;

Směrnice Evropského parlamentu a Rady (EU) 2017/1371 ze dne 5. července 2017 o boji vedeném trestněprávní cestou proti podvodům poškozujícím nebo ohrožujícím finanční zájmy Unie, zejména čl. 3 odst. 2 písm. b).

Uplatňovaná ustanovení vnitrostátního práva a judikatura

Legislativní nařízení č. 163 ze dne 12. dubna 2006, kterým se přijímá zákon o veřejných zakázkách na stavební práce, služby a dodávky a kterým se provádí směrnice 2004/17/ES a 2004/18/ES, zrušený v návaznosti na vstup legislativního nařízení č. 50 ze dne 18. dubna 2016 (zákoník veřejných zakázek) v platnost, a použitelný na předmětné zadávací řízení, které bylo zahájeno v roce 2012, zejména:

Článek 38 odst. 1 ve znění platném v rozhodné době stanovil následující:

„1. Z účasti na postupech udělování koncesí a zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky nebo služby a z možnosti stát se subdodavatelem a uzavírat příslušné smlouvy, je vyloučena každá osoba:

[...]

c) která byla pravomocným rozsudkem, trestním příkazem nebo rozsudkem o schválení dohody o vině a trestu podle článku 444 trestního řádu odsouzena pro závažné trestné činy zpochybňující její profesní etiku, kterými byl poškozen stát nebo Společenství; důvodem pro vyloučení je v každém případě pravomocný odsuzující rozsudek za jeden nebo více trestných činů účasti na zločinném spolčení, korupce, podvodu, praní peněz, tak jak jsou vymezeny v aktech Společenství citovaných v čl. 45 odst. 1 směrnice 2004/18/ES;

[...]

f) která se podle odůvodněného názoru zadavatele dopustila při plnění zakázky jím zadané zadavatelem, který ji vyhlásil, vážné nedbalosti či nepostupovala v dobré víře; nebo se dopustila vážného profesního pochybení, které mohou veřejní zadavatelé prokázat jakýmkoli prostředky“

Zákon č. 300 ze dne 29. září 2000 – Ratifikace a provádění následujících mezinárodních aktů vypracovaných na základě článku K. 3 Smlouvy o Evropské unii: Úmluva o ochraně finančních zájmů Evropských společenství, podepsaná v Bruselu dne 26. července 1995 [a další mezinárodní akty týkající se boje proti korupci].

Vnitrostátní judikatura stanovila, že pouhá existence trestního řízení proti zástupcům podniku, který se účastní zadávacího řízení, nepředstavuje „vážné profesní pochybení“, které by vedlo k vyloučení ze zadávacího řízení ve smyslu výše uvedeného čl. 38 odst. 1 písm. f) legislativního nařízení č. 163/2006.

Stručný popis skutkového stavu a řízení

- 1 Rozhodnutím C(2007) 6318 ze dne 7. prosince 2007 Evropská komise schválila Národní operační program pro sítě a mobilitu 2007–2013 (dále jen „NOP“). ANAS bylo v rámci tohoto programu přiznáno financování nákladů vynaložených na práce na Strada Statale 96 (dále jen „S.S. 96“). Financování činí 29 995 508,22 eur, z čehož 22 496 631,17 eur představuje podíl EU (EFRR) a 7 498 877,06 eur je národní podíl. V souvislosti s tímto financováním, které již bylo částečně vyplaceno ANAS, působí jako řídicí orgán Ministerstvo infrastruktury a dopravy (dále jen „MIT“).
- 2 V roce 2012 vypsal společnost ANAS veřejnou zakázku na provedení prací na S.S. 96, která byla v témže roce zadána dočasnému sdružení podniků zahrnujícímu společnost Aleandri S.p.a. (dále jen „RTI Aleandri“).

- 3 Rozhodnutím napadeným projednávanou žalobou (dále jen „napadené rozhodnutí“) se MIT rozhodlo nevyplatit ANAS zbývající část finančních prostředků týkajících se S.S. 96 a vymáhat 100 % částky, která již byla této společnosti vyplacena, a to z důvodu, že zadání zakázky bylo stíženo nesrovnalostmi podvodné povahy mimo jiné ve smyslu čl. 2 odst. 7 nařízení (ES) č. 1083/2006 a článků 4 a 5 nařízení (ES, Euratom) č. 2988/95. Tyto nesrovnalosti byly výsledkem trestního vyšetřování, které vyústilo obžalováním tří funkcionářů ANAS obviněných z korupce za to, že přijali peněžní částky od společnosti Aleandri S.p.A. za účelem nezákonného ovlivnění předmětné veřejné zakázky. Následně dva z výše uvedených funkcionářů dosáhli dohody o vině a trestu, přičemž trest jim byl uložen rozsudkem Giudice per le Indagini Preliminari del Tribunale di Roma (vyšetřující soudce u soudu v Římě) ze dne 28. listopadu 2018. Pro stejné skutečnosti bylo zahájeno a stále probíhá trestní řízení jak proti právnímu zástupci společnosti Aleandri S.p.a., tak proti samotné společnosti Aleandri S.p.a., která je považována za odpovědnou za správní delikt, neboť nepřipravila organizační a řídicí modely vhodné k předcházení výše uvedeným trestným činům. Z trestního vyšetřování zejména vyplynulo, že jeden z obžalovaných funkcionářů ANAS vyzval své kolegy, kteří byli členy výběrové komise, aby upřednostnili společnost RTI Aleandri; nebylo však prokázáno, že by výše uvedení členové komise skutečně ovlivnili zadání zakázky nebo že by zadávací řízení vyhrály jiné hospodářské subjekty, pokud by nedošlo k výše uvedeným korupčním jednáním.
- 4 ANAS napadla rozhodnutí MIT u regionálního správního soudu pro Lazio, předkládajícího soudu, a domáhala se jeho zrušení.
- 5 MIT se řízení zúčastnilo a navrhlo zamítnutí žaloby.

Hlavní argumenty účastníků původního řízení

- 6 V rámci prvního žalobního důvodu ANAS namítá porušení a nesprávné uplatnění čl. 1 odst. 2 nařízení (ES) č. 2988/95, článku 1 úmluvy o ochraně finančních zájmů z roku 1995, čl. 27 písm. c) nařízení (ES) č. 1828/2006, jakož i překročení pravomoci z důvodu nedostatečného odůvodnění a nedostatečného šetření. V tomto ohledu žalobkyně tvrdí následující:
 - a) zaprvé, žádný odsuzující rozsudek se netýkal žalobkyně jako takové a neexistuje žádný důkaz o tom, že by společnosti RTI Aleandri byla předmětná zakázka zadána protiprávně. Vzhledem k tomu, že ze souhrnného rozpočtu EU nebyly vynaloženy žádné neoprávněné výdaje, nevznikla žádná škoda;
 - b) zadruhé, v projednávané věci nelze konstatovat podvod, protože ani článek 1 úmluvy o ochraně finančních zájmů, ani nařízení (ES) č. 2988/95 nestanoví podmínky nezbytné pro to, aby bylo možné považovat nesrovnalost nebo podvod za existující. Právě směrnice (EU) 2017/1371 totiž poprvé

kvalifikovala podvod spáchaný v souvislosti s výdaji souvisejícími se zadáváním veřejných zakázek jako „podvod poškozující zájmy [...] Unie“;

- c) zatřetí, v napadeném rozhodnutí MIT chybně odkázalo na rozhodnutí Komise C (2013) 9527, zatímco v projednávané věci byly použitelné pokyny obsažené v poznámce Komise COCOF 07/0037/03-IT. Kromě toho žalovaný použil finanční opravu ve výši 100 % automaticky, aniž by provedl konkrétní posouzení projednávané věci.
- 7 V rámci druhého žalobního důvodu ANAS tvrdí, že MIT založilo napadený akt na „rozsudku o schválení dohody o vině a trestu“, který neodpovídá odsuzujícímu rozsudku a nelze jej použít v občanskoprávním řízení nebo ve správním řízení.
 - 8 V rámci třetího žalobního důvodu ANAS namítá porušení čl. 2 odst. 1 bodu 7 nařízení (ES) č. 1083/2006, čl. 98 odst. 2 nařízení (ES) č. 1083/2006 a článku 135 nařízení (EU, Euratom) č. 966/2012, jakož i porušení zásady proporcionality a překročení pravomoci z důvodu nedostatečného šetření, jelikož z napadeného rozhodnutí nevyplývá, že by v důsledku předmětné události došlo ke škodě na rozpočtu EU. Zejména infrastruktura, na kterou se vztahují financované práce, byla dokončena, je použitelná a správnost provedených prací nebyla zpochybněna. Kromě toho byly zdroje EU použity k určenému účelu, zatímco neexistují žádné důkazy o neoprávněných výdajích ze souhrnného rozpočtu EU. Žalobkyně tvrdí, že MIT mohlo s ohledem na okolnosti věci použít přinejmenším nižší sazbu na finanční opravu obsaženou v napadeném aktu, a to v souladu s pokyny Komise k finančním opravám.

Stručné odůvodnění žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce

- 9 Předkládající soud má za to, že důkazy, které má k dispozici, mu neumožňují s jistotou stanovit, že dotčená zakázka byla společností RTI Aleandri zadána protiprávně; na druhou stranu bylo částečně prokázáno, že se společnost Aleandri S.p.a. dopustila jednání, jehož cílem bylo ovlivnit výsledek zadávacího řízení. Soud však upozorňuje, že předmětná zakázka, která byla vyhlášena v roce 2012, se řídí nyní zrušeným legislativním nařízením č. 163/2006, které výslovně nestanovilo vyloučení hospodářského subjektu, který se snažil ovlivnit rozhodnutí zadavatele, zatímco takové vyloučení je výslovně stanoveno v čl. 57 odst. 4 písm. i) platné směrnice 2014/24/EU. V důsledku toho nemůže jednání právního zástupce společnosti Aleandri S.p.a. vést k nezákonnosti zadání zakázky.
- 10 Podle předkládajícího soudu je nezbytné, aby Soudní dvůr objasnil, zda lze v takové věci, jako je věc, která je předmětem projednávané žaloby, konstatovat existenci „nesrovnalosti“ ve formě „podvodu“ ve smyslu nařízení (ES) č. 2006/1083, a v případě kladné odpovědi na tuto otázku, zda lze uplatnit finanční opravu ve výši 100 %. Tento soud neshledává v projednávané věci žádnou škodu na souhrnném rozpočtu Unie, protože financování bylo použito k určenému účelu. Předmětné práce byly totiž zahrnuty do NOP 2007–2013, byly bez námitek přijaty k financování z rozpočtu EU a byly řádně dokončeny. Podle předkládajícího

soudu neexistují dostatečné důkazy pro stanovení toho, že zadávací řízení bylo ovlivněno, jednak proto, že rozsudek o schválení dohody o vině a trestu funkcionářů ANAS není způsobilý založit odpovědnost právního zástupce společnosti Aleandri S.p.a., a jednak proto, že právní zástupce je stále předmětem trestního řízení v této záležitosti a mohl by být dokonce zproštěn obžaloby. Podle předkládajícího soudu, i kdyby existovaly důkazy, které by mohly prokázat, že právní zástupce společnosti Aleandri S.p.a. uplácel některé funkcionáře ANAS za účelem získání zakázky, nebylo by možné nařídit vyloučení hospodářského subjektu, který se pokusil ovlivnit výsledek zadávacího řízení, neboť článek 38 legislativního nařízení č. 163/2006, který se vztahuje na dotčené zadávací řízení, takový případ vyloučení nestanovil.

- 11 Předkládající soud má pochybnosti o souladu vnitrostátní právní úpravy použitelné na projednávanou věc se směrnicí 2004/18/ES, která byla platná v rozhodné době, pokud je čl. 45 odst. 2 písm. d) této směrnice vykládán v tom smyslu, že pojem „vážné profesní pochybení“ implicitně zahrnuje také jednání, jehož cílem je ovlivnit zadání zakázky. Tento soud však pochybuje o správnosti tohoto výkladu, neboť čl. 57 odst. 4 písm. i) směrnice 2014/24/EU výslovně uvádí mezi důvody pro vyloučení soutěžitelů jednání, jehož cílem je ovlivnit zadávací řízení. Výše uvedené výslovné ustanovení čl. 57 odst. 4 písm. i) by navíc mohlo pouze potvrdit zásadu, která byla v právní úpravě zadávání veřejných zakázek implicitně obsažena již v době platnosti směrnice 2004/18/ES.
- 12 Předkládající soud má rovněž za to, že nebylo prokázáno, že by rozpočtu Unie vznikla škoda, k níž by mohlo dojít, pokud by nabídka předložená vybraným hospodářským subjektem, tedy společností RTI Aleandri, nebyla z hlediska poměru ceny a kvality nejvýhodnější.
- 13 Podle předkládajícího soudu pojmy „nesrovnalost“ a „podvod“ vyplývající z unijních pravidel předpokládají, že existuje důkaz o přinejmenším potenciální škodě na rozpočtu EU, která spočívá v proplacení neoprávněných výdajů z tohoto rozpočtu nebo v použití financování na jiné účely, než na které byly poskytnuty. V tomto ohledu předkládající soud odkazuje na rozhodnutí Komise č. 9527 ze dne 19. prosince 2013, které stanoví možnost uplatnit finanční opravu ve výši 100 % v případech nesrovnalostí, ke kterým došlo za účelem zvýhodnění některých účastníků zadávacího řízení: předkládající soud má za to, že toto rozhodnutí zahrnuje mezi tyto nesrovnalosti rovněž případy, kdy byly finanční prostředky EU použity na stanovený účel, ale byly přiděleny subjektu, který na jejich získání neměl nárok, protože například nesplňoval požadavky pro zadání zakázky.
- 14 Předkládající soud má pochybnosti, že pojem nesrovnalosti obsažený v rozhodnutí Komise č. 9527 ze dne 19. prosince 2013 je plně v souladu s unijní právní úpravou, a to z následujících důvodů:
 - a) zaprvé, referenční pravidla výslovně nezmiňují případ, kdy jsou finanční prostředky přiděleny subjektu, který na ně nemá nárok.

- b) zadruhé předkládající soud předpokládá, že nesrovnalosti, včetně podvodů, zahrnují proplacení výdajů ze souhrnného rozpočtu EU, které by nevznikly, kdyby k těmto nesrovnalostem nedošlo; pokud se tento předpoklad ukáže jako správný, není 100% finanční oprava, uložená na způsobilý a řádně dokončený projekt, odůvodněná.
 - c) zatřetí, články 98 a 99 nařízení (ES) č. 1083/2006 vyžadují, aby Komise při určování rozsahu finančních oprav zohlednila povahu a závažnost nesrovnalosti a další faktory, zatímco nařízení (ES) č. 1303/2013 vyžaduje, aby opravy byly prováděny v souladu se zásadou proporcionality. Předkládající soud si klade otázku, zda z výše uvedených pravidel lze dovodit zásadu, podle níž má finanční oprava napravit skutečnou škodu, takže v případě nesrovnalostí spočívajících v neoprávněném zvýhodnění hospodářského subjektu by podíl finančních prostředků, které mají být vráceny, měl odpovídat škodě, která EU skutečně vznikla. Tato zásada se odráží i ve výše uvedeném rozhodnutí č. 9527 ze dne 19. prosince 2013, které stanoví maximální procento opravy ve výši 25 % v případě nesplnění kritérií pro zadání zakázky uvedených v oznámení o zahájení zadávacího řízení.
 - d) začtvrté, rozhodnutí č. 9527 ze dne 19. prosince 2013, jelikož umožňuje uplatnit sazbu opravy ve výši 100 % v případech jednání, jehož cílem je zvýhodnit hospodářský subjekt, i když není prokázáno, že k takovému jednání skutečně došlo a že hospodářský subjekt skutečně získal prospěch, znamená, že rozhodnutí o odnětí financování přebírá sankční funkci, což je však v rozporu s nařízením (ES) č. 2988/1995, které jasně rozlišuje mezi odnětím financování a sankcemi, které mají být uloženy subjektům odpovědným za podvod.
- 15 Předkládající soud tvrdí, že nastolené otázky jsou relevantní pro účely rozhodnutí, protože slouží ke stanovení toho, zda se pojmy nesrovnalost a podvod vztahují i na situace, kdy není zcela prokázáno, že došlo k jednání, které vedlo k poskytnutí příspěvku subjektu, který na něj neměl nárok (první otázka). Kromě toho je pro účely rozhodnutí nezbytné objasnit, zda jednání právního zástupce společnosti Aleandri S.p.a., který je obviněn z uplácení některých funkcionářů ANAS, může samo o sobě vést k nezákonnosti zadání dotčené zakázky (druhá otázka). První a druhá otázka se týkají argumentů ANAS, která zpochybňuje, že zakázka byla společnosti RTI Aleandri zadána protiprávně. Třetí otázka má za cíl zjistit, zda lze škodu na rozpočtu EU stanovit také ve vztahu ke způsobilému projektu, který byl zahrnut do NOP a řádně dokončen, a pokud se má za to, že taková škoda vznikla, zda je nutné nařídit odnětí 100 % finančních prostředků. Záporná odpověď na třetí otázku by vedla k vyhovění žalobě podané společností ANAS. Čtvrtá otázka se týká teze zastávané společností ANAS, podle níž MIT mohlo a mělo na odnětí financování použít opravnou sazbu nižší než 100 %. Kladná odpověď na čtvrtou otázku by vedla k vyhovění žalobě podané společností ANAS.