

Vec C-416/21

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

Dátum podania:

7. júl 2021

Vnútroštátny súd:

Bayerisches Oberstes Landesgericht

Dátum rozhodnutia vnútroštátneho súdu:

24. jún 2021

Odporca a navrhovateľ v konaní o sťažnosti:

Landkreis A.–F.

Navrhovatelia a odporcovia v konaní o sťažnosti:

J. Sch. Omnibusunternehmen

K. Reisen GmbH

Predmet konania vo veci samej

Opravný prostriedok proti vylúčeniu dvoch prepojených uchádzačov z postupu obstarávania z dôvodu porušenia požiadavky tajnosti hospodárskej súťaže a z dôvodu narušenia hospodárskej súťaže

Predmet a právny základ návrhu na začatie prejudiciálneho konania

Výklad smernice Európskeho parlamentu a Rady 2014/24/EÚ z 26. februára 2014 o verejnom obstarávaní a o zrušení smernice 2004/18/ES; článok 267 ZFEÚ

Prejudiciálne otázky

1. Má sa článok 57 ods. 4 písm. d) smernice 2014/24/EÚ vykladať v tom zmysle, že verejný obstarávateľ musí mať dostatočne vierohodné indície o tom, že hospodársky subjekt porušil článok 101 ZFEÚ?
2. Má sa článok 57 ods. 4 smernice 2014/24/EÚ vykladať ako taxatívna úprava fakultatívnych dôvodov na vylúčenie v tom zmysle, že zásada rovnosti zaobchádzania (článok 18 ods. 1 tejto smernice), v prípade odovzdania ponúk, ktoré nie je sú ani samostatné, ani nezávislé, nemôže brániť zadaniu zákazky?
3. Má sa článok 18 ods. 1 smernice 2014/24/EÚ vykladať v tom zmysle, že bráni zadaniu zákazky podnikom, ktorí tvoria hospodársku jednotku a každý z nich odovzdal jednu ponuku?

Druhá a tretia otázka vyžadujú odpoveď len vtedy, ak je odpoveď na prvú prejudiciálnu otázku kladná.

Uvedené predpisy práva Únie

Smernica Európskeho parlamentu a Rady 2014/24/EÚ z 26. februára 2014 o verejnom obstarávaní a o zrušení smernice 2004/18/ES (Ú. v. EÚ L 94, 2014, s. 65): článok 18 ods. 1 a článok 57 ods. 4

Uvedené vnútroštátne predpisy

Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) (Zákon proti obmedzeniu hospodárskej súťaže), § 1, 97 a 124:

§ 1 Zákaz dohôd obmedzujúcich hospodársku súťaž

Dohody medzi podnikmi, rozhodnutia združení podnikov a vzájomne zosúladené postupy, ktorých zámerom alebo následkom je zabránenie, obmedzovanie alebo skresľovanie hospodárskej súťaže, sú zakázané.

§ 97 Zásady zadávania zákaziek

(1) Verejné zákazky a koncesie sa zadávajú v hospodárskej súťaži a spôsobom transparentného postupu. Zachovávajú sa pritom zásady hospodárnosti a proporcionality.

(2) S účastníkmi postupu obstarávania sa zaobchádza rovnako okrem prípadu, že sa na základe tohto zákona nerovnaké zaobchádzanie výslovne vyžaduje alebo je dovolené.

§ 124 Fakultatívne dôvody na vylúčenie

(1) Verejní obstarávatelia môžu pri zohľadnení zásady proporcionality kedykoľvek počas postupu obstarávania vylúčiť podniky z účasti na postupe obstarávania, ak

...

2. ... na majetok podniku bol podaný návrh na začatie konkurzného konania alebo podobného konania alebo sa takéto konanie začalo, ...

3. sa podnik dopustil závažného odborného pochybenia, v dôsledku ktorého je spochybnená bezúhonnosť podniku; ...

4. verejný obstarávateľ má dostatočne vierohodné indície na to, aby mohol dospieť k záveru, že podnik uzavrel dohody s inými podnikmi alebo vzájomne zosúladiť postupy, ktorých zámerom alebo následkom je zabránenie, obmedzenie alebo skresľovanie hospodárskej súťaže,

...

8. podnik v súvislosti s dôvodmi vylúčenia alebo podmienok účasti závažne skreslil alebo zadržal informácie ...

Zhrnutie skutkového stavu a konania

- 1 Odporca, Landkreis (okres), zamýšľa vo verejnom obstarávaní zadať zákazku na služby hromadnej autobusovej dopravy. Odhadovaná hodnota zákazky presahuje finančný limit podľa článku 4 písm. c) smernice 2014/24/EÚ. Podľa oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania nie je cena jediným kritériom na vyhodnotenie ponúk, variantné riešenia/alternatívne ponuky nie sú dovolené.
- 2 V stanovenej lehote došlo viacero ponúk, okrem iného od oboch navrhovateľov. Navrhovateľ v prvom rade je podnikateľ, ktorý vystupuje pod svojím obchodným

menom, zapísaným v obchodnom registri, navrhovateľka v druhom rade je spoločnosťou s ručením obmedzeným, ktorej konateľom a jediným spoločníkom je navrhovateľ v prvom rade. Na majetok navrhovateľa v prvom rade bol uznesením z 1. novembra 2019 vyhlásený konkurz. Konkurzný správca listom z 1. decembra 2019 umožnil výkon samostatnej zárobkovej činnosti navrhovateľa v prvom rade. Ponuky oboch navrhovateľov z 27. februára 2020 boli odovzdané tou istou osobou, pričom osobou, ktorá urobila vyhlásenie, bol v oboch prípadoch uvedený navrhovateľ v prvom rade. Navrhovateľ v prvom rade vo svojej ponuke okrem iného uviedol, že voči podniku nebol podaný návrh na vyhlásenie konkurzu, ani takýto konkurz nebol vyhlásený.

- 3 Dňa 2. apríla 2020 bolo obom navrhovateľom oznámené, že ich ponuky boli z dôvodu porušenia požiadavky tajnosti hospodárskej súťaže a z dôvodu narušenia hospodárskej súťaže vylúčené, keďže boli vyhotovené rovnakou osobou.
- 4 Proti tomuto sa obaja navrhovatelia obrátili na komoru pre verejné obstarávanie, ktorá ich oprávnenému prostriedku vyhovel. Proti rozhodnutiu komory pre verejné obstarávanie podal odporca sťažnosť na vnútroštátnom súde.

Podstatné tvrdenia účastníkov konania vo veci samej

- 5 Navrhovatelia tvrdia, že nedošlo k porušeniu požiadavky tajnosti hospodárskej súťaže a narušeniu hospodárskej súťaže. Z dôvodu výkonu riadiacej právomoci navrhovateľa v prvom rade, ako aj úplne ovládanie navrhovateľky v druhom rade, tvorili jednotný podnik, ktorý nepodlieha vnútornej hospodárskej súťaži. Neexistujúca hospodárska súťaž nemôže byť obmedzená alebo narušená. Pravidlá hospodárskej súťaže podľa článku 97 ods. 1 GWB sa neuplatnia na podniky, ktoré tvoria hospodársku jednotku. Ponuky navrhovateľov sa majú posúdiť ako viaceré (hlavné) ponuky jedného a toho istého uchádzača. To nie je v predmetnom prípade v podkladoch pre zadávanie zákazky vylúčené. Nebezpečenstvo narušenia hospodárskej súťaže v takomto prípade neexistuje a je určite bezproblémové vtedy, ak sa ponuky od seba odlišujú nie len v cene, ale aj z vecného a technického hľadiska. Táto požiadavka je tu splnená, keďže ich ponuky obsahujú rôzne kombinácie vozidiel.
- 6 Navrhovatelia sa odvolávajú najmä na rozsudok Súdneho dvora zo 17. mája 2018 *Specializuotas transportas* (C-531/16, EU:C:2018:324). V ňom Súdny dvor jasne rozlíšil dve skupiny prípadov. Len pre druhý prípad, v ktorom dotknuté podniky netvorili hospodársku jednotku, poukázal Súdny dvor (bod 29) na to, že zásada rovnosti zaobchádzania stanovená v článku 2 smernice 2004/18 by bola v každom prípade porušená, ak by sa pripustilo, že uchádzači môžu predložiť koordinované alebo zosúladené ponuky, teda ponuky, ktoré nie sú samostatné a nezávislé, ktoré im takto môžu priniesť neoprávnené výhody vo vzťahu k ostatným uchádzačom. Na to nadväzujúci dodatok, že nie je potrebné skúmať, či predloženie takýchto ponúk predstavuje správanie, ktoré je v rozpore s článkom 101 ZFEÚ, výslovne

zdôrazňuje, že celé tvrdenie v bode 29 platí len pre prípad, že neexistuje hospodárska jednotka.

- 7 V predmetnom prípade navrhovatelia tvorili hospodársku jednotku, a nezískali žiadnu neoprávnenú výhodu. Zo zásady rovnosti zaobchádzania, podľa ktorej sa s rôznymi situáciami musí zaobchádzať rôzne, vyplýva, že uchádzači sa v prípade dovoleného zosúladenia nesmú vylúčiť.
- 8 Odporca uvádza najmä, že úlohou práva verejného obstarávania je zabezpečiť skutočnú hospodársku súťaž uchádzačov zúčastnených na verejnom obstarávaní, ktorí majú právo na to, aby sa ponuky odovzdali pri neznalosti ponúk ostatných uchádzačov. Zájmy ostatných uchádzačov by zostali nezohľadnené, ak by dvaja uchádzači vytvorili hospodársku jednotku, aby túto zásadu prelomili. Uchádzači, ktorí vytvorili hospodársku jednotku by boli voči ostatným uchádzačom zvýhodnení bez právne prijateľného základu, čo by viedlo k porušeniu zásady rovnosti zaobchádzania a obmedzeniu, respektíve narušeniu hospodárskej súťaže, ktorá sa má ochrániť. Keďže tieto podniky, ktoré vytvorili hospodársku jednotku, keďže formálne tvorili dva rôzne právne subjekty, mohli napríklad získať výhodu tým, že sa pri preukázaní rôznych podmienok účasti na výzve na predloženie ponúk zúčastnia prostredníctvom zosúladených ponúk. Ak je jeden uchádzač hospodárskej jednotky z dôvodu nedostatku v podmienkach účasti vylúčený, iný uchádzač hospodárskej jednotky zostáva v súťaži s ponukou, ktorá bola medzi týmito uchádzačmi zosúladená. V prípade dohôd a zosúladených postupov uvedených v § 124 ods. 1 bode 4 GWB nejde len o ochranu hospodárskej súťaže medzi podnikmi, ktoré sa na takýchto dohodách a zosúladených postupoch zúčastnili.
- 9 Ani rozsudok *Specializuotas transportas* nepodporuje názor navrhovateľov, keďže podľa tohto rozsudku porušenie zásad rovnosti zaobchádzania a transparentnosti skôr bráni zadaniu zákazky navrhovateľom. V každom prípade ide o nedovolené odovzdanie dvojitej ponuky.

Zhrnutie odôvodnenia návrhu na začatie prejudiciálneho konania

- 10 Podľa článku 57 ods. 4 písm. d) smernice 2014/24/EÚ môžu verejní obstarávatelia z účasti na postupe obstarávania vylúčiť každý hospodársky subjekt alebo to od nich môžu členské štáty požadovať, ak má verejný obstarávateľ dostatočne vierohodné indície na to, aby mohol dospieť k záveru, že hospodársky subjekt uzavrel dohody s inými hospodárskymi subjektmi s cieľom narušiť hospodársku súťaž. Podľa prvej vety odôvodnenia 101 by verejní obstarávatelia ďalej mali mať možnosť vylúčiť hospodárske subjekty, ktoré sa v dôsledku závažného odborného pochybenia ako je porušovanie pravidiel hospodárskej súťaže, ukázali ako nespoľahlivé.
- 11 Pri prebratí uvedeného ustanovenia nemecký zákonodarca v § 124 ods. 1 bode 4 GWB prebral formuláciu zákazu dohôd obmedzujúcich hospodársku súťaž v § 1 GWB, ktorá do veľkej miery zodpovedá formulácii v článku 101 ZFEÚ.

- 12 Článok 101 ZFEÚ sa neuplatňuje, ak dohody alebo postupy, ktoré zakazuje, realizujú podniky tvoriace hospodársku jednotku (rozsudky Súdneho dvora Specializuotas transportas, bod 28 a tam citovaná judikatúra, a z 12. júla 1984, Hydrotherm, C-170/83, EU:C:1984:271, bod 11).
- 13 Podľa názoru senátu navrhovateľa tvoria hospodársku jednotku v tomto zmysle. Dva hospodárske subjekty sa považujú za hospodársku jednotku teda za jeden podnik v zmysle článku 101 ZFEÚ, ak dcérska spoločnosť napriek tomu, že má vlastnú právnu subjektivitu, neurčuje svoje správanie na trhu nezávisle, ale v podstate uplatňuje pokyny, ktoré jej dala materská spoločnosť, najmä vzhľadom na hospodárske, organizačné a právne väzby medzi týmito dvoma právnymi subjektmi (pozri rozsudky Súdneho dvora Európskej únie z 27. januára 2021, Goldman Sachs, C-595/18, EU:C:2021:73, bod 31, a z 24. júna 2015, Fresh Del Monte Produce/Komisia a Komisia/Fresh Del Monte Produce, C-293/13 P a C-294/13 P, EU:C:2015:416, bod 75 a tam citovanú judikatúru). To, že „matkou“ tu nie je spoločnosť, ale zapísaný samostatný podnikateľ, nevedie k inému posúdeniu.
- 14 Na základe toho si senát kladie otázku, či článok 57 ods. 4 písm. d) smernice 2014/24/EÚ sa má vykladať v tom zmysle, že verejný obstarávateľ musí mať dostatočne vierohodné indície o porušení článku 101 ZFEÚ.
- 15 Senát zastáva názor, že odpoveď na prvú prejudiciálnu otázku má byť kladná, keďže v odôvodnení 101 sa spomína porušovanie pravidiel hospodárskej súťaže.
- 16 Podľa názoru senátu sa článok 57 ods. 4 písm. d) smernice 2014/24/EÚ nemôže vykladať v tom zmysle, že aj prepojení uchádzači, ktorí tvoria hospodársku jednotku a odovzdajú zosúladené ponuky, môžu byť podľa tohto predpisu vylúčení. Porušenie požiadavky tajnosti hospodárskej súťaže môže vylúčenie podľa tohto ustanovenia odôvodňovať skôr len vtedy, ak porušuje aj predpisy kartelového práva; to neprichádza do úvahy, ak sa na konajúce podniky vzťahuje takzvané privilégium koncernu kartelového práva.
- 17 V predmetnom prípade podľa názoru senátu neprichádza do úvahy ani vylúčenie na základe závažného odborného pochybenia (článok 57 ods. 4 písm. c) smernice 2014/24/EÚ), ktoré sa v literatúre spomína ako zberné ustanovenie.
- 18 Je pravda, že uchádzači, ktorí tvoria hospodársku jednotku a každý z nich odovzdá ponuku, môžu voči iným uchádzačom získať neoprávnenú výhodu. Voči uchádzačovi, ktorý podá viaceré hlavné ponuky, majú totiž uchádzači, ktorí tvoria hospodársku jednotku a každý z nich odovzdá ponuku, pokiaľ ide o dôvody na vylúčenie a podmienky účasti týkajúce sa uchádzača, vyššiu šancu na zadanie zákazky. Tak napríklad v predmetnom prípade v súvislosti so začatím konkurzného konania prichádza do úvahy vylúčenie navrhovateľa v prvom rade podľa § 124 ods. 4 bodu 2 alebo bodu 8 GWB, zatiaľ čo ponuka navrhovateľky v druhom rade zosúladená s navrhovateľom v prvom rade, s podmienkou

vylúčenia podľa iného predpisu, zostáva v hodnotení. Toto hľadisko sa však podľa názoru senátu má zohľadniť pri druhej prejudiciálnej otázke.

- 19 Druhá a tretia prejudiciálna otázka vyplýva z pochybnosti senátu, či výpočet fakultatívnych dôvodov na vylúčenie v článku 57 ods. 4 smernice 2014/24/EÚ bráni uplatneniu zásady rovnosti zaobchádzania, aby sa odôvodnilo to, že ponuky dvoch uchádzačov, ktorí tvoria hospodársku jednotku, sa z dôvodu porušenia požiadavky tajnosti hospodárskej súťaže nemôžu zohľadniť.
- 20 Cieľom druhej prejudiciálnej otázky je objasnenie, či judikatúra Súdneho dvora Európskej únie (rozsudok zo 16. decembra 2008, Michaniki, C-213/07, bod 44 a nasl.) je aplikovateľná na článok 57 ods. 4 smernice 2014/24/EÚ.
- 21 Podľa judikatúry Súdneho dvora k smernici 2004/18/ES sa článok 2 tejto smernice má vykladať v tom zmysle, že bráni zadaniu zákazky uchádzačom, ktorých vzťahy ovplyvnili obsah ich ponúk predložených v rámci toho istého verejného obstarávania. Ponuky musia byť predložené úplne samostatne a nezávisle, ak pochádzajú od prepojených uchádzačov (rozsudok Specializuotas transportas, bod 38 a nasl.). Senát to chápe v tom zmysle, že verejnému obstarávateľovi, inak ako podľa článku 57 ods. 4 smernice 2014/24/EÚ („môže“), podľa tejto judikatúry neprináleží priestor na uváženie.
- 22 Vylúčenie, vychádzajúc zo všeobecných zásad § 97 ods. 1 a 2 GWB, sa však v prípadoch ako v tomto spornom môže brať do úvahy len vtedy, ak výpočet fakultatívnych dôvodov na vylúčenie upravených v článku 57 ods. 4 smernice 2014/24/EÚ nemá taxatívny charakter, ktorý by bránil vylúčeniu.
- 23 Súdny dvor síce rozhodol, že taxatívny výpočet dôvodov na vylúčenie, ktoré vychádzajú z chýbajúcich odborných predpokladov uvedených v článku 24 ods. 1 smernice 93/37/EHS o koordinácii postupov verejného obstarávania prác však nevyklučuje možnosť členských štátov uchovať alebo zaviesť vecné pravidlá, ktoré sledujú najmä dodržiavanie zásady rovnosti zaobchádzania, ako aj z nej vyplývajúcej zásady transparentnosti v oblasti verejného obstarávania, ktoré musia verejný obstarávateľia zachovávať pri každom takomto postupe verejného obstarávania (rozsudok Michaniki, bod 44 a nasl.). Ďalej rozhodol, že zásada rovnosti zaobchádzania stanovená v článku 2 smernice 2004/18 by bola v každom prípade porušená, ak by sa pripustilo, že uchádzači môžu predložiť koordinované alebo zosúladené ponuky, teda ponuky, ktoré nie sú samostatné a nezávislé, ktoré im takto môžu priniesť neoprávnené výhody vo vzťahu k ostatným uchádzačom (rozsudok Specializuotas transportas, bod 29), hoci aj článok 45 ods. 2 tejto smernice obsahuje výpočet fakultatívnych dôvodov na vylúčenie. Súdny dvor sa nakoniec v návrhu na začatie prejudiciálneho konania týkajúceho sa smernice 2014/24/EÚ odvolal na túto judikatúru (rozsudok z 11. júla 2019, Telecom Italia, C-697/17, EU:C:2019:599, bod 51 a nasl.).
- 24 Pochybnosti senátu, ktoré odôvodňujú prejudiciálnu otázku, však vyplývajú zo systematiky úpravy. Dôvody na vylúčenie, ktoré zodpovedajú písm. e) a f)

článku 57 ods. 4 smernice 2014/24/EÚ, ktoré nenadväzujú na porušenie povinnosti podniku, ale na konflikt záujmov a narušenie hospodárskej súťaže na základe predchádzajúceho zahrnutia podniku, neupravoval ani článok 24 ods. 1 smernice 93/37/EHS, ani článok 45 ods. 2 smernice 2004/18/ES. V literatúre sa preto argumentuje tým, že normotvorca EÚ prostredníctvom smernice 2014/24/EÚ taxatívne upravil aj vylúčenie z dôvodov rovnosti zaobchádzania a transparentnosti. Súdny dvor síce zo zásad rovnosti zaobchádzania a transparentnosti odvodil, že verejní obstarávatelia sú povinní overiť existenciu prípadných konfliktov záujmov a prijať opatrenia na to, aby im zabránili, odhalili ich a odstránili (rozsudok z 12. marca 2015, eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, bod 43). V článku 57 ods. 4 písm. f) a článku 41 smernice 2014/24/EÚ normotvorca EÚ nadviazal na judikatúru Súdneho dvora, ktorá rovnako vychádza zo zásady rovnosti zaobchádzania, k osobám, ktoré boli zahrnuté už v príprave postupu obstarávania (rozsudok z 3. marca 2005, Fabricom, C-21/03 a C-34/03, EU:C:2005:127, bod 26 a nasl.). Vzhľadom na význam zásady rovnosti zaobchádzania, ktorý vyzdvihuje Súdny dvor, a z toho vyplývajúce povinnosti pre verejných obstarávateľov, sa však senát prikláňa k názoru, že bez ohľadu na rozšírenie zoznamu fakultatívnych dôvodov na vylúčenie v článku 57 ods. 4 smernice 2014/24/EÚ zásada rovnosti zaobchádzania naďalej bráni zohľadneniu ponúk prepojených podnikov, ktoré nie sú ani samostatné, ani nezávislé. Ak by sa aj mohlo zohľadniť, že verejní obstarávatelia by podľa odôvodnenia 101 smernice 2014/24/EÚ pri aplikovaní týchto – len – fakultatívnych dôvodov na vylúčenie mali zohľadniť najmä zásadu proporcionality, senát sa prikláňa k tomu, že odpoveď na druhú prejudiciálnu otázku má byť záporná.

- 25 To, že vnútroštátna judikatúra vo vnútroštátnej úprave o obligatórnych a fakultatívnych dôvodoch na vylúčenie podľa systematiky zákona vidí taxatívnu úpravu, je podľa názoru senátu v súlade s judikatúrou Súdneho dvora (rozsudok Michaniki, bod 43) a nevylučuje odvolanie sa na zásadu rovnosti zaobchádzania pri odôvodnení nezohľadnenia ponúk, ktoré boli odovzdané od dvoch uchádzačov, ktorých ponuky sú navzájom koordinované alebo zosúladené.
- 26 Tretia prejudiciálna otázka sa týka otázky, či sa rozsudok Specializuotas transportas, ktorý sa výslovne týka prepojených uchádzačov, ktorí netvoria hospodársku jednotku, a podľa ktorého sa ponuky musia podať samostatne a nezávisle, aplikuje na ponuky uchádzačov, ktorí tvoria hospodársku jednotku.
- 27 Podľa názoru senátu bráni zásada rovnosti zaobchádzania o to viac zadaniu zákazky uchádzačom, ktorí tvoria hospodársku jednotku a nemôžu podať ani samostatné, ani nezávislé ponuky. Nebolo by správne, aby prepojeným podnikom, ktoré nepredstavujú hospodársku jednotku, mohla byť zadaná zákazka len pod podmienkou, že ich ponuky sú skutočne samostatné a nezávislé, podnikom, ktoré tvoria hospodársku jednotku a túto podmienku preto nemôžu splniť, by mohla byť naopak zákazka zadaná bez problémov.
- 28 Senát teda navrhuje, aby odpoveď na tretiu prejudiciálnu otázku bola kladná.