

STANOVISKO GENERÁLNÍHO ADVOKÁTA

M. POIARESE MADURA

přednesené dne 8. října 2008¹

1. Může členský stát doplnit do výčtu obsaženého v článku 24 směrnice 93/37/EHS² důvod pro vyloučení z účasti na postupu při zadávání veřejných zakázek na stavební práce? Za jakých podmínek a v jakých mezích? Tyto otázky, které jsou v podstatě předmětem projednávané žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce, nastolují problematiku existence, a případně rozsahu, normativní pravomoci členských států, pokud existuje harmonizace na úrovni Společenství. Tato problematika není nová. Vedla již ke vzniku judikatury. Projednávaná věc je však jedinečnou díky tomu, že dotčeným vnitrostátním normativním opatřením je ustanovení ústavy. Může tato skutečnost ovlivnit obsah odpovědi, která má být poskytnuta? To jsou otázky, které jsou středem projednávaného sporu.

I – Právní rámec

A – Právní úprava Společenství

2. Článek 24 směrnice 93/37 stanoví důvody pro vyloučení z účasti v soutěži o veřejnou zakázku na stavební práce. Tento článek zní následovně:

„Z účasti v soutěži o veřejnou zakázku může být vyloučen kterýkoli zhotovitel:

¹ — Původní jazyk: francouzština.

² — Směrnice Rady ze dne 14. června 1993 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce (Úř. věst. L 199, s. 54; Zvl. vyd. 06/02, s. 163).

a) na nějž byl prohlášen konkurz nebo je v likvidaci, jehož podnikání podléhá

soudní správě nebo je podle vnitrostátních právních předpisů v podobné situaci;

f) který nesplnil povinnosti vztahující se k placení daní a poplatků podle právních předpisů státu, v němž je usazen, nebo podle právních předpisů státu zadavatele;

b) který je jako dlužník účastníkem řízení o prohlášení konkurzu, řízení o návrhu na zrušení, řízení o uvalení soudní správy, řízení o návrhu na povolení vyrovnání nebo se podle vnitrostátních právních předpisů nachází v podobném řízení;

g) který se dopustil vážného zkreslení při poskytování informací, které mohou být podle této kapitoly požadovány.

[...]"

c) který byl pravomocně odsouzen pro trestný čin související s jeho podnikáním;

B – Vnitrostátní právo

d) který se dopustil vážného profesního pochybení, které bylo zadavatelem prokazatelně zjištěno;

3. Článek 14 odst. 9 řecké ústavy z roku 1975, pátý, šestý a sedmý pododstavec, ve znění změn ústavy ze dne 6. dubna 2001, stanoví:

e) který nesplnil povinnosti vztahující se k placení příspěvků na sociální zabezpečení podle právních předpisů státu, v němž je usazen, nebo podle právních předpisů státu zadavatele;

„Postavení vlastníka, společníka, významného akcionáře nebo vrcholového řídicího pracovníka podniku sdělovacích prostředků není

slučitelné s postavením vlastníka, společníka, významného akcionáře nebo vrcholového řídicího pracovníka podniku, který je ve vztahu ke státu nebo právnické osobě veřejného sektoru v širokém smyslu pověřen výkonem stavebních prací, dodávek nebo poskytnutím služeb.

- podniku sdělovacích prostředků nebo podnikateli v odvětví sdělovacích prostředků (vlastník, společník, významný akcionář nebo řídicí pracovník podniku sdělovacích prostředků);

Zákaz stanovený v předchozím pododstavci se týká rovněž všech osob, které jednají jako prostředníci, jako jsou manželé, příbuzní, osoby nebo společnosti hospodářsky závislé.

- podniku, jehož společníci, významní akcionáři, členové statutárních orgánů nebo vrcholoví řídicí pracovníci jsou podniky sdělovacích prostředků nebo společníci, významní akcionáři, členové statutárních orgánů nebo vrcholoví řídicí pracovníci podniků sdělovacích prostředků;

Zákon stanoví podmínky, sankce, které lze přijmout, jež mohou vést až k odnětí licence rozhlasové nebo televizní stanice a k zakazu uzavřít dohodu nebo zrušení příslušné dohody, jakož i podmínky dozoru a záruky, jejichž cílem je předejít obcházení ustanovení předchozích pododstavců.“

- podnikateli (vlastník, společník, významný akcionář nebo řídicí pracovník podniku stavebních prací), který je manželem nebo příbuzným vlastníka, společníka, významného akcionáře nebo vrcholového řídicího pracovníka podniku sdělovacích prostředků, ledaže by tato osoba prokázala, že je na této osobě hospodářsky nezávislá.

4. Podle sedmého pododstavce čl. 14 odst. 9 řecké ústavy zákon č. 3021/2002 o omezeních zadání veřejných zakázek osobám činným v podnicích v odvětví sdělovacích prostředků stanoví v podstatě zákaz zadání veřejné zakázky na stavební práce:

5. Zákon č. 3021/2002 doplňuje v podstatě to, že před zadáním veřejné zakázky musí dotčený zadavatel požádat Národní radu pro

televizní a rozhlasové vysílání (Ethniko Symvoulio Radiotileorasis; dále jen „ESR“) o vydání osvědčení dokládajícího neexistenci neslučitelnosti stanovené uvedeným zákonem, přičemž jinak je smlouva nebo veřejná zakázka neplatná.

otcem) G. Sarantopoulou, člena několika správních rad řeckých společností sdělovacích prostředků, nevztahovala se na něj neslučitelnost stanovená řeckými právními předpisy, neboť je na G. Sarantopoulouovi hospodářsky nezávislý.

II – Spor v původním řízení a žádost o rozhodnutí o předběžné otázce

6. Rozhodnutím ze dne 13. prosince 2001 vyhlásila veřejnoprávní společnost Erga veřejnou zakázku na zemní práce a technickou infrastrukturu na nové vysokorychlostní dvoukolejné železniční trati mezi Korintem a Kiatosem, jejíž rozpočet činí 51 700 000 eur. Zadávacího řízení se účastnily mimo jiné společnost Michaniki a společnost Sarantopoulos.

7. Dne 22. května 2002 zadavatel zadal veřejnou zakázku společnosti Sarantopoulos, která byla následně sloučena se společností Pantechniki. Uvedený zadavatel předem požádal radu ESR o osvědčení o neexistenci neslučitelnosti pro společnost Pantechniki, které vyžaduje řecký zákon č. 3021/2002, a toto osvědčení získal. ESR totiž měla za to, že přestože K. Sarantopoulos, významný akcionář a místopředseda správní rady společnosti Pantechniki, je příbuzným (přesněji

8. Podnik Michaniki, neúspěšný konkurent úspěšného uchazeče, podal u řecké Státní rady návrh na zrušení osvědčení o neslučitelnosti vydaného radou ESR, a to z důvodu, že ustanovení zákona č. 3021/2002, na jejichž základě bylo osvědčení vydáno, jsou v rozporu s čl. 14 odst. 9 řecké ústavy.

9. Souhlasně se žalobkyní v původním řízení se předkládající soud domnívá, že napadené právní předpisy, které umožňují, aby se zhotovitel stavebních prací vyhnul neslučitelnosti, kterou tyto předpisy stanoví, tím, že prokáže svoji hospodářskou nezávislost na svém příbuzném, který je vlastníkem, společníkem, akcionářem nebo řídícím pracovníkem podniku sdělovacích prostředků, jsou v rozporu s čl. 14 odst. 9 ústavy, podle kterého uvedený zhotovitel, přestože je hospodářsky nezávislý na tomto příbuzném, je přesto povinen prokázat, že nebyl prostředníkem, ale že jednal nezávisle na svůj účet a ve vlastním zájmu.

10. Předkládající soud se však zabývá otázkou slučitelnosti s právem Společenství uvede-

ného ustanovení ústavy, které umožňuje vyloučit z účasti v soutěži o veřejnou zakázku podnik veřejných staveb z důvodu, že jeho významný akcionář nevyvrátil domněnku, která pro něj jakožto příbuzného vlastníka, společníka, významného akcionáře nebo řídicího pracovníka podniku sdělovacích prostředků platí, podle které jednal jako prostředník tohoto podniku, a nikoli na vlastní účet. Zdá se totiž, že výčet důvodů pro vyloučení obsažený v článku 24 směrnice 93/37 je taxativní, a v důsledku toho vylučuje doplnění takového důvodu pro vyloučení, který je uveden v čl. 14 odst. 9 řecké ústavy. I kdyby směrnice 93/37 v tomto bodě prováděla pouze částečnou harmonizaci, byla by legalita těchto dodatečných případů vyloučení stanovených některým členským státem z hlediska práva Společenství podmíněna sledováním cíle obecného zájmu, který by byl slučitelný s právem Společenství, a dodržením zásady proporcionality. Konečně v případě, že by Soudní dvůr shledal, že výčet důvodů pro vyloučení obsažený v článku 24 uvedené směrnice je vyčerpávající, soud *a quo* si klade otázku, zda by zákaz, který je třeba z toho vyvodit, zavedení systému neslučitelnosti mezi odvětvím činnosti sdělovacích prostředků a odvětvím veřejných zakázek porušoval zásady spojené s ochranou běžného fungování demokratického systému, s dodržením transparentnosti při zadávání veřejných zakázek a se zásadou volné a poctivé hospodářské soutěže, jakož i zásadou subsidiarity.

povahy výčtu důvodů pro vyloučení obsaženého v článku 24 směrnice 93/37. Druhá se týká jednak slučitelnosti cíle sledovaného zavedením neslučitelnosti mezi postavením vlastníka, společníka, významného akcionáře nebo vrcholového řídicího pracovníka podniku sdělovacích prostředků s postavením vlastníka, společníka, významného akcionáře nebo vrcholového řídicího pracovníka podniku, kterému byla zadána veřejná zakázka na stavební práce, dodávky nebo služby, s obecnými zásadami práva Společenství, a jednak slučitelnosti absolutního zákazu zadání veřejných zakázek, který z toho pro dotčené zhotovitele vyplývá, se zásadou proporcionality. Třetí otázka se týká platnosti směrnice 93/37 z hlediska obecných zásad ochrany hospodářské soutěže, transparentnosti a zásady subsidiarity, pokud by uvedená směrnice měla být chápána tak, že zakazuje, aby byl jako důvod pro vyloučení určitého podniku z postupu při zadávání veřejných zakázek na stavební práce stanoven případ, kdy tento podnik, jeho vedení (čímž se rozumí vlastník tohoto podniku, jeho významný akcionář, jeho společník nebo jeho vrcholový řídicí pracovník) nebo osoby, které jednají jako prostředníci výše uvedených řídicích pracovníků vykonávají činnosti podniků sdělovacích prostředků, které by prostřednictvím svého obecnějšího vlivu mohly mít protiprávní vliv na postup při zadávání veřejných zakázek na stavební práce.

11. Vnitrostátní předkládající soud v důsledku toho položil Soudnímu dvoru tři předběžné otázky. První se týká taxativní

12. Předtím, než se pokusím odpovědět na tyto předběžné otázky, je třeba rozhodnout o námitkách vznesených proti přípustnosti těchto otázek.

III – Přípustnost předběžných otázek

13. Řecká vláda popřela pravomoc Soudního dvora k rozhodnutí o projednávané žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce, a to z důvodu, že ve sporu v původním řízení proti sobě stojí dva řecké podniky a předmětem věci je zadání zakázky řeckým zadavatelem. Vzhledem k tomu, že se věc v původním řízení týká pouze čistě vnitřní záležitosti řeckého státu, neuplatní se na ni právo Společenství, a tudíž předběžné otázky směřující k získání výkladu jeho ustanovení nejsou relevantní. Řecká vláda rovněž zpochybnila relevanci položených otázek, neboť se netýkají výkladu práva Společenství, který by odpovídal objektivní potřebě pro řešení sporu v původním řízení, neboť tento spor se týká pouze slučitelnosti řeckého zákona s ústavou.

14. Za účelem vyvrácení těchto dvou námitek nepřijatelnosti projednávané žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce lze bez dalšího řecké vládě odvětit, že v souladu s ustálenou judikaturou „v rámci spolupráce mezi Soudním dvorem a vnitrostátními soudy založené článkem 177 ES je věcí pouze vnitrostátního soudu, kterému byl spor předložen a jenž musí nést odpovědnost za soudní rozhodnutí, které bude vydáno, posoudit s ohledem na konkrétní okolnosti věci jak

nezbytnost rozhodnutí o předběžné otázce pro vydání jeho rozsudku, tak i relevanci otázek, které klade Soudnímu dvoru“, a že v důsledku toho, jestliže se položené otázky týkají výkladu práva Společenství, je Soudní dvůr v zásadě povinen rozhodnout³. Z judikatury nicméně rovněž vyplývá, že ve výjimečných případech přísluší Soudnímu dvoru, aby za účelem ověření vlastní pravomoci přezkoumal podmínky, za kterých se na něj vnitrostátní soud obrátil, a může rozhodnout, že předběžná otázka je nepřijatelná zejména tehdy, pokud je zjevné, že žádaný výklad práva Společenství nemá žádný vztah k realitě nebo předmětu sporu v původním řízení, nebo neodpovídá objektivní potřebě pro rozhodnutí, které musí vnitrostátní soud přijmout v řízení před ním probíhajícím, nebo jestliže se jedná o hypotetický problém⁴.

15. Pokud jde o první námitku vycházející z toho, že na spor v původním řízení se nevztahuje právo Společenství, je sice pravda,

3 — Rozsudek ze dne 13. března 2001, *PreussenElektra* (C-379/98, Recueil, s. I-2099, bod 38); viz rovněž rozsudky ze dne 15. prosince 1995, *Bosman* (C-415/93, Recueil, s. I-4921, bod 59), a ze dne 21. ledna 2003, *Bacardi-Martini a Cellier des Dauphins* (C-318/00, Recueil, s. I-905, bod 41).

4 — Viz usnesení ze dne 16. května 1994, *Monin Automobiles* (C-428/93, Recueil, s. I-1707), a ze dne 25. května 1998, *Nour* (C-361/97, Recueil, s. I-3101); výše uvedený rozsudek *PreussenElektra*, bod 39; rozsudek ze dne 15. června 1999, *Tarantik* (C-421/97, Recueil, s. I-3633, bod 33), a ze dne 9. března 2000, *EKW a Wein & Co* (C-437/97, Recueil, s. I-1157, bod 52).

že Soudní dvůr není příslušný rozhodovat o žádostech o rozhodnutí o předběžné otázce týkajících se ustanovení právních předpisů Společenství v situacích, v nichž skutkové okolnosti věci v původním řízení spadají mimo rozsah působnosti práva Společenství⁵. Soudní dvůr přitom několikrát připomněl nepoužitelnost práva Společenství⁶, a zejména ustanovení smlouvy týkajících se volného pohybu služeb a právních předpisů přijatých k jejich provedení⁷, na situace omezené ve všech ohledech na jediný členský stát, které z tohoto důvodu nevykazují žádnou spojitost s jakoukoliv ze situací upravených právem Společenství. Za takový předpoklad nemá žádný výklad práva Společenství žádný vztah k realitě nebo předmětu sporu v původním řízení, a podaná odpověď není pro vnitrostátní soud užitečná, ledaže by vnitrostátní právo ukládalo povinnost, aby byla státním příslušníkem tohoto státu poskytnuta stejná práva, která by státní příslušník jiného členského státu vyvozoval z práva Společenství v téže situaci⁸, nebo odkazovalo na obsah ustanovení práva Společenství za účelem stanovení pravidel použitelných na situaci, která je čistě vnitřní záležitostí tohoto státu⁹.

týkající se veřejných zakázek nebo obecněji veřejnoprávních smluv, přestože skutkové okolnosti věci nasvědčovaly existenci situace, která je čistě vnitřní záležitostí určitého státu. To platí, s výjimkou jediného případu¹⁰, pokud se žádaný výklad týkal ustanovení primárního práva, zejména těch týkajících se volného pohybu služeb¹¹. To platí bez výjimky, pokud se výklad týkal ustanovení směrnice o veřejných zakázkách¹². Důvodem toho jsou obecně samotné cíle právních předpisů Společenství o veřejných zakázkách, kterými je zaručit co možná nejširší přístup, bez diskriminace na základě státní příslušnosti, k uvedeným zakázkám a podporovat účinnou a rovnou hospodářskou soutěž v dané oblasti. Není tedy relevantní, že všichni účastníci určitého zadávacího řízení pocházejí ze stejného členského státu jako zadavatel, neboť podniky usazené v jiných členských státech by bývaly mohly rovněž projevit zájem o zakázku¹³. Z tohoto pohledu se ostatně ustanovení směrnice o veřejných zakázkách vztahují na všechny zakázky, které přesahují určitou částku, kterou zmíněná ustanovení stanoví, bez podmínky státní příslušnosti nebo místa usazení uchazečů¹⁴. Stejně jako v případě jiných směrnic založených na článku 95 ES (dříve článek 100a ES), jejich použitelnost nemůže být závislá na tom,

16. Soudní dvůr však vždy odpověděl na žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce

5 — Viz ještě usnesení z poslední doby ze dne 16. dubna 2008, Club Náutico de Gran Canaria (C-186/07, bod 19).

6 — Viz například rozsudek ze dne 19. března 1992, Batista Morais (C-60/91, Recueil, s. I-2085, body 6 až 9); ze dne 2. července 1998, Kapasakalis a další (C-225/95 až C-227/95, Recueil, s. I-4239, body 17 až 24), a ze dne 11. října 2001, Khalil a další (C-95/99 až C-98/99 a C-180/99, Recueil, s. I-7413, body 70 až 71).

7 — Viz rozsudky ze dne 21. října 1999, Jägerskiöld (C-97/98, Recueil, s. I-7319, body 42 až 44), a ze dne 11. července 2002, Carpenter (C-60/00, Recueil, s. I-6279, bod 28).

8 — Viz rozsudky ze dne 5. prosince 2000, Guimont (C-448/98, Recueil, s. I-10663, body 18 až 24); ze dne 5. března 2002, Reich a další (C-515/99, C-519/99 až C-524/99 a C-526/99 až C-540/99, Recueil, s. I-2157, body 24 až 26); ze dne 15. května 2003, Salzmann (C-300/01, Recueil, s. I-4899, body 32 a 33), a ze dne 31. ledna 2008, Centro Europa 7 (C-380/05, Sb. rozh. s. I-349, bod 69).

9 — Viz zejména rozsudky ze dne 18. října 1990, Dzodzi (C-297/88 a C-197/89, Recueil, s. I-3763); ze dne 17. července 1997, Leur-Bloem (C-28/95, Recueil, s. I-4161), a ze dne 11. prosince 2007, ETI a další (C-280/06, Sb. rozh. s. I-10893, bod 21).

10 — Viz rozsudek ze dne 9. září 1999, RI.SAN. (C-108/98, Recueil, s. I-5219, body 21 až 23).

11 — Viz rozsudky ze dne 7. prosince 2000, Telaustria a Telefonadress (C-324/98, Recueil, s. I-10745); ze dne 21. července 2005, Coname (C-231/03, Sb. rozh. s. I-7287); ze dne 13. října 2005, Parking Brixen (C-458/03, Sb. rozh. s. I-8585); viz rovněž mé stanovisko ve věci ASM Brescia (C-347/06, Sb. rozh. s. I-5641, bod 33).

12 — Viz rozsudky ze dne 25. dubna 1996, Komise v. Belgie (C-87/94, Recueil, s. I-2043); Telaustria a Telefonadress, uvedený výše; ze dne 7. prosince 2000, ARGE (C-94/99, Recueil, s. I-11037), a usnesení ze dne 30. května 2002, Buchhändler-Vereinigung (C-358/00, Recueil, s. I-4685).

13 — Viz v tomto smyslu výše uvedený rozsudek Komise v. Belgie ze dne 25. dubna 1996, bod 33; výše uvedený rozsudek Coname, bod 17; výše uvedený rozsudek Parking Brixen, bod 55.

14 — Ohledně připomenutí, z něhož vyplývá, že dotčená směrnice o veřejných zakázkách není neuplatnitelná na situaci, kterou lze považovat za čistě vnitřní záležitost určitého státu, viz výše uvedený rozsudek Komise v. Belgie, body 31 až 33.

zda konkrétní situace dotčené ve věcech v původním řízení mají dostatečný vztah k výkonu základních svobod pohybu¹⁵. První námitka řecké vlády týkající se přípustnosti projednávané žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce, jež se týká situace, která je čistě vnitřní záležitostí určitého státu, musí být tedy zamítnuta.

aby žalobě podané žalobkyní v původním řízení bylo vyhověno.

17. Pokud jde o druhý důvod popření relevance položených otázek, vycházející z toho, že žádaný výklad práva Společenství neodpovídá objektivní potřebě pro řešení sporu v původním řízení, neboť tento spor se týká pouze slučitelnosti řeckého zákona s ústavou, ten rovněž nemůže obstát. Je bezesporu třeba připustit, že shledání neslučitelnosti ustanovení zákona č. 3021/2002 s čl. 14 odst. 9 ústavy by v projednávaném případě zbavilo osvědčení o neslučitelnosti vydané radou ESR právního základu, a stačilo by tak k tomu,

18. Jak však soud *a quo* zdůraznil, požadavek hospodárnosti řízení svědčí v této fázi ve prospěch relevance otázky slučitelnosti dotčeného ustanovení ústavy s právem Společenství. Pokud by totiž Soudní dvůr měl za to, že nemůže odpovědět na předběžnou otázku týkající se výkladu a nechal by nejprve předkládající soud rozhodnout otázku souladu ustanovení zákona č. 3021/2002 s čl. 14 odst. 9 ústavy, bylo by důvodné se domnívat, že pokud by uvedený soud zrušil osvědčení z důvodu porušení ústavy tímto zákonem, otázka slučitelnosti napadeného ustanovení ústavy s právem Společenství by se pravděpodobně k Soudnímu dvoru dříve či později vrátila, neboť ESR by s největší pravděpodobností byla nucena odmítnout vydat osvědčení nezbytné k zadání dotčené veřejné zakázky, a to z důvodu, že dotčený zhotovitel stavebních prací (K. Sarantopoulos) by nebyl schopen prokázat, že nespádá pod případ neslučitelnosti uvedený v ústavě. Konečný výsledek sporu v původním řízení tedy závisí na souladu zvláštního režimu neslučitelnosti mezi odvětvím stavebních prací a odvětvím sdělovacích prostředků s právem Společenství. Je tedy v zájmu hospodárnosti řízení poskytnout již na tomto místě předkládajícímu soudu prvky výkladu práva Společenství, které mu umožní rozhodnout, neboť pokud by dospěl k závěru o neslučitelnosti uvedeného režimu, který je stanoven ústavou a proveden zákonem č. 3021/2002, s právem

15 — Viz v tomto smyslu, ohledně směrnice Evropského parlamentu a Rady 95/46/ES ze dne 24. října 1995 o ochraně fyzických osob v souvislosti se zpracováním osobních údajů a o volném pohybu těchto údajů, přijaté stejně jako směrnice 93/37 na základě dřívějšího článku 100a Smlouvy o ES, rozsudky ze dne 20. května 2003, Österreichischer Rundfunk a další (C-465/00, C-138/01 a C-139/01, Recueil, s. I-4989, body 39 až 43), a ze dne 6. listopadu 2003, Lindqvist (C-101/01, Recueil, s. I-12971, body 40 a 41).

Společenství, neměl by jinou volbu než, jak uvedl soud *a quo*, jej neuplatnit, a tudíž zamítnout žalobu společnosti Michaniki a potvrdit zadání zakázky společnosti Pantechniki.

IV – Odpovědi na předběžné otázky

A – *Taxativní povaha důvodů pro vyloučení stanovených v článku 24 směrnice 93/37*

19. Podstatou první předběžné otázky položené Soudnímu dvoru je, zda mohou členské státy stanovit jiné důvody pro vyloučení z účasti v řízení o zadání veřejné zakázky na stavební práce, než jsou důvody uvedené v článku 24 směrnice 93/37.

20. Za účelem popření taxativní povahy výčtu důvodů pro vyloučení obsaženého v článku 24 směrnice 93/37, řecká vláda namítá, že

uvedená směrnice se omezuje na koordinaci vnitrostátních postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce a neprovedla úplnou harmonizaci v oblasti veřejných zakázek na stavební práce. To je bezpochyby pravda. Soudní dvůr uznal, že z „názvu a druhého bodu odůvodnění směrnice vyplývá, že tato směrnice má za cíl koordinaci vnitrostátních postupů při zadávání zakázek na stavební práce, takže nestanoví ucelený režim pravidel Společenství v dané oblasti“¹⁶. Stejně tak, pokud jde o směrnici 71/305, Soudní dvůr judikoval, že tato směrnice nestanoví jednotnou a vyčerpávající právní úpravu Společenství¹⁷. „V rámci společných pravidel, která obsahuje, mají [tudíž] členské státy volnost při zachování nebo stanovení hmotněprávních a procesních pravidel v oblasti veřejných zakázek za podmínky, že dodrží veškerá relevantní ustanovení práva Společenství, zejména pak zákazy vyplývající ze zásad zakotvených ve Smlouvě v oblasti práva usazování a volného pohybu služeb“¹⁸. Příklady vnitrostátních opatření nebo právních úprav doplňujících právní úpravu veřejných zakázek platnou ve Společenství, které tak byly shledány přípustnými, jsou velmi četné. Stačí zmínit uznání ekologických kritérií¹⁹ nebo boje proti nezaměstnanosti²⁰ jako kritérií pro zadávání veřejných zakázek nebo připuštění vnitrostátní právní úpravy zakazující změnu složení skupiny zhotovitelů, která se účastní postupu při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, po podání nabídky²¹.

16 — Rozsudek ze dne 27. listopadu 2001, Lombardini a Mantovani (C-285/99 a C-286/99, Recueil, s. I-9233, bod 33).

17 — Viz rozsudky ze dne 20. září 1988, Beentjes (31/87, Recueil, s. 4635, bod 20), a ze dne 9. července 1987, CEI a Bellini (27/86 až 29/86, Recueil, s. 3347, bod 15).

18 — Tamtéž.

19 — Viz rozsudek ze dne 17. září 2002, Concordia Bus Finland (C-513/99, Recueil, s. I-7213).

20 — Viz rozsudek ze dne 26. září 2000, Komise v. Francie (C-225/98, Recueil, s. I-7445).

21 — Viz rozsudek ze dne 23. ledna 2003, Makedoniko Metro a Michaniki (C-57/01, Recueil, s. I-1091).

21. Nicméně skutečnost, že směrnice 93/37 neprovedla úplnou harmonizaci pravidel postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, neznamená, že některá z jejích ustanovení nemohou být považována za pravidla, která vyčerpávajícím způsobem upravují určité otázky. Několik skutečností silně svědčí ve prospěch taxativní povahy důvodů pro vyloučení určitého zhotovitele z postupu při zadávání veřejných zakázek na stavební práce uvedených v článku 24 výše zmíněné směrnice. Ve prospěch taxativní povahy svědčí již samotné cíle tohoto textu. Vzhledem k tomu, že cílem směrnice 93/37 je rozvoj hospodářské soutěže v oblasti veřejných zakázek na stavební práce prostřednictvím podpory účasti co možná nejširšího okruhu uchazečů v zadávacích řízeních²², doplnění nových důvodů pro vyloučení uchazečů nezbytně omezuje přístup zájemců ke zmíněným zadávacím řízením, a tudíž omezuje hospodářskou soutěž. Navíc, stejně se mi jeví i směr vytyčený judikaturou. V tomto smyslu již směřoval zákaz určitý členským státům vyžadovat od uchazeče, aby prokázal své technické, ekonomické a finanční schopnosti a svoji bezúhonnost jinými prostředky než prostředky vyjmenovanými články 23 až 26 bývalé směrnice o veřejných zakázkách na stavební práce č. 71/305; jinými slovy, zejména kontrola existence jedné z neslučitelností uvedených v článku 24 zmíněné směrnice, která se týkala zájemce o veřejnou zakázku na stavební práce, mohla být prováděna pouze na základě taxativně stanovených důkazních prostředků²³. Ještě případnější je to, že již bylo rozhodnuto, že články 17 až 25 bývalé směrnice o veřejných

zakázkách a dodávkách č. 77/62 vyjmenovávají „taxativně a imperativně“ kritéria kvalitatívního výběru, mezi nimiž byla v článku 20 zmíněné směrnice obsažena kritéria vztahující se k profesní bezúhonnosti zájemce a kritéria pro zadání veřejné zakázky, a v důsledku toho vylučovaly možnost vyhradit právo účasti v soutěži o veřejnou zakázku na dodávky pouze podnikům s většinou veřejnou kapitálovou účastí²⁴. Konečně a především Soudní dvůr tím, že vyložil článek 29 směrnice o veřejných zakázkách na dodávky č. 92/50, který je v podstatě totožný s článkem 24 směrnice 93/37, judikoval, že toto ustanovení, které stanoví sedm důvodů pro vyloučení zájemců z účasti v soutěži o veřejnou zakázku, které se vztahují k jejich profesní bezúhonnosti, solventnosti nebo důvěryhodnosti, „samo stanoví jediná omezení možnosti členských států v tom smyslu, že členské státy nemohou stanovit jiné důvody pro vyloučení než ty, které jsou v tomto ustanovení uvedeny“²⁵.

22. Proti této judikatuře však řecká vláda namítá řešení přijaté Soudním dvorem ve věci *Fabricom*²⁶. Spor se týkal toho, zda vnitrostátní právní úprava, která zakazovala každé osobě, která byla pověřena výzkumem, pokusy, studiem nebo vývojem stavebních prací, dodávek nebo služeb souvisejících s veřejnou zakázkou, předložit nabídku v rámci zadávacího řízení, byla v souladu se směrnicemi o veřejných zakázkách. Místo

22 — Jak vyplývá z preambule a druhého a desátého bodu jejího odůvodnění, směrnice má za cíl odstranit překážky svobody usazování a volného poskytování služeb v oblasti veřejných zakázek na stavební práce, za účelem otevření těchto zakázek účinné hospodářské soutěži mezi zhotoviteli členských států [pro připomínku judikatury viz např. rozsudky ze dne 27. listopadu 2001, *Lombardini a Mantovani* (C-285/99 a C-286/99, Recueil, s. I-9233, bod 34); ze dne 12. prosince 2002, *Universale-Bau a další* (C-470/99, Recueil, s. I-11617, bod 89)].

23 — Viz rozsudek ze dne 10. února 1982, *Transporoute et travaux* (76/81, Recueil, s. 417); ze dne 26. září 2000, Komise v. Francie (C-225/98, Recueil, s. I-7445, bod 88).

24 — Rozsudek ze dne 26. dubna 1994, Komise v. Itálie (C-272/91, Recueil, s. I-1409, bod 35).

25 — Rozsudek ze dne 9. února 2006, *La Cascina a další* (C-226/04 a C-228/04, Sb. rozh. s. I-1347, bod 22).

26 — Rozsudek ze dne 3. března 2005, *Fabricom* (C-21/03 a C-34/03, Sb. rozh. s. I-1559).

toho, aby Soudní dvůr přezkoumal neslučitelnost mezi účastí na přípravné fázi veřejné zakázky a předložením nabídky v rámci téže zakázky ve světle ustanovení uvedených směrnic, která vyjmenovávají důvody pro vyloučení z účasti na zadávacích řízeních, zejména s ohledem na článek 24 směrnice 93/37, pouze ověřil, zda cílem sporného opatření bylo zajistit rovné zacházení se všemi uchazeči a zda zavedené rozdílné zacházení nebylo nepřiměřené tomuto cíli.

23. Takové řešení se *a priori* těžko slučuje s řešeními, podle kterých jsou důvody pro vyloučení stanovené v relevantních ustanoveních směrnic o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek taxativní. Rozpor je však pouze zdánlivý. Je pravda, že směrnice Společenství upravují v zásadě taxativně důvody pro vyloučení z účasti na postupech při zadávání veřejných zakázek. To je zejména předmětem článku 24 směrnice 93/37. Nicméně dodržování jiných pravidel a zásad, které jsou zakotveny v uvedené směrnici nebo z ní vyplývají, může rovněž vyžadovat zavedení důvodů pro vyloučení. To platí zejména pro zásadu rovného zacházení se zájemci o veřejnou zakázku. Výše uvedená zásada –

jejímž nezbytným logickým následkem je povinnost transparentnosti²⁷–, která vyplývá ze základních svobod usazování a volného pohybu služeb²⁸ a na které stojí celá právní úprava Společenství v oblasti veřejných zakázek²⁹, může totiž odůvodnit vyloučení soutěžitelů z účasti v soutěži o veřejnou zakázku, neboť hospodářská soutěž mezi poskytovateli, kterou podporují směrnice v oblasti veřejných zakázek, a která předpokládá co možná nejširší účast na zadávacích řízeních, je účinná pouze tehdy, je-li při ní dodržována zásada rovného zacházení se zájemci³⁰. Pro ilustraci se mi tak zdá obtížné představit si, že právo Společenství brání již v samotném principu tomu, aby členský stát zavedl neslučitelnost mezi výkonem některých veřejných funkcí a uchazečstvím o veřejnou zakázku. Je tedy třeba připustit, že členské státy mohou stanovit jiné důvody pro vyloučení než ty, které jsou uvedeny ve výčtu v článku 24 směrnice 93/37, pokud je to nezbytné pro zamezení případným střetům zájmů, a tudíž pro zaručení transparentnosti a rovného zacházení. To je ostatně smyslem výzvy obsažené v čl. 6 odst. 6 směrnice 93/37, podle které „zadavatelé zajistí, aby nedocházelo k diskriminaci jednotlivých zhotovitelů“. A takové je i ponaučení vyplývající z věci *Fabricom*³¹. Cílem neslučitelnosti mezi účastí na přípravné fázi veřejné zakázky a uchazečstvím o tuto zakázku, stanovené vnitrostátními právními předpisy, bylo zabránit tomu, aby osoba účastnící se

27 — Viz zejména rozsudky ze dne 7. prosince 2000, *Telaustria a Telefonadress* (C-324/98, Recueil, s. I-10745, bod 61), a ze dne 18. června 2002, *HI* (C-92/00, Recueil, s. I-5553, bod 45); výše uvedený rozsudek *Universale Bau* ze dne 12. prosince 2002, bod 91.

28 — Jak Soudní dvůr příležitostně připomíná: viz výslovně v tomto smyslu výše uvedený rozsudek *Beentjes* ze dne 20. září 1998, bod 20; výše uvedený rozsudek *Komise v. Francie* ze dne 26. září 2000, bod 50.

29 — Viz výše uvedený rozsudek *Universale-Bau* a další, bod 91; výše uvedený rozsudek *HI*, bod 45; a rozsudek ze dne 19. června 2003, *GAT* (C-315/01, Recueil, s. I-6351, bod 73).

30 — Jak již jsem měl příležitost zdůraznit [viz mé stanovisko ve věci *La Cascina* a další (C-226/04 a C-228/04, rozsudek ze dne 9. února 2006, Sb. rozh. s. I-1347, bod 26)]; viz rovněž stanovisko generálního advokáta Légera ve výše uvedené věci *Fabricom*, body 22 a 36.

31 — Připomínám, že předmětem této věci byl zejména výklad čl. 6 odst. 6 směrnice 93/37.

určitých přípravných prací mohla ovlivnit podmínky veřejné zakázky v tom smyslu, že by se následně rozhodla podat vlastní nabídku, nebo by mohla být zvýhodněna při podání své nabídky z důvodu informací, které mohla získat ohledně dotčené veřejné zakázky díky výše zmíněné účasti na přípravných pracích³².

24. Na první předběžnou otázku je tedy třeba odpovědět tak, že výčet důvodů pro vyloučení zhotovitelů stavebních prací obsažený v článku 24 směrnice 93/37 není taxativní.

B – Podmínky stanovené pro dodatečné případy vyloučení

25. Směrnice 93/37 tedy nezakazuje členským státům doplnit další důvody pro vyloučení z účasti v soutěži o veřejnou zakázku na stavební práce oproti výčtu obsaženému v článku 24 směrnice, pokud jejich cílem je zajištění transparentnosti a rovného zacházení.

26. Přesně takové je odůvodnění uplatněné řeckou vládou na podporu neslučitelnosti mezi odvětvím sdělovacích prostředků a odvětvím stavebních prací stanovené v čl. 14 odst. 9 řecké ústavy. Řecká vláda tvrdí, že uvedená neslučitelnost má za cíl zajistit transparentnost a rovné zacházení při zadávání veřejných zakázek tím, že zabraňuje všem možnostem podniku, který je uchazečem o veřejnou zakázku, využít své mediální moci za účelem ovlivnění konečného rozhodnutí o zadání zakázky ve svůj prospěch. Vyloučení zhotovitelů činných v odvětví sdělovacích prostředků a zhotovitelů, kteří jsou s nimi spojeni, tak odráží skutečnost, že mají vzhledem k nátlaku, který mohou díky své mediální moci vyvinout na zadavatele, větší šanci získat veřejnou zakázku než jejich konkurenti, a nenacházejí se tak nezbytně ve stejné situaci jako posledně uvedení, pokud jde o toto zadávací řízení a s ohledem na cíl otevření hospodářské soutěže obsažený v právních předpisech Společenství v dané oblasti.

27. Je pravda, že řecká vláda rovněž tvrdí, že neslučitelnost stanovená národní ústavou má rovněž za cíl obranu pluralismu tisku a sdělovacích prostředků. Jedná se o to, aby se předešlo tomu, že zadavatel bude vyvíjet nátlak na určitý podnik sdělovacích prostředků, který je zájemcem o veřejnou zakázku na stavební práce, a tím si zajistí určitou vstřícnost při prezentaci své politiky; nebo dále, jak tvrdila řecká vláda, se jedná o to, aby se předešlo tomu, že podnik sdělovacích prostředků, který je zájemcem o veřejnou zakázku na stavební práce, se bude prostřed-

32 — Viz výše uvedený rozsudek Fabricom, body 29 a 30.

nictvím závazku nebo praxe spočívajících ve vstřícné prezentaci politiky orgánů veřejné moci, na úkor nezávislosti a pluralismu tisku, snažit ovlivnit konečné rozhodnutí o zadání zakázky. Ve skutečnosti je však tento deklarovaný cíl obrany pluralismu tisku v rámci zvláštního kontextu zadávání veřejných zakázek pouze vedlejší a není skutečně nezávislý na cíli spočívajícím v zajištění transparentnosti a rovného zacházení. Pouze v případě, že by zadavatel nedodržoval v rámci výběru zájemců objektivní, transparentní a nediskriminační kritéria, mohl by využít své pravomoci k zadání veřejné zakázky za účelem ovlivnění redakční politiky určitého podniku sdělovacích prostředků, který je zájemcem o veřejnou zakázku na stavební práce, nebo, aby „odměnil“ redakční politiku tohoto podniku.

28. Jinými slovy, důvody pro vyloučení stanovené řeckým právem mají za cíl zabránit střetům zájmů mezi zadavateli a podniky sdělovacích prostředků, které by mohly podporovat aktivní a pasivní korupci, jež by mohla narušit výběrové řízení zadavatelů veřejných zakázek na stavební práce. Zdá se tedy, že se taková ustanovení, jaká jsou předmětem věci v původním řízení, podílejí na dodržování zásady rovného zacházení, jež je nezbytné pro plnění cíle rozvoje účinné hospodářské soutěže sledovaného právní úpravou Společenství v oblasti veřejných zakázek. Rovněž se zdá, že tato ustanovení odpovídají potřebě v dané oblasti, která nebyla

pokryta ustanoveními směrnice 93/37. To dokládá skutečnost, že směrnice 2004/18, která nahradila směrnicí 93/37, doplnila nové případy vyloučení z účasti na postupech při zadávání veřejných zakázek, zejména případ korupce³³, které částečně pokrývají případ uvedený v řecké ústavě.

29. Uznání tohoto cíle obecně neslučitelnosti mezi odvětvím sdělovacích prostředků a odvětvím stavebních prací stanovené řeckou ústavou bylo napadeno jedním z vedlejších účastníků původního řízení v rámci vyjádření předloženého na jednání. Podle názoru posledně uvedeného nelze mít *a priori* ze zásady za to, že výkon určité hospodářské činnosti jako celku by mohl ohrozit transparentnost a rovné zacházení v rámci postupů při zadávání veřejných zakázek. Pokud by bylo nutné připustit oprávněnost posouzení hájeného řeckými orgány, podle něhož výkon činnosti sdělovacích prostředků může ovlivnit rozhodnutí o zadání zakázky, podobná výhrada by mohla být uplatněna vůči mnoha jiným hospodářským činnostem. Zejména banka, která by byla zároveň akcionářem v podniku veřejných staveb, by rovněž mohla prostřednictvím své činnosti v oblasti poskytování veřejných úvěrů vyvíjet nátlak na zadavatele a ovlivňovat jeho rozhodnutí o zadání zakázky.

33 — Viz čl. 45 písm. b) 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, Úř. věst. L 134, s. 114; Zvl. vyd. 06/07, s. 132.

30. Každému členskému státu je však třeba přiznat, pod dohledem Soudního dvora, určitý prostor pro uvážení při vymezení případů vyloučení přizpůsobených cílům záruky transparentnosti a rovného zacházení při postupech při zadávání veřejných zakázek. Dotyčný členský stát je nejpovolanější k tomu, aby posoudil, jaké střety zájmů mohou ve vnitrostátním kontextu nejpravděpodobněji nastat, a ohrozit tak zásady transparentnosti a rovného zacházení, které musí být při zadávání veřejných zakázek dodržovány. Posouzení provedené řeckými orgány veřejné moci je vedlo k obavám, v kontextu příznačném pro Řecko, o existenci střetů zájmů, které by mohly vést k rozvoji aktivní a pasivní korupce ze strany zadavatelů, pokud by nevyloučily podniky stavebních prací spojené s podniky sdělovacích prostředků ze zadávacích řízení. To je důvodem, proč čl. 14 odst. 9 řecké ústavy stanoví výše zmíněnou neslučitelnost. Při tomto zvláštním posouzení toho, o čem se řecké orgány domnívají, že si v Řecku vyžaduje dodržování zásad transparentnosti a rovného zacházení upravených právem Společenství při zadávání veřejných zakázek, se tak tyto orgány svým způsobem odvolávají na vnitrostátní ústavněprávní posouzení. Z odůvodnění předkládacího rozhodnutí pak vyplývá, že se vyskytly odlišné názory na otázku, zda tato okolnost může ovlivnit rozhodnutí o slučitelnosti uvedeného důvodu pro vyloučení s právem Společenství.

31. Je pravda, že respektování ústavní identity členských států je povinností Evropské unie.

Tato povinnost pro ni platí od samého počátku. Podílí se totiž na samotné podstatě evropského projektu zahájeného na začátku 50. let, který spočívá v pokroku v oblasti integrace, přičemž zachovává politickou existenci států. Důkazem toho je, že tato povinnost byla poprvé výslovně proklamována u příležitosti revize smluv, jejíž pokroky v oblasti integrace učinily podle jejích autorů nezbytným, aby tato povinnost byla připomenuta. Článek F odst. 1 Maastrichtské smlouvy, nyní čl. 6 odst. 3 Smlouvy o Evropské unii, tak stanoví: „Unie ctí národní identitu svých členských států“. Zmíněná národní identita zcela evidentně zahrnuje ústavní identitu členského státu. To je potvrzeno – je-li toho vůbec třeba – ozřejmením složek národní identity, o které se pokouší článek I-5 Ústavy pro Evropu a čl. 4 odst. 2 Smlouvy o Evropské unii, ve znění Lisabonské smlouvy. Z totožného znění těchto dvou aktů totiž vyplývá, že Unie respektuje „národní identitu [členských států], která je vlastní jejich základní politické a ústavní struktuře“.

32. Z této povinnosti respektovat národní identitu členských států, včetně jejího ústavního rozměru, uložené Evropské unii zakládajícími akty, judikatura již vyvodila určité důsledky. Při pozorném výkladu judikatury se

jeví, že členský stát se může v určitých případech, a samozřejmě pod dohledem Soudního dvora, dovolávat ochrany své národní identity za účelem odůvodnění výjimky z uplatnění základních svobod volného pohybu. Může se jí nejprve výslovně dovolávat jako legitimního a samostatného důvodu pro výjimku. Soudní dvůr totiž výslovně uznal, že ochrana národní identity „je legitimním cílem respektovaným právním řádem Společenství“³⁴, i když shledal omezení v onom případě nepřiměřeným, neboť uplatňovaný zájem mohl být úspěšně chráněn jinými způsoby. Ochrana národní ústavní identity může také umožnit členskému státu vyvinout v určitých mezích vlastní pojetí legitimního zájmu, které může odůvodnit překážku základní svobodě pohybu. Členskému státu, který se dovolával ochrany zásady lidské důstojnosti zaručené jeho národní ústavou za účelem odůvodnění omezení volného pohybu služeb, tak sice Soudní dvůr odpověděl, že lidská důstojnost je chráněna v právním řádu Společenství jakožto obecná právní zásada. Soudní dvůr však přiznal členskému státu širokou volnost při vymezení obsahu a dosahu výše zmíněné zásady podle jeho pojetí ochrany tohoto základního práva na jeho území, s ohledem na národní zvláštnosti³⁵. V důsledku toho skutečnost, že určité pojetí základního práva zastávané jedním členským státem ostatní členské státy nesdílí, nezakazuje uvedenému členskému státu, aby se jej dovolával za účelem odůvodnění omezení volného pohybu služeb.

33. Pokud tak respektování ústavní identity členských států může představovat legitimní zájem, který může v zásadě odůvodnit omezení povinností uložených právem Společenství, členský stát se jej může *a fortiori* dovolávat za účelem odůvodnění svého posouzení ústavních opatření, kterými musí doplnit právní předpisy Společenství, aby bylo zaručeno dodržování zásad a pravidel, které tyto předpisy stanoví nebo na kterých jsou založeny, na jeho území. Je však třeba upřesnit, že respektování ústavní identity členských států nelze chápat jako absolutní úctu vůči všem vnitrostátním ústavním pravidlům. Kdyby tomu tak bylo, národní ústavy by se mohly stát nástrojem umožňujícím členským státům zprostit se povinností uložených právem Společenství ve vymezených oblastech³⁶. A co víc, mohla by z toho vyplynout diskriminace mezi členskými státy v závislosti na obsahu daném každým z nich jejich národními ústavami. Tak, jak právo Společenství zohledňuje ústavní identitu členských států, tak se i vnitrostátní ústavní právo musí přizpůsobit požadavkům právního řádu Společenství. V projednávaném případě mohou být vnitrostátní ústavní pravidla zohledněna v rozsahu, v němž spadají do oblasti posuzovací pravomoci, která přísluší členským státům pro zajištění dodržování zásady rovného zacházení uložené směrnicí. K výkonu uvedené posuzovací pravomoci musí však docházet v mezích stanovených touto zásadou a samotnou směrnicí. Vnitrostátní ústavní pravidlo je tudíž v projednávaném případě relevantní pro identifikaci vnitrostátního kontextu, v němž se musí uplatnit zásada rovného zacházení se zájemci o veřejnou zakázku, pro určení nebezpečí střetu zájmů v tomto kontextu

34 — V rámci věci, v níž se členský stát dovolával ochrany národní identity za účelem odůvodnění vyloučení státních příslušníků jiných členských států z přístupu k funkcím ve veřejném vzdělávání (viz rozsudek ze dne 2. července 1996, Komise v. Lucembursko, C-473/93, Recueil, s. I-3207, bod 35).

35 — Viz rozsudek ze dne 14. října 2004, Omega (C-36/02, Sb. rozh. s. I-9609).

36 — Není snad třeba připomínat, že z judikatury Soudního dvora v zásadě vyplývá, že se členský stát nemůže dovolávat svého ústavního práva za účelem zabránění účinku právní normy Společenství na svém území (rozsudek ze dne 17. prosince 1970, Internationale Handelsgesellschaft, 11/70, Recueil, s. 1125).

a konečně pro posouzení významu, který je ve vnitrostátním právním řádu nutno přiznat zabránění těmto střetům zájmů, a tudíž normativní úrovně, na které k tomuto zabránění musí dojít.

proporcionality. Nezbytnost a přiměřenost zvoleného opatření nemůže být tudíž vyloučena jen proto, že uvedené opatření nebylo přijato ostatními členskými státy³⁷.

34. Právo Společenství nebrání tudíž v zásadě tomu, aby členský stát vyloučil z postupu při zadávání veřejných zakázek na stavební práce zhotovitele stavebních prací spojené s podnikateli činnými v odvětví sdělovacích prostředků za účelem zaručení zásad transparentnosti a rovného zacházení s uchazeči upravených právem Společenství. Je však ještě třeba, aby takto zavedená neslučitelnost mezi odvětvím stavebních prací a odvětvím sdělovacích prostředků byla v souladu se zásadou proporcionality. Je tedy třeba, aby byla nezbytná k dosažení cíle spočívajícího v zaručení rovného zacházení, a tudíž cíle rozvoje účinné hospodářské soutěže, a aby byla těmto cílům přiměřená. Pokud je důvod pro vyloučení doplněný vnitrostátním právem naopak vymezen tak, že zahrnuje nadměrný počet potenciálních poskytovatelů služeb oproti počtu, který by byl nezbytný k zaručení rovného zacházení s uchazeči, škodí ve skutečnosti cíli směrnice spočívajícímu v rozvoji účinné hospodářské soutěže, kterému tento důvod vyloučení domněle slouží. I zde musí být členskému státu svěřen určitý prostor pro uvážení, aby určil rozsah neslučitelnosti, který se mu ve vnitrostátním kontextu jeví jako splňující požadavky zásady

35. Tato posuzovací pravomoc však nemůže být neomezená. Výkon této pravomoci podléhá soudnímu přezkumu. Tento přezkum vykonává sice v zásadě vnitrostátní soud projednávající spor v původním řízení, a nikoli Soudní dvůr, kterému byla věc předložena na základě článku 234 ES, zdá se však, že neslučitelnost takového rozsahu, jakou zavádí čl. 14 odst. 9 řecké ústavy, není každopádně v souladu se zásadou proporcionality. To platí zejména v rozsahu, v němž výše uvedená neslučitelnost zahrnuje všechny zhotovitele stavebních prací, kteří jsou spojeni s podnikateli činnými v odvětví sdělovacích prostředků, bez ohledu na rozsah šíření uvedených sdělovacích prostředků. Taková neslučitelnost totiž překračuje míru nezbytnou k dodržení rovného zacházení, a tudíž k ochraně účinné hospodářské soutěže, neboť lze stěží tvrdit, že podnikatel činný v odvětví sdělovacích prostředků regionálního dosahu má mediální moc, která by mu umožnila vyvíjet nátlak na zadavatele nacházejícího se v jiném regionu, nebo že by naopak zadavatel měl sklon k tomu, že by vyvíjel nátlak na takového podnikatele. Totéž platí zejména v rozsahu, v němž se výše uvedená neslučitelnost dotýká všech zhotovitelů

37 — Viz výše uvedený rozsudek Omega ze dne 14. října 2004, body 37 a 38.

stavebních prací, kteří jsou v jakémkoli příbuzenském vztahu s podnikatelem činným v odvětví sdělovacích prostředků. Zdá se totiž nepravděpodobné, že by zadavatel mohl vyvíjet nátlak na podnikatele činného v odvětví sdělovacích prostředků, jehož příbuzenský vztah se zhotovitelem stavebních prací by byl vzdálený, nebo že by naopak takový podnikatel činný v odvětví sdělovacích prostředků vyvíjel nátlak na zadavatele.

dárské soutěže a pokud je v souladu se zásadou proporcionality. Ustanovení, které stanoví obecnou neslučitelnost mezi postavením vlastníka, společníka, významného akcionáře nebo vrcholového řídicího pracovníka podniku sdělovacích prostředků a postavením vlastníka, společníka, významného akcionáře nebo vrcholového řídicího pracovníka podniku, kterému byl ve vztahu ke státu nebo právnické osobě veřejného sektoru v širokém smyslu svěřen výkon stavebních prací, dodávek nebo poskytnutí služeb, porušuje zásadu proporcionality.

36. Na druhou předběžnou otázku je tudíž třeba odpovědět tak, že doplnění důvodu pro vyloučení vnitrostátním právem do výčtu obsaženého v článku 24 směrnice 93/37 je slučitelné s právem Společenství, pokud jeho cílem je zaručit transparentnost a rovné zacházení nezbytné k rozvoji účinné hospo-

37. Vzhledem k odpovědi podané na druhou otázku není nutné odpovídat na třetí předběžnou otázku.

V – Závěry

38. S ohledem na předcházející úvahy navrhuji, aby Soudní dvůr odpověděl na předběžné otázky položené Symvoulio tis Epikrateias (řecká Státní rada) následovně:

- výčet důvodů pro vyloučení zhotovitelů stavebních prací obsažený v článku 24 směrnice Rady 93/37/EHS ze dne 14. června 1993 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce není taxativní;

- doplnění důvodu pro vyloučení vnitrostátním právem do výčtu obsaženého v článku 24 směrnice 93/37 je slučitelné s právem Společenství za podmínky, že jeho cílem je zaručit transparentnost a rovné zacházení nezbytné k rozvoji účinné hospodářské soutěže a že je v souladu se zásadou proporcionality. Ustanovení, které stanoví obecnou neslučitelnost mezi postavením vlastníka, společníka, významného akcionáře nebo vrcholového řídicího pracovníka podniku sdělovacích prostředků a postavením vlastníka, společníka, významného akcionáře nebo vrcholového řídicího pracovníka podniku, kterému byl ve vztahu ke státu nebo právnické osobě veřejného sektoru v širokém smyslu svěřen výkon stavebních prací, dodávek nebo poskytnutí služeb, porušuje zásadu proporcionality.