



## Sbírka soudních rozhodnutí

STANOVISKO GENERÁLNÍHO ADVOKÁTA  
MANUELA CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONY  
přednesené dne 21. června 2017<sup>1</sup>

Věc C-178/16

**Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani S.p.A.,  
Guerrato S.p.A.**  
proti  
**Provincia autonoma di Bolzano,  
Agenzia per i procedimenti e la vigilanza in materia di contratti pubblici di lavori servizi  
e forniture (ACP),  
Autorità nazionale anticorruzione (ANAC),  
za přítomnosti:  
Società Italiana per Condotte d'Acqua S.p.A.,  
Inso Sistemi per le Infrastrutture Sociali S.p.A.**

[žádost o rozhodnutí o předběžné otázce podaná Consiglio di Stato (Státní rada, Itálie)]

„Veřejné zakázky – Prohlášení o neexistenci pravomocných odsouzení bývalých členů představenstva společnosti ucházející se o zakázku v trestním řízení – Povinnost společnosti prokázat pod hrozbou vyloučení, že se v plném rozsahu a účinně distancovala od jednání bývalého člena svého představenstva – Posouzení požadavků spojených s touto povinností veřejným zadavatelem“

1. Italská právní úprava veřejných zakázek zakazuje (s upřesněními, která budou následně analyzována) je zadávat těm, kdo byli odsouzeni za závažné trestné činy poškozující stát „nebo Společenství“, spojené s jejich podnikáním. Tento zákaz se vztahuje na podniky, jejichž členové představenstva byli za takové skutky potrestáni, ledaže tyto podniky prokážou, že se v plném rozsahu a účinně distancovaly od trestného jednání členů svého představenstva.
2. Consiglio di Stato (Státní rada, Itálie) má rozhodnout o opravném prostředku proti rozsudku, jímž bylo potvrzeno rozhodnutí veřejného zadavatele, který ze soutěže vyloučil podnik ucházející se o veřejnou zakázku, jehož člen představenstva byl odsouzen za jeden z těchto trestných činů. Za účelem rozhodnutí sporu se Soudního dvora ve shrnutí ptá, zda je italské pravidlo, na jehož základě došlo k tomuto vyloučení, slučitelné se směrnicí 2004/18/ES<sup>2</sup>.
3. Tato předběžná otázka umožní Soudnímu dvoru upřesnit jeho judikaturu ohledně pravomoci států konkretizovat a upravit obsah fakultativních důvodů pro vyloučení uchazečů, které stanoví směrnice 2004/18.

1 – Původní jazyk: španělština.

2 – Směrnice Evropského parlamentu a Rady ze dne 31. března 2004 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby (Úř. věst. 2004, L 134, s. 114; Zvl. vyd. 06/07, s. 132).

## **I. Právní rámec**

### **A. Unijní právo**

#### **Směrnice 2004/18**

4. Článek 45 („Osobní situace zájemce nebo uchazeče“) stanoví:

„1. Z účasti na veřejné zakázce je vyloučen každý zájemce nebo uchazeč, který byl odsouzen pravomocným rozsudkem známým veřejnému zadavateli, pro jeden nebo více následujících činů:

- a) účast na zločinném spolčení, jak je vymezena v čl. 2 odst. 1 společné akce Rady 98/773/SVV;
- b) korupce, jak je vymezena v článku 3 aktu Rady ze dne 26. května 1997 a v čl. 3 odst. 1 společné akce Rady 98/742/SVV v pořadí[, ] jak jsou uvedeny;
- c) podvod ve smyslu článku 1 úmluvy o ochraně finančních zájmů Evropských společenství;
- d) praní peněz, jak je vymezeno v článku 1 směrnice Rady 91/308/EHS ze dne 10. června 1991 o předcházení zneužití finančního systému k praní peněz.

Členské státy upřesní, v souladu se svým vnitrostátním právem a s přihlédnutím k právu Společenství, podmínky pro uplatňování tohoto odstavce.

Mohou požadavek uvedený v prvním pododstavci upravit odchylně z důvodu zásadních požadavků obecného zájmu.

Pro účely tohoto odstavce veřejní zadavatelé zájemce nebo uchazeče případně požádají o poskytnutí dokladů uvedených v odstavci 3 a mohou se, pokud mají pochybnosti o osobní situaci těchto zájemců nebo uchazečů, obrátit na příslušné orgány, aby získali jakékoli informace o těchto zájemcích nebo uchazečích, které považují za nezbytné. Pokud se informace týkají zájemce nebo uchazeče usazeného ve státě jiném, než je stát veřejného zadavatele, může veřejný zadavatel požádat o spolupráci příslušné orgány. S přihlédnutím k vnitrostátním právním předpisům členského státu, ve kterém jsou zájemci nebo uchazeči usazeni, se tyto žádosti vztahují k právníkům nebo fyzickým osobám včetně, je-li to vhodné, vedoucích představitelů společnosti nebo jakékoli osoby s pravomocemi zastupovat, rozhodovat nebo kontrolovat zájemce nebo uchazeče.

2. Z účasti na zakázce může být vyloučen každý hospodářský subjekt,

[...]

- c) který byl pravomocným rozsudkem uznán vinným, v souladu s právními předpisy země, ze spáchání trestného činu spojeného s jeho podnikáním;
- d) který se dopustil vážného profesního pochybení, které mohou veřejní zadavatelé prokázat jakýmkoli prostředky;

[...]

- g) který se dopustil vážného zkreslení při poskytování informací, které mohou být vyžadovány podle tohoto oddílu[, nebo uvedené informace neposkytl].“

5. Podle čl. 45 odst. 3:

„Veřejní zadavatelé přijmou jako dostatečný důkaz pro to, že se hospodářského subjektu žádný z případů uvedených v odst. [2] písm. [...] c) [...] netýká:

a) [...] předložení výpisu ze soudního spisu, nebo pokud to není možné, rovnocenného dokladu vydaného příslušným soudním nebo správním orgánem v zemi původu nebo v zemi, z níž tato osoba pochází, jenž dokazuje, že tyto požadavky byly splněny;

[...]“.

## **B. Italské právo**

6. Podle předkládacího usnesení stanoví čl. 38 odst. 1 písm. c) uvedeného legislativního nařízení č. 163/2006<sup>3</sup>, ve znění použitelném *ratione temporis* na daný skutkový stav, že důvod pro vyloučení [z účasti na postupu při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby] založený na tom, že zájemce nebo uchazeč byl pravomocně odsouzen nebo uzavřel dohodu o vině a trestu mezi stranami podle článku 444 Codice di procedura penale (trestní řád) za trestné činy v něm uvedené<sup>4</sup>, „se použije rovněž ve vztahu k osobám, jejichž [řídící] funkce skončila v roce předcházejícím zveřejnění zadávacího řízení, pokud podnik neprokáže, že se v plném rozsahu a účinně distancoval od trestně postížitelného jednání“.

7. Článek 38 odst. 1 písm. f) a h) legislativního nařízení č. 163/2006 stejně tak stanoví vyloučení z tohoto druhu soutěží po řadě: i) těch, kdo se dopustili vážného pochybení při výkonu profesní činnosti, což zadavatel zjistil za pomoci jakýchkoli důkazů, a ii) těch, kdo předložili nepravdivé prohlášení nebo falešné doklady ohledně kritérií a podmínek relevantních pro účely účasti na postupu při zadávání veřejných zakázek.

## **II. Skutkové okolnosti sporu a předběžná otázka**

8. Dne 27. července 2013 bylo v *Úředním věstníku Evropské unie*<sup>5</sup> zveřejněno zadávací řízení týkající se financování, vypracování konečného projektu a provedení, výstavby a správy nové věznice v Bolzanu. Částka zakázek dosahovala výše 165 400 000 eur.

9. Společnost Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani SpA (dále jen „Mantovani“) se samostatně a jako součást dočasného sdružení podniků přihlásila do zadávacího řízení dvěma prohlášeními (ze dne 4. a 16. prosince 2013) ohledně splnění obecných požadavků, které v něm byly vyžadovány.

10. Společnost Mantovani konkrétně uvedla (v prvním z těchto prohlášení), že pan B., bývalý předseda jejího představenstva a současně člen představenstva a statutární orgán, ukončil výkon funkce dne 6. března 2013 a že jí není známo, že by bylo vydáno některé z rozhodnutí uvedených v čl. 38 odst. 1 písm. c) CCP. Obdobným způsobem učinila druhé prohlášení.

11. Veřejný zadavatel na svém zasedání dne 9. ledna 2014 připustil společnost Mantovani s výhradou, než poskytne jistá upřesnění, neboť podle článků v místním tisku bylo „známou skutečností“, že pan B. v návaznosti na své obvinění z podpory systému falešných faktur uzavřel dohodu o vině a trestu na 1 rok a 10 měsíců odnětí svobody.

3 – Legislativní nařízení ze dne 12. dubna 2006 č. 163, Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE a 2004/18/CE (GURI č. 100 ze dne 2. května 2006) (dále jen „CCP“).

4 – Trestné činy „účasti na zločinném spolčení, korupce, podvodu a praní peněz, jak jsou zakotveny v ustanoveních uvedených v čl. 45 odst. 1 směrnice 2004/18“.

5 – S 145-251280.

12. Při ověřování splnění požadavků obdržel veřejný zadavatel výpis z rejstříku trestů pana B., z něhož vyplývalo, že byl odsouzen k trestu odnětí svobody na 1 rok a 10 měsíců za spáchání různých trestných činů (rozsudek Tribunale di Venezia – soud v Benátkách – ze dne 5. prosince 2013, který nabyl právní moci dne 29. března 2014).

13. Na zasedání konaném dne 29. května 2014 veřejný zadavatel rozhodl, že nezruší výhradu vůči připuštění společnosti Mantovani do zadávacího řízení, a dne 3. června 2014 ji požádal o vysvětlení uvedeného rozsudku.

14. Dopisy ze dne 10. června 2014 a 17. října 2014 společnost Mantovani poskytla požadovaná vysvětlení, přičemž uvedla, že:

- rozsudek byl zveřejněn a nabyl právní moci až poté, co předložila prohlášení o splnění obecných požadavků;
- uskutečnila řadu kroků, které prokazují včasné, účinné a úplné distancování se od jednání pana B. Ten byl okamžitě odvolán ze všech funkcí ve skupině Mantovani, která provedla vnitřní reorganizaci svých řídicích orgánů, zpětně odkoupila akcie, které držel pan B., a podala proti němu žalobu na určení odpovědnosti.

15. Veřejný zadavatel požádal o stanovisko Národní úřad pro boj proti korupci (dále jen „ANAC“), který je vydal dne 25. února 2015 a v jeho shrnutí uvedl:

- Pokud uchazeč předloží prohlášení, v němž ve vztahu k důvodu pro vyloučení podle čl. 38 odst. 1 písm. c) CCP potvrdí, že osoby, které ukončily výkon funkce v roce předcházejícím zveřejnění zadávacího řízení, nejsou dotčeny důvody pro vyloučení za použití formulace „pokud je mu známo“, a poskytne řádnou identifikaci těchto osob, náleží veřejnému zadavateli, aby provedl příslušná ověření.
- V projednávané věci nedošlo k nepravdivému prohlášení, jelikož na to by musel existovat pravomocný rozsudek, nikoli pouhé probíhající trestní řízení.
- Veřejnému zadavateli náleží posoudit skutečnou účinnost iniciativ, které vyvinula společnost Mantovani k tomu, aby prokázala, že se účinně a v plném rozsahu distancovala od trestné činnosti bývalého člena představenstva.
- Tato opatření mohla být ohrožena nečinností, již se dopustila společnost Mantovani, neboť v zadávacím řízení neoznámila existenci odsuzujícího rozsudku. Podle judikatury představuje skutečnost, že veřejný zadavatel nebyl včas informován o trestním řízení týkajícím se osob zmíněných v čl. 38 odst. 1 písm. c) CCP, známku chybějícího distancování se, a to z důvodu porušení povinnosti loajální spolupráce.

16. Veřejný zadavatel s ohledem na stanovisko ANAC dne 27. února 2015 rozhodl o vyloučení společnosti Mantovani ze zadávacího řízení pro opožděné a nedostatečné oznámení posuzovaných skutečností potřebných pro prokázání jejího distancování se od potrestaného člena představenstva. Dodal, že jeho odsouzení předcházelo okamžiku, kdy byla předkládána prohlášení v zadávacím řízení, takže je společnost Mantovani mohla oznámit.

17. Společnost Mantovani podala proti vyloučení opravný prostředek k Tribunale regionale di giustizia amministrativa, Sezione autonoma di Bolzano (regionální správní soud, samostatný senát v Bolzanu, Itálie), který rozsudkem č. 270 ze dne 27. srpna 2015 prohlásil opravný prostředek za nepřipustný v rozsahu, v němž napadá stanovisko ANAC, přípravný akt, a zadání zakázky, k němuž dosud nedošlo. V témže rozsudku zamítl dovolávané důvody opravného prostředku ohledně přístupu k souhrnu dokumentů ve spise zadávacího řízení a rozhodl, že nebylo prokázáno, že se společnost distancovala od trestného jednání bývalého člena představenstva.

18. Společnost Mantovani podala proti tomuto rozsudku opravný prostředek ke Consiglio di Stato (Státní rada) a mimo jiných důvodů namítala neslučitelnost článku 38 CCP s unijním právem a navrhovala, aby byla podána Soudnímu dvoru žádost o rozhodnutí o předběžné otázce.

19. Consiglio di Stato (Státní rada), rozhodnutím ze dne 1. prosince 2015, položila následující předběžnou otázku:

„Brání správnému použití čl. 45 odst. 2 písm. c) a g) a odst. 3 písm. a) směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES ze dne 31. března 2004 [...] a zásad ochrany legitimního očekávání, právní jistoty, rovného zacházení, proporcionality a transparentnosti, zákazu zatěžování řízení a maximální otevřenosti trhu veřejných zakázek hospodářské soutěži, jakož i taxativnosti a určitosti činů, ze něž je možné uložit sankce, platným v unijním právu, taková vnitrostátní právní úprava, jako je čl. 38 odst. 1 písm. c) legislativního nařízení č. 163 ze dne 12. dubna 2006, Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (kodex veřejných zakázek na stavební práce, služby a dodávky, jímž se provádějí směrnice 2004/17/ES a 2004/18/ES), ve znění pozdějších změn, v rozsahu, ve kterém:

- rozšiřuje obsah oznamovací povinnosti, která je v něm stanovena, ohledně neexistence pravomocných odsuzujících rozsudků (včetně rozsudků uplatňujících dohodu o vině a trestu) za trestné činy, které jsou v něm uvedené, na osoby vykonávající funkce v rámci podniků ucházejících se o zakázku, které ukončily výkon funkce v roce předcházejícím zveřejnění zadávacího řízení;
- stanoví důvod pro vyloučení ze zadávacího řízení, pokud podnik neprokáže, že se v plném rozsahu a účinně distancoval od trestně postižitelného jednání těchto osob;
- posouzení této skutečnosti ponechává na uvážení veřejného zadavatele a umožňuje mu, aby pod hrozbou vyloučení ze zadávacího řízení reálně uložil:
  - i) informační a oznamovací povinnost týkající se trestních věcí, o kterých nebylo dosud rozhodnuto pravomocným rozsudkem (a tedy z povahy věci s nejistým výsledkem), které nejsou stanoveny zákonem, ani pokud jde o osoby vykonávající funkce;
  - ii) povinnost spontánního distancování se od protiprávního jednání, která není blíže určena, pokud jde o druh jednání vylučujících protiprávnost, o příslušné časové období (které může i předcházet nabytí právní moci trestního rozsudku) a o fázi řízení, v níž má být splněna;
  - iii) povinnost loajální spolupráce, jejíž obsah není definován, s výjimkou odkazu na obecnou zásadu dobré víry?“

### **III. Řízení před Soudním dvorem**

20. Předkládací usnesení došlo kanceláři Soudního dvora dne 24. března 2016.

21. Společnost Mantovani, provincie Bolzano, italská vláda a Evropská komise předložily písemná vyjádření ve lhůtě stanovené v čl. 23 druhém pododstavci statutu Soudního dvora.

22. Po nařízení jednání byli účastníci řízení vyzváni podle čl. 61 odst. 2 jednacího řádu Soudního dvora, aby své řeči zaměřili na výklad čl. 45 odst. 2 písm. d) směrnice 2004/18.

23. Dne 5. dubna 2017 se konalo jednání, na něž se dostavila společnost Mantovani, provincie Bolzano, italská vláda a Evropská komise.

#### **IV. Shrnutí vyjádření účastníků řízení**

24. Společnost Mantovani se domnívá, že čl. 38 odst. 1 písm. c) CCP je v rozporu čl. 45 odst. 2 směrnice 2004/18, jelikož rozšiřuje důvod pro vyloučení (odvozeného z odsouzení v trestním řízení) na ty, kdo byli členy představenstva společnosti až do roku předcházejícího zveřejnění zadávacího řízení, a požaduje, aby společnost prokázala účinné distancování se od těchto členů představenstva.

25. Podle jejího názoru po skončení výkonu funkce členové představenstva přestávají mít ve společnosti vliv, a proto povinnost, aby společnost k tomu poskytla informace, je kromě toho, že je nadbytečná, nepřiměřená a vyvolává zátěž, jež je v rozporu se záměrem maximální otevřenosti veřejných zakázek vůči hospodářské soutěži.

26. I kdybychom připustili, že unijní právo takovému rozšíření nebrání, byla by s tímto právem v rozporu dodatečná povinnost prokázat účinné distancování se podniku, neboť se jedná o naprosto neurčitou povinnost, jejíž posouzení je ponecháno na libovůli veřejného zadavatele. Právní jistota by byla zvláště oslabena okolností, že soudní rozhodnutí není konečné, že není konkretizována forma oznámení, období, které oznámení pokrývají, ani fáze řízení, během níž mají být učiněna, stejně jako není upřesněno, v čemž spočívají povinnosti loajální spolupráce, které zavazují uchazeče.

27. Provincie Bolzano považuje předběžnou otázku za nepřipustnou, protože:

- je obdobná otázce, o níž již Soudní dvůr rozhodl v rozsudku ze dne 10. července 2014, *Conorzio Stabile Libor Lavori Pubblici* (C-358/12, EU:C:2014:2063), zejména v bodě 36, o způsobilosti členských států začlenit fakultativní důvody pro vyloučení do jejich právních řádů a upravit jejich obsah;
- k odmítnutí společnosti Mantovani nedošlo pro porušení povinnosti poskytnout informace nebo předložit prohlášení, nýbrž proto, že opatření k prokázání jejího úplného a účinného distancování se od trestného jednání bývalého člena jejího představenstva byla přijata opožděně a byla nevhodná. S ohledem na to je také odkaz na čl. 45 odst. 2 písm. g) a odst. 3 písm. a) směrnice 2004/18 bezpředmětný.

28. Ve věci samé se provincie Bolzano nedomnívá, že existuje nějaký rozpor mezi ustanoveními čl. 38 odst. 1 písm. c) CCP a směrnicí 2004/18. Článek 45 směrnice přiznává členským státům volnost jak při výběru, které fakultativní důvody pro vyloučení (mezi těmi, které jsou uvedeny v odstavci 2) budou ve vnitrostátním právu platit, tak při definici způsobu, jímž budou veřejní zadavatelé posuzovat skutkové podstaty zvolených důvodů. Sporné vnitrostátní pravidlo tomuto schématu vyhovuje.

29. Italská vláda podotýká, že *ratio legis* článku 45 směrnice 2004/18 a článku 38 CCP je zajistit morální, hospodářskou a profesní spolehlivost těch, kdo usilují o uzavření smlouvy se správním orgánem. Italský zákonodárce přijal méně přísný režim, než je režim směrnice, když omezil škálu trestných činů, které odůvodňují vyloučení.

30. Vyloučení podniku z důvodu jednání členů jeho představenstva je podle mínění italské vlády odůvodněno právě tímž *ratio legis*: bez tohoto ustanovení by se smluvní partner mohl snadno vyhnout kontrole své spolehlivosti. Nadto má podnik ucházející se o zakázku možnost veřejnému zadavateli doložit, že se zcela distancoval od trestného jednání členů svého představenstva.

31. Komise uvádí, že i když předkládající soud žádá o výklad čl. 45 odst. 2 písm. c) a g) a odst. 3 písm. a) směrnice 2004/18, k poskytnutí užitečné odpovědi je třeba vzít v úvahu rovněž odstavec 2 písm. d) téhož článku, který se týká spáchání vážného profesního pochybení.

32. Ačkoli se předkládací usnesení zaměřuje na chybějící právní moc rozsudku v době, kdy společnost Mantovani předložila prohlášení, jednání člena jejího představenstva (vystavení falešných faktur ve výši více než devíti milionů eur a zločinné spolčení) může být kvalifikováno jako vážná profesní pochybení. A třebaže funkce tohoto člena představenstva již byly v okamžiku zadávacího řízení skončeny, čl. 45 odst. 2 písm. d) směrnice 2004/18 se vztahuje rovněž na předcházející jednání hospodářského subjektu a pokrývá každé zaviněné jednání s dopadem na jeho profesní důvěryhodnost<sup>6</sup>. Postup členů představenstva, jejichž funkce nedávno skončila, se tudíž může dotýkat posouzení takové důvěryhodnosti veřejným zadavatelem.

33. Podle Komise není relevantní, že odsouzení člena představenstva nebylo spojeno s překážkou věci pravomocně rozsouzené v okamžiku předložení prohlášení. Judikatura Soudního dvora stanoví, že důvody pro vyloučení stanovené v čl. 45 odst. 2 písm. d) a g) směrnice 2004/18 nevyžadují, aby hospodářský subjekt byl odsouzen s konečnou platností<sup>7</sup>. Jak unijní právo, tak vnitrostátní právo připouští, že vážné profesní pochybení lze prokázat jakýmkoli prostředkem, takže by pouhá existence trestního řízení mohla stačit.

34. Komise dodává, že při posouzení, zda nastalo vážné profesní pochybení, byl veřejný zadavatel povinen zohlednit opatření k distancování se, které hospodářský subjekt přijal s cílem distancovat se od trestného jednání člena svého představenstva.

35. Skutečnost, že společnost Mantovani neoznámila trestní řízení týkající se člena jejího představenstva, mohla také spadat pod důvod pro vyloučení podle čl. 45 odst. 2 písm. g) směrnice 2004/18. Povinnost uchazeče oznámit existenci vážného profesního pochybení nezávisí na kontrolních a ověřovacích pravomocích, které veřejnému zadavateli přiznávají čl. 45 odst. 3 a článek 51 směrnice 2004/18, neboť ty se omezují na čistě formální ověření nebo na potvrzení již známých výsledků.

36. Komise konečně tvrdí, že za okolností projednávaného sporu zásada proporcionality nebrání uplatnění těchto důvodů pro vyloučení.

## ***V. Analýza***

### ***A. Předběžná poznámka***

37. Otázky, které Consiglio di Stato (Státní rada) pokládá Soudnímu dvoru, se v zásadě týkají slučitelnosti pravidla italského práva [čl. 38 odst. 1 písm. c) CCP] se směrnicí 2004/18. Jak v diskusi před předkládajícím soudem, tak ve vyjádřeních jednoho z účastníků řízení při projednávání předběžné otázky se však spor rozšířil na způsob výkladu (a použití) vnitrostátního ustanovení, což je názorový střet, do něhož nemá Soudní dvůr pravomoc zasáhnout.

38. Odpověď Soudního dvora se může omezit pouze na výklad směrnice 2004/18 s cílem objasnit předkládajícímu soudu, zda je vnitrostátní pravidlo tak, jak je tento soud předestírá, v rozporu s unijním pravidlem. Pokud by byla konstatována jeho slučitelnost, přísluší vnitrostátnímu soudu objasnit, jak je třeba vyložit a použít různé odstavce článku 38 CCP.

6 – V tomto směru odkazuje na rozsudek ze dne 13. prosince 2012, Forposta a ABC Direct Contact (C-465/11, EU:C:2012:801), bod 27.

7 – Rozsudek ze dne 11. prosince 2014, Croce Amica One Italia (C-440/13, EU:C:2014:2435), bod 28.

39. Jak bude dále rozebráno, italský zákonodárce požívá široké posuzovací pravomoci při přebírání fakultativních důvodů pro vyloučení, které stanoví směrnice 2004/18, a při upřesnění jejich obsahu. Členským státům přísluší v souladu s jejich legislativně politickými rozhodnutími stanovit obsah odpovídajících vnitrostátních pravidel za předpokladu, že není v rozporu s touto směrnicí.

40. Skutečnost, že Soudní dvůr již rozhodl o některých předběžných otázkách týkajících se fakultativních důvodů pro vyloučení, není dostatečným důvodem pro prohlášení té otázky, kterou nyní pokládá předkládající soud, za nepřípustnou – jak navrhuje provincie Bolzano –, neboť má vlastní aspekty, které ji odlišují od jiných dřívějších otázek<sup>8</sup>.

### **B. Formulace předběžné otázky**

41. Z líčení predestreného Consiglio di Stato (Státní rada) vyplývá, že společnost Mantovani byla vyloučena ze zadávacího řízení pro opožděné a nedostatečné oznámení posuzovaných skutečností potřebných pro prokázání svého distancování se od jednání člena svého představenstva, který byl odsouzen předtím, než společnost předložila prohlášení veřejnému zadavateli.

42. Popis skutkového stavu umožňuje již od počátku omezit dopad, který může pro předběžnou otázku mít první ze tří unijních ustanovení, jichž se týká [čl. 45 odst. 2 písm. c) směrnice 2004/18].

43. Toto ustanovení odkazuje na hospodářský subjekt, který „byl pravomocným rozsudkem uznán vinným [...] ze spáchání trestného činu spojeného s jeho podnikáním“. Rozhodnutí veřejného zadavatele na první pohled nespočívá na tomto předpokladu, patrně z toho důvodu, že odsuzující rozsudek nad členem představenstva nabyl právní moci dne 29. března 2014, tedy poté, co společnost předložila prohlášení o obecných požadavcích stanovených v oznámení zadávacího řízení (dne 4. a 16. prosince 2013).

44. Znění odůvodnění správního rozhodnutí o vyloučení totiž ukazuje, že veřejný zadavatel přímo neodkazuje na trestní odsouzení pana B., nýbrž na opožděné a nedostatečné oznámení (společností Mantovani) posuzovaných skutečností potřebných pro prokázání, že se podnik distancoval od trestně postižitelného jednání člena svého představenstva. Určující tudíž bylo, že uchazeč řádně neoznámil existenci odsouzení pana B. v trestním řízení jako údaj, který podle vnitrostátní judikatury prokazuje distancování mezi podnikem a členem jeho představenstva.

45. Tato okolnost, jak argumentuje Komise, by mohla vést k závěru, že skutečně uplatněný důvod pro vyloučení nespadal pod čl. 45 odst. 2 písm. c) směrnice 2004/18, i když s ním byl spojen. Bylo by tedy třeba mít za to, že jednání společnosti Mantovani může odpovídat písmenu d) téhož odstavce, a sice spáchání „vážného profesního pochybení, které mohou veřejní zadavatelé prokázat jakýmkoli prostředky“.

46. Je však jisté, že i když italské právo začlenilo důvod pro vyloučení spočívající ve „vážném pochybení“ do čl. 38 odst. 1 písm. f) CCP, tohoto důvodu se otázka Consiglio di Stato (Státní rada) netýká. Přesto nic nebrání tomu, aby odpověď na předběžnou otázku zahrnovala i jeho analýzu<sup>9</sup>.

8 – Přípuštění předběžné otázky nebrání ani okolnost, na niž upozornila provincie Bolzano na jednání, která je rovněž zdůrazněna ve stanovisku ANAC ze dne 25. února 2015, že Consiglio di Stato (Státní rada) již vydala rozsudek v podobné věci a potvrdila vyloučení společnosti Mantovani z jiné veřejné zakázky z obdobných důvodů. V tomto rozsudku (č. 6284) vyhlášeném dne 22. prosince 2014 Consiglio di Stato (Státní rada) soudním kolegiem (čtvrtý senát) odlišným od toho, které podává předběžnou otázku (šestý senát), bylo rozhodnuto o oprávněnosti vyloučení společnosti Mantovani ze zadávacího řízení, protože neprokázala účinné distancování se od trestného jednání členů svého představenstva tím, že odmítla oznámit odsouzení, která jim byla uložena v trestním řízení.

9 – Podle vyjádření, která zazněla na jednání, by nebyly ve vnitrostátním právu procesní překážky tomu, aby předkládající soud zohlednil tuto část odpovědi na předběžnou otázku při konečném rozhodnutí o oprávněném prostředku.



47. Jak Soudní dvůr opakovaně uvedl, „okolnost, že předkládající soud formuloval předběžnou otázku tak, že odkázal pouze na určitá ustanovení unijního práva, nebrání tomu, aby Soudní dvůr tomuto soudu poskytl všechny prvky výkladu, které mohou být pro rozsouzení věci, jež mu byla předložena, užitečné, ať již na ně posledně uvedený soud v položených otázkách odkázal, či nikoli. V tomto ohledu přísluší Soudnímu dvoru, aby ze všech poznatků předložených vnitrostátním soudem, a zejména z odůvodnění předkládacího rozhodnutí, vytěžil ty prvky unijního práva, které je s přihlédnutím k předmětu sporu třeba vyložit“<sup>10</sup>.

48. V témže smyslu a ve specifické oblasti směrnice 2004/18 považoval Soudní dvůr v rozsudku *Croce Amica One Italia*<sup>11</sup> za vhodné objasnit předkládajícímu soudu, že i když podle všeho spojoval „jednání právního zástupce společnosti [...] pouze s trestněprávními důvody pro vyloučení, které implikují, že došlo k odsouzení pravomocným rozsudkem, [...] důvody pro vyloučení uvedené v čl. 45 odst. 2 písm. d) a g) této směrnice opravňují veřejného zadavatele i k tomu, aby vyloučil každý hospodářský subjekt, který se dopustil vážného profesního pochybení, které mohou veřejní zadavatelé prokázat jakýmkoli prostředky [...], přičemž hospodářský subjekt nemusí být pravomocně odsouzen“.

49. Mohlo by tudíž být užitečné, aby se odpověď Soudního dvora zabývala důvodem pro vyloučení stanoveným nejenom v čl. 45 odst. 2 písm. c) a g) směrnice 2004/18 (ohledně nichž je pokládána předběžná otázka), nýbrž také v písmenu d). Ve shrnutí by se jednalo o to objasnit, zda tato ustanovení směrnice 2004/18 brání takovému pravidlu vnitrostátního práva, jako je pravidlo sporné v projednávané věci.

50. Zdůrazňuji, že pokud bude rozhodnuto kladně o pochybnosti o slučitelnosti italského zákona se směrnicí 2004/18, bude vnitrostátnímu soudu náležet, aby s ohledem na okolnosti věci rozhodl, zda veřejný zadavatel mohl platně vyloučit společnost Mantovani z veřejné zakázky, protože ho neinformovala o trestním odsouzení bývalého člena jejího představenstva, jehož funkce skončila méně než jeden rok před zveřejněním zadávacího řízení.

### ***C. Fakultativní důvody pro vyloučení***

51. Co se týče prostoru, jehož požívají veřejní zadavatelé ve vztahu k fakultativním důvodům pro vyloučení stanoveným v čl. 45 odst. 2 směrnice 2004/18, ve stanovisku ve věci *Connexion Taxi Services*<sup>12</sup> jsem připomenul to, co Soudní dvůr již zdůraznil v rozsudku *La Cascina* a další<sup>13</sup> za platnosti směrnice 92/50/EHS<sup>14</sup> (jejíž článek 29 měl podobné znění jako čl. 45 odst. 2 směrnice 2004/18): že použití fakultativních případů vyloučení je ponecháno na posouzení členských států, jak o tom svědčí výraz „z účasti v soutěži o veřejnou zakázku může být vyloučen [...]“ uvedený na začátku článku 29. Členské státy nemohou stanovit jiné důvody pro vyloučení než ty, které jsou v tomto pravidle uvedeny, avšak zmíněný článek 29 směrnice 92/50 nezamýšlí jednotné používání těchto důvodů pro vyloučení v něm uvedených.

10 – Rozsudek ze dne 22. října 2015, *Impresa Edilux a SICEF* (C-425/14, EU:C:2015:721), bod 20 a uvedená judikatura.

11 – Rozsudek ze dne 11. prosince 2014 (C-440/13, EU:C:2014:2435), bod 28.

12 – Věc C-171/15, EU:C:2016:506, body 41 a následující.

13 – Rozsudek ze dne 9. února 2006 (C-226/04 a C-228/04, EU:C:2006:94), body 21 a 23.

14 – Směrnice Rady ze dne 18. června 1992 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na služby (Úř. věst. 1992, L 209, s. 1; Zvl. vyd. 06/01, s. 322).

52. Soudní dvůr se i za účinnosti směrnice 2004/18 řídil týmiž úvahami v rozsudku *Consortio Stabile Libor Lavori Pubblici*<sup>15</sup>, jehož bod 35 přebírá argumenty uvedené v rozsudku *La Cascina* a další<sup>16</sup>. Zopakoval, že členské státy musí v souladu s vnitrostátním právem a s přihlédnutím k unijnímu právu upřesnit podmínky pro uplatňování čl. 45 odst. 2 směrnice 2004/18. Soudní dvůr tak znovu potvrdil, že členské státy jsou oprávněny k tomu, aby přijímaly kritéria vyloučení a případně je učinily flexibilnějšími, což zopakoval v rozsudku ze dne 14. prosince 2016, *Connexxion Taxi Services*<sup>17</sup>.

53. Jak jsem v uvedeném stanovisku<sup>18</sup> rovněž zdůraznil, z rozsudku *Consortio Stabile Libor Lavori Pubblici*<sup>19</sup> nicméně vyplývá, že výkon této pravomoci členských států není bezpodmínečný. Unie na jednu stranu přikládá značný význam svobodě usazování a volnému pohybu služeb, což ji vede k vytvoření prostoru pro co nejširší účast v zadávacích řízeních, což je účel, jemuž by uplatnění fakultativních důvodů pro vyloučení mohlo být na překážku. Na druhou stranu je legitimní, aby byly důvody pro vyloučení ospravedlňovány plněním cílů obecného zájmu, mezi něž patří záruky spolehlivosti, obezřetnosti, profesní bezúhonnosti a zodpovědnosti uchazeče. K ověření vzájemného vztahu těchto zájmů slouží Soudnímu dvoru zásada proporcionality.

***D. Dopad trestné činnosti členů jeho představenstva na podnik ucházející se o zakázku [čl. 45 odst. 2 písm. c) směrnice 2004/18]***

54. Prvkem, který prokazuje (nedostatek) spolehlivosti podniku ucházejícího se o zakázku v projednávané věci, je skutečnost, že bývalý člen jeho představenstva se dopustil trestného jednání, když byl pověřen jeho řízením. Může mít tento trestný čin důsledky pro společnost, kterou člen představenstva řídí? Kladnou odpověď poskytuje samotné unijní právo na základě předpokladu, že právnické osoby jednají toliko prostřednictvím svých řídicích osob. Je tudíž logické, že je nedostatek jeho důvěryhodnosti posuzován pod úhlem trestných činů, v nichž hrály roli osoby odpovědné za jeho řízení.

55. Článek 45 odst. 1 *in fine* směrnice 2004/18 umožňuje, aby se žádosti o informace týkající se (povinného, nikoli fakultativního) důvodu pro vyloučení pro určité závažné trestné činy vztahovaly k „právnickým nebo fyzickým osobám včetně, je-li to vhodné, vedoucích představitelů společnosti nebo jakékoli osoby s pravomocemi zastupovat, rozhodovat nebo kontrolovat zájemce nebo uchazeče“.

56. Z ustanovení tedy vyplývá, že určité trestné činy těch, kdo řídí právnickou osobu, jsou relevantní k tomu, aby byla povinně vyloučena z účasti na veřejné zakázce. Neexistuje tudíž podle mého názoru překážka bránící tomu, aby bylo z hlediska unijního práva možné tutéž zásadu vztáhnout (nyní fakultativně) na jiné druhy trestných činů a dokonce na nedovolená jednání členů představenstva právnických osob v rozsahu, v němž by jejich dopady byly spojeny s podnikáním těchto právnických osob.

57. Je jisté, že čl. 45 odst. 2 směrnice 2004/18, na rozdíl od odstavce 1, neobsahuje výslovné ustanovení v tomto smyslu. Nemyslím si však, že by toto opomenutí rozhodujícím způsobem bránilo tomu, aby vnitrostátní zákon spojoval vznik některého z fakultativních důvodů pro vyloučení právnických osob s nedovoleným jednáním členů jejich představenstva.

15 – Rozsudek ze dne 10. července 2014 (C-358/12, EU:C:2014:2063).

16 – Rozsudek ze dne 9. února 2006 (C-226/04 a C-228/04, EU:C:2006:94).

17 – C-171/15, EU:C:2016:948, bod 29.

18 – Věc *Connexxion Taxi Services* (C-171/15, EU:C:2016:506), bod 44.

19 – Rozsudek ze dne 10. července 2014 (C-358/12, EU:C:2014:2063), body 29, 31 a 32.

58. Jak jsem předeslal, čl. 45 odst. 2 poslední pododstavec směrnice 2004/18 přiznává členským státům širokou diskreční pravomoc při stanovení „podmínek pro uplatnění“ fakultativních důvodů pro vyloučení. Při požívání této volnosti vnitrostátní pravidla, která vymezují konkrétní rysy některých důvodů (například těch, jež se týkají bezúhonnosti podniku ucházejícího se o zakázku), mohou jako relevantní skutečnost připustit chování členů představenstva společností v rozporu s profesní bezúhonností.

59. V témže rozsahu a na základě svobody při utváření systémů, jíž státy požívají, neexistuje překážka bránící tomu, aby při posouzení fakultativních důvodů pro vyloučení vnitrostátní zákon vzal v úvahu nedostatek distancování se podniku od trestného jednání člena svého představenstva, když je „spojen[o] s jeho podnikáním“. Vnitrostátnímu zákonodárci a případně soudu, který musí rozhodnout spor, také přísluší posoudit, jaké relevantní známky nebo faktory mohou být použity pro objasnění, zda došlo k takovému distancování se, či nikoliv.

60. Mezi tyto faktory spadají ty, které předkládající soud upřesňuje, a sice spontánní povaha distancování se, větší či menší „vyjádření jednání vylučujících protiprávnost“, příslušné časové období a fáze řízení, v níž musí k tomuto distancování se dojít. Opakuji, že přísluší vnitrostátním soudům vymezit rozsah těchto prvků, které jsou ve skutečnosti pouhými „upřesněními“ zavedenými vnitrostátním zákonodárcem pro definici rysů fakultativního důvodu pro vyloučení a důkazů, jimiž má být ověřen<sup>20</sup>.

61. Consiglio di Stato (Státní rada) při formulaci otázky zdůrazňuje, že čl. 38 odst. 1 písm. c) CCP na straně jedné „rozšiřuje“ povinnost informovat o odsuzujících rozsudcích tím, že tuto povinnost rozšiřuje na situaci, v níž byly tyto rozsudky vydány vůči držitelům vysokých funkcí v podnicích ucházejících se o zakázku; a na straně druhé „stanoví důvod pro vyloučení“ v podobě skutečnosti, že „podnik neprokáže“ své distancování se od trestného jednání těchto osob.

62. Argumenty, které jsem právě předestřel, mě vedou k potvrzení, že ve směrnici 2004/18 nejsou překážky bránící tomu, aby vnitrostátní zákonodárce upřesnil tento fakultativní důvod pro vyloučení způsobem, jakým tak učinil CCP. Nevidím, jak by mohl být na újmu svobodě usazování a volnému pohybu služeb. Navíc se jedná o důvod pro vyloučení, který směřuje k ochraně obecného zájmu, jenž stojí na pozadí požadavků spolehlivosti, obezřetnosti a profesní bezúhonnosti uchazečů.

63. V témže smyslu se mi zdá, že do diskuse nic významného nevnáší odkaz předkládajícího soudu (spíše obecným a nepřiliš zdůvodněným způsobem) na „zásady ochrany legitimního očekávání a právní jistoty, rovného zacházení, proporcionality a transparentnosti, zákazu zatěžování řízení a maximální otevřenosti trhu veřejných zakázek hospodářské soutěži [...], platné v unijním právu“.

64. Konečně skutečnost, že čl. 45 odst. 2 písm. c) směrnice 2004/18 výslovně nezmiňuje distancování se podniku od trestných činů členů svého představenstva, neznamená, že vnitrostátní zákonodárce nemůže tento faktor začlenit do příslušného ustanovení CCP. Jak jsem již zopakoval, členským státům přísluší definovat „podmínky pro uplatnění“ čl. 45 odst. 2 směrnice 2004/18 v jejich vnitrostátním právu.

65. Takové ustanovení, jako je čl. 38 odst. 1 písm. c) CCP, podle něhož lze odmítnout účast na veřejné zakázce podnikům, které neprokážou, že se v plném rozsahu a účinně distancovaly od určitých trestných činů<sup>21</sup> spáchaných dříve držiteli řídicích funkcí v těchto podnicích, je tudíž slučitelné s unijním právem.

20 – Důkazy se ve vztahu k čl. 45 odst. 3 směrnice 2004/18 budu zabývat při zkoumání důvodu pro vyloučení pro profesní pochybení v bodě 75 a následujících tohoto stanoviska.

21 – Viz jejich výčet v poznámce pod čarou 4. Všechny jsou spojeny s podnikáním jejich pachatelů.

***E. Vyloučení hospodářského subjektu z toho důvodu, že neposkytl patřičnou informaci veřejnému zadavateli [čl. 45 odst. 2 písm. g) směrnice 2004/18]***

66. Předkládající soud zdůrazňuje „uvážení veřejného zadavatele“, které mu umožňuje „reálně uložit“ informační povinnost (k tíži podniků ucházejících se o zakázku), „která není stanovena zákonem“. Uvedený zadavatel navíc zavedl „povinnost loajální spolupráce, jejíž obsah není definován, s výjimkou odkazu na obecnou zásadu dobré víry“.

67. V rozsahu, v němž tyto poznámky Consiglio di Stato (Státní rada) zpochybňují jednání správního orgánu, který podléhá jeho soudnímu přezkumu, přísluší tomuto nejvyššímu soudu vyvodit důsledky ve svém právním řádu<sup>22</sup>. Odpověď na předběžnou otázku nesmí zasahovat do vlastní pravomoci vnitrostátních soudů.

68. Musím navíc připomenout, že předběžná otázka je podána za účelem rozpoznání neslučitelnosti vnitrostátního zákona se směrnicí 2004/18. A z tohoto hlediska by odpověď měla analyzovat znění čl. 38 odst. 1 písm. h) CCP, tentokrát ve vztahu k čl. 45 odst. 2 písm. g) směrnice 2004/18.

69. Věc se však má tak (jak ukazuje vyjádření provincie Bolzano), že se vyloučení neopíralo o tento důvod, nýbrž o to, že mlčení uchazeče představovalo známku chybějícího distancování se od trestného jednání člena představenstva. Nezdá se tudíž, že by bylo striktně nezbytné vyložit čl. 45 odst. 2 písm. g) směrnice 2004/18, když vnitrostátní pravidlo, jímž bylo toto specifické ustanovení provedeno, nebylo v projednávané věci použito.

70. I tak si myslím, že v tomto bodě není vůči vnitrostátnímu pravidlu namíste učinit žádnou výtku neslučitelnosti, neboť jeho znění se v podstatě shoduje se zněním unijního pravidla, které provádí. Jedno i druhé po uchazečích požaduje, aby informace, kterou poskytují veřejnému zadavateli, nebyla nepravdivá. Článek 45 odst. 2 písm. g) směrnice 2004/18 dodává, že o jejich vyloučení může být rozhodnuto nejenom v případě, že předloží nepravdivá prohlášení, nýbrž také tehdy, když neposkytnou informaci týkající se „kritérií pro kvalitativní výběr“ (oddíl 2 kapitoly VII hlavy II směrnice).

71. Jak ale vzápětí rozeberu, zamlčení informace o trestném jednání bývalého člena představenstva před veřejným zadavatelem by navíc mohlo být v rukou vnitrostátního soudu kritériem pro účely posouzení, zda došlo k vážnému profesnímu pochybení.

***F. Vyloučení hospodářského subjektu pro vážné profesní pochybení [čl. 45 odst. 2 písm. d) směrnice 2004/18]***

72. Ačkoli se ve skutečnosti otázka Consiglio di Stato (Státní rada) k tomuto důvodu pro vyloučení nevztahuje, jak jsem výše vysvětlil, nic nebrání tomu, aby jí Soudní dvůr poskytl úvahy, jež se tohoto důvodu týkají. Tvrzení účastníků řízení přednesená během jednání se soustředila právě na tuto otázku, a to na žádost samotného Soudního dvora.

<sup>22</sup> – Na jednání někteří účastníci zmiňovali čl. 38 odst. 2 a článek 46 CCP jako vyjádření povinnosti uchazečů uvést ve svých prohlášeních vůči veřejnému zadavateli rozsudky, jimiž byli odsouzeni. Na táž ustanovení odkázala Consiglio di Stato (Státní rada) v rozsudku ze dne 22. prosince 2014, uvedeném v poznámce pod čarou 8.

73. Pojem „profesní pochybení“, na který odkazuje čl. 45 odst. 2 písm. d) směrnice 2004/18, zahrnuje jakékoli zaviněné jednání, které má dopad na profesní důvěryhodnost dotčeného hospodářského subjektu<sup>23</sup>. Pojem „vážné pochybení“ znamená jednání, které vykazuje zlý úmysl nebo nedbalost určité závažnosti<sup>24</sup>. Odsuzující rozsudek, i nepravomocný<sup>25</sup>, je vhodným ukazatelem toho, že jsou trestně významné skutečnosti kvalifikovány jako vážné profesní pochybení<sup>26</sup>. Samotný rozsudek je oprávněným prostředkem objektivního ověření způsobu řízení uchazeče.

74. Na základě těchto východisek a s ohledem na povahu trestných činů, za které byl člen jejího představenstva odsouzen a které u něj nepochybně odhalují nedostatek podnikatelské morálky při výkonu odborných činností, mohl by nedostatek distancování se společností Mantovani od takového jednání oprávněně spadat pod tento důvod pro vyloučení.

75. Pro tyto účely je potřebné odlišit hmotnou rovinu od té, která se vztahuje k dokazování. Ve vztahu k poslední uvedené pomáhá čl. 45 odst. 3 směrnice 2004/18 odhalit logiku a systematiku informačních prostředků, jichž může veřejný zadavatel použít k posouzení spolehlivosti uchazeče.

76. Uvedené ustanovení od veřejných zadavatelů požaduje, aby v případech podle čl. 45 odst. 1 a odst. 2 písm. a), b), c), e) a f) přijali jako důkaz prostředky, které vyjmenovává. Jde o situace, kdy existuje (poměrně snadná) možnost, že bude jednání potvrzeno úřední cestou prostřednictvím rejstříků nebo potvrzení vydaných veřejnými orgány.

77. Naproti tomu u ostatních situací (a sice těch, které odpovídají čl. 45 odst. 2 písm. d) a g) směrnice 2004/18) neexistuje taková podmínka doložení dokumenty. Je tomu tak logicky, protože u těchto důvodů pro vyloučení (vážné profesní pochybení a nepravdivá prohlášení nebo neposkytnutí informace, kterou lze požadovat) zůstávají možnosti ověření otevřenější. Bylo by obtížné v různých členských státech nalézt stejnorodou úroveň, která by umožňovala jednotným způsobem stanovit prostředky nebo mechanismy úředního potvrzení těchto skutečností.

78. Pokud jde o fakultativní důvody pro vyloučení, u kterých není stanoven úřední prostředek jejich potvrzení, jak je tomu u vážného profesního pochybení, není rozhodovací prostor veřejného zadavatele vázán na žádný předem určený doklad nebo potvrzení. Uvedené pochybení může být posouzeno na základě znalosti, kterou veřejný zadavatel o relevantních skutečnostech získá jakoukoli cestou.

79. U dokazování je třeba mít na zřeteli, že v projednávané věci nikdo nezpochybnil řádně doloženou existenci (dohodnutého) odsouzení uloženého členu představenstva společnosti Mantovani za spáchání trestných činů spojených s podnikáním, když zastával řídicí funkce v této společnosti.

80. Na základě této nepopiratelné skutečnosti přísluší vnitrostátním soudům, jimž byl předložen nárok společnosti Mantovani, objasnit, zda se společnost ucházející se o zakázku účinně a v plném rozsahu distancovala od trestného jednání své řídicí osoby či nikoliv. V tomto bodě se tedy diskuse přesouvá do roviny, kterou jsem nazval hmotnou, a vzdaluje se od roviny čistě procesní.

23 – Společnost Mantovani tvrdí, že podle vnitrostátního práva jsou jedinými vážnými pochybeními, která mohou vyhovovat podmínkám čl. 38 odst. 1 písm. f) CCP, ta, k nimž došlo v souvislosti s předchozími vztahy s veřejnými zadavateli (třebaže připouští, že by se mohla vztahovat na jiné oblasti, jako jsou porušení práva hospodářské soutěže). I kdyby tomu tak bylo (a toto tvrzení odmítá provincie Bolzano), tato okolnost by se netýkala odpovědi na předběžnou otázku, omezené na výklad čl. 45 odst. 2 písm. d) směrnice 2004/18, podle něhož je jasné, že toto domnělé omezení nenastává. Navíc je třeba brát v úvahu, že Consiglio di Stato (Státní rada) zopakovala, že znění čl. 38 odst. 1 písm. f) CCP „přebírá unijní znění, a označuje tudíž za relevantní všechna spáchaná profesní pochybení“ (rozsudek pátého oddělení ze dne 20. listopadu 2015, č. 5299, vydaný ve věci č. 7974 z roku 2012).

24 – Rozsudek ze dne 13. prosince 2012, Forposta a ABC Direct Contact (C-465/11, EU:C:2012:801), body 27, 30 a 31.

25 – V bodě 28 rozsudku ze dne 11. prosince 2014, Croce Amica One Italia (C-440/13, EU:C:2014:2435), Soudní dvůr uvedl, že se u vážného profesního pochybení nevyžaduje, aby byl hospodářský subjekt pravomocně odsouzen.

26 – Rozsudek ze dne 13. prosince 2012, Forposta a ABC Direct Contact (C-465/11, EU:C:2012:801), bod 28.

81. V této diskusi je třeba posoudit postup společnosti Mantovani nejen pod úhlem kvalifikace skutku, nýbrž také z hlediska proporcionality odpovědi veřejného zadavatele. Prvkem, jenž by pro tyto účely mohl mít dopad, je časový odstup mezi trestným jednáním, postupem podniku a zveřejněním zadávacího řízení.

82. Zdá se mi, že lhůta stanovená v CCP (rok předcházející zveřejnění zadávacího řízení) je přiměřená pro zvážení spojení mezi jednáním člena představenstva a podnikem ohledně jednání, jež bezprostředně předcházelo zadávacímu řízení. Navíc tato lhůta neznámá nevyvratitelnou domněnku propojení společnosti s činnostmi člena představenstva, jelikož je jí umožněno prokázat, že se od něj účinně a v plném rozsahu distancovala.

83. Nemyslím si konečně, že posuzovací pravomoc, kterou vnitrostátní pravidlo přiznává veřejnému zadavateli, vede nevyhnutelně k nepřiměřenému výsledku. Domnívám se naopak, že čl. 38 odst. 1 písm. c) CCP zachovává potřebný soulad mezi použitými prostředky a sledovaným cílem, jímž není nic jiného než z těchto výběrových řízení vyloučit uchazeče, kteří nejsou hodni důvěry, a to právě z toho důvodu, že se nedistancovali od předchozího trestného jednání členů svého představenstva v rámci určitých časových mezí.

84. Konečně vyloučení uchazeče není automatické<sup>27</sup>, nýbrž je výsledkem opatrného posouzení *ad casum*, které musí provést veřejný zadavatel. Uchazeč také není uvržen do bezvýchodné situace stran obhajoby svého právního postavení, protože zůstává zachována možnost účinné soudní kontroly výkonu pravomoci správního orgánu při posouzení, zda hospodářský subjekt splnil své profesní povinnosti.

85. V souhrnu nenacházím základ pro odůvodnění neslučitelnosti vnitrostátního pravidla, ohledně něhož předkládající soud pokládá svoji otázku, s unijním právem.

## VI. Závěry

86. Na základě výše uvedeného navrhuji poskytnout Consiglio di Stato (Státní rada, Itálie) následující odpověď:

„Článek 45 odst. 2 písm. c), d) a g) a odst. 3 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 nebrání takovému pravidlu vnitrostátního práva, které veřejnému zadavateli umožňuje:

- zohlednit odsouzení člena představenstva podniku ucházejícího se o zakázku v trestním řízení za trestný čin spojený s jeho podnikáním, pokud funkce tohoto člena představenstva skončila v roce předcházejícím zveřejnění zadávacího řízení, a to přestože toto odsouzení nebylo v uvedeném okamžiku pravomocné;
- vyloučit z účasti na zakázce uvedený podnik ucházející se o zakázku, protože se v plném rozsahu a účinně nedistancoval od trestně postižitelného jednání člena svého představenstva.“

27 – Z rozsudku ze dne 13. prosince 2012, Forposta a ABC Direct Contact (C-465/11, EU:C:2012:801), bod 31, plyne, že automatismus (vyloučení uchazeče odpovědného za vážná pochybení) by mohl překročit prostor pro uvážení, který členským státním přiznává čl. 45 odst. 2 směrnice 2004/18.