Sbírka soudních rozhodnutí

STANOVISKO GENERÁLNÍHO ADVOKÁTA
MANUELA CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONY
přednesené dne 11. července 2019[1]

Věc C-395/18

Tim SpA – Direzione e coordinamento Vivendi SA
proti
Consip SpA,
Ministero dell'Economia e delle Finanze,
za účasti:
E-VIA SpA

[žádost o rozhodnutí o předběžné otázce podaná Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (regionální správní soud pro Lazio, Itálie)]

„Předběžná otázka – Směrnice 2014/24/EU – Zadávání veřejných zakázek – Důvody fakultativního vyloučení – Vyloučení hospodářského subjektu z účasti v zadávacím řízení pro nesplnění podmínek jím navrženým subdodavatelem – Nesplnění povinností v oblasti práva životního prostředí a sociálního a pracovního práva podle čl. 18 odst. 2 – Vyloučení uchazeče o veřejnou zakázku – Článek 71 – Článek 57 odst. 4 písm. a)“

1. Italský veřejný zadavatel (společnost Consip SpA)[2] vypsal řízení o zadání veřejné zakázky na poskytování určitých služeb s tím, že v zadávací dokumentaci připouštěl možnost subdodávek. Aby mohli tuto možnost využít, museli uchazeči ve svých nabídkách uvést, že část těchto služeb chtějí zajistit formou subdodávek, a museli poskytnout seznam tří subdodavatelů.

2. Jeden z uchazečů o veřejnou zakázku (společnost Tim SpA) ve své nabídce oznámil, že na některé služby, jež jsou předmětem zakázky, uzavře smlouvy o subdodávkách, a uvedl jmenovitě tři subdodavatele. Vzhledem k tomu, že jednoho z těchto subdodavatelů se týkal důvod pro fakultativní vyloučení (dopustil se porušení zákona v oblasti sociálního a pracovního práva), veřejný zadavatel uchazeče ze zadávacího řízení vyloučil.

3. Předkládající soud chce v podstatě vědět, zda směrnice 2014/24/EU[3] opravňuje veřejného zadavatele k vyloučení uchazeče ze zadávacího řízení z důvodů, které se týkají subdodavatele uvedeného v nabídce.

1 – Původní jazyk: španělština.

2 – Consip je akciová společnost, jejíž celý kapitál vlastní italské ministerstvo hospodářství a financí. Jedná výhradně ve službách veřejné správy.

3 – Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES (Úř. věst. 2014, L 94, s. 65).

I. Právní rámec

A. Unijní právo. Směrnice 2014/24

4. Bod 101 odůvodnění zdůrazňuje:

„Veřejní zadavatelé by dále měli mít možnost vyloučit hospodářské subjekty, které se ukázaly jako nespolehlivé, a to například z důvodu porušení environmentálních nebo sociálních povinností […]

[…]

Při použití fakultativních důvodů pro vyloučení by veřejní zadavatelé měli věnovat zvláštní pozornost zásadě proporcionality. Drobné nesrovnalosti by měly vést k vyloučení hospodářského subjektu pouze ve výjimečných případech. Nicméně opakované případy drobných nesrovnalostí mohou vést k pochybnostem o spolehlivosti hospodářského subjektu, což by mohlo odůvodnit vyloučení.“

5. Podle bodu 105 odůvodnění:

„Je důležité zajistit, aby subdodavatelé plnili příslušné povinnosti v oblasti environmentálního, sociálního a pracovního práva stanovené právními předpisy Unie, vnitrostátními právními předpisy, kolektivními smlouvami nebo prostřednictvím ustanovení mezinárodního environmentálního, sociálního a pracovního práva uvedených v této směrnici, pokud jsou tato pravidla a jejich uplatňování v souladu s právem Unie […]

[…]

Je rovněž třeba vyjasnit, že podmínky související s vymáháním plnění příslušných povinností v oblasti environmentálního, sociálního a pracovního práva stanovených právními předpisy Unie, vnitrostátními právními předpisy, kolektivními dohodami nebo prostřednictvím ustanovení mezinárodního environmentálního, sociálního a pracovního práva uvedených v této směrnici, pokud jsou tato pravidla a jejich uplatňování v souladu s právem Unie, by se měly použít ve všech případech, kdy vnitrostátní právní předpisy členského státu stanoví mechanismus společné odpovědnosti mezi subdodavateli a hlavním dodavatelem. Dále je třeba výslovně uvést, že členské státy by měly mít možnost přijmout další opatření, například rozšířit povinnosti týkající se transparentnosti, umožnit přímé platby subdodavatelům nebo umožnit či nařídit veřejným zadavatelům, aby ověřili, že subdodavatelé nejsou v některé ze situací, jež vyžadují vyloučení hospodářských subjektů. Pokud se na subdodavatele použijí tato opatření, měla by být zajištěna konzistentnost s ustanoveními, která se vztahují na hlavní dodavatele, aby v případě, že se vyskytnou důvody pro povinné vyloučení, následoval požadavek, aby hlavní dodavatel dotčeného subdodavatele nahradil. Pokud dané ověření prokáže výskyt nepovinných důvodů pro vyloučení, mělo by být vyjasněno, že veřejní zadavatelé mohou nahrazení vyžadovat. Mělo by však být rovněž výslovně stanoveno, že veřejní zadavatelé mohou být nuceni vyžadovat nahrazení dotčeného subdodavatele, pokud se v těchto případech ukázalo jako nutné vyloučit hlavní dodavatele. Rovněž by mělo být výslovně stanoveno, že členské státy mají i nadále možnost stanovit v rámci vnitrostátních právních předpisů přísnější pravidla odpovědnosti nebo přijmout podle vnitrostátních právních předpisů další opatření týkající se přímých plateb subdodavatelům.“

6. Článek 18 („Zásady zadávání veřejných zakázek“) zní:

„1. Veřejní zadavatelé jednají s hospodářskými subjekty na základě zásady rovného zacházení a nediskriminace a postupují transparentním a přiměřeným způsobem.

[…]

2. Členské státy přijmou vhodná opatření k zajištění toho, aby hospodářské subjekty při plnění veřejných zakázek dodržovaly příslušné povinnosti v oblasti práva životního prostředí a sociálního a pracovního práva, jež vyplývají z práva Unie, vnitrostátních právních předpisů, kolektivních smluv nebo z ustanovení mezinárodního sociálního a pracovního práva a práva v oblasti životního prostředí uvedených v příloze X.“

7. Článek 57 („Důvody pro vyloučení“) stanoví:

„[…]

4. Veřejní zadavatelé mohou z účasti v zadávacím řízení vyloučit nebo po nich mohou členské státy požadovat, aby vyloučili hospodářský subjekt, který se nachází v některé z těchto situací:

a) může-li veřejný zadavatel jakýmikoli vhodnými prostředky prokázat porušení příslušných povinností podle čl. 18 odst. 2;

[…]“

8. Článek 71 („Využití subdodavatele“) stanoví:

„1. Dodržování povinností uvedených v čl. 18 odst. 2 ze strany subdodavatelů musí být zajištěno prostřednictvím patřičných opatření přijatých příslušnými vnitrostátními orgány v rámci jejich pravomocí.

2. V zadávací dokumentaci může veřejný zadavatel od uchazečů požadovat nebo mu může být členským státem uložena povinnost od uchazečů požadovat, aby ve své nabídce uvedli, ve spojitosti s jakou částí veřejné zakázky případně zamýšlejí zapojit třetí osoby, a všechny navrhované subdodavatele.

[…]

4. Odstavci 1 až 3 není dotčena odpovědnost hlavního dodavatele.

[…]

6. S cílem předejít porušení povinností uvedených v čl. 18 odst. 2 lze přijmout patřičná opatření, jako například:

a) v případě, že vnitrostátní právní předpisy členského státu stanoví režim společné odpovědnosti mezi subdodavateli a hlavním dodavatelem, zajistí dotčený členský stát, aby byla příslušná pravidla uplatňována v souladu s podmínkami stanovenými v čl. 18 odst. 2;

b) veřejní zadavatelé mohou v souladu s články 59, 60 a 61 ověřit nebo po nich mohou členské státy požadovat, aby ověřili, zda existují důvody pro vyloučení subdodavatelů podle článku 57. V těchto případech veřejný zadavatel požádá hospodářský subjekt, aby nahradil subdodavatele, u něhož se při ověření prokázalo, že existují povinné důvody pro vyloučení. Veřejný zadavatel může požadovat, nebo po něm může tento požadavek vyžadovat členský stát, aby hospodářský subjekt nahradil subdodavatele, u něhož se při ověření prokázalo, že existují nepovinné důvody pro vyloučení.

7. Členské státy mohou stanovit v rámci vnitrostátních právních předpisů přísnější pravidla odpovědnosti nebo přijmout v rámci vnitrostátních právních předpisů další opatření pro přímé platby subdodavatelům, například mohou stanovit přímé platby subdodavatelům, aniž by o tyto přímé platby subdodavatelé museli žádat.

8. Členské státy, jež se rozhodnou přijmout opatření podle odstavců 3, 5 nebo 6, musí prostřednictvím právních či správních předpisů a s ohledem na právo Unie stanovit podmínky k provedení těchto opatření. Přitom mohou členské státy omezit jejich použitelnost, například pokud jde o určité typy veřejných zakázek, určité kategorie veřejných zadavatelů nebo hospodářských subjektů či určité částky.“

B. Italské právo. Legislativní nařízení č. 50/2016[4]

9. Podle čl. 80 odst. 5:

„Veřejní zadavatelé vyloučí z účasti v zadávacím řízení hospodářský subjekt nacházející se v jedné z následujících situací, a to i pokud se situace vztahuje na jeho subdodavatele v případech uvedených v čl. 105 odst. 6, pokud:

[…]

i) hospodářský subjekt nepředloží osvědčení uvedené v článku 17 zákona č. 68 ze dne 12. března 1999 nebo nepředloží čestné prohlášení potvrzující existenci tohoto předpokladu[5];

[…]“

10. Článek 105 stanoví:

„[…]

6. Uvedení trojice subdodavatelů je nutné, pokud je hodnota zakázky na stavební práce, služby nebo dodávky rovna nebo je vyšší než prahové hodnoty uvedené v článku 35 a pro její realizaci není nezbytná zvláštní specializace. V tomto případě je tato povinnost uvedena v oznámení o vyhlášení veřejné zakázky. V oznámení o veřejné zakázce může veřejný zadavatel stanovit další případy, kdy je nutno uvést trojici [subdodavatelů] i pokud je hodnota nižší než prahové hodnoty uvedené v článku 35.

[…]

12. Úspěšný uchazeč musí nahradit subdodavatele, u nichž příslušné ověření prokázalo existenci důvodů pro vyloučení uvedených v článku 80.

[…]“

4 – Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50. Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull’aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d’appalto degli enti erogatori nei settori dell’acqua, dell’energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonchè per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture: Codice dei contratti pubblici (GURI č. 91, ze dne 19. dubna 2016 – řádný dodatek č. 10) (Legislativní nařízení č. 50 ze dne 18. dubna 2016, o použití směrnic 2014/23/EU, 2014/24/EU a 2014/25/EU o udělování koncesí, o zadávacím řízení a zadávání veřejných zakázek subjekty, které se provozují činnost v oblasti vodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb a o změnách platných právních předpisů v oblasti zadávání veřejných zakázek na stavební práce, služby nebo dodávky: Zákoník o veřejných zakázkách, dále jen „ZVZ“).

5 – Podle znění článku 17 zákona č. 68 z roku 1999 podniky, veřejné i soukromé, které se účastní zadávacích řízení nebo mají koncese či dohody s orgány veřejné správy, jim jsou povinny předložit, předem a pod sankcí vyloučení, prohlášení svého zákonného zástupce o tom, že dodržují předpisy týkající se práva osob se zdravotním postižením na práci.

II. Skutkový stav a předběžné otázky

11. Dne 29. července 2016 společnost Consip zveřejnila oznámení o zakázce na „zadání dodávky systému WDM na vzájemné propojení DC [datové centrum] oddělení RGS, DT a DAG“ [6]. Přibližná hodnota zakázky byla 1 420 785,60 eura bez DPH.

12. Bod 11 zadávací dokumentace umožňoval subdodávky. Za tím účelem museli uchazeči uvést ve svých nabídkách, že hodlají této možnosti využít a uvést tři subdodavatele.

13. Společnost Tim předložila nabídku s tím, že uvedla tři subdodavatele, na které měla v úmyslu se obrátit, pokud by jí veřejná zakázka byla zadána. V příloze dodala jednotné evropské osvědčení pro veřejné zakázky (ESPD) každého z nich.

14. Veřejný zadavatel při ověřování splnění podmínek ze strany subdodavatelů konstatoval u jednoho z nich (společnost Maticmind, Spa), že podle potvrzení vydaného dne 5. dubna 2017 městským úřadem v Miláně nedodržel předpisy týkající se práva osob se zdravotním postižením na práci.

15. V důsledku toho společnost Consip na základě čl. 80 odst. 5 písm. i) ZVZ vyloučila společnost Tim ze zadávacího řízení.

16. Společnost Tim toto rozhodnutí napadla před předkládajícím soudem a tvrdila, stručně řečeno, že:

– vyloučení je neoprávněné a nepřiměřené, neboť podle znění směrnice 2014/24 důvod k vyloučení subdodavatele může vést pouze k jeho nahrazení;

– za účelem realizace zakázky se může v každém případě obrátit na další dva subdodavatele, jichž se netýkal žádný důvod vyloučení;

– subdodávka není pro splnění zakázky nezbytná, neboť společnost Tim sama splňuje všechny předpoklady potřebné pro realizaci plnění.

17. Podle předkládajícího soudu je vyloučení v souladu s čl. 80 odst. 5 ZVZ. Nicméně text čl. 105 odst. 6 a 12 ZVZ jej vede k rozlišení toho, co je třeba učinit, když je zjištěna existence důvodu pro vyloučení týkajícího se subdodavatele:

– pokud k tomuto zjištění dojde v průběhu zadávacího řízení, neboť jeden ze subdodavatelů, který je součástí tří subdodavatelů, je dotčen důvody vyloučení, je důsledkem vyloučení uchazeče (čl. 80 odst. 5 ZVZ);

– pokud k tomuto zjištění dojde poté, co je uzavřena smlouva na veřejnou zakázku, veřejný zadavatel musí požádat úspěšného uchazeče, aby subdodavatele nahradil (čl. 105 odst. 12 ZVZ).

18. Vzhledem k tomuto rozdílnému zacházení má soud *a quo* za okolností daných v posuzovaném případě pochybnost ohledně toho, zda je vyloučení uchazeče v souladu s čl. 71 odst. 6 směrnice 2014/24 a respektuje zásadu proporcionality.

6 – Předmět zadávacího řízení se týkal zejména služeb propojení s údržbou a asistencí, volitelných služeb rozšíření pásma s údržbou a asistencí, jakož i volitelných služeb přemístění.

19. Za těchto okolností Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Regionální správní soud pro Lazio, Itálie) pokládá Soudnímu dvoru následující předběžné otázky:

„1) Brání článek 57 a čl. 71 odst. 6 směrnice 2014/24/EU takové vnitrostátní právní úpravě, jako je právní úprava uvedená v čl. 80 odst. 5 legislativního nařízení č. 50 z roku 2016, která stanoví vyloučení hospodářského subjektu-uchazeče v případě zjištění, ve fázi zadávacího řízení, důvodu pro vyloučení, který se týká subdodavatele, jež je součástí trojice subdodavatelů uvedených v nabídce, namísto toho, aby uchazeči uložila nahrazení daného subdodavatele?

2) Podpůrně, pokud bude mít Soudní dvůr za to, že možnost vyloučení uchazeče spadá do možností, které jsou členskému státu povoleny, brání zásada proporcionality, zakotvená v článku 5 Smlouvy o EU, uvedená v bodě 101 odůvodnění směrnice 2014/24/EU a označená za obecnou zásadu unijního práva Soudní dvorem, takové vnitrostátního úpravě, jako je právní úprava uvedená v čl. 80 odst. 5 legislativního nařízení č. 50 z roku 2016, která stanoví, že v případě zjištění, ve fázi zadávacího řízení, důvodu pro vyloučení, který se týká určitého subdodavatele, dojde v každém případě k vyloučení hospodářského subjektu-uchazeče, a to i tehdy, pokud další subdodavatelé nejsou vyloučeni a splňují požadavky pro uskutečnění plnění, jež mají být vykonána formou subdodávky, nebo pokud hospodářský subjekt-uchazeč prohlásí, že nevyužije subdodávek, jelikož sám splňuje požadavky pro uskutečnění plnění?“

III. Řízení před Soudním dvorem

20. Předkládací usnesení došlo kanceláři Soudního dvora dne 14. června 2018.

21. V souladu s článkem 101 jednacího řádu požádal Soudní dvůr předkládající soud o některá upřesnění ohledně zadávacího řízení. V odpovědi ze dne 26. března 2019 předkládající soud upřesnil, že:

– společnost Tim byla povinna uvést ve své nabídce tři subdodavatele, měla-li v úmyslu využít subdodávek. Alternativně se mohla rozhodnout neuvést žádného, a rezignovat tak na možnost využít subdodávek;

– v případě, že by společnost Tim získala zakázku, nebyla povinna využít všechny subdodavatele vyjmenované na seznamu nebo některého z nich. Mohla se rozhodnout subdodávek nevyužít a realizovat zakázku sama;

– při vypracovávání své nabídky neměla společnost Tim povinnost ověřovat, zda jsou navrhovaní subdodavatelé dotčeni fakultativním důvodem pro vyloučení podle čl. 57 odst. 4 písm. a) směrnice 2014/24, neboť měla pouze předložit ESPD vydané zástupcem každého subdodavatele.

22. Písemná vyjádření předložily společnosti Tim, Consip, rakouská vláda a Evropská komise. Všechny uvedené, s výjimkou rakouské vlády, se zúčastnily jednání, jež se konalo dne 2. května 2019.

IV. Posouzení

A. Nastínění problému

23. Podle italských právních předpisů mohou porušení práva, jichž se dopustí subdodavatel, poškodit uchazeče, který jej uvedl ve své nabídce, tím, že představují důvod pro vyloučení uchazeče ze zadávacího řízení.

24. Tytéž právní předpisy nicméně stanoví rozdílné zacházení ve dvou případech:

– pokud je porušení ze strany subdodavatele zjištěno, když už je veřejná zakázka zadána, úspěšný uchazeč o veřejnou zakázku jej musí nahradit;

– a naopak, pokud toto porušení vyjde najevo ve fázi výběru smluvních partnerů, je výsledek radikálnější, neboť s sebou nese vyloučení samotného uchazeče.

25. Předkládající soud pochybuje o slučitelnosti tohoto dvojího zacházení se směrnicí 2014/24. Aby bylo možno odpovědět na jeho otázky, domnívám se, že je v prvé řadě nutno analyzovat, zda článek 57 umožňuje zahrnout porušení na straně subdodavatele mezi důvody pro vyloučení uchazeče, a dále je třeba prověřit, zda toto vyloučení umožňuje režim subdodávek podle článku 71 této směrnice.

26. V obou případech je tím, co vedlo k vyloučení společnosti Tim, nesplnění povinností (subdodavatelem) v oblasti sociální nebo pracovní. Konkrétně nerespektování vnitrostátních norem týkající se zaměstnávání osob se zdravotním postižením.

27. Směrnice 2014/24 v čl. 18 odst. 2 nařizuje členským státům [7] přijmout vhodná opatření k zajištění toho, aby hospodářské subjekty při plnění veřejných zakázek dodržovaly příslušné povinnosti v oblasti sociálního a pracovního práva (mimo jiné), jak vyplývají z vnitrostátních právních předpisů.

28. Tento požadavek se vztahuje jak na hlavní dodavatele (smluvní partnery), tak na subdodavatele, neboť jedni i druzí mají postavení hospodářských subjektů. Tím chtěl unijní normotvůrce změnit zadávání veřejných zakázek v nástroj služby jiným veřejným cílům v určitých oblastech veřejného zájmu, což promítá do článků 57 a 71 směrnice 2014/24.

29. Konkrétně „[k]ontrola dodržování […] sociálních a pracovněprávních předpisů by měla probíhat v příslušných fázích zadávacího řízení, tedy při uplatňování obecných zásad upravujících výběr účastníků a zadávání veřejných zakázek, při uplatňování kritérií pro vyloučení […]“ [8]

B. K výkladu čl. 57 odst. 4 písm. a) směrnice 2014/24

30. Unijní normotvůrce spojuje čl. 18 odst. 2 směrnice 2014/24 s důvodem fakultativního vyloučení v jejím čl. 57 odst. 4 písm. a). Tento článek hovoří konkrétně o nesplnění povinností podle prvního z citovaných ustanovení.

31. Pochybnost spočívá v tom, zda jednání subdodavatele může ospravedlnit (fakultativní) vyloučení uchazeče nebo naopak, zda je toto vyloučení možné pouze na základě skutků přičitatelných samotnému uchazeči.

7 – Přestože čl. 18 odst. 2 směřuje pouze k členským státům, bod 37 odůvodnění směrnice 2014/24 zahrnuje také veřejné zadavatele: „[s] cílem začlenit do zadávacích řízení náležitě požadavky týkající se životního prostředí, sociální oblasti a pracovních podmínek, je zvláště důležité, aby členské státy a veřejní zadavatelé přijali příslušná opatření, jimiž zajistí dodržování povinností v oblasti environmentálního, sociálního a pracovního práva […]“.

8 – Bod 40 odůvodnění směrnice 2014/24.

32. Pokud se podíváme na znění čl. 57 odst. 4 písm. a) směrnice 2014/24, potvrdí se, že je záměrně obecné. K odkazu na porušení sociálněprávních a pracovněprávních povinností používá neosobní výraz („porušení příslušných povinností“) [9], aniž zmiňuje jeho původce. Ustanovení tak z jazykového hlediska kontrastuje s ostatními ustanoveními, kde jsou případní původci jednání zakládajícího vyloučení identifikováni.

33. Tato gramatická konstrukce tedy umožňuje, aby tím, kdo je odpovědný za porušení (a tudíž i za důvod vyloučení), byl také subdodavatel, jako strana, která vzhledem k tomu, že sama zaměstnává pracovníky v rámci veřejné zakázky, je podřízena vnitrostátním předpisům v oblasti sociálního a pracovního práva.

34. Použijeme-li systematický výklad, pak vztažení porušení ze strany subdodavatele na uchazeče v úvodní fázi výběru je v souladu s bodem 40 odůvodnění směrnice č. 2014/24, podle něhož „[k]ontrola dodržování environmentálních, sociálních a pracovněprávních předpisů by měla probíhat v příslušných fázích zadávacího řízení“ [10].

35. Za použití tohoto kritéria čl. 57 odst. 5 směrnice 2014/24 potvrzuje, že jakýkoli hospodářský subjekt (a tudíž i uchazeč o veřejnou zakázku) může být vyloučen „s ohledem na jednání či opomenutí, k němuž došlo buď před zahájením řízení, nebo v jeho průběhu“. Nedostatečná kontrola ze strany uchazeče, když v nabídce uvede subdodavatele, který před zahájením zadávacího řízení nesplnil povinnosti podle čl. 18 odst. 2, ukazuje přinejmenším na opomenutí z nedbalosti.

36. A konečně, čl. 71 odst. 6 písm. a) směrnice 2014/24 výslovně zmiňuje v souvislosti s použitím čl. 18 odst. 2 „společnou odpovědnost mezi subdodavateli a hlavním dodavatelem“ jako jeden z mechanismů, které mohou použít členské státy.

37. Odpovědnost jedněch i druhých znovu potvrzuje bod 105 odůvodnění směrnice 2014/24, když členskému státu umožňuje zavést „mechanismus společné odpovědnosti mezi subdodavateli a hlavním dodavatelem“. Jak je dobře známo, žaloba na splnění povinností solidárních dlužníků a vyvození důsledků z jejich nesplnění může směřovat bez rozdílu proti kterémukoli z nich, aniž jsou dotčeny vnitřní vztahy, které mezi sebou mají.

38. Účel čl. 57 odst. 4 písm. a) směrnice 2014/24 podporuje správnost tohoto přístupu, který považuji ve světle nepochybného záměru unijního normotvůrce chránit sociální a pracovní práva také posílením jejich ochrany v oblasti zadávání veřejných zakázek za nejvhodnější.

39. Stejným směrem ukazuje i cíl zajistit nenarušenou hospodářskou soutěž mezi uchazeči. Tato soutěž by byla narušena, pokud by jeden uchazeč podal svou nabídku s vědomím toho, že jedna z jejích hlavních složek (subdodavatel, jemuž zamýšlí svěřit důležitou část zakázky) využívá u svých nákladů nezákonné výhodné situace právě tím, že nerespektuje povinnosti v sociální oblasti. Tato skutečnost se dotýká samotné důvěryhodnosti uchazeče, který se snaží využít této nespravedlivé výhody.

40. Vycházíme-li z tohoto předpokladu, není nelogické, že způsobilost uchazeče získat zakázku může být dotčena porušením ze strany subdodavatele. Vzhledem k tomu, že on je tím, kdo se svobodně rozhoduje využít mechanismu subdodávky a vybírá a nabízí subdodavatele, kteří se budou podílet na plnění zakázky, nebrání nic tomu, aby jeho odpovědnost (přestože by se jednalo pouze o *culpa in eligendo*) zahrnovala i jejich jednání v rámci dané zakázky.

9 – V jazykových verzích, které jsem zkoumal, je význam stejný: *peut démontrer, par tout moyen approprié, un manquement aux obligations*, ve francouzské; *can demonstrate by any appropriate means a violation of applicable obligations*, v anglické; *dimostrare con qualanque mezzo adeguato la violazione degli obblighi applicabili*, v italské; *puder demonstrar, por qualquer meio adequado, o incumrimento das obrigações aplicáveis*, v portugalské; nebo *kann auf geeignete Weise Verstöße gegen geltenden Verpflichtungen*, v německé verzi.

10 – Návrh směrnice předložený Evropskou komisí Radě a Evropskému parlamentu (COM/2011/0896 final – 2011/0438 (COD) uváděl dokonce subjekty zúčastněné v zásobovacích řetězcích (článek 55). Otevřená formulace, která byla nakonec zvolena, má ještě širší rozsah, nakolik je to možné.

41. Oblast subdodávek v rámci veřejných zakázek navíc umožňuje hlavnímu dodavateli manévrování s cílem vyhnout se odpovědnosti a s cílem neoprávněně snižovat náklady na pracovní sílu, které se může uskutečňovat již v první fázi (nabídka) zadávacího řízení.

42. Je jisté, že v obecné koncepci zadávání veřejných zakázek přisuzuje unijní právo velkou důležitost svobodě usazování a svobodnému poskytování služeb, jakož i podpoře soutěže mezi hospodářskými subjekty. Tento cíl směřuje k tomu, aby byla zadávací řízení co nejotevřenější, čemuž by přehnané používání fakultativních důvodů vyloučení mohlo bránit.

43. Důvody fakultativního vyloučení však umožňují členským státům uspokojit cíle obecného zájmu a v každém případě se snaží zajistit záruky spolehlivosti, náležité péče, profesní poctivosti a seriózności uchazeče [11].

44. Jak jsem zdůraznil ve stanovisku ve věci Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 [12], směrnice 2014/24 začleňuje spolehlivost jako klíčový prvek vztahu. Podle bodu 101 prvního pododstavce odůvodnění mohou veřejní zadavatelé vyloučit „hospodářské subjekty, které se ukázaly jako nespolehlivé“. Prvek spolehlivosti tak ovlivňuje důvody vyloučení týkající se subjektivních podmínek jak na straně uchazeče, tak na straně ostatních hospodářských subjektů, které hodlá zadavatel použít v postavení subdodavatelů při plnění zakázky.

45. Písmeno a) v odstavci 4 článku 57 směrnice 2014/24 se nevymyká z tohoto vlivu. Naopak, bod 101 odůvodnění začíná tím, že evokuje nedostatek spolehlivosti hospodářských subjektů právě v důsledku porušení „environmentálních nebo sociálních povinností, včetně pravidel pro přístupnost osobám se zdravotním postižením“.

46. Judikatura Soudního dvora svěřuje členským státům široký prostor pro uvážení k nastavení důvodů pro fakultativní vyloučení [13]. Článek 57 odst. 7 směrnice 2014/24 nicméně upřesňuje, že členské státy stanoví podmínky použití těchto důvodů „s ohledem na právo Unie“.

47. Podle mého názoru je legitimní, aby členský stát využil tento prostor pro uvážení k tomu, aby umožnil svým zadavatelům použít vůči uchazeči fakultativní důvod stanovený v čl. 57 odst. 4 písm. a), pokud nesplnění povinností v sociální a pracovněprávní oblasti je přičitatelné subdodavateli, kterého navrhl.

48. Tato možnost vyloučení však nefunguje automaticky, nýbrž závisí na konkrétních okolnostech, posuzovaných podle zásad, z nichž vychází zadávání veřejných zakázek, mezi něž patří zásada proporcionality [14].

49. V souladu se zásadou proporcionality je k tomu, aby pochybení subdodavatele mohla mít dopad na uchazeče až do té míry, že je vyloučen z řízení, obecně nutné, aby porušení prvního učinila druhého nehodného důvěry veřejného zadavatele. Tomuto aspektu se budu dále věnovat.

C. K výkladu článku 71 směrnice 2014/24

50. Článek 71 odst. 1 směrnice 2014/24 ukládá příslušným orgánům povinnost zajistit „[d]održování povinností uvedených v čl. 18 odst. 2 ze strany subdodavatelů“ (to znamená, mimo jiné, sociálněprávních nebo pracovněprávních povinností).

11 – Rozsudek ze dne 10. července 2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici (C-358/12, EU:C:2014:2063, body 29, 31 a 32).

12 – Věc C-267/18, EU:C:2019:393.

13 – Rozsudek ze dne 20. prosince 2017, Impresa di Construzioni Ing. E. Mantovani a Guerrato (C-178/16, EU:C:2017:1000, bod 31 a citovaná judikatura).

14 – Podle čl. 18 odst. 1 směrnice 2014/24 „[v]eřejní zadavatelé jednají s hospodářskými subjekty na základě zásady rovného zacházení a nediskriminace a postupují transparentním a přiměřeným způsobem“.

51. Tentýž čl. 71 ve svém odstavci 6 opravňuje státy, aby „[s] cílem předejít porušení povinností uvedených v čl. 18 odst. 2 [subdodavatelem] […] přij[aly] patřičná opatření“.

52. Některé ze zúčastněných stran [15] hájí názor, že článek 71 směrnice 2014/24 neplatí ve fázi výběru uchazečů, nýbrž ve fázi plnění zakázky. Na podporu svého názoru odkazují na bod 105 odůvodnění této směrnice, který zmiňuje pouze hlavního dodavatele a subdodavatele, nikoli samotné uchazeče.

53. Nedomnívám se, že by tato terminologická námitka byla rozhodující. Ve skutečnosti článek 71 směrnice 2014/24 používá, kromě výrazu „hlavní dodavatel“ (chápaného jako „hospodářský subjekt, jemuž byla zadána veřejná zakázka“), výrazy „subdodavatel“, „uchazeč“ (ten, kdo podal nabídku) a „hospodářský subjekt“. Posledně zmíněný je nejširší a zahrnuje každý podnik, který dodává na trh své výrobky nebo služby [16], což logicky zahrnuje i subdodavatele.

54. Bod 105 odůvodnění musí být chápán v souvislosti s výslovnými odkazy, které článek 71 směrnice 2014/24 činí na uchazeče, hlavního dodavatele a hospodářské subjekty. Nic tedy nebrání tomu, aby se toto ustanovení uplatnilo jak ve fázi před zadáním zakázky (to znamená na uchazeče), tak ve fázi pozdější (to znamená na smluvní partnery), a ovlivnilo vztahy jedněch a druhých se subdodavateli.

55. Konkrétně čl. 71 odst. 6 písm. b) směrnice 2014/24, který se týká specificky vyloučení subdodavatele za nesplnění povinností stanovených v čl. 18 odst. 2, hovoří o „hospodářském subjektu“, a vztahuje se tedy na fázi výběru i na fázi plnění zakázky.

56. Je logické, že tomu tak je, neboť informace, kterou hospodářský subjekt musí o vztahu subdodavatelů k zakázce poskytnout veřejnému zadavateli, má ve směrnici 2014/24 ústřední místo. Ohledně této otázky odkazuji na to, co jsem uvedl ve stanovisku ve věci Delta Antrepriză de Construcții şi Montaj 93 [17].

57. Normativní vyjádření tohoto úmyslu zákonodárce se nachází v odstavcích 2 a 5 článku 71 směrnice 2014/24, které jsou věnovány povinnosti uchazeče a hlavního dodavatele informovat veřejného zadavatele o subdodávkách zamýšlených (ve fázi výběru) nebo již uskutečňovaných (po zadání zakázky).

58. Článek 71 odst. 6 písm. b) má tuto informační povinnost na mysli, když veřejným zadavatelům přiznává pravomoc využít mechanismů stanovených v článcích 59, 60 a 61 směrnice 2014/24 při ověřování, zda jsou dány důvody pro vyloučení některého subdodavatele podle článku 57.

59. Odkaz v článku 71 na článek 57 zahrnuje jak důvody povinného vyloučení, tak fakultativního vyloučení, v kontextu nesplnění povinností podle čl. 18 odst. 2. Důsledky jsou nicméně rozdílné:

– pokud se subdodavatele týká důvod povinného vyloučení [18], od hospodářského subjektu *se vyžaduje*, aby jej nahradil;

– jedná-li se o důvod pro nepovinné vyloučení [19], veřejný zadavatel *může požadovat*, aby hospodářský subjekt subdodavatele nahradil. To je, jak následně vysvětlím, jedno z možných opatření, jak zareagovat na přítomnost nezpůsobilých subdodavatelů.

15 – Společnost Consip a rakouská vláda.

16 – Podle čl. 2 odst. 1 bodu 10 směrnice se „hospodářským subjektem“ rozumí „jakákoli fyzická nebo právnická osoba nebo veřejný subjekt nebo skupina těchto osob nebo subjektů, včetně dočasných sdružení podniků, které na trhu nabízejí provedení stavebních prací nebo stavby, dodání výrobků nebo poskytování služeb“. Také definuje „uchazeče“ jako „hospodářský subjekt, který podal nabídku“ (čl. 2 odst. 1 bod 11).

17 – Věc C-267/18, EU:C:2019:393.

18 – To znamená, lze-li nesplnění povinností v oblasti sociálněprávní nebo pracovněprávní, ohledně nichž byl vydán pravomocný rozsudek, podřadit pod některý z důvodů v čl. 57 odst. 1.

19 – Důvod podle čl. 57 odst. 4 písm. a), který je specificky věnován porušení povinností podle čl. 18 odst. 2.

60. V této souvislosti je třeba zdůraznit dva normativní prvky:

– na jedné straně otevřenou formulaci, kterou používá čl. 71 odst. 6 směrnice 2014/24 („[s] cílem předejít porušení povinností uvedených v čl. 18 odst. 2 lze přijmout *patřičná opatření*, *jako například*: […]“);

– na druhé straně pravomoc, která se přiznává státům ke stanovení „přísnějších pravidel odpovědnosti“ (čl. 71 odst. 7).

61. Spojení obou prvků podle mého názoru podporuje to, co již vyplývá z výkladu čl. 57 odst. 4 písm. a) směrnice 2014/24, to jest oprávnění členských států zavést v takových případech přímou odpovědnost uchazečů, kteří navrhli subdodavatele, jež se dopustili porušení podle čl. 18 odst. 2 této směrnice.

62. Znění odstavce 6 článku 71 směrnice 2014/24 tedy ponechává otevřené dveře pro zavedení *dalších* vnitrostátních *opatření*. Unijní normotvůrce uvedl pouze informativně některá z těchto opatření umožňujících reagovat na porušení sociálních a pracovněprávních povinností, jako je nahrazení subdodavatele, kterého se týkají důvody vyloučení (povinné nebo fakultativní), neuzavírá však cestu ostatním opatřením. Členské státy musí podle čl. 71 odst. 8 stanovit podmínky k provedení těchto opatření.

63. Tentýž přístup převažuje v čl. 71 odst. 7, když připouští, aby členské státy rozhodly o zavedení „přísnějších pravidel odpovědnosti“ v oblasti subdodávek do svých právních předpisů. Formulace tohoto odstavce podle mého názoru ukazuje, že tato pravidla se neomezují na oblast „přímých plateb subdodavatelům“ (pro něž text používá výraz „další opatření“), nýbrž že mohou mít obecnější dosah.

64. Tak to jasněji vyplývá z bodu 105 odůvodnění směrnice 2014/24, když zdůrazňuje, že „členské státy mají i nadále možnost stanovit v rámci vnitrostátních právních předpisů přísnější pravidla odpovědnosti nebo přijmout podle vnitrostátních právních předpisů další opatření týkající se přímých plateb subdodavatelům“. Alternativa ukazuje, že se jedná o dva různé typy (možných) zásahů.

65. Tyto pravomoci členských států se nepromítají pouze do vztahů mezi hlavním dodavatelem a subdodavatelem, nýbrž mohou se vztahovat i na vztah mezi zadavatelem a uchazečem, který ve své nabídce uvedl, že počítá se službami subdodavatele, na nějž se vztahuje důvod pro vyloučení. Odkazuji na to, co již bylo řečeno shora ohledně společné a nerozdílné odpovědnosti jednoho a druhého.

66. Vzhledem k tomu, že článek 57 směrnice 2014/24 upravuje specifickým způsobem důvody vyloučení, čl. 71 odst. 6 a 7 posilují, pomocí odkazu na prvně uvedené ustanovení, možnost vyloučit uchazeče v důsledku porušení, jichž se dopustili subdodavatelé, kteří nedostáli povinnostem vyplývajícím z čl. 18 odst. 2. Vyloučení uchazečů má svůj vlastní základ v článku 57, avšak režim subdodávek v článku 71 tuto možnost podporuje, na čemž trvám.

D. K italskému systému vylučování z důvodu pochybení subdodavatele v souvislosti se skutkovými okolnostmi sporu

67. Společné použití čl. 80 odst. 5 a čl. 105 odst. 12 ZVZ s sebou nese to, že uvedení subdodavatele, který porušil sociálněprávní a pracovněprávní povinnosti týkající se osob se zdravotním postižením, v nabídce, má za následek *automatické* vyloučení uchazeče, který jej svobodně navrhl, pokud je to zjištěno ve fázi předcházející uzavření smlouvy.

68. Tento kategorický důsledek by mohl být neslučitelný se zásadou proporcionality. Soudní dvůr se v souvislosti se směrnicí 2004/18[20] vyslovil k fakultativním důvodům vyloučení a odmítl jejich automatické použití. Z rozsudku Forposta a ABC Direct Contact[21] lze vyvodit, že automatický charakter by mohl jít nad rámec prostoru pro uvážení přiznaného členským státům čl. 45 odst. 2 směrnice 2004/18 (nyní čl. 57 odst. 7 směrnice 2014/24).

69. Podle zmíněného rozsudku platí, že je nejprve nutné provést „konkrétní a individuální posouzení chování dotyčného hospodářského subjektu“[22]. Z důvodu nerespektování tohoto kritéria Soudní dvůr konstatoval, že vnitrostátní zákon, který „veřejnému zadavateli ukládá povinnost automaticky vyloučit tento hospodářský subjekt z […] zadávacího řízení […], aniž se tomuto veřejnému zadavateli ponechává možnost v konkrétním případě posoudit závažnost údajně chybného chování uvedeného subjektu“.

70. Soudní dvůr nicméně nepokračoval v této linii judikatury, které se držel v předchozích rozsudcích, ve věci Connexxion Taxi Services. Při porovnání do té doby nezbytného posouzení, jehož se dopustil uchazeč, ve světle zásady proporcionality, s dodržením zásad transparentnosti a rovnosti se přiklonil k těmto zásadám. Dovodil, že tyto zásady převažují v případě, kdy podle „podmínek zadávacího řízení […] zakázky měl být uchazeč, který se dopustil vážného profesního pochybení, automaticky vyloučen bez ohledu na to, zda je taková sankce přiměřená“[23].

71. Zdá se tedy, že je nutné rozlišovat mezi situací, kdy automatické vyloučení figuruje pouze v zákoně (a v takovém případě musí být umožněna kontrola proporcionality, navzdory tomu, že vnitrostátní norma ji neobsahuje) nebo zda je kategoricky uloženo v zadávací dokumentaci.

72. Ani z předkládacího usnesení, ani z pozdějších vyjádření[24] neplyne, že by automatické vyloučení bylo uloženo dokumenty, jimiž se řídilo zadání zakázky. Přísluší vnitrostátnímu soudu, aby vyjasnil, zda bod 11 nebo kterýkoli jiný bod zadávací dokumentace obsahoval tento imperativní příkaz. Pokud by tomu tak bylo, zásady transparentnosti a rovnosti zacházení s uchazeči, ve smyslu rozsudku Connexxion Taxi Services[25], by převážily. Tak bychom se vyhnuli tomu, aby uchazeč, který respektoval ustanovení zadávací dokumentace, byl pominut ve prospěch toho, kdo je nesplnil.

73. V opačném případě vstupují do hry požadavky zásady proporcionality. Předkládající soud je znovu tím, kdo musí posoudit všechny relevantní faktory, nyní za tím účelem, aby objasnil, zda vyloučení uchazeče je sankcí odpovídající závažnosti jeho jednání.

74. Mezi těmito faktory může být posouzen ten, na který odkazuje předkládající soud ve svém vysvětlení, to jest, že vyloučený uchazeč neměl povinnost ověřit, že ESPD subdodavatele odpovídá realitě, což by mohlo zmírnit jeho vlastní nedbalost. Tato nedbalost by však zde i nadále zůstávala, byť v nižším stupni, neboť nic nebránilo uchazeči předem zjistit (jako to následně udělal veřejný zadavatel), jinými způsoby, nesplnění povinnosti ze strany subdodavatele.

75. Zařadit na seznam tří subdodavatelů vedle porušitele dva další hospodářské subjekty bez poskvrny nestačí ke snížení odpovědnosti uchazeče. Připuštění této praxe by mohlo usnadnit podvod spočívající v uvedení subdodavatele, který porušil povinnosti (a který, jak již bylo řečeno, má obvykle nižší náklady v sociálněprávní nebo pracovněprávní oblasti), a jehož služby budou poptávány, pokud se neodhalí jeho protiprávní situace, a dalších dvou, kteří jsou pouze do počtu.

20 – Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/18/CE 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).

21 – Rozsudek ze dne 13. prosince 2012 (C-465/11, EU:C:2012:801, bod 35).

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

23 – Rozsudek ze dne 14. prosince 2016, Connexxion Taxi Services (C-171/15, EU:C:2016:948, výrok).

24 – Shrnutých v bodě 21 tohoto stanoviska.

25 – Rozsudek ze dne 14. prosince 2016, (C-171/15, EU:C:2016:948).

76. Odpovědnost uchazeče nezmírňuje ani skutečnost, že smluvní povinnosti by mohl plnit on sám, aniž by se obracel na subdodavatele. Vzhledem k tomu, že se svobodně rozhodl využít mechanismu subdodávek, a k tomu, že v nabídce sdělil veřejnému zadavateli svůj úmysl této možnosti využít a předložil seznam tří subdodavatelů, byl odpovědný za to, že na tomto seznamu se nebude nacházet žádný takový, který by porušoval ustanovení vnitrostátních předpisů v oblasti zaměstnávání osob se zdravotním postižením.

V. Závěry

77. S ohledem na vše výše uvedené navrhuji, aby Soudní dvůr na otázky Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (regionální správní soud pro Lazio, Itálie) odpověděl takto:

„1) Článek 57 odst. 4 písm. a) směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES v zásadě nebrání vyloučení uchazeče, který ve své nabídce vyjádřil úmysl využít jiný hospodářský subjekt jako subdodavatele, pokud tento subdodavatel porušil povinnosti v oblasti sociálního nebo pracovního práva, které stanoví vnitrostátní právní předpisy.

2) Při rozhodování o vyloučení musí mít veřejný zadavatel možnost posoudit v každém jednotlivém případě přiměřenost tohoto opatření, s přihlédnutím ke všem okolnostem, za účelem posouzení spolehlivosti uchazeče, ledaže zadávací dokumentace imperativně požaduje vyloučení bez zohlednění přiměřenosti této sankce.“