

ROZSUDEK SOUDNÍHO DVORA (čtvrtého senátu)

19. května 2009\*

Ve věci C-538/07,

jejímž předmětem je žádost o rozhodnutí o předběžné otázce na základě článku 234 ES, podaná rozhodnutím Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Itálie) ze dne 14. listopadu 2007, došlým Soudnímu dvoru dne 3. prosince 2007, v řízení

**Assitur Srl**

proti

**Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano,**

za přítomnosti:

**SDA Express Courier SpA,**

\* Jednací jazyk: italština.

**Poste Italiane SpA,**

SOUDNÍ DVŮR (čtvrtý senát),

ve složení K. Lenaerts, předseda senátu, R. Silva de Lapuerta, E. Juhász (zpravodaj),  
G. Arestis a J. Malenovský, soudci,

generální advokát: J. Mazák,  
vedoucí soudní kanceláře: L. Hewlett, vrchní rada,

s přihlédnutím k písemné části řízení a po jednání konaném dne 4. prosince 2008,

s ohledem na vyjádření předložená:

- za Assitur Srl S. Quadriem, avvocato,
  
- za Camera di Commercio Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano  
M. Bassanim, avvocato,
  
- za SDA Express Courier SpA A. Vallefuocem a V. Vallefuocem, avvocati,

- za Poste Italiane SpA A. Fratini, avvocatessa,
  
- za italskou vládu I. M. Bragugliou, jako zmocněncem, ve spolupráci s G. Fiengem, avvocato dello Stato,
  
- za Komisi Evropských společenství D. Kukovcem a D. Recchia, jako zmocněnci,

po vyslechnutí stanoviska generálního advokáta na jednání konaném dne 10. února 2009,

vydává tento

### **Rozsudek**

- 1 Žádost o rozhodnutí o předběžné otázce se týká výkladu čl. 29 prvního pododstavce směrnice Rady 92/50/EHS ze dne 18. června 1992 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na služby (Úř. věst. L 209, s. 1; Zvl. vyd. 06/01, s. 322), jakož i obecných zásad práva Společenství v oblasti veřejných zakázek.
  
- 2 Tato žádost byla předložena v rámci sporu mezi společností Assitur Srl (dále jen „Assitur“) a Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano (obchodní, průmyslová, živnostenská a zemědělská komora v Miláně) ohledně toho, zda je vnitrostátní právní úprava, která zakazuje, aby společnosti, mezi kterými existuje ovládací vztah nebo vztah, v rámci něhož jedna z těchto společností vykonává

významný vliv v ostatních společnostech, se samostatně a jako soutěžitelé účastnily stejného zadávacího řízení, slučitelná s výše uvedenými ustanoveními a zásadami.

## **Právní rámec**

### *Právní úprava Společenství*

- 3 Článek 29 směrnice 92/50, obsažený v kapitole 2 této směrnice, nazvané „Kvalitativní kritéria výběru“, ve svém prvním pododstavci stanoví:

„Z účasti v soutěži o veřejnou zakázku může být vyloučen kterýkoliv poskytovatel služeb:

- a) na nějž byl prohlášen konkurz nebo je v likvidaci, jehož podnikání podléhá soudní správě nebo je podle vnitrostátních právních předpisů v podobné situaci;
  
- 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;

- c) který byl pravomocně odsouzen pro trestný čin související s jeho podnikáním;
  
- d) který se dopustil vážného profesního pochybení, které bylo zadavatelem prokazatelně zjištěno;
  
- 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;
  
- 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;
  
- g) který se dopustil vážného zkreslení při poskytování informací, které mohou být podle této kapitoly požadovány.“

<sup>4</sup> Článek 3 odst. 4 druhý a třetí pododstavec směrnice Rady 93/37/EHS 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) vymezuje pojmy „přidružené podniky“ a „dominantní vliv“ mezi podniky. Pokud jde o smlouvy o koncesi na stavební práce, stanoví:

„Podniky, které vytvořily skupinu, aby získaly koncesi, nebo podniky k nim přidružené se nepovažují za třetí strany.

„Přidruženým podnikem“ se rozumí jakýkoli podnik, ve kterém koncesionář může přímo nebo nepřímo uplatňovat dominantní vliv nebo který může uplatňovat dominantní vliv na koncesionáře nebo ten, který je spolu s koncesionářem předmětem dominantního vlivu jiného podniku v důsledku vlastnictví, majetkové účasti nebo předpisů, jimiž je upraven. Za dominantní vliv ze strany podniku se považuje, když přímo nebo nepřímo ve vztahu k jinému podniku:

- vlastní většinu upsaného základního kapitálu podniku

nebo

- má většinu hlasovacích práv vyplývajících z podílů na jiném podniku

nebo

- může jmenovat více než polovinu členů správního řídicího nebo dozorčího orgánu podniku.“

### *Vnitrostátní právní úprava*

- 5 Směrnice 92/50 byla provedena do italského práva legislativním nařízením č. 157 ze dne 17. března 1995 (běžný doplněk GURI č. 104 ze dne 6. května 1995). Toto legislativní nařízení nestanoví zákaz účasti podniků, mezi kterými existují ovládací vztahy nebo které jsou přidruženými podniky, na stejném řízení o zadání zakázky na služby.
- 6 Článek 10 odst. 1a zákona č. 109 ze dne 11. února 1994, rámcového zákona pro oblast veřejných zakázek na stavební práce (GURI č. 41 ze dne 19. února 1994, dále jen „zákon č. 109/94“), stanoví:

„Podniky, mezi kterými existuje jeden z ovládacích vztahů uvedených v článku 2359 občanského zákoníku, se nemohou zúčastnit stejného nabídkového řízení.“

- 7 Článek 2359 občanského zákoníku, nazvaný „Ovládané a přidružené společnosti“, stanoví:

„Za ovládané společnosti jsou považovány:

- 1) společnosti, ve kterých jiná společnost vlastní většinu hlasovacích práv, které lze vykonat na řádných valných hromadách;
- 2) společnosti, ve kterých jiná společnost vlastní dostatečný počet hlasovacích práv, aby mohla vykonávat dominantní vliv na řádných valných hromadách;
- 3) společnosti, které jsou pod dominantním vlivem jiné společnosti na základě zvláštních smluvních závazků s ní.

Pro účely použití bodů 1 a 2 prvního odstavce se zohledňují také hlasovací práva ovládaných společností, svěřenských společností a prostředníků; nepočítají se hlasovací práva vykonávaná na účet třetích osob.

Za přidružené společnosti se považují společnosti, ve kterých vykonává jedna ze společností v ostatních společnostech významný vliv. O takový vliv se jedná, pokud může společnost vykonávat na řádných valných hromadách alespoň pětinu hlasovacích práv nebo desetinu, pokud jsou akcie přidružené společnosti kótované na veřejných trzích.“

8 V současné době jsou všechny postupy při zadávání veřejných zakázek v odvětvích stavebních prací, služeb a dodávek upraveny legislativním nařízením č. 163 ze dne

12. dubna 2006 (běžný dodatek GURI č. 100 ze dne 2. května 2006, dále jen „legislativní nařízení č. 163/2006“). Podle čl. 35 posledního pododstavce tohoto legislativního nařízení:

„Stejného nabídkového řízení se nemohou zúčastnit zájemci, mezi kterými existuje ovládací vztah stanovený v článku 2359 občanského zákoníku. Krom toho zadavatelé vyloučí z těchto řízení také účastníky, u kterých na základě jednoznačných údajů zjistí, že příslušné nabídky pocházejí z jediného rozhodovacího centra.“

### **Spor v původním řízení a předběžná otázka**

- 9 Vyhlášením veřejné zakázky ze dne 30. září 2003 zahájila Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano veřejné nabídkové řízení na základě kritéria nejnižší ceny na poskytování poštovních služeb, a sice sběr a distribuci poštovních zásilek, jakož i různých dokumentů na její vlastní účet, jakož i na účet jejího podniku Ced Camera pro tříleté období od roku 2004 do roku 2006. Hodnota této zakázky dosahovala částky 530 000 eur bez daně z přidané hodnoty.
- 10 Po přezkoumání dokumentace předložené zájemci bylo umožněno účastnit se nabídkového řízení společností SDA Express Courier SpA (dále jen „SDA“), Poste Italiane SpA (dále jen „Poste Italiane“) a Assitur.
- 11 Dne 12. listopadu 2003 Assitur požádala, aby byly z nabídkového řízení vyloučeny společnosti SDA a Poste Italiane z důvodu jejich propojení.

- 12 Z ověření, které v tomto ohledu nařídila výběrová komise, vyplynulo, že celý základní kapitál společnosti SDA vlastnila Attività Mobiliari SpA, přičemž celý její základní kapitál vlastnila Poste Italiane. Nicméně jelikož legislativní nařízení č. 157 ze dne 17. března 1995, které upravovalo veřejné zakázky na služby, nezakazovalo účast podniků, mezi kterými existoval ovládací vztah, na stejném zadávacím řízení a z provedeného ověření nevyšly najevo žádné závažné a nezvratné skutečnosti, na základě kterých by mohlo vzniknout podezření, že v projednávaném případě byly porušeny zásady hospodářské soutěže a tajnosti nabídek, výběrová komise tedy rozhodnutím č. 712 ze dne 2. prosince 2003 rozhodla o zadání zakázky společnosti SDA, která předložila nabídku s nejnižší cenou.
- 13 Assitur se u Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia domáhala zrušení tohoto rozhodnutí. Tvrdila, že v souladu s čl. 10 odst. 1a zákona č. 109/1994, který se podle jejího názoru z důvodu neexistence výslovně odlišné úpravy použije také na veřejné zakázky na služby, měl zadavatel vyloučit z takového zadávacího řízení společnosti, mezi kterými existuje jeden z ovládacích vztahů uvedených v článku 2359 italského občanského zákoníku.
- 14 Předkládající soud uvádí, že čl. 10 odst. 1a zákona č. 109/1994, který specificky upravuje zakázky na stavební práce, stanoví nevyvratitelnou domněnku, podle které byla s nabídkou účinnou ovládanou společností seznámena ovládající společnost. Dotčené hospodářské subjekty tak nejsou zákonodárcem považovány za schopné formulovat nabídky prokazující nezbytnou nezávislost, vážnost a věrohodnost, protože jsou úzce propojené prostřednictvím společných zájmů. Toto ustanovení tedy podnikům, které mají takové vztahy, zakazuje, aby se zúčastnily stejného nabídkového řízení jako soutěžitelé, a v případě konstatování takové účasti jsou tyto podniky povinně vyloučeny z veřejného nabídkového řízení. Uvedený soud rovněž poznamenává, že pojem „ovládaný podnik“ v italském právu je obdobný s pojmem „přidružený podnik“, jehož definice je uvedena v čl. 3 odst. 4 směrnice 93/37.
- 15 Předkládající soud rovněž uvádí, že italská judikatura přiznává takovému pravidlu, jako je pravidlo uvedené v čl. 10 odst. 1a zákona č. 109/1994, význam obecně použitelné

kogentní normy. Toto pravidlo je ve skutečnosti vyjádřením obecné zásady, která přesahuje oblast stavebních prací a vztahuje se také na jiná zadávací řízení v odvětvích služeb a dodávek, ačkoliv v těchto odvětvích takové zvláštní ustanovení neexistuje. Zákodárce potvrdil tento přístup zastávaný v judikatuře přijetím čl. 34 posledního pododstavce legislativního nařízení č. 163/2006, které v současnosti upravuje všechny veřejné zakázky, přičemž tato posledně uvedená právní úprava se však na projednávaný případ *ratione temporis* nepoužije.

16 Uvedený soud se proto táže, zda je takový přístup slučitelný s právním řádem Společenství, a zejména s článkem 29 směrnice 92/50, jak je vykládán Soudním dvorem v jeho rozsudku ze dne 9. února 2006, La Cascina a další (C-226/04 a C-228/04, Sb. rozh. s. I-1347, body 21 až 23). Toto ustanovení, které je vyjádřením zásady „*favor participationis*“, a sice zájmu na co možná nejvyšším počtu podniků zúčastněných na nabídkovém řízení, obsahuje podle uvedeného rozsudku taxativní výčet případů vyloučení z účasti v soutěži o veřejnou zakázku na služby. Mezi těmito případy není uveden případ společností propojených prostřednictvím ovládacího vztahu nebo významného vlivu.

17 Předkládající soud se nicméně domnívá, že čl. 10 odst. 1a zákona č. 109/1994 je vyjádřením zásady volné hospodářské soutěže, jelikož jeho cílem je sankcionovat jakékoliv pletichy podniků v rámci nabídkového řízení. Toto ustanovení bylo tudíž přijato přísně v souladu se Smlouvou o ES, zejména s jejím článkem 81 a následujícími, a ve skutečnosti není v rozporu s článkem 29 směrnice 92/50.

18 S ohledem na uvedené úvahy se Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia rozhodl přerušit řízení a položit Soudnímu dvoru následující předběžnou otázku:

„Představuje článek 29 směrnice 92/50 [...], který stanoví sedm důvodů vyloučení z účasti v soutěži o veřejné zakázky na služby, taxativní výčet důvodů vyloučení, a brání tudíž tomu, aby čl. 10 odst. 1a zákona [č. 109/1994] (nyní nahrazený čl. 34 posledním

pododstavcem legislativního nařízení [č. 136/2006]) stanovil zákaz účasti podniků, mezi kterými existuje ovládací vztah, ve stejném nabídkovém řízení“

## K předběžné otázce

- 19 Pro účely odpovědi na tuto otázku je třeba uvést, že v souladu s ustálenou judikaturou Soudního dvora se sedm důvodů vyloučení podnikatele z účasti v soutěži o veřejnou zakázku stanovených v čl. 29 prvním pododstavci směrnice 92/50 vztahuje k profesní bezúhonnosti, solventnosti nebo důvěryhodnosti zájemce, tedy k jeho profesním předpokladům (viz v tomto smyslu výše uvedený rozsudek La Cascina a další, bod 21).
- 20 Pokud jde o čl. 24 první pododstavec směrnice 93/37, který uvádí případy vyloučení shodné s případy uvedenými v čl. 29 prvním pododstavci směrnice 92/50, Soudní dvůr zdůraznil, že vůlí zákonodárce Společenství bylo stanovit v tomto ustanovení pouze případy vyloučení související výlučně s profesními předpoklady zájemců. V rozsahu, v němž toto ustanovení uvádí takové případy vyloučení, byl tento výčet považován Soudním dvorem za taxativní (viz v tomto smyslu rozsudek ze dne 16. prosince 2008, Michaniki, C-213/07, Sb. rozh. s. I-9999, body 42 a 43, jakož i citovaná judikatura).
- 21 Soudní dvůr doplnil, že tento taxativní výčet nicméně nevylučuje možnost, aby členské státy zachovávaly nebo přijímaly vedle těchto případů vyloučení hmotná pravidla určená zejména k zajištění dodržování zásady rovného zacházení se všemi uchazeči v oblasti veřejných zakázek, jakož i zásady transparentnosti, které představují základ směrnic o postupech při zadávání veřejných zakázek, avšak za podmínky, že bude dodržena zásada proporcionality (viz v tomto smyslu výše uvedený rozsudek Michaniki, body 44 až 48 a citovaná judikatura).

- 22 Je zjevné, že účelem takového vnitrostátního legislativního opatření, jako je opatření dotčené v původním řízení, je vyloučení jakýchkoliv případných pletich mezi účastníky stejného zadávacího řízení a zajistit rovné zacházení se zájemci a transparentnost řízení.
- 23 Je třeba se tedy domnívat, že čl. 29 první pododstavec směrnice 92/50 nebrání tomu, aby členský stát stanovil vedle případů vyloučení, které obsahuje toto ustanovení, další případy vyloučení směřující k zaručení dodržování zásad rovného zacházení a transparentnosti za předpokladu, že taková opatření nejdou nad rámec toho, co je nezbytné k dosažení tohoto cíle.
- 24 Z toho vyplývá, že slučitelnost vnitrostátní právní úpravy dotčené v původním řízení s právem Společenství musí být ještě zkoumána s ohledem na zásadu proporcionality.
- 25 V tomto ohledu je třeba připomenout, že pravidla Společenství v oblasti zadávání veřejných zakázek byla přijata v rámci zavádění vnitřního trhu, kde je zajištěn volný pohyb a vyloučena omezení hospodářské soutěže (viz v tomto smyslu rozsudek ze dne 21. února 2008, Komise v. Itálie, C-412/04, Sb. rozh. s. I-619, bod 2).
- 26 V tomto kontextu jednotného trhu a účinné hospodářské soutěže je v zájmu práva Společenství zajistit co možná největší účast uchazečů na nabídkovém řízení.
- 27 Z předkládacího rozhodnutí vyplývá, že ustanovení dotčené v původním řízení, formulované jasně a kogentně, obsahuje pro zadavatele absolutní povinnost vyloučit ze

zadávacího řízení podniky, které podávají oddělené a konkurenční nabídky, jsou-li tyto podniky propojeny prostřednictvím takových ovládacích vztahů, jaké jsou stanoveny vnitrostátní právní úpravou dotčenou v původním řízení.

- 28 Nicméně by bylo v rozporu s účinným uplatňováním práva Společenství systematicky vylučovat propojené podniky z účasti na stejném zadávacím řízení. Takové řešení by totiž značně omezilo hospodářskou soutěž na úrovni Společenství.
- 29 Je tedy nutné konstatovat, že v rozsahu, v němž vnitrostátní právní úprava dotčená v původním řízení rozšiřuje zákaz účasti na stejném zadávacím řízení na situace, ve kterých nemá ovládací vztah mezi dotčenými podniky vliv na jednání těchto podniků v rámci takových řízení, jde nad rámec toho, co je nezbytné pro dosažení cíle spočívajícího v zajištění uplatnění zásad rovného zacházení a transparentnosti.
- 30 Taková právní úprava, která je založena na nevyvratitelné domněnce, podle které nabídky propojených podniků pro stejnou zakázku byly nutně vzájemně ovlivněné, porušuje zásadu proporcionality, jelikož těmto podnikům neponechává možnost prokázat, že v jejich případě neexistuje mezi uchazeči skutečné riziko praktik ohrožujících transparentnost a narušujících hospodářskou soutěž (viz v tomto smyslu rozsudky ze dne 3. března 2005, *Fabricom*, C-21/03 a C-34/03, Sb. rozh. s. I-1559, body 33 a 35, jakož i výše uvedený rozsudek *Michaniki*, bod 62).
- 31 V tomto ohledu je třeba zdůraznit, že sdružení podniků mohou mít různé formy a cíle a nevylučují nutně, aby ovládané podniky požívaly určité autonomie ve vedení své

obchodní politiky a svých hospodářských činností, zejména v oblasti účasti na veřejných nabídkových řízeních. Ostatně vztahy mezi podniky téže skupiny mohou být, jak uvedla Komise ve svém písemném vyjádření, upraveny zvláštními ustanoveními, například smluvní povahy, způsobilými zaručit jak nezávislost, tak důvěrnost během vypracovávání nabídek, které jsou předloženy dotčenými podniky současně v rámci stejného nabídkového řízení.

32 V tomto kontextu otázka, zda dotčený ovládací vztah ovlivnil obsah nabídek předložených dotčenými podniky v rámci téhož zadávacího řízení, vyžaduje přezkum a posouzení skutkového stavu, jejichž provedení přísluší zadavateli. Konstatování takového vlivu v jakékoliv formě postačuje pro vyloučení uvedených podniků z dotčeného řízení. Naproti tomu pouhé konstatování ovládacího vztahu mezi dotčenými podniky z důvodu vlastnictví nebo počtu hlasovacích práv, které lze vykonat na řádných valných hromadách, nepostačuje k tomu, aby zadavatel mohl automaticky vyloučit tyto podniky ze zadávacího řízení, aniž by ověřil, zda měl takový vztah konkrétní dopad na jejich jednání v rámci tohoto řízení.

33 S ohledem na předchozí úvahy je třeba na předloženou předběžnou otázku odpovědět, že:

- čl. 29 první pododstavec směrnice 92/50 musí být vykládán v tom smyslu, že nebrání tomu, aby členský stát stanovil vedle případů vyloučení, které obsahuje toto ustanovení, další případy vyloučení směřující k zaručení dodržování zásad rovného zacházení a transparentnosti za předpokladu, že taková opatření nejdou nad rámec toho, co je nezbytné k dosažení tohoto cíle, a

- právo Společenství brání vnitrostátnímu ustanovení, které při sledování legitimních cílů rovného zacházení s uchazeči a transparentnosti v rámci postupů při zadávání veřejných zakázek zavádí absolutní zákaz, aby se podniky, mezi kterými existuje ovládací vztah nebo jsou propojené, účastnily současně a jako soutěžitelé stejného nabídkového řízení, aniž by jim bylo umožněno prokázat, že tento vztah neovlivnil jejich jednání v rámci tohoto nabídkového řízení.

## K nákladům řízení

- <sup>34</sup> Vzhledem k tomu, že řízení má, pokud jde o účastníky původního řízení, povahu incidenčního řízení ve vztahu ke sporu probíhajícímu před předkládajícím soudem, je k rozhodnutí o nákladech řízení příslušný uvedený soud. Výdaje vzniklé předložením jiných vyjádření Soudnímu dvoru než vyjádření uvedených účastníků řízení se nenahrazují.

Z těchto důvodů Soudní dvůr (čtvrtý senát) rozhodl takto:

**Článek 29 první pododstavec směrnice Rady 92/50/EHS ze dne 18. června 1992 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na služby musí být vykládán v tom smyslu, že nebrání tomu, aby členský stát stanovil vedle případů vyloučení, které obsahuje toto ustanovení, další případy vyloučení směřující k zaručení dodržování zásad rovného zacházení a transparentnosti za předpokladu, že taková opatření nejdou nad rámec toho, co je nezbytné k dosažení tohoto cíle.**

**Právo Společenství brání vnitrostátnímu ustanovení, které při sledování legitimních cílů rovného zacházení s uchazeči a transparentnosti v rámci postupů při zadávání veřejných zakázek zavádí absolutní zákaz, aby se podniky, mezi kterými existuje ovládací vztah nebo jsou propojené, účastnily současně a jako soutěžitelé stejného nabídkového řízení, aniž by jim bylo umožněno prokázat, že tento vztah neovlivnil jejich jednání v rámci tohoto nabídkového řízení.**

Podpisy.