



## Sbírka soudních rozhodnutí

ROZSUDEK SOUDNÍHO DVORA (čtvrtého senátu)

20. prosince 2017\*

„Řízení o předběžné otázce – Veřejné zakázky na stavební práce – Směrnice 2004/18/ES – Článek 45 odst. 2 a 3 – Podmínky pro vyloučení z účasti na veřejné zakázce – Prohlášení o neexistenci pravomocných odsuzujících rozsudků vůči bývalým členům správní rady společnosti ucházející se o zakázku – Trestné jednání bývalého člena správní rady – Odsouzení pro trestný čin – Úplné a účinné distancování se podnikem, který se uchází o zakázku, od tohoto člena správní rady – Důkaz – Posouzení požadavků spojených s touto povinností veřejným zadavatelem“

Ve věci C-178/16,

jejímž předmětem je žádost o rozhodnutí o předběžné otázce na základě článku 267 SFEU, podaná rozhodnutím Consiglio di Stato (Státní rada, Itálie) ze dne 1. prosince 2015, došlým Soudnímu dvoru dne 24. března 2016, v řízení

**Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani SpA,**

**Guerrato SpA**

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 SpA,**

**Inso Sistemi per le Infrastrutture Sociali SpA,**

SOUDNÍ DVŮR (čtvrtý senát),

ve složení T. von Danwitz, předseda senátu, C. Vajda, E. Juhász (zpravodaj), K. Jürimäe a C. Lycourgos, soudci,

generální advokát: M. Campos Sánchez-Bordona,

vedoucí soudní kanceláře: L. Hewlett, vrchní rada,

\* Jednací jazyk: italština.

s přihlédnutím k písemné části řízení a po jednání konaném dne 5. dubna 2017,

s ohledem na vyjádření předložená:

- za Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani SpA a Guerrato SpA M. A. Sandulli a L. Antoninim, avvocati,
- za Provincia autonoma di Bolzano a Agenzia per i procedimenti e la vigilanza in materia di contratti pubblici di lavori servizi e forniture (ACP) C. Guccionem, avvocato, R. von Guggenberg, Rechtsanwältin, L. Fadanelli, A. Roilo a S. Bikircherem, avvocati,
- za Società Italiana per Condotte d'acqua SpA A. Guarinem a C. Martelli, avvocati,
- za italskou vládu G. Palmieri, jako zmocněnkyní, ve spolupráci s C. Pluchino a P. Grassem, avvocati dello Stato,
- za Evropskou komisi G. Gattinarou a A. Tokárem, jako zmocněnci,

po vyslechnutí stanoviska generálního advokáta na jednání konaném dne 21. června 2017,

vydává tento

### **Rozsudek**

- 1 Žádost o rozhodnutí o předběžné otázce se týká výkladu čl. 45 odst. 2 prvního pododstavce písm. c) a g) a odst. 3 písm. a) směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES ze dne 31. března 2004 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby (Úř. věst. 2004, L 134, s. 114; Zvl. vyd. 06/07, s. 132), jakož i výkladu určitých obecných zásad unijního práva.
- 2 Tato žádost byla předložena v rámci sporu mezi společnostmi Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani SpA (dále jen „Mantovani“) a Guerrato SpA, kdy prvně jmenovaná jedná vlastním jménem a současně jako hlavní zmocněnec dočasného sdružení podniků, jež má být vytvořeno se společností Guerrato, na jedné straně a Provincia autonoma di Bolzano (autonomní provincie Bolzano, Itálie, dále jen „provincie Bolzano“), Agenzia per i procedimenti e la vigilanza in materia di contratti pubblici di lavori servizi e forniture (ACP) [agentura pro postupy a kontrolu v oblasti veřejných zakázek na stavební práce, služby a dodávky (ACP)] a Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) [národní úřad pro boj s korupcí (ANAC)], na straně druhé ohledně vyloučení společnosti Mantovani ze zadávacího řízení týkajícího se veřejné zakázky na stavební práce, jejímž předmětem je financování, vypracování konečného a prováděcího projektu, výstavba a správa nové věznice v Bolzanu.

### ***Právní rámec***

#### *Unijní právo*

- 3 Bod 2 odůvodnění směrnice 2004/18 zní:

„Zadávání zakázek sjednaných v členských státech jménem státu, regionálních nebo místních orgánů a jiných veřejnoprávních subjektů musí dodržovat zásady Smlouvy, zejména se zásadou [zejména zásadu] volného pohybu zboží, zásadou [zásadu] svobody usazování a zásadou [zásadu] svobodného poskytování služeb a se zásadami [zásady] z nich odvozenými [odvozené], jako je zásada rovného zacházení, zásada zákazu diskriminace, zásada vzájemného uznávání, zásada proporcionality a zásada transparentnosti. [...]“.

4 Článek 45 směrnice 2004/18, nadepsaný „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:

[...]

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 právnickým 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 [trestného činu zpochybňujícího jeho profesní etiku];

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].

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

3. Veřejní zadavatelé přijmou jako dostatečný důkaz pro to, že se hospodářského subjektu žádný z případů uvedených v odst. 1 písm. a), b), c), e) nebo f) netýká:

a) pokud jde o odstavec 1 a odst. 2 písm. a), b) a c), předložení výpisu ze soudního spisu [výpisu z rejstříku trestů], nebo pokud to není možné, rovnocenného dokladu vydaného příslušným soudním nebo správním orgánem v zemi původu nebo v zemi, z níž tato osoba pochází, jež dokazuje, že tyto požadavky byly splněny;

[...]“

*Italské právo*

- 5 Decreto legislativo n. 163 – Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (legislativní nařízení č. 163/2006, kterým se stanoví kodex veřejných zakázek na stavební práce, služby a dodávky k provedení směrnic 2004/17/ES a 2004/18/ES) ze dne 12. dubna 2006 (běžný dodatek GURI č. 100, 2. května 2006), ve znění legislativního nařízení č. 70 ze dne 13. května 2011 (GURI č. 110, 13. května 2011, s. 1) přeměněného

na zákon zákonem č. 106 ze dne 12. července 2011 (GURI č. 160, 12. července 2011, s. 1, dále jen „legislativní nařízení č. 163/2006“), upravuje v Itálii v úplném rozsahu postupy při zadávání veřejných zakázek v odvětvích stavebních prací, služeb a dodávek.

- 6 Legislativní nařízení č. 163/2006 obsahuje v části II článek 38, který stanoví obecné podmínky účasti na postupech udělování koncesí a zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby. Článek 38 odst. 1 písm. c) tohoto legislativního nařízení stanoví:

„Z účasti na postupech udělování koncesí a zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby a z možnosti stát se subdodavatelem a uzavírat příslušné smlouvy je vyloučena každá osoba:

[...]

- c) která byla pravomocným rozsudkem, trestním příkazem nebo rozsudkem o schválení dohody o vině a trestu podle článku 444 trestního řádu odsouzena pro závažné trestné činy zpochybňující její profesní etiku, kterými byl poškozen stát nebo Společenství; důvodem pro vyloučení je v každém případě pravomocný odsuzující rozsudek za jeden nebo více trestných činů účasti na zločinném spolčení, korupce, podvodu, praní peněz, tak jak jsou vymezeny v aktech Společenství citovaných v čl. 45 odst. 1 směrnice 2004/18; vyloučení a zákaz se uplatní, byl-li rozsudek nebo trestní příkaz vydán proti vlastníkovi nebo technickému řediteli, jedná-li se o podnik provozovaný po živnostensku, proti společníkům nebo technickému řediteli, jedná-li se o veřejnou obchodní společnost, proti komplementářům nebo technickému řediteli, jedná-li se o zjednodušenou komanditní společnost, proti členům správní rady s oprávněním zastupovat, technickému řediteli nebo jedinému společníkovi-fyzické osobě nebo také proti majoritnímu společníkovi v případě společnosti s méně než čtyřmi společníky, jedná-li se o společnost jiného typu nebo o konsorcium. V každém případě se vyloučení a zákaz uplatní též na osoby zbavené jejich funkcí během roku předcházejícího dni zveřejnění oznámení o zakázce, pokud podnik neprokáže, že se úplně a účinně distancoval od jednání, za něž byl uložen trest; vyloučení a zákaz se každopádně neuplatní, byla-li trestnost činu zrušena nebo došlo-li k rehabilitaci, tzn. že byl trestný čin po odsouzení prohlášen za zaniklý nebo bylo odsouzení zrušeno; [...]"

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

- 7 Oznámením zveřejněným v *Úředním věstníku Evropské unie* dne 27. července 2013 (S 145-251280) vyhlásila provincie Bolzano otevřené zadávací řízení na stavební práce, jehož předmětem bylo financování, vypracování konečného a prováděcího projektu, výstavba a správa nové věznice v Bolzanu. Odhadované náklady na stavební práce činily 165 400 000 eur.
- 8 Společnost Mantovani podala dne 16. prosince 2013 žádost o účast vlastním jménem a současně jako hlavní zmocněnec budoucího dočasného sdružení podniků. Tato společnost předložila dvě prohlášení týkající se dodržení obecných podmínek stanovených v článku 38 legislativního nařízení č. 163/2006. Dne 4. prosince 2013 prohlásila, že vůči p. B., předsedovi správní rady, generálnímu řediteli a statutárnímu orgánu, který své funkce přestal vykonávat k 6. březnu 2013, nebyl vydán žádný pravomocný odsuzující rozsudek. Dne 16. prosince 2013 společnost Mantovani obsah svého prohlášení zopakovala.
- 9 Na zasedání dne 9. ledna 2014 veřejný zadavatel připustil žádost o účast společnosti Mantovani, s jistými výhradami, do doby, než uvedená společnost poskytne určité upřesňující informace ohledně p. B. V jistém článku publikovaném dne 6. prosince 2013 v místním tisku bylo totiž odhaleno, že byl p. B. trestně stíhán pro podněcování k systému falešných faktur a že uzavřel dohodu o vině a trestu s trestem odnětí svobody v délce jednoho roku a deseti měsíců.

- 10 Následně si veřejný zadavatel opatřil výpis z rejstříku trestů p. B., z něhož vyplývalo, že k odsouzení jmenovaného došlo dne 5. prosince 2013 a že odsuzující rozsudek nabyl právní moci dne 29. března 2014. Na zasedání dne 29. května 2014 vyzval veřejný zadavatel společnost Mantovani, aby k tomuto odsouzení podala upřesňující informace.
- 11 Společnost Mantovani mimo jiné odpověděla, že odsouzení p. B. nabylo právní moci až po jejích prohlášeních ze 4. a 16. prosince 2013, s tím, že rozsudek ze dne 6. prosince 2013 byl vyhlášen na poradě soudu, a nikoli na veřejném zasedání, a k jeho zveřejnění došlo teprve 3. února 2014. Společnost Mantovani dodala, že na důkaz toho, že se podnik od jednání p. B. úplně a účinně distancoval, byl jmenovaný okamžitě zbaven veškerých řídicích funkcí ve skupině Mantovani, řídicí orgány společnosti byly reorganizovány, akcie p. B. byly odkoupeny a byla proti němu podána žaloba na náhradu škody.
- 12 Po sestavení pořadí, v němž se společnost Mantovani umístila s výhradou na pátém místě, si veřejný zadavatel vyžádal stanovisko ANAC k zákonnosti případného vyloučení společnosti Mantovani. ANAC v podstatě odpověděl, že vzhledem k neexistenci pravomocného rozsudku sice nelze prohlášení společnosti Mantovani kvalifikovat jako „zkreslení“, avšak včasné neinformování o vývoji trestního řízení vedeného s jednou z osob uvedených v čl. 38 odst. 1 písm. c) legislativního nařízení č. 163/2006 může být porušením povinnosti loajální spolupráce s veřejným zadavatelem, a podkopat tak úplně a účinně distancování se od dotyčné osoby.
- 13 Za těchto podmínek se veřejný zadavatel na schůzi dne 27. února 2015 rozhodl vyloučit společnost Mantovani ze zadávacího řízení. Podle zápisu z této schůze bylo konstatováno, že obecné podmínky požadované v článku 38 legislativního nařízení č. 163/2006 nebyly splněny „z důvodu opožděnosti a nedostatečnosti údajů poskytnutých společností na důkaz toho, že se distancovala od trestně postižitelného jednání osoby, která přestala vykonávat své řídicí funkce“, a že k odsouzení „došlo ještě před prohlášením předloženým v zadávacím řízení a společnost Mantovani mohla toto odsouzení jako takové oznámit ve stadiu posuzování účasti“.
- 14 Společnost Mantovani napadla toto rozhodnutí o vyloučení ze zadávacího řízení žalobou u Tribunale regionale di giustizia amministrativa, Sezione autonoma di Bolzano (regionální správní soud, samostatné oddělení Bolzano, Itálie). Rozsudkem ze dne 27. srpna 2015 uvedený soud potvrdil zákonnost vyloučení, přičemž uvedl, že o existenci odsouzení p. B. mohlo být učiněno prohlášení v průběhu zadávacího řízení a že pouze uchazeč, který podal prohlášení shodná se skutečností, neuvádějící veřejného zadavatele v omyl, se může dovolávat toho, že se distancoval podle čl. 38 odst. 1 písm. c) legislativního nařízení č. 163/2006.
- 15 Společnost Mantovani tento rozsudek napadla u Consiglio di Stato (Státní rada, Itálie) zejména z důvodu, že článek 38 legislativního nařízení č. 163/2006 je v rozporu s unijním právem, a navrhla, aby byla Soudnímu dvoru předložena žádost o rozhodnutí o předběžné otázce.
- 16 Za těchto podmínek se Consiglio di Stato (Státní rada) rozhodla přerušit řízení a položit Soudnímu dvoru následující předběžnou otázku:

„Brání správnému použití čl. 45 odst. 2 prvního pododstavce písm. c) a g) a odst. 3 písm. a) směrnice 2004/18 a v unijním právu platných zásad ochrany legitimního očekávání, právní jistoty, rovného zacházení, proporcionality a transparentnosti, zákazu zatěžování řízení a maximální otevřenosti veřejných zakázek hospodářské soutěži, jakož i taxativnosti a určitosti činů, za něž je možné uložit sankce, taková vnitrostátní právní úprava, jako je ustanovení čl. 38 odst. 1 písm. c) legislativního nařízení [č. 163/2006], v rozsahu, ve kterém rozšiřuje obsah v něm stanovené oznamovací povinnosti ohledně neexistence pravomocných odsuzujících rozsudků (včetně rozsudků o schválení dohody o vině a trestu) za trestné činy, které jsou v něm uvedené, na osoby, které zastávaly v rámci podniků ucházejících se o zakázku funkce, jež přestaly vykonávat v roce předcházejícím zveřejnění oznámení o veřejné zakázce, a stanoví jako důvod pro vyloučení ze zadávacího řízení, pokud podnik neprokáže,

že se plně a účinně distancoval od jednání těchto osob, za něž byl uložen trest, přičemž 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 dosud nerozhodnutých pravomocným rozsudkem (a tedy z povahy věci s nejistým výsledkem), které nejsou stanoveny zákonem ani ve vztahu k osobám ve funkci;
- ii) povinnost spontánního distancování se od protiprávního jednání, s tím, že u této povinnosti není vymezen druh jednání vylučujících protiprávnost, příslušné časové období (které může i předcházet právní moci trestního rozsudku) a fáze řízení, v níž má být splněna;
- iii) povinnost loajální spolupráce, jejíž obsah není definován, s výjimkou odkazu na obecnou zásadu dobré víry?“

### ***K předběžné otázce***

#### *K přípustnosti*

- 17 Provincie Bolzano má za to, že žádost o rozhodnutí o předběžné otázce je nepřípustná. Podle ní již Soudní dvůr v rozsudku ze dne 10. července 2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici (C-358/12, EU:C:2014:2063), rozhodl o otázce týkající se výkladu čl. 45 odst. 2 směrnice 2004/18, která byla podobná otázce vznesené v projednávané věci.
- 18 V tomto ohledu stačí poukázat na to, že žádost o rozhodnutí o předběžné otázce týkající se výkladu není nepřípustná jen proto, že je údajně podobná předběžné otázce, o níž už Soudní dvůr rozhodl. Věc, v níž byl vydán rozsudek uvedený v předchozím bodě, se každopádně týkala jiné právní situace, kdy šlo o vyloučení uchazeče z důvodu nezaplacení příspěvků na sociální zabezpečení v rámci zadávacího řízení, na které se vztahovala pouze základní pravidla a obecné zásady Smlouvy o FEU, neboť prahové hodnoty stanovené v čl. 7 písm. c) směrnice 2004/18 nebylo dosaženo.
- 19 Provincie Bolzano je dále toho názoru, že předběžná otázka nemá žádný vztah ke sporu v původním řízení, neboť vyloučení nebylo sankcí za porušení informační či oznamovací povinnosti, nýbrž za to, že se společnost úplně a účinně nedistancovala od jednání svého bývalého člena správní rady p. B. Dále odkazovat na důvod pro vyloučení uvedený v čl. 45 odst. 2 prvním pododstavci písm. g) a odst. 3 směrnice 2004/18 – tj. na případ zkreslení – podle ní není relevantní, ani rozhodné.
- 20 V tomto ohledu je třeba připomenout, že se na otázky týkající se unijního práva vztahuje domněnka relevance. Soudní dvůr může odmítnout rozhodnutí o předběžné otázce položené vnitrostátním soudem pouze tehdy, je-li zjevné, že žádaný výklad unijního práva nemá žádný vztah k realitě nebo předmětu sporu v původním řízení, jestliže se jedná o hypotetický problém nebo také jestliže Soudní dvůr nedisponuje skutkovými nebo právními poznatky nezbytnými pro užitečnou odpověď na otázky, které jsou mu položeny (rozsudek ze dne 8. září 2015, Taricco a další, C-105/14, EU:C:2015:555, bod 30 a citovaná judikatura).
- 21 V daném případě předkládající soud uvedl, že prohlášení učiněná společností Mantovani ve dnech 4. a 16. prosince 2013 o neexistenci pravomocného rozsudku nemohou být kvalifikována jako „zkreslení“ ve smyslu čl. 45 odst. 2 prvního pododstavce písm. g) směrnice 2004/18. Upřesnil však, že se musí vypořádat s otázkou, zda unijní právo umožňuje, aby byla zohledněna absence prohlášení o trestních řízeních týkajících se bývalých členů správní rady podniku ucházejícího se o zakázku, v nichž dosud nebylo pravomocně rozhodnuto.

- 22 Za těchto podmínek není zjevné, že by předběžná otázka neměla žádný vztah k realitě nebo předmětu sporu v původním řízení.
- 23 Z toho vyplývá, že žádost o rozhodnutí o předběžné otázce je přípustná.

*K věci samé*

- 24 Podstatou otázky předkládajícího soudu je, zda směrnice 2004/18, konkrétně její čl. 45 odst. 2 první pododstavec písm. c) a g) a čl. 45 odst. 3 písm. a), jakož i zásady ochrany legitimního očekávání, právní jistoty, rovného zacházení, proporcionality a transparentnosti musí být vykládány v tom smyslu, že brání vnitrostátní právní úpravě, která veřejnému zadavateli umožňuje zohlednit za podmínek, které sám stanovil, odsouzení člena správní rady podniku ucházejícího se o zakázku pro trestný čin zpochybňující profesní etiku tohoto podniku, jestliže tento člen správní rady přestal své funkce vykonávat v roce předcházejícím zveřejnění oznámení o veřejné zakázce, a vyloučit uvedený podnik z účasti na předmětném zadávacím řízení proto, že vzhledem k neoznámení tohoto dosud nepravomocného odsouzení se úplně a účinně nedistancoval od jednání tohoto člena správní rady.
- 25 Úvodem je třeba poukázat na to, že předkládající soud v textu předběžné otázky odkazuje na důvody pro vyloučení uvedené v čl. 45 odst. 2 prvním pododstavci písm. c) a g) směrnice 2004/18, přičemž písmeno c) se týká vyloučení uchazeče, který byl pravomocným rozsudkem uznán vinným, v souladu s právními předpisy dané země, ze spáchání trestného činu zpochybňujícího jeho profesní etiku, a písmeno g) se týká vyloučení uchazeče, který se dopustil vážného zkreslení při poskytování informací, které mohou být vyžadovány podle oddílu 2 kapitoly VII této směrnice, nebo uvedené informace neposkytl.
- 26 Jak vyplývá z informací obsažených v předkládacím rozhodnutí, společnost Mantovani byla ze zadávacího řízení vyloučena z důvodu opožděného a neúplného oznámení skutečností prokazujících, že se distancovala od jednání člena své správní rady. Bylo jí konkrétně vytýkáno, že v prohlášeních ze 4. a 16. prosince 2013 neuvedla, že s bývalým členem její správní rady bylo vedeno trestní řízení, ve kterém byla na poradě soudu dne 6. prosince 2013 uzavřena dohoda o vině a trestu.
- 27 Jak tvrdí Evropská komise, bylo by tedy možné se domnívat, že se na skutkový stav ve věci v původním řízení může vztáhnout důvod pro vyloučení uvedený v čl. 45 odst. 2 prvním pododstavci písm. d) směrnice 2004/18, který umožňuje vyloučit uchazeče, který se dopustil vážného profesního pochybení, které mohou veřejní zadavatelé prokázat jakýmkoli prostředky.
- 28 Z ustálené judikatury přitom plyne, že okolnost, že předkládající soud formuloval předběžnou otázku tak, že odkázal pouze na určitá ustanovení unijního práva, nebrání tomu, aby Soudní dvůr tomuto soudu poskytl veškeré 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, zejména z odůvodnění předkládacího rozhodnutí, vytěžil ty prvky unijního práva, které je s přihlédnutím k předmětu sporu třeba vyložit (viz zejména rozsudek ze dne 22. října 2015, Impresa Edilux a SICEF, C-425/14, EU:C:2015:721, bod 20 a citovaná judikatura).
- 29 Za těchto podmínek je třeba vycházet z toho, že se předběžná otázka týká též výkladu fakultativního důvodu pro vyloučení uvedeného v čl. 45 odst. 2 prvním pododstavci písm. d) směrnice 2004/18.
- 30 K fakultativním důvodům pro vyloučení je třeba bez dalšího konstatovat, že v souladu s čl. 45 odst. 2 posledním pododstavcem směrnice 2004/18 přísluší členským státům stanovit s přihlédnutím k unijnímu právu „podmínky pro jejich uplatňování“.

- 31 V souladu s ustálenou judikaturou platí, že čl. 45 odst. 2 směrnice 2004/18 nezamýšlí jednotné používání důvodů pro vyloučení v něm uvedených na úrovni Unie, jelikož členské státy mají možnost tyto důvody pro vyloučení nepoužít nebo je začlenit do vnitrostátní právní úpravy se stupněm přísnosti, který se může lišit případ od případu v závislosti na právních, ekonomických nebo sociálních okolnostech panujících na vnitrostátní úrovni. V tomto rámci mají členské státy pravomoc zmírnit nebo učinit flexibilnějšími kritéria stanovená v tomto ustanovení (rozsudek ze dne 14. prosince 2016, *Connexion Taxi Services*, C-171/15, EU:C:2016:948, bod 29 a citovaná judikatura).
- 32 Členské státy tedy mají při určování podmínek pro uplatnění fakultativních důvodů pro vyloučení stanovených v čl. 45 odst. 2 směrnice 2004/18 nepochybnou posuzovací pravomoc.
- 33 V případě fakultativního důvodu pro vyloučení stanoveného v čl. 45 odst. 2 prvním pododstavci písm. c) uvedené směrnice, který veřejným zadavatelům umožňuje vyloučit z účasti na zadávacím řízení uchazeče, který byl pravomocným rozsudkem uznán vinným, v souladu s právními předpisy dané země, ze spáchání trestného činu zpochybňujícího jeho profesní etiku, je třeba nejprve uvést, že neupřesňuje, v jaké míře mohou trestné činy spáchané řídicími pracovníky nebo členy správní rady právnické osoby vést k jejímu vyloučení na základě uvedeného ustanovení.
- 34 Jak nicméně uvedl generální advokát v bodech 54 a 58 svého stanoviska, unijní právo vychází z předpokladu, že právnické osoby jednají prostřednictvím svých zástupců. Jednání těchto zástupců, které je v rozporu s profesní etikou, tedy může být relevantním faktorem pro posouzení profesní etiky podniku. Při výkonu své pravomoci stanovit podmínky pro uplatnění fakultativních důvodů pro vyloučení si tedy členské státy mohou vybrat – jako jednu ze skutečností relevantních pro posouzení etiky podniku ucházejícího se o zakázku – existenci případného jednání členů správní rady tohoto podniku odporujícího profesní etice.
- 35 V tomto ohledu čl. 45 odst. 1 *in fine* směrnice 2004/18 v rámci povinných důvodů pro vyloučení připouští, že vnitrostátní právo může zohlednit existenci právně postižitelného jednání členů správní rady právnické osoby. Nic tedy nebrání tomu, aby členské státy při provedení důvodu pro vyloučení stanoveného v čl. 45 odst. 2 prvním pododstavci písm. c) směrnice 2004/18 považovaly jednání člena správní rady zastupujícího podnik ucházející se o zakázku za jednání přičitatelné tomuto podniku.
- 36 Zohlednění jednání členů správní rady uchazeče-právnické osoby v rámci důvodu pro vyloučení stanoveného v čl. 45 odst. 2 prvním pododstavci písm. c) směrnice 2004/18 tedy nemůže být považováno za „rozšíření“ rozsahu působnosti tohoto důvodu pro vyloučení, nýbrž jde o jeho provedení při zachování užitečného účinku tohoto důvodu pro vyloučení.
- 37 Uplatnění tohoto důvodu pro vyloučení nemůže bránit ani to, že skutkové okolnosti, jež mohou vést k vyloučení uchazeče, vycházejí z jednání člena správní rady, který ke dni podání žádosti o účast v zadávacím řízení přestal vykonávat své funkce.
- 38 Uvedený důvod pro vyloučení se totiž zcela zjevně týká provinění hospodářského subjektu, k němuž došlo před zadávacím řízením na veřejnou zakázku. Je na členském státu, aby s přihlédnutím k zásadě proporcionality určil, od kterého data může takové jednání odůvodňovat vyloučení uchazeče.
- 39 Pokud jde dále o otázku, zda určitý trestný čin zpochybňuje profesní etiku podniku ucházejícího se o zakázku, je třeba konstatovat, že účast člena správní rady společnosti na vystavení falešných faktur lze považovat za trestný čin zpochybňující profesní etiku.
- 40 Konečně k podmínce, že rozsudek musí být pravomocný, je třeba poznamenat, že tato podmínka byla ve věci v původním řízení splněna vzhledem k tomu, že rozhodnutí o vyloučení bylo přijato poté, co rozsudek týkající se p. B. nabyl právní moci.



- 41 V souladu s judikaturou citovanou v bodě 31 tohoto rozsudku je členský stát oprávněn zmírnit podmínky pro uplatnění fakultativních důvodů pro vyloučení, a upustit tedy od uplatnění důvodu pro vyloučení v případě, že se podnik ucházející se o zakázku distancoval od jednání představujícího trestný čin. V tomto případě je rovněž oprávněn určit podmínky pro toto distancování se a požadovat, jak činí italské právo, aby podnik ucházející se o zakázku oznámil veřejnému zadavateli odsouzení člena jeho správní rady, i když dosud není pravomocné.
- 42 Podnik ucházející se o zakázku, který musí tyto podmínky splnit, může předložit veškeré důkazy, které dle jeho názoru takové distancování se prokazují.
- 43 Nelze-li toto distancování se veřejnému zadavateli uspokojivým způsobem prokázat, je pak nutným důsledkem uplatnění důvodu pro vyloučení.
- 44 S ohledem na to, co bylo uvedeno v bodě 27 tohoto rozsudku, může být čl. 45 odst. 2 první pododstavec písm. d) směrnice 2004/18 použit v situaci, kdy odsuzující rozsudek pro trestný čin zpochybňující profesní etiku člena správní rady podniku ucházejícího se o zakázku není dosud pravomocný. Toto ustanovení umožňuje vyloučení podniku ucházejícího se o zakázku, který se dopustil vážného profesního pochybení, které mohou veřejní zadavatelé prokázat jakýmkoli prostředky.
- 45 V tomto ohledu je třeba konstatovat, že úvahy uvedené v bodech 34 až 43 tohoto rozsudku platí a jsou použitelné *mutatis mutandis* i v případě vážného profesního pochybení.
- 46 Jedním z rozdílů oproti použití čl. 45 odst. 2 prvního pododstavce písm. c) směrnice 2004/18 je skutečnost, že takové vážné pochybení může prokázat veřejný zadavatel, a to „jakýmkoli prostředky“.
- 47 Za tím účelem může soudní rozhodnutí, byť ještě není pravomocné, poskytnout veřejnému zadavateli v závislosti na jeho předmětu vhodný prostředek k prokázání existence vážného profesního pochybení, přičemž jeho rozhodnutí každopádně podléhá soudnímu přezkumu.
- 48 Je třeba dodat, že podle čl. 45 odst. 2 prvního pododstavce písm. g) směrnice 2004/18 může být uchazeč vyloučen, dopustil-li se vážného zkreslení, ale také když neposkytne informace, které mohou být požadovány podle oddílu 2 kapitoly VII hlavy II této směrnice, tj. v souvislosti s „kritérii pro kvalitativní výběr“. Také neinformování veřejného zadavatele o trestně postižitelném jednání bývalého člena správní rady tedy může být skutečností umožňující vyloučit podle tohoto ustanovení uchazeče z účasti v zadávacím řízení na veřejnou zakázku.
- 49 V souvislosti s čl. 45 odst. 3 prvním pododstavcem písm. a) uvedené směrnice stačí poznamenat, že předkládající soud neobjasňuje, do jaké míry má být výklad tohoto ustanovení nezbytný vzhledem ke skutkovému stavu ve věci v původním řízení.
- 50 Předkládající soud v předběžné otázce odkazuje ještě na několik zásad, z nichž jen některé získaly postavení zásad unijního práva, přičemž přesně neobjasňuje, jak by mohly být z hlediska skutkového stavu v posuzované věci relevantní a bránit vnitrostátní právní úpravě, o níž jde ve věci v původním řízení.
- 51 Pokud jde o zásadu rovného zacházení, stačí za těchto okolností poznamenat, že s ohledem na cíl této právní úpravy, kterým je chránit integritu řízení o veřejné zakázce, nelze situaci podniku ucházejícího se o zakázku, jehož člen správní rady se dopustil trestného činu zpochybňujícího profesní etiku tohoto podniku nebo vážného profesního pochybení, považovat za srovnatelnou se situací podniku ucházejícího se o zakázku, jeho člen správní rady se takového jednání nedopustil.

- 52 Co se týče zásad právní jistoty, ochrany legitimního očekávání a transparentnosti, z žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce nevyplývá, do jaké míry by mohl být jejich výklad nezbytný z hlediska věci v původním řízení.
- 53 Pokud jde o zásadu proporcionality, její použití je třeba zkoumat z hlediska toho, jaký vliv má datum, od kterého lze mít za to, že provinění člena správní rady povede k vyloučení podniku ucházejícího se o zakázku. V případě příliš velkého časového odstupu by se totiž mohlo stát, že vnitrostátní právní úprava zúží rozsah působnosti unijních směrnic v oblasti veřejných zakázek.
- 54 V tomto ohledu se zohlednění provinění, k němuž došlo v roce předcházejícím zveřejnění oznámení o veřejné zakázce, nejvíce nepříjemné, a to tím spíše, že právní úprava, o níž jde ve věci v původním řízení, stanoví, že podnik může prokázat, že se úplně a účinně distancoval od jednání člena své správní rady.
- 55 Vzhledem ke všem předchozím úvahám je třeba na položenou otázku odpovědět tak, že směrnice 2004/18, konkrétně její čl. 45 odst. 2 první pododstavec písm. c), d) a g), a zásady rovného zacházení a proporcionality musí být vykládány v tom smyslu, že nebrání vnitrostátní právní úpravě, která veřejnému zadavateli umožňuje:
- zohlednit za podmínek, které sám stanovil, odsouzení člena správní rady podniku ucházejícího se o zakázku, i když toto odsouzení ještě nenabylo právní moci, pro trestný čin zpochybňující profesní etiku tohoto podniku, jestliže tento člen správní rady přestal své funkce vykonávat v roce předcházejícím zveřejnění oznámení o veřejné zakázce, a
  - vyloučit uvedený podnik z účasti na předmětném zadávacím řízení proto, že vzhledem k neoznámení tohoto dosud nepravomocného odsouzení se úplně a účinně nedistancoval od jednání tohoto člena správní rady.

### ***K nákladům řízení***

- 56 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:

**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, konkrétně její čl. 45 odst. 2 první pododstavec písm. c), d) a g), a zásady rovného zacházení a proporcionality musí být vykládány v tom smyslu, že nebrání vnitrostátní právní úpravě, která veřejnému zadavateli umožňuje:**

- **zohlednit za podmínek, které sám stanovil, odsouzení člena správní rady podniku ucházejícího se o zakázku, i když toto odsouzení ještě nenabylo právní moci, pro trestný čin zpochybňující profesní etiku tohoto podniku, jestliže tento člen správní rady přestal své funkce vykonávat v roce předcházejícím zveřejnění oznámení o veřejné zakázce, a**
- **vyložit uvedený podnik z účasti na předmětném zadávacím řízení proto, že vzhledem k neoznámení tohoto dosud nepravomocného odsouzení se úplně a účinně nedistancoval od jednání tohoto člena správní rady.**

Podpisy.