Zbierka súdnych rozhodnutí

NÁVRHY GENERÁLNEJ ADVOKÁTKY
ELEANOR SHARPSTON
prednesené 1. decembra 2016 [1]

Vec C-298/15

UAB „Borta“

[návrh na začatie prejudiciálneho konania, ktorý podal Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Najvyšší súd Litvy)]

„Verejné zákazky — Kvalitatívne kritériá výberu — Požiadavka, aby ‚hlavnú prácu‘ vykonal samotný úspešný uchádzač — Preukázanie odbornej spôsobilosti — Ponuka predložená skupinou subjektov — Požiadavka, aby bol podiel každého partnera úmerný jeho podielu pri preukazovaní odbornej spôsobilosti — Postup zadávania zákazky — Úprava súťažných podkladov v priebehu tohto postupu — Zásada rovnakého zaobchádzania a transparentnosti“

Predmetný návrh na začatie prejudiciálneho konania, ktorý podal Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Naj

vyšší súd Litvy), sa týka súťažných podkladov pre zadanie verejnej zákazky na výstavbu prístavnej hrádze v prístave Klaipėda (Litva). Uvedené podklady obsahujú ustanovenia, ktorými sa riadia ponuky predkladané partnermi pôsobiacimi v spoločnom podniku. Tie vyžadujú, aby každý partner

1. *vykonal* časť zákazky, ktorá zodpovedá jeho podielu pri preukazovaní odbornej praxe spoločného podniku na úrovni *zadávania* verejnej zákazky. Vnútroštátny súd má pochybnosti o tom, či je takáto požiadavka zlučiteľná s pravidlami o združovaní odborných spôsobilostí, ktoré zakotvujú právne predpisy Únie o verejnom obstarávaní. Vzhľadom na to, že napadnutá požiadavka bola oznámená až niekoľko týždňov po uverejnení oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania, vnútroštátny súd žiada aj o usmernenie, či (a ak áno, za akých okolností) sú verejní obstarávatelia oprávnení meniť súťažné podklady v priebehu postupu zadávania zákazky. Zároveň z úradnej moci vznáša otázku, či právne predpisy Únie o verejnom obstarávaní bránia ustanoveniu litovského zákona, ktorý v rámci verejných zákaziek na práce zakazuje vykonanie „hlavnej práce“ prostredníctvom uzatvorenia zmlúv so subdodávateľmi.

2. Prvý problém sa vynára v súvislosti s právomocou Súdneho dvora odpovedať na tieto otázky. Vnútroštátny súd vyjadril svoje obavy v kontexte smernice 2004/17/ES [2]. Je však nesporné, že predpokladaná hodnota dotknutej verejnej zákazky nedosahuje prahovú hodnotu a že v dôsledku toho sa táto smernica nevzťahuje na konanie vo veci samej. Uplatňuje sa táto smernica na predmetnú zákazku priamo a bezpodmienečne na základe litovského práva? Ak áno, podľa ustálenej judikatúry má Súdny dvor právomoc na výklad príslušných ustanovení tejto smernice. Alternatívne v prípade, že

1 — Jazyk prednesu: angličtina.

2 — Smernica Európskeho parlamentu a Rady z 31. marca 2004 o koordinácii postupov obstarávania subjektov pôsobiacich v odvetviach vodného hospodárstva, energetiky, dopravy a poštových služieb (Ú. v. EÚ L 134, 2004, s. 1; Mim. vyd. 06/007, s. 19). Relevantné znenie tejto smernice je jej znenie naposledy zmenené a doplnené nariadením Komisie (EÚ) č. 1336/2013 z 13. decembra 2013 (Ú. v. EÚ L 335, 2013, s. 17).

dotknutá zákazka predstavuje nepochybný cezhraničný záujem, jej zadanie bude podliehať základným pravidlám a všeobecným zásadám ZFEÚ (najmä zásadám voľného pohybu v zmysle článkov 49 a 56 ZFEÚ), a v takomto prípade je povinnosťou Súdneho dvora poskytnúť vnútroštátnemu súdu užitočné usmernenie na tomto základe.

Právny rámec

Právo Únie

3. Odôvodnenie 9 smernice 2004/17 uvádza:

„S cieľom zaručiť liberalizáciu pri zákazkách verejného obstarávania zadávaných subjektmi pôsobiacimi v odvetviach vodného hospodárstva, energetiky, dopravy a poštových služieb, odporúča sa vypracovanie ustanovení Spoločenstva pre koordináciu zákaziek, ktoré presahujú určitú hodnotu. Takáto koordinácia vychádza z požiadaviek vyplývajúcich z článkov 14, 28 a 49 Zmluvy o ES a z článku 97 Zmluvy o Euratome, konkrétne zo zásady rovnakého zaobchádzania, pričom zásada nediskriminácie nie je nič iné, len osobitný výraz pre túto zásadu, ďalej zo zásady vzájomného uznávania, zásady primeranosti, ako aj zásady transparentnosti. Vzhľadom na povahu odvetví, na ktoré má takáto koordinácia vplyv, táto by mala pri zabezpečovaní uplatňovania týchto zásad vytvoriť rámec pre zdravú obchodnú prax a mala by umožňovať maximálnu pružnosť.

…“

4. Odôvodnenie 43 poukazuje na to, že sa odporúča zahrnúť ustanovenia o uzatváraní zmlúv so subdodávateľmi s cieľom podporovať účasť malých a stredných podnikov na trhu verejného obstarávania.

5. Článok 10 stanovuje, že „obstarávatelia zaobchádzajú s hospodárskymi subjektmi rovnako a nediskriminačne a konajú transparentne“.

6. Článok 11 ods. 2 uvádza:

„Predložiť ponuky alebo sa prihlásiť ako záujemcovia môžu aj skupiny hospodárskych subjektov. Na účely predloženia ponuky alebo žiadosti o účasť nesmú obstarávatelia od týchto skupín vyžadovať, aby nadobudli určitú právnu formu; od skupiny, ktorá je vybraná, sa to však môže vyžadovať vtedy, ak jej bola zákazka zadaná, a ak je táto zmena nevyhnutná pre uspokojivé plnenie zákazky.“

7. Článok 37 („Uzatváranie subdodávateľských zmlúv“) stanovuje:

„V zadávacích podkladoch môže obstarávateľ žiadať alebo členský štát môže od neho vyžadovať, aby od uchádzača žiadal, aby vo svojej ponuke uviedol, aký podiel zákazky má v úmysle zadať tretím osobám, ako aj navrhovaných subdodávateľov. Týmto oznámením subdodávateľov nie je dotknutá zodpovednosť hlavného hospodárskeho subjektu.“

8. Podľa článku 38 („Podmienky plnenia zákaziek“):

„Obstarávatelia môžu stanoviť osobitné podmienky týkajúce sa plnenia zákazky, ak sú tieto podmienky v súlade s právom [Únie] a sú uvedené v oznámení, ktoré sa používa ako výzva na súťaž alebo v špecifikáciách. Podmienky upravujúce plnenie zákazky sa môžu týkať najmä sociálnych a environmentálnych aspektov.“

9. Článok 53 („Kvalifikačné systémy“) stanovuje najmä, že:

„1. Obstarávatelia, ktorí si to želajú, môžu zaviesť a prevádzkovať systém kvalifikácie hospodárskych subjektov.

…

2. Systém podľa odseku 1 môže zahŕňať rozličné etapy kvalifikácie.

Prevádzkuje sa na základe objektívnych kritérií a podľa pravidiel pre kvalifikáciu, ktoré stanoví obstarávateľ.

…

5. Ak kritéria a pravidlá pre kvalifikáciu uvedené v odseku 2 zahŕňajú požiadavky týkajúce sa technickej a/alebo odbornej spôsobilosti hospodárskeho subjektu, môže tento v prípade potreby počítať s využitím spôsobilosti iných subjektov, bez ohľadu na právnu povahu vzťahov medzi ním a týmito subjektmi. V tomto prípade musí hospodársky subjekt obstarávateľovi preukázať, že tieto zdroje bude mať k dispozícii počas doby platnosti kvalifikačného systému, napríklad predložením prísľubu týchto subjektov, že potrebné zdroje dajú hospodárskemu subjektu k dispozícii.

Za rovnakých podmienok môže skupina hospodárskych subjektov, uvedená v článku 11, počítať s využitím schopností účastníkov skupiny alebo iných subjektov.

…“

Litovské právo

10. § 2 ods. 29 Lietuvos Respublikos Viešųjų pirkimų įstatymas (zákon Litovskej republiky o verejnom obstarávaní; ďalej len „zákon o verejnom obstarávaní“) definuje dodávateľa všeobecne ako každý hospodársky subjekt, ktorým je fyzická osoba, súkromná právnická osoba, verejná právnická osoba, iné organizácie alebo ich pobočky, alebo skupina týchto osôb, ktorá je schopná ponúknuť alebo ponúka tovar, služby alebo práce.

11. Podľa § 24 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní platí, že súťažné podklady vyžadujú, aby záujemca alebo uchádzač vo svojej ponuke uviedol navrhovaných subdodávateľov a môžu požadovať, aby záujemca alebo uchádzač špecifikoval podiel zákazky, ktorý má v úmysle zadať týmto subdodávateľom. Ak sú však na vykonanie zákazky na práce prizvaní subdodávatelia, hlavnú prácu stanovenú verejným obstarávateľom musí vykonať samotný dodávateľ.

12. Podľa § 27 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní môže verejný obstarávateľ z úradnej moci kedykoľvek pred uplynutím lehoty na predkladanie ponúk objasniť súťažné podklady.

13. § 32 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní uvádza, že v prípade potreby môže dodávateľ v rámci konkrétneho zadávacieho konania počítať s využitím spôsobilostí iných hospodárskych subjektov, a to bez ohľadu na povahu svojho právneho vzťahu s nimi. V tomto prípade musí dodávateľ verejnému obstarávateľovi preukázať, že tieto zdroje bude mať k dispozícii počas plnenia zákazky. Za rovnakých podmienok môže skupina hospodárskych subjektov počítať s využitím spôsobilostí členov tejto skupiny alebo iných hospodárskych subjektov.

Skutkové okolnosti, konanie a prejudiciálne otázky

14. Dňa 2. apríla 2014 uverejnil litovský štátny podnik VĮ Klaipėdos valstybinio jūrų uosto direkcija (Štátny prístavný úrad v Klaipėde, ďalej len „prístavný úrad“) oznámenie o vyhlásení verejného obstarávania na uskutočnenie „rekonštrukčných prác súvisiacich s projektom ‚Rekonštrukcia prístavných hrádzí č. 67 a 68. I. etapa‘“. Toto oznámenie o vyhlásení verejného obstarávania bolo 5. apríla 2014 uverejnené aj v *Úradnom vestníku Európskej únie.*[3]

15. Bod 3.2.1 súťažných podkladov zahŕňal nasledujúcu požiadavku: „Priemerný ročný objem prác dodávateľov týkajúci sa hlavných stavebných a montážnych prác (výstavba alebo rekonštrukcia prístavnej hrádze) za posledných päť rokov alebo za obdobie odo dňa registrácie dodávateľa (ak dodávateľ vykonáva svoju činnosť menej ako päť rokov) musí zodpovedať hodnote najmenej 5 000 000 LTL (1 448 100,09 eura) bez DPH“.

16. Bod 4.2.3 súťažných podkladov vyžadoval, aby každá ponuka „špecifikovala záväzky partnerov pôsobiacich v rámci zmluvy o spoločnom podniku vo vzťahu k vykonaniu zákazky, a to spolu s percentuálnym podielom týchto záväzkov, a uviedla, že dané rozdelenie objemu služieb sa vzťahuje iba na uvedených partnerov a nezakladá žiadne povinnosti pre klienta (verejného obstarávateľa)“.

17. Pôvodné znenie bodu 4.3 súťažných podkladov stanovovalo:

„Ak ponuku predložia dodávatelia, ktorí pôsobia v rámci zmluvy o spoločnom podniku, požiadavky uvedené v [bode 3.2.1] musí spĺňať aspoň jeden partner v takomto spoločnom podniku alebo všetci partneri pôsobiaci v spoločnom podniku dohromady. … [Prístavný úrad] v zmysle § 24 ods. 5 [zákona o verejnom obstarávaní] uvádza, že hlavná práca pozostáva z položky 1.2.8 uvedenej v časti výstavba v rámci súpisu materiálu a prác, a preto musí túto prácu vykonať samotný dodávateľ.“[4]

18. Prístavný úrad z úradnej moci prvýkrát pozmenil bod 4.3 podkladov 24. apríla 2014. Jeho nové znenie, ktoré bolo zverejnené v *Úradnom vestníku Európskej únie*, stanovovalo najmä, že ak ponuku predložia dodávatelia, ktorí pôsobia v rámci zmluvy o spoločnom podniku, každý partner v takomto spoločnom podniku musí spĺňať aspoň 50 % požiadavky uvedenej v bode 3.2.1. V dôsledku tejto zmeny prístavný úrad predĺžil lehotu na predkladanie ponúk.

19. Takéto nové vymedzenie napadla na prístavnom úrade 3. mája 2014 UAB Borta, spoločnosť s ručením obmedzeným založená podľa litovského práva. V dôsledku toho prístavný úrad rozhodnutím z 9. mája 2014 pozmenil bod 4.3 súťažných podkladov druhýkrát.[5] Nové (a konečné) znenie tohto bodu stanovovalo:

„Ak ponuku predložia dodávatelia, ktorí pôsobia v rámci zmluvy o spoločnom podniku, požiadavky uvedené v bodoch 3.2.1… musí spĺňať aspoň jeden partner v takomto spoločnom podniku alebo všetci partneri pôsobiaci v spoločnom podniku dohromady. Podiel partnera (objem vykonaných prác) v rámci zmluvy o spoločnom podniku musí byť úmerný jeho podielu na splnení požiadavky podľa bodu 3.2.1… a zároveň objemu prác, ktoré daný partner skutočne vykoná v prípade úspešnej ponuky (plnenia zákazky).[6]… Prístavný úrad v zmysle § 24 ods. 5 [zákona o verejnom obstarávaní] uvádza, že hlavná práca pozostáva z položky 1.2.8 uvedenej v časti výstavba v rámci súpisu materiálu a prác, a preto musí túto prácu vykonať samotný dodávateľ.“

3 — Ú. v. EÚ S 68-117458, 2014/.

4 — Vnútroštátny súd objasňuje, že uvedenú hlavnú prácu okrem iného predstavuje výstavba drážkovanej oceľovej steny podopretej pozičnými nosníkmi.

5 — V rovnakom čase verejný obstarávateľ z úradnej moci mierne prepracoval aj bod 4.2.3 súťažných podkladov. Táto zmena súťažných podkladov však nie je predmetom sporu vo veci samej.

6 — Na túto požiadavku budem odkazovať ako na „požiadavku úmernosti“. „Objem prác“ sa pravdepodobne určuje na základe peňažnej hodnoty.

20. Na základe tejto poslednej zmeny, ktorá bola uverejnená v *Úradnom vestníku Európskej únie*, sa lehota na predkladanie ponúk predĺžila druhýkrát, a to do 12. júna 2014.

21. Borta predložila ponuku 12. júna 2014, v ktorej ponúkla uskutočnenie týchto prác za približne 4 761 460 eur, čo zodpovedá prepočtu z LTL. Bola to najdrahšia ponuka.[7]

22. Borta však napadla konečné znenie bodu 4.3 súťažných podkladov na prístavnom úrade a po zamietnutí jej námietky ho napadla aj na Klaipėdos apygardos teismas (Krajský súd Klaipėda, Litva). Túto žalobu Klaipėdos apygardos teismas (Krajský súd Klaipėda) zamietol 18. augusta 2014. Borta sa proti tomuto rozhodnutiu odvolala na Lietuvos apeliacinis teismas (Odvolací súd Litvy), ktorý predmetné odvolanie zamietol 13. novembra 2014. Obidva súdy v zásade dospeli k záveru, že jednak napadnuté súťažné podklady boli odôvodnené povahou predmetu zákazky a jej dôležitosťou pre verejný záujem a že jednak spoločná a nerozdielna zodpovednosť partnerov v združení voči prístavnému úradu sama osebe nezaručí úspešné vykonanie zákazky zadávanej v rámci verejného obstarávania. Rovnako odmietli tvrdenie, že postupné zmeny v súťažných podkladoch sú protizákonné, pretože § 27 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní výslovne oprávňuje prístavný úrad na objasnenie týchto podkladov.

23. Borta podala odvolanie proti rozsudku Lietuvos apeliacinis teismas (Odvolací súd Litvy) na Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Najvyšší súd Litvy), ktorý prerušil konanie a podal návrh na začatie prejudiciálneho konania o nasledujúcich otázkach:

„1. Treba ustanovenia článkov 37, 38, 53 a 54 smernice 2004/17 chápať a vykladať, či už spoločne, alebo samostatne (ale bez obmedzenia na uvedené ustanovenia), v tom zmysle, že:

a) bránia vnútroštátnej úprave, podľa ktorej, ak sú na účely splnenia zákazky na práce prizvaní subdodávatelia, hlavnú prácu stanovenú verejným obstarávateľom musí vykonať samotný dodávateľ,[8]

b) bránia systému zakotvenému v súťažných podkladoch, ktorý sa týka kumulácie odborných spôsobilostí dodávateľov, akým je napríklad systém uvedený verejným obstarávateľom v napadnutom ustanovení súťažných podkladov, ktorý vyžaduje, aby časť predstavujúca odbornú spôsobilosť príslušného hospodárskeho subjektu (partnera v spoločnom podniku) zodpovedala tej časti konkrétnej práce, ktorú daný subjekt pri plnení zákazky zadanej v rámci verejného obstarávania skutočne vykoná?

2. Treba ustanovenia článkov 10, 46 a 47 smernice 2004/17 chápať a vykladať, či už spoločne, alebo samostatne (ale bez obmedzenia na uvedené ustanovenia), v tom zmysle, že:

a) zásada rovnakého zaobchádzania s dodávateľmi a zásada transparentnosti nie sú porušené v prípade, že verejný obstarávateľ:

— najprv v súťažných podkladoch stanoví všeobecnú možnosť kumulácie odborných spôsobilostí dodávateľov, ale neuvedie režim vykonávania tejto možnosti,

— následne v priebehu postupu verejného obstarávania podrobnejšie vymedzí požiadavky upravujúce posúdenie kvalifikácií dodávateľov tak, že stanoví určité obmedzenia kumulácie odborných spôsobilostí dodávateľov,

7 — Ponuka úspešného uchádzača predstavovala po prepočítaní z LTL približne 3 168 400 eur.

8 — Návrh na začatie prejudiciálneho konania poznamenáva, že tento súd vzniesol túto otázku „z úradnej moci“ v záujme ochrany verejného záujmu.

— z dôvodu tohto podrobnejšieho vymedzenia obsahu kvalifikačných požiadaviek predĺži lehotu na predkladanie ponúk a uvedené predĺženie uverejní v *Úradnom vestníku [Európskej únie*],

b) obmedzenie kumulácie spôsobilostí dodávateľov nemusí byť jasne uvedené vopred, ak je dané obmedzenie predvídateľné a opodstatnené vzhľadom na osobitnú povahu činností verejného obstarávateľa a osobitné znaky zákazky zadávanej v rámci verejného obstarávania?“

24. Prístavný úrad, litovská vláda a Európska komisia predložili písomné pripomienky. Tí istí účastníci konania a Borta predniesli aj svoje ústne vyjadrenie na pojednávaní, ktoré sa konalo 1. júna 2016.

Posúdenie

Predbežné poznámky

25. Litovská vláda na pojednávaní uviedla, že § 24 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní prebral nové pravidlo o uzatváraní zmlúv so subdodávateľmi zakotvené v článku 79 ods. 3 smernice 2014/25/EÚ [9] pred uplynutím lehoty stanovenej na prebratie tejto smernice, a že v dôsledku toho by mal Súdny dvor preskúmať prejednávaný návrh na začatie prejudiciálneho konania len z hľadiska tejto smernice. [10] Prístavný úrad zaujal podobné stanovisko. Komisia naopak tvrdila, že smernicu 2014/25 nemožno zohľadňovať. Po prvé, § 24 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní bol schválený pred prijatím uvedenej smernice. Po druhé, Litva neoznámila Komisii opatrenia, prostredníctvom ktorých sa smernica 2014/25 preberá do litovského práva.

26. Podľa ustálenej judikatúry je uplatniteľnou smernicou tá smernica, ktorá platila v okamihu, keď si verejný obstarávateľ vybral druh konania, ktoré použije, a definitívne rozhodol, či zadaniu verejnej zákazky musí predchádzať výberové konanie. Naopak, *neuplatnia* sa ustanovenia smernice, ktorých lehota na prebratie uplynula po tomto okamihu. [11]

27. Smernicou 2014/25 bola zrušená smernica 2004/17 s účinnosťou od 18. apríla 2016. Z tohto dôvodu sa nevzťahuje na prejednávanú vec, v rámci ktorej bolo oznámenie o vyhlásení verejného obstarávania uverejnené 2. apríla 2014. Súdny dvor v súvislosti so smernicou 2014/24 nedávno rozhodol, že uplatnenie tejto smernice pred uplynutím jej lehoty na prebratie by zabraňovalo nielen členským štátom, ale aj verejným obstarávateľom a hospodárskym subjektom v tom, aby využili dostatočnú lehotu na prispôsobenie sa novým ustanoveniam zavádzaným touto smernicou. [12] Takéto konanie by podľa môjho názoru bolo taktiež v rozpore so zásadou právnej istoty. [13] To isté platí analogicky vo vzťahu k smernici 2014/25.

9 — Smernica Európskeho parlamentu a Rady z 26. februára 2014 o obstarávaní vykonávanom subjektmi pôsobiacimi v odvetviach vodného hospodárstva, energetiky, dopravy a poštových služieb a o zrušení smernice 2004/17/ES (Ú. v. EÚ L 94, 2014, s. 243). Podľa tohto ustanovenia platí, že „obstarávatelia môžu v prípade zákaziek na uskutočnenie prác, poskytnutie služieb, a montážnych a inštalačných činností v súvislosti so zákazkou na dodanie tovaru požadovať, aby určité rozhodujúce úlohy zrealizoval priamo sám uchádzač alebo v prípade ponuky, ktorú predkladá skupina hospodárskych subjektov podľa článku 37 ods. 2, účastník tejto skupiny“. Podobné pravidlo je zakotvené v článku 63 ods. 2 smernice Európskeho parlamentu a Rady 2014/24/EÚ z 26. februára 2014 o verejnom obstarávaní a o zrušení smernice 2004/18/ES (Ú. v. EÚ L 94, 2014, s. 65).

10 — Z písomných vyjadrení litovskej vlády je zrejmé, že smernica 2014/25 v čase skutkových okolností ešte nebola do litovského práva prebratá v plnom rozsahu.

11 — Rozsudky z 10. júla 2014, Impresa Pizzarotti (C-213/13, EU:C:2014:2067, bod 31 a citovaná judikatúra), a zo 7. apríla 2016, Partner Apelski Dariusz (C-324/14, EU:C:2016:214, bod 83).

12 — Rozsudok zo 7. apríla 2016, Partner Apelski Dariusz (C-324/14, EU:C:2016:214, bod 86).

13 — Pozri analogicky rozsudok z 15. októbra 2009, Hochtief a Linde-Kca-Dresden (C-138/08, EU:C:2009:627, bod 29 a citovanú judikatúru). Pozri tiež rozsudok z 5. októbra 2000, Komisia/Francúzsko (C-337/98, EU:C:2000:543, bod 40).

28. Ďalej je nesporné, že hodnota dotknutej zákazky (ktorú podľa všetkého možno určiť so zreteľom na najdrahšiu predloženú ponuku, čo po prepočítaní z LTL predstavuje hodnotu vo výške 4 761 459,72 eura) je nižšia než prahová hodnota 5 186 000 eur, ktorú pre zákazky na práce zakotvoval v relevantnom čase článok 16 písm. b) smernice 2004/17. Ako uvádza vnútroštátny súd, z tohto dôvodu predmetná verejná zákazka nepatrí do pôsobnosti smernice 2004/17.

29. Vnútroštátny súd však uvádza, že Súdny dvor má právomoc odpovedať na položené otázky. Po prvé, zverejnením oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania a následných zmien a doplnení súťažných podkladov v *Úradnom vestníku Európskej únie* prístavný úrad jasne vyjadril svoj zámer považovať oznámenie o vyhlásení verejného obstarávania za oznámenie s medzinárodnou pôsobnosťou. Potvrdzuje to aj skutočnosť, že ponuky predložili dve zahraničné spoločnosti. Vnútroštátny súd v zásade taktiež uvádza, že pri preberaní smernice 2004/17 do zákona o verejnom obstarávaní sa litovský normotvorca rozhodol uplatňovať niektoré pravidlá stanovené v tejto smernici na postupy verejného obstarávania, ktoré nepatria do rozsahu pôsobnosti tejto smernice.

30. Na pojednávaní litovská vláda dodala, že litovský zákon ukladá verejným obstarávateľom, aby v rámci postupu zadávania zákazky, ktorej predpokladaná hodnota nepresahuje príslušnú prahovú hodnotu, uskutočnili procedurálnu voľbu. Môžu sa rozhodnúť, že uplatnia buď zjednodušený postup, ktorý sa podľa vnútroštátneho práva uplatňuje na takéto zákazky, alebo postup, ktorý sa uplatňuje na verejné zákazky s hodnotou presahujúcou príslušnú prahovú hodnotu. V druhom uvedenom prípade a podľa právnych predpisov Únie účinných v čase skutkových okolností by boli ustanovenia smernice 2004/17 alebo smernice 2004/18/ES [14], v závislosti od predmetu zákazky, pre verejného obstarávateľa záväzné. Vnútroštátne súdy by taktiež mali povinnosť ich uplatňovať.

31. Za určitých podmienok výlučne vnútorná povaha predmetnej situácie nebráni tomu, aby Súdny dvor odpovedal na otázku položenú na základe článku 267 ZFEÚ. [15] O taký prípad môže ísť najmä vtedy, keď vnútroštátne právo ukladá vnútroštátnemu súdu, aby štátnemu príslušníkovi členského štátu, pod ktorý tento súd patrí, priznal rovnaké práva, ako sú práva, ktoré by v tej istej situácii vyplývali štátnemu príslušníkovi iného členského štátu z práva Únie, alebo ak sa návrh na začatie prejudiciálneho konania týka ustanovení práva Únie, na ktoré vnútroštátne právo členského štátu odkazuje na účely stanovenia pravidiel uplatniteľných na čisto vnútornú situáciu v tomto členskom štáte. [16]

32. Pokiaľ ide o druhý uvedený prípad, príslušnosť Súdneho dvora sa vzťahuje aj na otázky, ktoré sa týkajú ustanovení Únie v situáciách, keď skutočnosti vo veci samej nepatria do rámca pôsobnosti práva Únie, ale ak sa tieto ustanovenia na základe vnútroštátneho práva uplatňujú *priamo* a *bezpodmienečne* s cieľom zabezpečiť rovnosť zaobchádzania s takýmito situáciami a so situáciami upravenými uvedeným aktom. [17] Existuje totiž konkrétny záujem Európskej únie na tom, aby sa na účely predchádzania budúcim rozdielnym výkladom vykladali ustanovenia alebo pojmy prevzaté z práva Únie jednotne, pokiaľ vnútroštátna právna úprava prispôsobuje riešenia situácií, ktoré nepatria do pôsobnosti dotknutého aktu Únie, riešeniam upraveným uvedeným aktom, aby sa zabezpečilo rovnaké zaobchádzanie s vnútroštátnymi situáciami a so situáciami upravenými právom Únie bez ohľadu na podmienky, za ktorých sa ustanovenia alebo pojmy prevzaté z práva Únie majú uplatniť. [18]

14 — Smernica Európskeho parlamentu a Rady z 31. marca 2004 o koordinácii postupov zadávania verejných zákaziek na práce, verejných zákaziek na dodávku tovaru a verejných zákaziek na služby (Ú. v. EÚ L 134, 2004, s. 114; Mim. vyd. 06/007, s. 132).

15 — Pozri okrem iného uznesenie z 3. júla 2014, Tudoran (C-92/14, EU:C:2014:2051, bod 38).

16 — Pozri okrem iného uznesenia z 3. júla 2014, Tudoran (C-92/14, EU:C:2014:2051, bod 39 a citovanú judikatúru), a z 12. mája 2016, Security Service a i. (C-692/15 až C-694/15, EU:C:2016:344, bod 27).

17 — Rozsudky z 22. decembra 2008, Les Vergers du Vieux Tauves (C-48/07, EU:C:2008:758, bod 21 a citovaná judikatúra), a z 18. decembra 2014, Generali-Providencia Biztosító (C-470/13, EU:C:2014:2469, bod 23).

18 — Rozsudok zo 7. novembra 2013, Romeo (C-313/12, EU:C:2013:718, bod 22 a citovaná judikatúra).

33. V prejednávanej veci však neexistujú dostatočne presné údaje, ktoré by naznačovali, že citované ustanovenia Únie sa „na základe vnútroštátneho práva uplatňujú priamo a bezpodmienečne“ s cieľom zabezpečiť, aby všetky vnútorné situácie a situácie upravené právom Únie podliehali rovnakým pravidlám.[19] Predovšetkým ani vnútroštátny súd, ani litovská vláda Súdnemu dvoru neuviedli žiadne konkrétne ustanovenie litovského práva, na základe ktorého sa smernica 2004/17 priamo a bezpodmienečne uplatňuje na verejné zákazky s hodnotou, ktorá nepresahuje príslušnú prahovú hodnotu stanovenú v článku 16 uvedenej smernice.[20] Usudzujem preto, že Súdny dvor nemá právomoc na výklad smernice 2004/17 v rámci tohto konania.

34. Prejudiciálne otázky žiadajú výlučne o výklad smernice 2004/17. Súdny dvor však s cieľom poskytnúť užitočnú odpoveď súdu, ktorý mu položil prejudiciálnu otázku, môže zohľadniť normy práva Únie, na ktoré vnútroštátny súd vo svojom návrhu na začatie prejudiciálneho konania neodkázal.[21]

35. Je preto nevyhnutné overiť, či má Súdny dvor právomoc na zodpovedanie prejudiciálnych otázok na základe všeobecných zásad ZFEÚ, najmä na základe zásady rovnakého zaobchádzania a zákazu diskriminácie z dôvodu štátnej príslušnosti a z nich vyplývajúcej povinnosti transparentnosti. To podľa ustálenej judikatúry predpokladá, že predmetná zákazka predstavuje nepochybný cezhraničný záujem s ohľadom na jej dôležitosť a miesto jej výkonu.[22] Existenciu takéhoto nepochybného cezhraničného záujmu treba posúdiť na základe súhrnu relevantných kritérií, akými sú hospodársky význam zákazky, geografické miesto jej výkonu alebo jej technické vlastnosti, a to s prihliadnutím na vlastné charakteristiky dotknutej zákazky.[23]

36. Súdny dvor už rozhodol, že existenciu cezhraničného záujmu možno preukázať najmä na základe skutočnosti, že hodnota dotknutej zákazky je pomerne vysoká, a to v spojení s miestom výkonu zákazky alebo technickými vlastnosťami zákazky.[24] Zákazka na práce teda môže mať takýto cezhraničný význam z dôvodu jej predpokladanej hodnoty v spojení s jej technickou stránkou alebo realizáciou prác v mieste, ktoré môže vzbudiť záujem zahraničných hospodárskych subjektov.[25]

37. Súdny dvor niekedy poverí vnútroštátny súd, aby overil existenciu cezhraničného záujmu.[26] V prejednávanej veci má však Súdny dvor k dispozícii dostatok dôkazov na to, aby dospel k záveru, že predmetná verejná zákazka skutočne predstavuje takýto cezhraničný záujem. Po prvé, predpokladaná hodnota zákazky je pomerne vysoká.[27] Námorný prístav Klaipėda je okrem toho jedným z hlavných prístavov Baltského mora. Výstavba prístavnej hrádze, akou je výstavba predpokladaná v rámci

19 — Pozri okrem iného rozsudok z 18. októbra 2012, Nolan (C-583/10, EU:C:2012:638, bod 51). Vo svojom rozsudku zo 14. januára 2016, Ostas celtnieks (C-234/14, EU:C:2016:6, bodoch 19 až 21), Súdny dvor súhlasil s výkladom smernice 2004/18 s prihliadnutím najmä na tvrdenie lotyšskej vlády, že lotyšský zákon o verejnom obstarávaní prác sa uplatňuje na verejné zákazky na práce, ktorých hodnota nepresahuje prahovú hodnotu stanovenú smernicou 2004/18. Súdny dvor však uznal svoju právomoc odpovedať na prejudiciálnu otázku „s výhradou overení, ktoré by mal vykonať vnútroštátny súd“.

20 — Pozri analogicky rozsudok z 18. decembra 2014, Generali-Providencia Biztosító (C-470/13, EU:C:2014:2469, bod 25).

21 — Pozri okrem iného rozsudky z 10. októbra 2013, Swm Costruzioni 2 a Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, bod 24 a citovanú judikatúru), a zo 16. apríla 2015, SC Enterprise Focused Solutions (C-278/14, EU:C:2015:228, bod 17 a citovanú judikatúru).

22 — Pozri okrem iného rozsudky z 19. decembra 2012, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce a i. (C-159/11, EU:C:2012:817, bod 23); z 10. júla 2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici (C-358/12, EU:C:2014:2063, bod 24), a z 18. decembra 2014, Generali-Providencia Biztosító (C-470/13, EU:C:2014:2469, bod 27).

23 — Pozri nedávny rozsudok zo 14. júla 2016, Promoimpresa a i. (C-458/14 a C-67/15, EU:C:2016:558, bod 66 a citovanú judikatúru). Pozri tiež návrhy, ktoré som predniesla vo veci Komisia/Fínsko (C-195/04, EU:C:2007:28, bod 55).

24 — Rozsudok zo 16. apríla 2015, SC Enterprise Focused Solutions (C-278/14, EU:C:2015:228, bod 20).

25 — Pozri rozsudky z 15. mája 2008, SECAP a Santorso (C-147/06 a C-148/06, EU:C:2008:277, bod 24), a zo 17. novembra 2015, RegioPost (C-115/14, EU:C:2015:760, bod 51).

26 — Pozri okrem iného rozsudky z 23. decembra 2009, Serrantoni a Consorzio stabile edili (C-376/08, EU:C:2009:808, bod 25), a zo 14. novembra 2013, Belgacom (C-221/12, EU:C:2013:736, bod 30 a citovanú judikatúru).

27 — Pozri analogicky rozsudok zo 16. apríla 2015, Enterprise Focused Solutions (C-278/14, EU:C:2015:228, bod 20).

dotknutého zadávacieho konania, navyše vyžaduje vysokú úroveň technických zručností, ktorou, ako možno predpokladať, disponuje iba obmedzený počet podnikov. Napokon vzbudenie záujmu zahraničných hospodárskych subjektov potvrdzuje aj skutočnosť, že ponuky predložili dva zahraničné podniky, [28] z ktorých jeden nakoniec predmetnú zákazku získal.

38. Prejudiciálne otázky treba teda skúmať v kontexte všeobecných zásad transparentnosti a rovnakého zaobchádzania, ktoré vyplývajú z článkov 49 a 56 ZFEÚ a ktoré sa musia dodržiavať pri zadávaní verejných zákaziek. [29] Keďže sa články 49 a 56 ZFEÚ uplatňujú na zákazku, akou je zákazka dotknutá vo veci samej, prístavný úrad je povinný rešpektovať zákaz diskriminácie na základe štátnej príslušnosti, ako aj povinnosť transparentnosti, ktoré tieto články zakotvujú. [30]

Obmedzenie uzatvárania subdodávateľských zmlúv v § 24 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní [o prvej otázke písm. a)]

39. Na základe prvej otázky písm. a) sa vnútroštátny súd pýta, či právo Únie bráni ustanoveniu, akým je § 24 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní, ktorý vyžaduje, aby v prípade verejných zákaziek na práce vykonal „hlavnú prácu“ stanovenú verejným obstarávateľom samotný uchádzač.

40. Borta vo svojom odvolaní, ktoré podala na vnútroštátny súd, nespochybnila zákonnosť takéhoto obmedzenia uzatvárania subdodávateľských zmlúv. Vnútroštátny súd túto otázku vzniesol vo verejnom záujme „zo svojej úradnej moci“. Naozaj totiž nie je jasné, či skutkový stav vo veci samej zahŕňa uzatváranie subdodávateľských zmlúv. Ponuka predložená v rámci zmluvy o spoločnom podniku môže znamenať, že v prípade úspešnosti tejto ponuky sa všetci partneri spolu s verejným obstarávateľom stanú vo vzťahu k verejnej zákazke samostatnými stranami. Takáto situácia nezahŕňa subdodávky, ktoré sa vyskytujú iba v prípade, keď (celú alebo časť) zákazky vykonávajú tretie strany zmluvy. [31] Naopak, zmluva o spoločnom podniku by subdodávky zahŕňala vtedy, ak by ako uchádzač formálne vystupoval len jeden z partnerov, ale zákazku by plnili všetci z nich, alebo v prípade, ak by založili spoločný podnik, ktorý sa stane signatárom zmluvy namiesto samotných partnerov. O ponuke, ktorú predložila Borta, je k dispozícii len obmedzené množstvo informácií, pričom Súdnemu dvoru neprináleží, aby zisťoval, či táto ponuka skutočne alebo potenciálne zahŕňala uzatváranie subdodávateľských zmlúv.

41. Podľa ustálenej judikatúry Súdny dvor nemôže rozhodnúť o otázke predloženej vnútroštátnym súdom, pokiaľ je zjavné, že výklad alebo posúdenie platnosti predpisu EÚ, o ktoré žiada vnútroštátny súd, nemá nijakú súvislosť s realitou alebo predmetom sporu vo veci samej. [32] To však neplatí v tejto veci. Bod 4.3 súťažných podkladov, ktorý je jadrom sporu vo veci samej, obsahuje výslovný odkaz na § 24 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní. V tejto súvislosti nie je zjavné, že by prvá otázka písm. a) nemala nijakú súvislosť s realitou alebo predmetom daného sporu, a preto je táto otázka prípustná. [33]

42. Teraz sa zameriam na samotnú podstatu.

28 — Pozri rozsudky z 15. mája 2008, SECAP a Santorso (C-147/06 a C-148/06, EU:C:2008:277, bod 24), a zo 17. novembra 2015, RegioPost (C-115/14, ECR, EU:C:2015:760, bod 51).

29 — Pozri okrem iného rozsudky z 13. novembra 2007, Komisia/Írsko (C-507/03, EU:C:2007:676, bod 26), a z 10. júla 2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici (C-358/12, EU:C:2014:2063, bod 27). Súdny dvor viackrát rozhodol, že účelom koordinácie postupov zadávania verejných zákaziek na úrovni Únie je hlavne odstrániť obmedzenia voľného poskytovania služieb a tovarov, a teda chrániť záujmy obchodníkov usadených v jednom členskom štáte, ktorí by chceli ponúknuť svoje služby a tovary obstarávateľom iného členského štátu (pozri napríklad rozsudky z 3. októbra 2000, University of Cambridge (C-380/98, EU:C:2000:529, bod 16); z 18. októbra 2001, SIAC Construction (C-19/00, EU:C:2001:553, bod 32), a z 24. januára 2008, Lianakis a i. (C-532/06, EU:C:2008:40, bod 39).

30 — Pozri analogicky rozsudok z 18. decembra 2014, Generali-Providencia Biztosító (C-470/13, EU:C:2014:2469, bod 32 a citovanú judikatúru).

31 — Čo sa týka tohto rozlíšenia, pozri návrhy, ktoré predniesol generálny advokát Jääskinen vo veci Partner Apelski Dariusz (C-324/14, EU:C:2015:558, bod 22).

32 — Pozri okrem iného rozsudok z 12. mája 2011, Runevič-Vardyn a Wardyn (C-391/09, EU:C:2011:291, bod 33).

33 — Pozri analogicky rozsudok z 12. mája 2011, Runevič-Vardyn a Wardyn (C-391/09, EU:C:2011:291, bod 34).

43. Podľa ustálenej judikatúry články 49 a 56 ZFEÚ bránia akémukoľvek vnútroštátnemu opatreniu, ktoré, hoci sa uplatňuje bez diskriminácie založenej na štátnej príslušnosti, môže štátnym príslušníkom Európskej únie brániť vo výkone slobody usadiť sa a slobody poskytovať služby, ktoré sú zaručené uvedenými ustanoveniami, alebo spôsobiť, že tento výkon sa stane menej príťažlivým. [34]

44. Pokiaľ ide o verejné zákazky a slobodu usadiť sa, ako aj slobodu poskytovať služby, je v záujme Európskej únie, aby bola zabezpečená čo najširšia účasť uchádzačov na verejnom obstarávaní, a to aj v prípade, keď smernice o verejnom obstarávaní nie sú uplatniteľné. [35] Je to aj vo vlastnom záujme verejného obstarávateľa, ktorý tak bude mať širší výber najvýhodnejšej ponuky, ktorá bude najlepšie spĺňať jeho potreby. [36] Jedným z hlavných cieľov zásady rovnakého zaobchádzania s uchádzačmi a z nej vyplývajúcej povinnosti transparentnosti je teda cieľ zabezpečiť voľný pohyb služieb a nastolenie nenarušenej hospodárskej súťaže vo všetkých členských štátoch. [37]

45. Uzatváranie subdodávateľských zmlúv prispieva k týmto cieľom, pretože podporuje účasť malých a stredných podnikov na trhu verejného obstarávania, čím zvyšuje počet potenciálnych kandidátov na zadávanie verejných zákaziek. [38]

46. Ustanovenie, akým je § 24 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní, v prejednávanej veci zjavne obmedzuje možnosť podnikov usadených v iných členských štátoch uplatňovať svoje práva podľa článkov 49 a 56 ZFEÚ v rozsahu, v ktorom im v rámci uchádzania sa o zákazku bráni buď uzatvárať zmluvy so subdodávateľmi vo vzťahu k celej „hlavnej práci“ stanovenej verejným obstarávateľom alebo k jej časti, alebo navrhnúť svoje vlastné služby ako služby subdodávateľov vo vzťahu k príslušnej časti zákazky. Ako Komisia správne uvádza, § 24 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní teda obmedzuje slobodu poskytovať služby a slobodu usadiť sa.

47. Takéto obmedzenie môže byť odôvodnené, ak sleduje legitímny cieľ všeobecného záujmu a ak rešpektuje zásadu proporcionality, teda je vhodné na zabezpečenie dosiahnutia tohto cieľa a nejde nad rámec toho, čo je na jeho dosiahnutie nevyhnutné. [39]

48. Litovská vláda objasňuje, že predmetné obmedzenie uzatvárania subdodávateľských zmlúv sa zaviedlo s cieľom uľahčiť verejným obstarávateľom ochranu ich záujmov a zabezpečiť, aby práce uskutočňované subdodávateľmi boli riadne vykonané. Toto obmedzenie sa sústredilo najmä na riešenie častej situácie, keď sa hospodárske subjekty zúčastnili na postupoch verejného obstarávania s tým cieľom, že ak budú úspešné, hlavnú časť zákazky zabezpečia prostredníctvom subdodávateľov. Častým následkom bola nižšia kvalita práce alebo ťažkosti pri jej realizácii. Litovská vláda navyše tvrdí, že § 24 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní je v súlade so spoločnou pozíciou, ktorú zaujala Rada vo vzťahu k podobným otázkam a ktorá vyústila najmä do pravidla, ktoré teraz zakotvuje článok 79 ods. 3 smernice 2014/25. [40] Prístavný úrad na pojednávaní v zásade tvrdil, že má oprávnený záujem na tom, aby sa verejné práce, akými sú práce vo veci samej, ktoré majú strategický význam pre národnú bezpečnosť, vykonali správne.

34 — Rozsudky z 23. decembra 2009, Serrantoni a Consorzio stabile edili (C-376/08, EU:C:2009:808, bod 41), a z 10. júla 2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici (C-358/12, EU:C:2014:2063, bod 28 a citovaná judikatúra).

35 — Pozri rozsudky z 23. decembra 2009, CoNISMa (C-305/08, EU:C:2009:807, bod 37); z 10. júla 2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici (C-358/12, EU:C:2014:2063, bod 29), a z 11. decembra 2014, Azienda sanitaria locale n. 5 „Spezzino“ a i. (C-113/13, EU:C:2014:2440, bod 51 a citovanú judikatúru).

36 — Rozsudok z 23. decembra 2009, CoNISMa (C-305/08, EU:C:2009:807, bod 37 a citovaná judikatúra).

37 — Rozsudok z 10. októbra 2013, Manova (C-336/12, EU:C:2013:647, bod 28).

38 — Pozri analogicky rozsudky z 10. októbra 2013, Swm Costruzioni 2 a Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, bod 34), a zo 14. januára 2016, Ostas celtnieks (C-234/14, EU:C:2016:6, bod 24). Pozri tiež návrhy, ktoré som predniesla vo veci Wrocław – Miasto na prawach powiatu (C-406/14, EU:C:2015:761, bod 30).

39 — Pozri okrem iného rozsudky z 27. októbra 2005, Contse a i. (C-234/03, EU:C:2005:644, bod 25), a z 10. júla 2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici (C-358/12, EU:C:2014:2063, bod 31). Čo sa týka zásady proporcionality, ktorá sa uplatňuje ako všeobecná zásada práva Únie v súvislosti s postupmi zadávania zákaziek, ktoré nepatria do pôsobnosti smernice 2004/17 alebo smernice 2004/18, pozri tiež rozsudok z 22. októbra 2015, Impresa Edilux a SICEF (C-425/14, EU:C:2015:721, bod 29).

40 — Smernica 2004/17 neobsahuje žiadne pravidlo porovnateľné s týmto ustanovením.

49. Verejný obstarávateľ sa môže oprávnene usilovať o to, aby sa zákazka efektívne a riadne vykonala.[41] Platí to najmä vtedy, ak sa predmetné práce považujú za nevyhnutné na zabezpečovanie národnej bezpečnosti, čo podľa článku 4 ods. 2 ZEÚ patrí medzi základné štátne funkcie, ktoré musí Európska únia rešpektovať.[42] Od uchádzača teda možno požadovať, aby preukázal, že skutočne disponuje zdrojmi subjektov alebo podnikov, na ktoré sa spolieha, ktoré sám nemá a ktoré sú potrebné na vykonanie určitej zákazky.[43] V dôsledku toho je verejný obstarávateľ oprávnený na účely uskutočnenia podstatnej časti zákazky zakázať využitie subdodávateľov, ktorých spôsobilosť nemal možnosť overiť pri preskúmaní a výbere dodávateľa.[44]

50. Obmedzenie slobody poskytovať služby a slobody usadiť sa, ktoré vyplýva z § 24 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní, sa však nezdá byť primerané vo vzťahu k dosiahnutiu tohto cieľa.

51. Po prvé, uvedené obmedzenie platí aj vtedy, keď verejný obstarávateľ v skutočnosti môže overiť technickú a hospodársku spôsobilosť subdodávateľov v rámci postupu zadávania zákazky. Alternatívu k tomuto obmedzeniu by predstavovala (napríklad) požiadavka, aby hlavný dodávateľ pri predložení svojej ponuky označil subdodávateľov a aby preukázal, že skutočne disponuje zdrojmi týchto subdodávateľov, ktoré sú nevyhnutné na plnenie zákazky, a že títo subdodávatelia sú vhodní na vykonanie úloh, ktoré im má v úmysle zadať.

52. Po druhé, § 24 ods. 5 je *príliš rigidný* a zároveň *príliš vágny* na to, aby spĺňal kritérium proporcionality. Hoci sa zdá, že verejní obstarávatelia využívajú flexibilitu, keď pri každej zákazke definujú, čo predstavuje „hlavnú prácu“, obmedzenie uzatvárania subdodávateľských zmlúv, ktoré vyplýva z tohto ustanovenia, je vymedzené v mimoriadne širokom zmysle. Uplatňuje sa bez ohľadu na predmet verejnej zákazky na práce a verejných obstarávateľov zaväzuje pri uzatváraní akejkoľvek verejnej zákazky na práce, dokonca aj keď sa môžu domnievať, že neexistuje žiadny zrejmý dôvod na uloženie takéhoto obmedzenia.

53. Ako uvádza Komisia, obmedzenie uzatvárania subdodávateľských zmlúv zakotvené v § 24 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní sa v tomto ohľade odlišuje od článku 79 ods. 3 smernice 2014/25. Toto ustanovenie verejnému obstarávateľovi iba *umožňuje* najmä uplatňovať požiadavku, aby určité *rozhodujúce* úlohy zrealizoval priamo sám uchádzač. Verejní obstarávatelia teda môžu posúdiť, či je takéto obmedzenie vhodné, a to v závislosti od okolností. Z uvedeného vyplýva, že aj keď by sa, ako tvrdí litovská vláda, § 24 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní považoval za spôsob, ktorým sa článok 79 ods. 3 smernice 2014/25 prebral do litovského práva,[45] išlo by o nesprávny spôsob prebratia.

54. Na základe uvedených dôvodov sa domnievam, že v kontexte verejnej zákazky, ktorá nepodlieha ani smernici 2004/17, ani smernici 2004/18, ale ktorá predstavuje nepochybný cezhraničný záujem, zákaz diskriminácie na základe štátnej príslušnosti a povinnosť transparentnosti, ktoré vyplývajú z článkov 49 a 56 ZFEÚ, bránia takej vnútroštátnej právnej úprave, aká je obsiahnutá v § 24 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní, podľa ktorého musí „hlavnú prácu“ stanovenú verejným obstarávateľom vykonať samotný uchádzač, a to bez toho, aby mal možnosť vykonať predmetnú časť zákazky prostredníctvom subdodávateľov.

41 — Pozri analogicky rozsudok zo 14. júla 2016, Wrocław – Miasto na prawach powiatu (C-406/14, EU:C:2016:562, bod 34 a citovanú judikatúra). Pozri tiež návrhy, ktoré som predniesla v tejto veci (EU:C:2015:761, bod 32 a citovanú judikatúru).

42 — To, či dôvody národnej bezpečnosti môžu odôvodniť obmedzenie zásad Zmluvy, ktoré sú relevantné v prejednávanej veci, predstavuje inú otázku, ktorou sa v tejto veci netreba zaoberať.

43 — Pozri analogicky rozsudok zo 7. apríla 2016, Partner Apelski Dariusz (C-324/14, EU:C:2016:214, bod 37 a citovanú judikatúru).

44 — Pozri analogicky rozsudky z 18. marca 2004, Siemens a ARGE Telekom (C-314/01, EU:C:2004:159, bod 45), a zo 14. júla 2016, Wrocław – Miasto na prawach powiatu (C-406/14, EU:C:2016:562, bod 34).

45 — Pozri bod 25 týchto návrhov.

Zákonnosť bodu 4.3 súťažných podkladov [o prvej otázke písm. b)]

55. Prvá otázka písm. b) nastoľuje otázku, či právu Únie odporujú súťažné podklady, ktoré stanovujú, že v prípade, ak partneri navrhujú kumuláciu svojich odborných spôsobilostí predložím spoločnej ponuky, musí existovať aritmetická úmernosť medzi pomernou časťou zákazky, ktorú vykonáva každý jednotlivý partner pôsobiaci v spoločnom podniku, a jeho podielom na splnení podmienky týkajúcej sa odbornej praxe.

56. Vo veci prejednávanej pred vnútroštátnym súdom sa bod 4.3 súťažných podkladov týka zadávania verejnej zákazky. Tento bod treba vykladať v spojení s bodom 4.2.3 súťažných podkladov, ktorý vyžaduje, aby ponuky predložené partnermi pôsobiacimi v spoločnom podniku uvádzali záväzky (práce alebo služby), ktoré vykoná každý z nich, ako aj percentuálny podiel týchto záväzkov. Pri preskúmaní ponúk a výbere úspešnej ponuky je teda verejný obstarávateľ schopný overiť, že každý partner bude zodpovedný za časť prác alebo služieb, ktorá zodpovedá jeho podielu na plnení požiadavky týkajúcej sa odbornej praxe uvedenej v bode 3.2.1 súťažných podkladov.

57. Zásady, ktoré som uviedla vyššie v súvislosti s uzatváraním zmlúv so subdodávateľmi, sú rovnako dôležité vo vzťahu k partnerom pôsobiacim v rámci spoločného podniku, ktorí združujú svoje spôsobilosti. [46]

58. Rozumiem tomu tak, že požiadavka, akou je požiadavka zakotvená v bode 4.3 súťažných podkladov, môže obmedziť flexibilitu partnerov pôsobiacich v spoločnom podniku. Ovplyvňuje nielen ich dohodu o rozdelení úloh v čase predloženia ich spoločnej ponuky, ale bráni im aj v tom, aby si v prípade, že im bude zákazka zadaná, neskôr upravili podiel každého partnera na zákazke na práce.

59. Na hospodárske subjekty usadené v iných členských štátoch môže mať teda požiadavka uvedená v bode 4.3 súťažných podkladov odstrašujúci vplyv. Ovplyvní subjekty, ktoré by sa chceli usadiť v dotknutom členskom štáte vytvorením trvalého združenia, v ktorom by prípadne boli združené vnútroštátne aj zahraničné podniky. Ovplyvní tiež subjekty, ktoré by chceli ponúkať svoje služby prostredníctvom pristúpenia k takým už vytvoreným združeniam, aby sa mohli ľahšie zapojiť do zadávacích konaní vypísaných verejnými obstarávateľmi tohto členského štátu. [47] Takáto požiadavka teda predstavuje obmedzenie v zmysle článkov 49 a 56 ZFEÚ.

60. Prístavný úrad a litovská vláda v zásade tvrdia, že bod 4.3 súťažných podkladov sa iba usiluje zabezpečiť, aby každý partner pôsobiaci v spoločnom podniku mal odbornú spôsobilosť na vykonanie tej časti verejnej zákazky na práce, za ktorú bude zodpovedný.

61. Už som naznačila, že cieľ zabezpečiť riadne vykonanie verejnej zákazky môže odôvodniť (nediskriminačné) obmedzenie slobody poskytovať služby a slobody usadiť sa. [48] Partneri konajúci na základe zmluvy o spoločnom podniku môžu *spoločne* splniť podmienku (podmienky) odbornej spôsobilosti (vrátane odbornej praxe) stanovenú (stanovené) verejným obstarávateľom, keď predložia ponuku. To však neposkytuje žiadnu záruku, že každý partner bude následne skutočne poverený týmito konkrétnymi úlohami, vo vzťahu ku ktorým bola jeho odborná spôsobilosť overená pred zadaním príslušnej zákazky. Články 49 a 56 ZFEÚ teda v zásade nebránia tomu, aby verejný obstarávateľ vyžadoval, aby ponuky predložené v rámci zmlúv o spoločnom podniku uviedli, ako sa jednotlivé úlohy rozdeľujú medzi partnerov, aby overil spôsobilosť každého partnera na vykonanie úloh, za ktoré bude zodpovedný, a aby po zadaní zákazky sledoval, či každý z partnerov riadne plní tie úlohy, vo vzťahu ku ktorým bola preukázaná jeho odborná spôsobilosť. [49]

46 — Pozri body 43 až 45, 47 a 49 týchto návrhov.

47 — Pozri analogicky rozsudok z 23. decembra 2009, Serrantoni a Consorzio stabile edili (C-376/08, EU:C:2009:808, bod 42).

48 — Pozri bod 49 týchto návrhov.

49 — Základné odôvodnenie je rovnaké ako v kontexte uzatvárania zmlúv so subdodávateľmi. Pozri bod 49 týchto návrhov a judikatúru analogicky citovanú v poznámkach pod čiarou č. 43 až 44.

62. Bod 4.3 predmetných súťažných podkladov však v tejto veci nie je vhodný na zabezpečenie dosiahnutia tohto cieľa.

63. Tento bod vyžaduje existenciu aritmetickej úmernosti medzi podielom každého partnera na splnení požiadavky odbornej praxe uvedenej v bode 3.2.1 a „objemom“ (alebo peňažnou hodnotou) prác, ktoré príslušný partner pri plnení zákazky skutočne vykonáva.

64. Ako Komisia správne tvrdí, táto požiadavka *nesúvisí* s *konkrétnymi prácami alebo službami* potrebnými na riadne vykonanie verejnej zákazky. Napríklad každý z partnerov pôsobiacich v rámci zmluvy o spoločnom podniku môže preukázať, že za posledných 5 rokov získaval skúsenosti v oblasti výstavby alebo rekonštrukcie prístavnej hrádze. Spoločne teda partneri spĺňajú požiadavku na odbornú prax stanovenú v bode 3.2.1 súťažných podkladov. Každý z nich sa však môže špecializovať na inú súčasť výstavby pobrežnej hrádze, akou je bagrovanie prístavných povodí, položenie základov výstavby, výstavba drážkovaných oceľových stien alebo dodanie a montáž zariadenia prístavnej hrádze. Požiadavka uvedená v bode 4.3 nebráni jednotlivému partnerovi vo výkone špecifických úloh, vo vzťahu ku ktorým v skutočnosti nemá žiadnu prax (aj keď v podmienkach aritmetiky môžu tieto úlohy zodpovedať jeho podielu na plnení požiadavky uvedenej v bode 3.2.1 súťažných podkladov, a teda byť v súlade s ich bodom 4.3).

65. Preto sa domnievam, že cieľ zabezpečiť riadne plnenie zákazky nemôže v situácii, akou je situácia vo veci samej, odôvodniť obmedzenie slobody poskytovať služby a slobody usadiť sa, ktoré vyplýva z bodu 4.3 súťažných podkladov. O to viac to podporuje skutočnosť, že aj úlohy, ktoré predstavujú malú časť celkovej hodnoty zákazky, môžu byť rozhodujúce pre jej riadne vykonanie. [50]

66. Prístavný úrad tvrdí, že dodržiavanie zásady rovnakého zaobchádzania s uchádzačmi a zásady transparentnosti vyžaduje, aby sa pri posudzovaní odbornej spôsobilosti jednotlivých partnerov v spoločnom podniku zohľadňovali iba tie odborné spôsobilosti, ktoré sa pri plnení verejnej zákazky efektívne využijú.

67. Hoci sú tieto ciele oprávnené, [51] takéto tvrdenie nemôže uspieť. Vo svojej odpovedi na otázku Súdneho dvora prístavný úrad na pojednávaní objasnil, že súťažné podklady nebránia partnerom, ktorí predkladajú ponuku v rámci zmluvy o spoločnom podniku, a ani ostatným uchádzačom, aby uzatvorili zmluvy so subdodávateľmi na plnenie verejnej zákazky na práce (s výnimkou „hlavnej práce“), a že za takýchto okolností sa pri predložení spoločnej ponuky *nemusí* preukazovať odborná prax subdodávateľov. V rozpore s tvrdením prístavného úradu teda súťažné podklady vo veci samej v skutočnosti nezabezpečili, aby sa odborné spôsobilosti, ktorých existenciu partneri preukázali pri predložení spoločnej ponuky a ktoré verejný obstarávateľ overil, efektívne využili na vykonanie predmetnej verejnej zákazky na práce.

68. Na základe uvedeného som dospela k záveru, že v kontexte verejnej zákazky, ktorej hodnota nepresahuje prahovú hodnotu stanovenú v smernici 2004/17 ani v smernici 2004/18, ale ktorá predstavuje nepochybný cezhraničný záujem, zákaz diskriminácie na základe štátnej príslušnosti a povinnosť transparentnosti, ktoré vyplývajú z článkov 49 a 56 ZFEÚ, bránia takej súťažnej požiadavke, akou je požiadavka uvedená v bode 4.3 predmetných súťažných podkladov, ktorá stanovuje, že v prípade, ak partneri navrhujú kumuláciu svojich odborných spôsobilostí predložím spoločnej ponuky, musí existovať aritmetická úmernosť medzi pomernou časťou zákazky, ktorú vykonáva každý jednotlivý partner pôsobiaci v spoločnom podniku, a jeho podielom na splnení podmienky týkajúcej sa odbornej praxe.

50 — Napríklad hydroizolácia infraštruktúry.

51 — V tejto súvislosti pozri rozsudky z 23. decembra 2009, Serrantoni a Consorzio stabile edili (C-376/08, EU:C:2009:808, body 31 a 32 a citovanú judikatúru), a z 22. októbra 2015, Impresa Edilux a SICEF (C-425/14, EU:C:2015:721, bod 36).

Zákonnosť zmien bodu 4.3 súťažných podkladov v rámci postupu zadávania zákazky (o druhej otázke)

69. Bránili zásady rovnakého zaobchádzania a zákazu diskriminácie na základe štátnej príslušnosti, zakotvené v článkoch 49 a 56 ZFEÚ, a z nich vyplývajúca povinnosť transparentnosti tomu, aby prístavný úrad pozmenil bod 4.3 súťažných podkladov spôsobom, akým to urobil?

70. Judikatúra Súdneho dvora týkajúca sa výkladu článku 2 smernice 2004/18 poskytuje užitočné usmernenie pre zodpovedanie tejto otázky. Podľa tohto ustanovenia platí, že „verejní obstarávatelia zaobchádzajú s hospodárskymi subjektmi rovnako a nediskriminačne a konajú transparentne“. Toto ustanovenie je teda založené na zásade rovnakého zaobchádzania, zásade zákazu diskriminácie, ako aj na povinnosti transparentnosti, ktoré vyplývajú zo ZFEÚ. [52]

71. Súdny dvor preto rozhodol, že zásada rovnosti zaobchádzania, ako aj povinnosť transparentnosti, ktorá z nej vyplýva, vyžadujú jasné vymedzenie predmetu každej zákazky, ako aj zadávacích kritérií verejných zákaziek už na začiatku zadávacieho konania. [53] Rovnaké zaobchádzania s uchádzačmi vyžaduje, aby všetci uchádzači mali rovnaké príležitosti pri formulovaní znenia svojich ponúk. Z toho vyplýva, že ponuky všetkých uchádzačov musia podliehať rovnakým podmienkam. [54] Cieľom povinnosti transparentnosti je okrem toho vylúčiť riziko uprednostňovania a svojvoľnosti zo strany verejného obstarávateľa. Vyžaduje, aby všetky podmienky a podrobnosti verejného obstarávania boli v oznámení alebo v zozname zadávacích podmienok jasne, presne a jednoznačne formulované, aby všetci priemerne informovaní uchádzači pri uplatnení primeranej obozretnosti chápali ich presný význam a mohli ich vykladať rovnako a aby bol verejný obstarávateľ schopný skutočne posúdiť, či ponuky uchádzačov spĺňajú kritériá, ktoré platia pre relevantnú zákazku. [55]

72. Verejný obstarávateľ teda nemôže, hoci aj vo forme opráv, zmeniť rozsah podstatných podmienok zákazky, tak ako sú formulované v súťažných podkladoch, z ktorých legitímne vychádzajú záujemcovia spomedzi hospodárskych subjektov pri rozhodovaní o predložení ponuky, alebo naopak o tom, že sa na predmetnom zadávacom konaní nezúčastnia. [56]

73. Rovnaké zásady platia, ak zákazka, ktorú neupravuje smernica 2004/18, predstavuje nepochybný cezhraničný záujem. Vo veci Enterprise Focused Solutions [57] Súdny dvor rozhodol, že verejný obstarávateľ nemôže po uverejnení oznámenia o vyhlásení zadávacieho konania vykonať zmenu technickej špecifikácie týkajúcej sa prvku zákazky v rozpore so zásadami rovnosti zaobchádzania a nediskriminácie, ako aj s povinnosťou transparentnosti. [58] To je v súlade s inými rozsudkami, v ktorých Súdny dvor objasnil, že zásada rovnosti zaobchádzania a povinnosť transparentnosti v zásade bráni tomu, aby sa ponuka po svojom predložení mohla meniť, či už z podnetu verejného obstarávateľa, alebo príslušného uchádzača, s výnimkou prípadu, ak daná zmena odstraňuje zjavne podstatnú chybu alebo objasňuje údaje uvedené v ponuke. [59]

74. V prejednávanej veci prístavný úrad konal v rozpore s týmito zásadami, keď dvakrát pozmenil bod 4.3 súťažných podkladov.

52 — Rozsudok zo 7. septembra 2016, Finn Frogne (C-549/14, EU:C:2016:634, bod 34).

53 — Rozsudky z 10. decembra 2009, Komisia/Francúzsko (C-299/08, EU:C:2009:769, bod 41), a z 10. mája 2012, Komisia/Holandsko (C-368/10, EU:C:2012:284, bod 56).

54 — Rozsudok zo 6. novembra 2014, Cartiera dell'Adda (C-42/13, EU:C:2014:2345, bod 44).

55 — Pozri okrem iného rozsudok zo 6. novembra 2014, Cartiera dell'Adda (C-42/13, EU:C:2014:2345, bod 44 a citovanú judikatúru), pozri aj rozsudok z 10. mája 2012, Komisia/Holandsko (C-368/10, EU:C:2012:284, bod 88).

56 — Rozsudok z 10. mája 2012, Komisia/Holandsko (C-368/10, EU:C:2012:284, bod 55).

57 — Rozsudok zo 16. apríla 2015, Enterprise Focused Solutions (C-278/14, EU:C:2015:228).

58 — Rozsudok zo 16. apríla 2015, Enterprise Focused Solutions (C-278/14, EU:C:2015:228, bod 29).

59 — Pozri okrem iného rozsudok z 10. októbra 2013, Manova (C-336/12, EU:C:2013:647, body 31 a 32).

75. Po prvé, ako uvádza Komisia, tieto zmeny a doplnenia nemožno považovať len za menšie objasnenia tohto bodu alebo opravy chyby v písaní. Pôvodné znenie bodu 4.3 jasne umožňuje, aby požiadavku týkajúcu sa odbornej spôsobilosti, ktorá je uvedená v bode 3.2.1 súťažných podmienok, spĺňal aspoň jeden partner pôsobiaci v spoločnom podniku *alebo* všetci partneri dohromady. Obidve modifikácie (z 24. apríla 2014 a 9. mája 2014) zaviedli obmedzenia týkajúce sa preukázania odbornej spôsobilosti v prípade spoločného podniku. Tieto obmedzenia zjavne neboli súčasťou pôvodného znenia tohto bodu. Práve naopak, zmenili podstatu bodu 4.3 súťažných podkladov, z ktorých už hospodárske subjekty legitímne vychádzali pri rozhodovaní o predložení ponuky, alebo o tom, že sa na predmetnom zadávacom konaní nezúčastnia. Z tohto dôvodu nesúhlasím s tvrdením prístavného úradu, že primerane informovaní uchádzači mohli predmetné zmeny predvídať.

76. Prístavný úrad okrem toho neuviedol žiadne objektívne odôvodnenie, ktorým by objasnil, prečo po zverejnení prvotného oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania dvakrát zásadne pozmenil bod 4.3 súťažných podkladov. Hoci ide o záležitosť, ktorej preskúmanie prináleží príslušnému vnútroštátnemu súdu ako jedinému súdu rozhodujúcemu o skutkových okolnostiach, nič, čo sa nachádza v materiáloch, ktoré má Súdny dvor k dispozícii, teda nenaznačuje, že vykonané zmeny a doplnenia boli nevyhnutné v dôsledku zásadnej zmeny okolností zadávania alebo vykonania dotknutej verejnej zákazky, ktorá nastala po zverejnení oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania.

77. Možno si predstaviť okolnosti, za akých by takáto zásadná zmena mohla nastať a za akých by verejný obstarávateľ čelil dileme, či znovu začne zadávacie konanie *ab initio*, alebo zmení súťažné podklady. Ktorékoľvek riešenie by vyvolalo nepriaznivé následky v podobe zbytočných nákladov pre tých, ktorí sa už zapojili do pôvodného zadávacieho konania, ako aj mnoho otázok, najmä pokiaľ ide o riziko zneužitia alebo manipulácie, potrebu transparentnosti a rovnakého zaobchádzania s (potenciálnymi) uchádzačmi a (prípadne) vrátenie (určitej časti) zbytočne vynaložených nákladov. Našťastie sa od Súdneho dvora nevyžaduje, aby rozhodol o ktorejkoľvek z týchto pálčivých otázok, a ja ich preto nebudem ďalej skúmať.

78. Za okolností prejednávanej veci som preto dospela k záveru, že zákaz diskriminácie na základe štátnej príslušnosti a povinnosť transparentnosti, ktoré vyplývajú z článkov 49 a 56 ZFEÚ, bránia takým zmenám súťažných podkladov, akými sú zmeny vo veci samej, ktoré zavádzajú obmedzenia týkajúce sa preukazovania odbornej spôsobilosti partnerov pôsobiacich v spoločnom podniku a ktoré zjavne neboli súčasťou pôvodného znenia týchto podkladov.

79. Tento záver nespochybňuje ani skutočnosť, že zmeny, ku ktorým došlo, nastali pred predložením akejkoľvek ponuky, ani skutočnosť, že prístavný úrad uverejnil tieto zmeny v *Úradnom vestníku Európskej únie* a zároveň predĺžil lehotu na predloženie ponúk. Ako som už objasnila, postupné zmeny bodu 4.3 súťažných podkladov zo strany prístavného úradu znamenali podstatnú úpravu podmienok, za ktorých mohli predkladať ponuky partneri pôsobiaci v spoločnom podniku, a to bez objektívneho odôvodnenia. [60]

80. Na záver by som zdôraznila, že moja vyššie uvedená analýza vyplýva z konkrétnej situácie vo veci samej. Z tohto dôvodu žiadnym spôsobom neprejudikuje, ako by sa zásada rovnakého zaobchádzania, zásada zákazu diskriminácie a povinnosť transparentnosti, ktoré vyplývajú zo ZFEÚ, uplatňovali za iných okolností.

60 — Pozri body 75 a 76 týchto návrhov.

Návrh

81. Vzhľadom na všetky predchádzajúce úvahy zastávam názor, že Súdny dvor by mal na otázky, ktoré položil Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Najvyšší súd Litvy), odpovedať takto:

1. V kontexte verejnej zákazky, ktorá nepodlieha smernici Európskeho parlamentu a Rady 2004/17/ES z 31. marca 2004 o koordinácii postupov obstarávania subjektov pôsobiacich v odvetviach vodného hospodárstva, energetiky, dopravy a poštových služieb ani smernici Európskeho parlamentu a Rady 2004/18 z 31. marca 2004 o koordinácii postupov zadávania verejných zákaziek na práce, verejných zákaziek na dodávku tovaru a verejných zákaziek na služby, ale ktorá predstavuje nepochybný cezhraničný záujem, sa zákaz diskriminácie na základe štátnej príslušnosti a povinnosť transparentnosti, ktoré vyplývajú z článkov 49 a 56 ZFEÚ, musia vykladať v tom zmysle, že bránia takej vnútroštátnej právnej úprave, aká je obsiahnutá v § 24 ods. 5 Lietuvos Respublikos Viešųjų pirkimų įstatymas (zákon o verejnom obstarávaní), podľa ktorého musí „hlavnú prácu“ stanovenú verejným obstarávateľom vykonať samotný uchádzač bez toho, aby mal možnosť vykonať predmetnú časť zákazky prostredníctvom subdodávateľov.

2. V rovnakom kontexte zákaz diskriminácie na základe štátnej príslušnosti a povinnosť transparentnosti, ktoré vyplývajú z článkov 49 a 56 ZFEÚ, bránia takej súťažnej požiadavke, akou je požiadavka uvedená v bode 4.3 predmetných súťažných podkladov vo veci samej, ktorá stanovuje, že v prípade, ak partneri navrhujú kumuláciu svojich odborných spôsobilostí predložím spoločnej ponuky, musí existovať aritmetická úmernosť medzi pomernou časťou zákazky, ktorú vykonáva každý jednotlivý partner pôsobiaci v spoločnom podniku, a jeho podielom na splnení podmienky týkajúcej sa odbornej praxe.

3. Zákaz diskriminácie na základe štátnej príslušnosti a povinnosť transparentnosti, ktoré vyplývajú z článkov 49 a 56 ZFEÚ, bránia takým zmenám súťažných podkladov, akými sú zmeny vo veci samej, ktoré bez objektívneho odôvodnenia zavádzajú obmedzenia týkajúce sa preukazovania odbornej spôsobilosti partnerov pôsobiacich v spoločnom podniku a ktoré zjavne neboli súčasťou pôvodného znenia týchto podkladov.