Sbírka soudních rozhodnutí

STANOVISKO GENERÁLNÍ ADVOKÁTKY
ELEANOR SHARPSTON
přednesené dne 1. prosince 2016 [1]

Věc C-298/15

UAB „Borta“

[žádost o rozhodnutí o předběžné otázce podaná Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Litevský nejvyšší soud)]

„Veřejné zakázky — Kvalitativní výběrová kritéria — Požadavek, aby ‚hlavní plnění‘ poskytoval přímo sám úspěšný uchazeč — Doklad odborných schopností — Nabídka předložená uskupením hospodářských subjektů — Požadavek přímé úměry mezi příspěvkem každého z partnerů a jeho příspěvkem k prokázání odborných schopností — Zadávací řízení — Změna zadávacích podmínek v průběhu řízení — Zásady rovného zacházení a transparentnosti“

1. Tato žádost o rozhodnutí o předběžné otázce podaná Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Litevský nejvyšší soud) se týká jedné ze zadávacích podmínek týkajících se zadávacího řízení na stavební práce souvisejícího s výstavbou přístavního mola v Klaipėdě (Litva). Dotčená zadávací podmínka obsahuje ustanovení upravující nabídky předložené sdruženými partnerskými subjekty. Tato ustanovení vyžadují, aby každý z partnerů *plnil* zakázku úměrně ke svému příspěvku k prokázání odborných schopností uskupení ve fázi *zadávání* veřejné zakázky. Předkládající soud má pochybnosti o slučitelnosti tohoto požadavku s pravidly sdružování odborných schopností podle unijního práva v oblasti veřejných zakázek. Jelikož sporná podmínka byla zveřejněna teprve několik týdnů po zveřejnění samotného zadávacího řízení, předkládající soud by chtěl rovněž vědět, zda (a případně za jakých okolností) mohou veřejní zadavatelé měnit zadávací podmínky v průběhu zadávacího řízení. Uvedený soud z moci úřední klade rovněž otázku, zda unijní právo v oblasti veřejných zakázek brání ustanovení litevského práva, které zakazuje u veřejných zakázek na stavební práce poskytovat „hlavní plnění“ formou subdodávek.

2. První obtíž spočívá v tom, zda je Soudní dvůr příslušný k odpovědi na tyto otázky. Předkládající soud vyjádřil své pochybnosti v souvislosti se směrnicí 2004/17/ES [2]. Je však nesporné, že odhadovaná hodnota dotčené veřejné zakázky nedosahuje relevantní prahové hodnoty, a že se tato směrnice tedy na spor v původním řízení nepoužije. Učinilo tuto směrnici přímo a bezpodmínečně použitelnou na dotčenou zakázku litevské právo? Je-li tomu tak, je podle ustálené judikatury Soudní dvůr k výkladu relevantních ustanovení uvedené směrnice příslušný. Kromě toho, má-li dotčená zakázka nepochybný přeshraniční význam, podléhá její zadání základním pravidlům a obecným zásadám SFEU (zejména zásadám volného pohybu stanoveným v článcích 49 a 56 SFEU) a Soudnímu dvoru v takovém případě přísluší poskytnout na tomto základě prvky výkladu užitečné pro předkládající soud.

1 — Původní jazyk: angličtina.

2 — Směrnice Evropského parlamentu a Rady ze dne 31. března 2004 o koordinaci postupů při zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb (Úř. věst. 2004, L 134, s. 1). Relevantní je znění naposledy pozměněné nařízením Komise (EU) č. 1336/2013 ze dne 13. prosince 2013 (Úř. věst 2013, L 335, s. 17).

Právní rámec

Unijní právo

3. Bod 9 odůvodnění směrnice 2004/17 uvádí:

„Pro zajištění otevřeného zadávání veřejných zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb v hospodářské soutěži je žádoucí, aby byla vypracována ustanovení, která zavádějí na úrovni Společenství koordinaci zakázek překračujících určitou hodnotu. Tato koordinace je založena na požadavcích vyplývajících z článků 14, 28 a 49 Smlouvy o ES a článku 97 Smlouvy o Euratomu, zejména na zásadě rovného zacházení, přičemž zásada zákazu diskriminace je pouze jejím zvláštním vyjádřením, zásadě vzájemného uznávání, zásadě proporcionality, a zásadě transparentnosti. Tato koordinace by s ohledem na druh odvětví, kterých se týká, měla při zachování uplatnění uvedených zásad vytvořit rámec pro zdravou obchodní praxi a měla by umožnit co největší pružnost.

[…]“

4. V bodě 43 odůvodnění je uvedeno, že za účelem podpory přístupu malých a středních podniků na trh s veřejnými zakázkami je vhodné začlenit ustanovení o subdodávkách.

5. Článek 10 stanoví, že „zadavatelé jednají s hospodářskými subjekty na základě zásad rovnosti a zákazu diskriminace a postupují transparentním způsobem“.

6. Článek 11 odst. 2 uvádí:

„Podávat nabídky nebo postupovat jako zájemci mohou skupiny hospodářských subjektů. Zadavatelé nesmějí od takových skupin vyžadovat určitou právní formu k tomu, aby mohly podat nabídku nebo žádosti o účast, avšak od vybrané skupiny může být vyžadováno získání takové právní formy, jestliže jí byla zadána zakázka, pokud je tato přeměna nezbytná pro řádné plnění zakázky.“

7. Článek 37, nadepsaný „Subdodávky“, stanoví:

„V zadávací dokumentaci zadavatel od uchazeče může, nebo stanoví-li tak členský stát, musí požadovat, aby ve své nabídce uvedl, jakou část zakázky případně zamýšlí zadat třetím osobám, a všechny navrhované subdodavatele. Tímto sdělením není dotčena odpovědnost hlavního hospodářského subjektu.“

8. Článek 38, nadepsaný „Podmínky plnění zakázky“, uvádí:

„Zadavatelé mohou stanovit zvláštní podmínky pro plnění zakázky za předpokladu, že jsou slučitelné s [unijním právem] a jsou uvedeny v oznámení sloužícím jako výzva k účasti v soutěži nebo v zadávací dokumentaci. Podmínky, kterými se řídí plnění zakázky, se mohou týkat zejména sociálních faktorů a životního prostředí.“

9. Článek 53, nadepsaný „Systémy kvalifikace“, stanoví mj. toto:

„1. Zadavatelé, kteří si to přejí, mohou zavést a provozovat systém kvalifikace hospodářských subjektů.

[…]

2. Systém podle odstavce 1 může zahrnovat různé kvalifikační stupně.

Musí být provozován na základě objektivních kritérií a pravidel, která určí zadavatel.

[…]

5. Pokud kritéria a pravidla pro klasifikaci uvedená v odstavci 2 obsahují požadavky týkající se technických nebo odborných schopností hospodářského subjektu, může tento subjekt, je-li to nezbytné, využít schopnosti jiných subjektů, bez ohledu na právní povahu vztahů mezi ním a těmito subjekty. V tom případě musí zadavateli prokázat, že bude disponovat uvedenými prostředky po celou dobu trvání systému kvalifikace, například tím že předloží závazek těchto subjektů v tomto směru.

Za stejných podmínek může skupina hospodářských subjektů uvedená v článku 11 využít schopnosti účastníků skupiny nebo jiných subjektů.

[…]“

Litevské právo

10. Článek 2 odst. 29 Lietuvos Respublikos Viešųjų pirkimų įstatymas (zákon Litevské republiky o veřejných zakázkách; „zákon o veřejných zakázkách“) definuje dodavatele obecně jako jakýkoli hospodářský subjekt, ať už fyzickou osobu, nebo právnickou osobu soukromého či veřejného práva, jinou organizaci či její část nebo skupinu takových osob, který je schopen nabídnout či nabízí zboží, služby či stavební práce.

11. Podle čl. 24 odst. 5 zákona o veřejných zakázkách zadávací podmínky od uchazeče nebo zájemce vyžadují, aby ve své nabídce upřesnil, s jakými subdodavateli zamýšlí spolupracovat, a mohou vyžadovat, aby uchazeč nebo zájemce upřesnil, jak velkou část zakázky hodlá plnit formou subdodávek od těchto subdodavatelů. V případě využití subdodavatelů u zakázek na stavební práce zadána musí nicméně hlavní plnění určené veřejným zadavatelem provést sám dodavatel.

12. Podle čl. 27 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách může veřejný zadavatel z vlastního podnětu kdykoliv před uplynutím lhůty pro předkládání nabídek upřesnit zadávací podmínky.

13. Článek 32 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách stanoví, že je-li to u některého zadávacího řízení nezbytné, může dodavatel využít schopností jiných hospodářských subjektů nezávisle na právním vztahu, který ho k nim pojí. V takovém případě musí dodavatel veřejnému zadavateli prokázat, že tyto zdroje budou k dispozici při plnění zakázky. Skupina hospodářských subjektů může za týchž podmínek využít schopností členů skupiny nebo i jiných hospodářských subjektů.

Skutkový stav, řízení a předběžné otázky

14. Dne 2. dubna 2014 VĮ Klaipėdos valstybinio jūrų uosto direkcija (ředitelství státního přístavu Klaipėda, dále jen „přístavní orgán“), tedy přístav, který je litevský veřejnoprávním podnikem, zveřejnilo oznámení o zadávacím řízení na „stavební práce týkající se ‚rekonstrukce přístavních mol č. 67 a 68 – 1. etapa‘ “. Toto oznámení bylo dne 5. dubna 2014 zveřejněno rovněž v *Úředním věstníku Evropské unie*[3] .

3 — Úř věst. 2014, S 68-117458.

15. Bod 3.2.1 zadávacích podmínek obsahoval následující požadavek: „Průměrný roční objem prací ‚dodavatelů' souvisejících s hlavními stavebními a instalačními pracemi (výstavba či rekonstrukce přístavních mol) v období posledních pěti let nebo za dobu od registrace dodavatele (pokud dodavatel podniká po dobu kratší pěti let) musí odpovídat hodnotě alespoň 5 000 000 LTL (1 448 100,09 EUR) bez DPH."

16. Bod 4.2.3 zadávacích podmínek požadoval, aby každá nabídka „specifikovala závazky partnerů vyvíjejících činnost na základě dohody o spolupráci, pokud jde o plnění zakázky, a to společně s procentním podílem těchto závazků, a uváděla, že toto rozdělení plnění zavazuje pouze partnery a nezakládá žádné povinnosti pro zákazníka (veřejného zadavatele)".

17. Původní znění bodu 4.3 zadávacích podmínek stanovovalo následující:

„Je-li nabídka předložena dodavateli vyvíjejícími činnost na základě dohody o spolupráci, musí požadavky [bodu 3.2.1] splňovat alespoň jeden z partnerů účastnících se společných činností nebo všichni partneři vyvíjející činnost na základě dohody o spolupráci posuzovaní jako celek. […] V souladu s čl. 24 odst. 5 [zákona o veřejných zakázkách] [přístavní orgán] upozorňuje, že hlavní plnění představuje bod 1.2.8 stavební části výkazu výměr, a že tedy tyto práce musí být provedeny samotným dodavatelem"[4].

18. Dne 24. dubna 2014 přístavní orgán z vlastního podnětu poprvé změnil bod 4.3 zadávacích podmínek. Toto nové znění, které bylo zveřejněno v *Úředním věstníku Evropské unie*, stanovilo zejména to, že pokud byla nabídka předložena dodavateli vyvíjejícími činnost na základě dohody o spolupráci, musel každý z partnerů účastnících se společných činností splňovat požadavky bodu 3.2.1 alespoň z 50 %. Na základě této změny přístavní orgán prodloužil lhůtu pro předkládání nabídek.

19. Dne 3. května 2014 UAB Borta, společnost s ručením omezeným založená podle litevského práva, toto přeformulování napadla u přístavního orgánu. V důsledku toho přístavní orgán rozhodnutím ze dne 9. května 2014 bod 4.3 zadávacích podmínek změnil podruhé[5]. Nové (a konečné) znění je formulováno následovně:

„Je-li nabídka předložena dodavateli vyvíjejícími činnost na základě dohody o spolupráci, musí požadavky bodu 3.2.1 […] splňovat alespoň jeden z partnerů účastnících se společných činností nebo všichni partneři vyvíjející činnost na základě dohody o spolupráci posuzovaní jako celek. Příspěvek každého z partnerů (objem realizovaných prací) v rámci dohody o spolupráci musí být úměrný jeho příspěvku ke splnění požadavků plynoucích z bodu 3.2.1 […], jakož i objemu prací, který skutečně uskuteční, bude-li nabídka úspěšná (plnění zakázky)[6]. […] V souladu s čl. 24 odst. 5 [zákona o veřejných zakázkách] [přístavní orgán] upozorňuje, že hlavní plnění představuje bod 1.2.8 stavební části výkazu výměr, a že tedy tyto práce musí být provedeny samotným dodavatelem."

20. Na základě posledně uvedené změny, která byla zveřejněna v *Úředním věstníku Evropské unie*, byla lhůta pro předkládání nabídek podruhé prodloužena, a to do 12. června 2014.

21. Dne 12. června 2014 předložila Borta nabídku, v níž nabízela uskutečnit dané práce za částku, která odpovídala zhruba 4 761 460 eurům. Jednalo se o nabídku s nejvyšší cenou[7].

4 — Předkládající soud vysvětluje, že toto hlavní plnění je představováno mj. výstavbou ocelové stěny s drážkami, která je uložena na polohových nosnících.

5 — Veřejný zadavatel při této příležitosti z vlastní iniciativy drobně pozměnil bod 4.2.3 zadávacích podmínek. Tato změna však není sporem v původním řízení dotčena.

6 — Na posledně uvedený požadavek budu odkazovat jako na „požadavek vzájemného vztahu". Lze předpokládat, že „objem prací" je vyjadřován v penězích.

7 — Nabídka úspěšného uchazeče dosahovala ekvivalentu zhruba 3 168 400 eur.

22. Borta nicméně zpochybnila konečné znění bodu 4.3 zadávacích podmínek u přístavního orgánu a po zamítnutí své stížnosti i u Klaipėdos apygardos teismas (krajský soud v Klaipėdě, Litva). Klaipėdos apygardos teismas (krajský soud v Klaipėdě) danou žalobu dne 18. srpna 2014 zamítl. Borta podala odvolání proti tomuto rozhodnutí k Lietuvos apeliacinis teismas (Litevský odvolací soud), který odvolání dne 13. listopadu 2014 zamítl. Oba soudy měly v podstatě za to, že zpochybňované ustanovení zadávací dokumentace bylo odůvodněno povahou předmětu zakázky a jeho významem pro veřejný zájem a že solidární odpovědnost smluvních stran dohody o spolupráci ve vztahu k přístavnímu orgánu sama o sobě nezaručovala řádné splnění veřejné zakázky. Odmítly rovněž argument, podle něhož byly postupné změny zadávacích podmínek protiprávní, jelikož čl. 27 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách přístavní orgán výslovně opravňovala k vyjasnění uvedených podmínek.

23. Borta podala proti rozsudku Lietuvos apeliacinis teismas (Litevský odvolací soud) kasační opravný prostředek k Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Litevský nejvyšší soud), který přerušil řízení a položil Soudnímu dvoru následující předběžné otázky:

„1) Je třeba ustanovení článků 37, 38, 53 a 54 směrnice 2004/17 chápat a vykládat, ať už společně, či samostatně (ale bez omezení na uvedená ustanovení), v tom smyslu, že:

a) brání vnitrostátní právní úpravě, která stanoví, že má-li být zakázka na stavební práce zadána i subdodavatelům, musí nicméně hlavní plnění určené veřejným zadavatelem provést sám dodavatel[8]?

b) brání použití takových podmínek sdružování odborných schopností dodavatelů stanovených v zadávací dokumentaci, jaké určil veřejný zadavatel v napadeném ustanovení zadávacích podmínek, v jehož rámci musí podíl odborných schopností příslušného hospodářského subjektu (smluvní strany dohody o spolupráci) odpovídat podílu konkrétních prací, které bude daný subjekt skutečně provádět v rámci veřejné zakázky?

2) Je třeba ustanovení článků 10, 46 a 47 směrnice 2004/17 chápat a vykládat, ať už společně, či samostatně (ale bez omezení na uvedená ustanovení), v tom smyslu, že:

a) není v rozporu se zásadou rovného zacházení s dodavateli a zásadou transparentnosti, pokud veřejný zadavatel:

— předem v zadávací dokumentaci stanoví obecnou možnost sdružování odborných schopností dodavatelů, ale nestanoví konkrétní podmínky využití této možnosti,

— následně v rámci postupu zadávání veřejné zakázky podrobněji definuje požadavky pro posouzení kvalifikace dodavatelů v tom smyslu, že stanoví určitá omezení sdružování odborných schopností dodavatelů,

— vzhledem k této podrobnější definici obsahu požadavků na kvalifikaci prodlouží lhůtu pro podávání nabídek a uvedené prodloužení zveřejní v *Úředním věstníku [Evropské unie]*?

b) omezení možnosti sdružování schopností dodavatelů nemusí být předem přesně stanoveno, pokud je takové omezení předvídatelné a odůvodnitelné s ohledem na konkrétní povahu činnosti veřejného zadavatele a zvláštní aspekty veřejné zakázky?“

24. Písemné vyjádření předložily přístavní orgán, litevská vláda a Evropská komise. Titíž účastníci řízení, jakož i Borta byli vyslechnuti na jednání konaném dne 1. června 2016.

8 — Předkládací usnesení uvádí, že uvedený soud tuto otázku položil „bez návrhu“ za účelem ochrany veřejného zájmu.

Posouzení

Úvodní poznámky

25. Litevská vláda na jednání uvedla, že ustanovením čl. 24 odst. 5 zákona o veřejných zakázkách bylo provedeno nové pravidlo o subdodávkách uvedené v čl. 79 odst. 3 směrnice 2014/25/EU[9] ještě před uplynutím lhůty k provedení uvedené směrnice, a že by tak Soudní dvůr měl projednávanou žádost o rozhodnutí o předběžné otázce posuzovat toliko z pohledu této směrnice[10]. Přístavní orgán zaujal obdobné stanovisko. Komise tvrdila, že směrnice 2014/25 naopak nemůže být zohledněna. Zaprvé přijetí čl. 24 odst. 5 zákona o veřejných zakázkách předcházelo přijetí směrnice. Zadruhé Litva opomenula oznámit Komisi opatření k provedení směrnice 2014/25 do litevského práva.

26. Podle ustálené judikatury je použitelnou směrnicí zpravidla směrnice platná v okamžiku, kdy zadavatel volí druh řízení, které má být použito, a definitivně rozhodne o otázce, zda je nutné v rámci řízení o zadání veřejné zakázky postupovat formou řízení s předchozí výzvou k účasti v soutěži. Směrnice se naopak *nepoužije*, pokud lhůta stanovená pro její provedení uplyne až po tomto datu[11].

27. Směrnice 2014/25 byla zrušena směrnicí 2004/17 s platností k 18. dubnu 2016. Nepoužije se tedy na spor v původním řízení, v němž oznámení o zadávacím řízení bylo zveřejněno dne 2. dubna 2014. Jak v souvislosti se směrnicí 2014/24 nedávno uvedl Soudní dvůr, pokud by se použila před uplynutím lhůty pro své provedení, byli by nejen členské státy, ale i veřejní zadavatelé a hospodářské subjekty připraveni o dostatečnou lhůtu pro přizpůsobení se novým ustanovením zaváděným touto směrnicí[12]. To by podle mého názoru bylo v rozporu i se zásadou právní jistoty[13]. Toto obdobně platí i pro směrnici 2014/25.

28. Dále je nesporné, že hodnota dotčené zakázky (která může být oceněna odkazem na nabídku vyznačující se nejvyšší cenou, tedy ekvivalentem 4 761 459,72 eura v LTL) se nachází pod prahovou hodnotou 5 186 000 eur stanovenou pro stavební práce v době rozhodné z hlediska skutkového stavu v čl. 16 písm. b) směrnice 2004/17. Jak podotýká předkládající soud, dotčená veřejná zakázka tedy nespadá do působnosti směrnice 2004/17.

29. Předkládající soud však tvrdí, že Soudní dvůr má pravomoc odpovědět na položené otázky. Zaprvé, přístavní orgán měl jasně v úmyslu považovat zadávací řízení za mezinárodní, jelikož oznámení o něm, stejně jako pozdější změny zadávacích podmínek, zveřejnil v *Úředním věstníku Evropské unie*. To potvrzuje i skutečnost, že nabídku předložily rovněž dvě nelitevské společnosti. Předkládající soud v podstatě rovněž uvádí, že litevský zákonodárce se při provádění směrnice 2004/17 formou zákona o veřejných zakázkách rozhodl použít určitá pravidla stanovená uvedenou směrnicí pro zadávací řízení nespadající do působnosti směrnice.

9 — Směrnice Evropského parlamentu a Rady ze dne 26. února 2014 o zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb a o zrušení směrnice 2004/17 (Úř. věst. 2014, L 94, s. 243). Podle tohoto ustanovení „v případě zakázek na stavební práce, služby a umístění stavby nebo instalační práce v rámci zakázky na dodávky mohou zadavatelé požadovat, aby určité stěžejní úkoly byly vykonávány přímo uchazečem samotným nebo, pokud je nabídka předkládána skupinou hospodářských subjektů uvedenou v čl. 37 odst. 2, účastníkem skupiny“. Obdobné pravidlo stanovuje čl. 63 odst. 2 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES (Úř. věst. 20014, L 94, s. 65; Zvl. vyd. 06/07, s. 19).

10 — Z písemného vyjádření litevské vlády vyplývá, že v době rozhodné z hlediska skutkového stavu nebyla ještě směrnice 2014/25 plně provedena do litevského práva.

11 — Rozsudky ze dne 10. července 2014, Impresa Pizzarotti, C-213/13, EU:C:2014:2067, bod 31 a citovaná judikatura, a ze dne 7. dubna 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, bod 83.

12 — Rozsudek ze dne 7. dubna 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, bod 86.

13 — Obdobně viz rozsudek ze dne 15. října 2009, Hochtief a Linde-Kca-Dresden, C-138/08, EU:C:2009:627, bod 29 a citovaná judikatura. Viz také rozsudek ze dne 5. října 2000, Komise v. Francie, C-337/98, EU:C:2000:543, bod 40.

30. Na jednání litevská vláda doplnila, že litevské právo vyžaduje, aby veřejní zadavatelé při uskutečňování zadávacích řízení, u nichž odhadovaná hodnota zakázky nedosahuje prahové hodnoty, zvolili postup jeho zadání. Mohou se rozhodnout použít zjednodušené řízení stanovené vnitrostátním právem pro tento druh zakázek, nebo řízení použitelné pro veřejné zakázky dosahující prahové hodnoty. Ve druhém z těchto případů by se v závislosti na předmětu veřejné zakázky podle unijního práva platného v době rozhodné z hlediska skutkových okolností stala pro veřejného zadavatele závaznými ustanovení směrnice 2004/17 nebo směrnice 2004/18/ES[14]. Ta měly použít rovněž vnitrostátní soudy.

31. Za určitých okolností není čistě vnitrostátní povaha určité situace překážkou toho, aby Soudní dvůr zodpověděl otázku položenou podle článku 267 SFEU[15]. Tak tomu může být zejména tehdy, když vnitrostátní právo předkládajícímu soudu ukládá, aby byla státnímu příslušníku členského státu, do jehož jurisdikce daný soud spadá, přiznána stejná práva, jako jsou práva, která by v téže situaci vyplývala z unijního práva státnímu příslušníkovi jiného členského státu, nebo pokud se žádost o rozhodnutí o předběžné otázce týká ustanovení unijního práva, na která vnitrostátní právo odkazuje za účelem stanovení pravidel použitelných na situaci, která je čistě vnitřní záležitostí tohoto členského státu[16].

32. Co se týče posledně uvedené situace, příslušnost Soudního dvora zahrnuje otázky týkající se ustanovení unijního práva, pokud skutkový stav v původním řízení spadá mimo působnost tohoto práva, ale daná ustanovení se stala na základě vnitrostátního práva *přímo* a *bezpodmínečně* použitelnými, aby tak bylo zajištěno rovné zacházení s vnitrostátními situacemi a situacemi řídícími se unijním právem[17]. Pokud totiž vnitrostátní právní předpisy přizpůsobí řešení situací, které nespadají do působnosti dotčeného unijního aktu, řešením upraveným uvedeným aktem, aby se tak zajistilo stejné zacházení pro vnitřní situace a pro situace upravené unijním právem, je v zájmu Evropské unie, aby se se za účelem předejití budoucím rozdílným výkladům dostalo ustanovením nebo pojmům převzatým z unijního práva jednotného výkladu bez ohledu na podmínky, za kterých se mají uplatnit[18].

33. V projednávaném případě však není k dispozici dostatek konkrétních informací, z nichž by bylo možné vyvodit, že uváděná ustanovení unijního práva se „stala na základě vnitrostátního práva přímo a bezpodmínečně použitelnými“, aby tak bylo zajištěno, že se na vnitrostátní situace a situace řídícími se unijním právem uplatní tatáž pravidla[19]. Předkládající soud ani litevská vláda zejména neinformovaly Soudní dvůr o žádném konkrétním ustanovení litevského práva, které by činilo směrnici 2004/17 přímo a bezpodmínečně použitelnou na veřejné zakázky s hodnotou nedosahující prahové hodnoty uvedené v článku 16 dané směrnice[20]. Vyvozuji tedy z toho, že Soudní dvůr není příslušný k tomu, aby v rámci tohoto řízení provedl výklad směrnice 2004/17.

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

15 — Viz zejména usnesení ze dne 3. července 2014, Tudoran, C-92/14, EU:C:2014:2051, bod 38.

16 — Viz zejména usnesení ze dne 3. července 2014, Tudoran, C -92/14, EU:C:2014:2051, bod 39 a citovaná judikatura, a ze dne 12. května 2016, Security Service a další, C-692/15 až C-694/15, EU:C:2016:344, bod 27.

17 — Rozsudky ze dne 22. prosince 2008, Les Vergers du Vieux Tauves, C-48/07, EU:C:2008:758, bod 21 a citovaná judikatura, a ze dne 18. prosince 2014, Generali-Providencia Biztosító, C-470/13, EU:C:2014:2469, bod 23.

18 — Rozsudek ze dne 7. listopadu 2013, Romeo, C-313/12, EU:C:2013:718, bod 22 a citovaná judikatura.

19 — Viz zejména rozsudek ze dne 18. října 2012, Nolan, C-583/10, EU:C:2012:638, bod 51. Ve svém rozsudku ze dne 14. ledna 2016, Ostas celtnieks (C-234/14, EU:C:2016:6, body 19 až 21), Soudní dvůr souhlasil s výkladem směrnice 2004/18, když zohlednil zejména stanovisko litevské vlády, podle něhož ustanovení litevského zákona o zakázkách na veřejné stavební práce byla použitelná na zakázky na veřejné stavební práce o hodnotě nedosahující prahové hodnoty stanovené směrnicí 2004/18. Soudní dvůr nicméně o své příslušnosti k odpovědi na předběžné otázky rozhodl pouze „s výhradou ověření předkládajícím soudem“.

20 — Obdobně viz rozsudek ze dne 18. prosince 2014, Generali-Providencia Biztosító, C-470/13, EU:C:2014:2469, bod 25.

34. Položené otázky směřují toliko k výkladu směrnice 2004/17. Soudní dvůr však může za účelem poskytnutí užitečné odpovědi vnitrostátnímu soudu, který mu položil předběžnou otázku, vzít v potaz unijní právní normy, na které vnitrostátní soud ve své žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce neodkázal [21].

35. Je proto nutné určit, zda je Soudní dvůr příslušný k odpovědi na položené otázky na základě obecných zásad SFEU, zejména zásad rovného zacházení a zákazu diskriminace na základě státní příslušnosti, jakož i povinnost transparentnosti, která z nich plyne. To v souladu s ustálenou judikaturou předpokládá, aby dotyčná zakázka měla nepochybný přeshraniční význam zejména s ohledem na svůj rozsah a na místo plnění [22]. Existenci tohoto nepochybného přeshraničního významu je třeba posoudit na základě všech relevantních faktorů, jako je hospodářský význam zakázky, zeměpisné místo jejího provádění nebo její technické aspekty, a to s ohledem na vlastnosti dotčené zakázky [23].

36. Soudní dvůr již rozhodl, že existenci nepochybného přeshraničního významu může nasvědčovat zejména určitá hodnota dotčené zakázky ve spojení s místem provádění prací nebo technická povaha zakázky [24]. Zakázka na stavební práce tak může mít přeshraniční význam z důvodu své odhadované hodnoty ve spojení se svojí technickou povahou nebo umístěním stavebních prací v místě, které je s to vyvolat zájem zahraničních subjektů [25].

37. Soudní dvůr ponechává v některých případech ověření existence přeshraničního významu na předkládajícím soudu [26]. V projednávaném případě má však Soudní dvůr k dispozici dostatek poznatků pro závěr, že dotčená veřejná zakázka takový přeshraniční význam skutečně má. Především, odhadovaná hodnota zakázky je značná [27]. Mimoto je Klaipėda jedním z nejdůležitějších přístavů v Baltském moři. Taková stavba přístavních mol, jaká byla předmětem dotčeného zadávacího řízení, navíc vyžaduje značné technické schopnosti, které se dají očekávat jen u omezeného počtu společností. A konečně, atraktivitu této veřejné zakázky pro zahraniční hospodářské subjekty potvrzuje předložení nabídek dvěma nelitevskými společnostmi [28], z nichž jedna zakázku nakonec i získala.

38. Položené otázky je tedy třeba zkoumat z pohledu obecných zásad transparentnosti a rovného zacházení, plynoucích z článků 49 a 56 SFEU, jež musí být při zadávání veřejných zakázek respektovány [29]. Vzhledem k tomu, že se články 49 a 56 SFEU vztahují na takové zakázky, jako je zakázka v původním řízení, musí přístavní orgán dodržovat zákaz diskriminace na základě státní příslušnosti, jakož i povinnost transparentnosti, které vyplývají z těchto článků [30].

21 — Viz zejména rozsudky ze dne 10. října 2013, Swm Costruzioni 2 a Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, bod 24 a citovaná judikatura, a ze dne 16. dubna 2015, Enterprise Focused Solutions, C-278/14, EU:C:2015:228, bod 17 a citovaná judikatura.

22 — Viz zejména rozsudky ze dne 19. prosince 2012, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce a další, C-159/11, EU:C:2012:817, bod 23; ze dne 10. července 2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici, C-358/12, EU:C:2014:2063, bod 24, a ze dne 18. prosince 2014, Generali-Providencia Biztosító, C-470/13, EU:C:2014:2469, bod 27.

23 — Z poslední doby viz rozsudek ze dne 14. července 2016, Promoimpresa a další, C-458/14 a C-67/15, EU:C:2016:558, bod 66 a citovaná judikatura. Viz rovněž moje stanovisko ve věci Komise v. Finsko, C-195/04, EU:C:2007:28, bod 55.

24 — Rozsudek ze dne 16. dubna 2015, SC Enterprise Focused Solutions, C-278/14, EU:C:2015:228, bod 20.

25 — Viz rozsudky ze dne 15. května 2008, SECAP a Santorso, C-147/06 a C-148/06, EU:C:2008:277, bod 24, a ze dne 17. listopadu 2015, RegioPost, C-115/14, EU:C:2015:760, bod 51.

26 — Viz zejména rozsudky ze dne 23. prosince 2009, Serrantoni and Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808, bod 25, a ze dne 14. listopadu 2013, Belgacom, C-221/12, EU:C:2013:736, bod 30 a citovaná judikatura.

27 — Obdobně viz rozsudek ze dne 16. dubna 2015, Enterprise Focused Solutions, C-278/14, EU:C:2015:228, bod 20.

28 — Viz rozsudky ze dne 15. května 2008, SECAP a Santorso, C-147/06 a C-148/06, EU:C:2008:277, bod 24, a ze dne 17. listopadu 2015, RegioPost, C-115/14, EU:C:2015:760, bod 51.

29 — Viz zejména rozsudky ze dne 13. listopadu 2007, Komise v. Irsko, C-507/03, EU:C:2007:676, bod 26, a ze dne 10. července 2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici, C-358/12, EU:C:2014:2063, bod 27. Soudní dvůr opakovaně rozhodl, že účelem koordinace postupů zadávání veřejných zakázek na unijní úrovni je právě odstranění překážek volného pohybu služeb a zboží, a tedy ochrana zájmů hospodářských subjektů usazených v členském státě, které si přejí nabízet zboží nebo služby veřejným zadavatelům usazeným v jiném členském státě (viz například rozsudky ze dne 3. října 2000, University of Cambridge, C-380/98, EU:C:2000:529, bod 16; ze dne 18. října 2001, SIAC Construction, C-19/00, EU:C:2001:553, bod 32, a ze dne 24. ledna 2008, Lianakis a další, C-532/06, EU:C:2008:40, bod 39).

30 — Obdobně viz rozsudek ze dne 18. prosince 2014, Generali-Providencia Biztosító, C-470/13, EU:C:2014:2469, bod 32 a citovaná judikatura).

Omezení možnosti subdodávek obsažené v čl. 24 odst. 5 zákona o veřejných zakázkách (písmeno a) první otázky)

39. Pod písmenem a) první otázky se předkládající soud táže, zda právo EU brání takovému ustanovení, jakým je čl. 24 odst. 5 zákona o veřejných zakázkách, které stanoví, že u veřejných zakázek na stavební práce je uchazeč povinen sám uskutečnit „hlavní plnění“, tak jak ho určil veřejný zadavatel.

40. Borta legalitu tohoto omezení při využívání subdodávek v rámci svého kasačního opravného prostředku podaného k předkládajícímu soudu nezpochybnila. Uvedený soud položil tuto otázku „bez návrhu“ ve veřejném zájmu. Ve skutečnosti není na první pohled jasné, zda skutečnosti v původním řízení zahrnují využití subdodávek. Nabídka podaná v rámci dohody o partnerství může znamenat, že bude-li nabídka úspěšná, stanou se všichni partneři individuálními stranami smlouvy uzavřené s veřejným zadavatelem. Tento případ nepředstavuje využití subdodávek, jelikož k tomu dochází pouze tehdy, je-li zakázka (celá nebo její část) realizována třetími subjekty [31]. Naopak dohoda o partnerství podle všeho počítá s využitím subdodávek, pokud by jako uchazeč formálně vystupoval pouze jeden z partnerů, ale zakázka by byla plněna všemi, nebo pokud by tito partneři založili společný podnik, který by byl stranou smlouvy namísto nich. Ohledně nabídky společnosti Borta je k dispozici jen málo informací a Soudnímu dvoru nepřísluší posuzovat, zda skutečně nebo potenciálně počítala s využitím subdodávek.

41. Podle ustálené judikatury nemůže Soudní dvůr rozhodovat o otázce položené vnitrostátním soudem, pokud je zjevné, že výklad nebo posouzení platnosti unijního právního pravidla požadované vnitrostátním soudem nemají žádný vztah k realitě nebo předmětu sporu v původním řízení [32]. Tak tomu však v projednávané věci není. Bod 4.3 zadávacích podmínek, který je ústředním bodem sporu v původním řízení, obsahuje výslovný odkaz na čl. 24 odst. 5 zákona o veřejných zakázkách. Nezdá se proto, že by první otázka písmeno a) neměla zjevně žádný vztah k realitě nebo předmětu sporu, a tato otázka je tedy přípustná [33].

42. A nyní se dostávám k podstatě věci.

43. Podle ustálené judikatury články 49 a 56 SFEU brání veškerým vnitrostátním opatřením, která i když se použijí bez diskriminace na základě státní příslušnosti, mohou státním příslušníkům členských států Unie zakázat výkon svobody usazování a volného pohybu služeb zaručených těmito ustanoveními nebo tomuto jejich výkonu bránit či jej učinit méně zajímavým [34].

44. Co se týče veřejných zakázek, svobody usazování a volného pohybu služeb, Evropská unie se snaží zajistit co možná největší účast uchazečů na zadávacím řízení i v případech, kdy se směrnice o veřejných zakázkách neuplatní [35]. Tak tomu je i ve vlastním zájmu příslušného veřejného zadavatele, který bude mít větší výběr, pokud jde o nejvýhodnější a jeho potřebám nejlépe vyhovující nabídku [36]. Jedním z hlavních cílů zásady rovného zacházení s účastníky zadávacích řízení a s ní související povinnosti transparentnosti je tedy zajistit volný pohyb služeb a jejich otevření nerušené hospodářské soutěži ve všech členských státech [37].

31 — Co se týče tohoto rozlišování, viz stanovisko generálního advokáta Jääskinena přednesené ve věci Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2015:558, bod 22.

32 — Viz zejména rozsudek ze dne 12. května 2011, Runevič-Vardyn a Wardyn, C-391/09, EU:C:2011:291, bod 33.

33 — Obdobně viz rozsudek ze dne 12. května 2011, Runevič-Vardyn a Wardyn, C-391/09, EU:C:2011:291, bod 34.

34 — Rozsudky ze dne 23. prosince 2009, Serrantoni a Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808, bod 41, a ze dne 10. července 2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici, C-358/12, EU:C:2014:2063, bod 28 a citovaná judikatura.

35 — Viz rozsudky ze dne 23. prosince 2009, CoNISMa, C-305/08, EU:C:2009:807, bod 37; ze dne 10. července 2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici, C-358/12, EU:C:2014:2063, bod 29, a ze dne 11. prosince 2014, Azienda sanitaria locale n. 5 ‚Spezzino‘ a další, C-113/13, EU:C:2014:2440, bod 51 a citovaná judikatura.

36 — Rozsudek ze dne 23. prosince 2009, CoNISMa, C-305/08, EU:C:2009:807, bod 37 a citovaná judikatura.

37 — Rozsudek ze dne 10. října 2013, Manova, C--336/12, EU:C:2013:647, bod 28.

45. Subdodávky přispívají k dosažení těchto cílů, jelikož mohou podporovat přístup malých a středních podniků na trh s veřejnými zakázkami, a zvyšovat tak počet možných zájemců o veřejné zakázky [38].

46. V projednávaném případě takové ustanovení, jako je čl. 24 odst. 5 zákona o veřejných zakázkách, jasně omezuje možnost společností usazených v jiných členských státech využít svých práv, která jim poskytují články 49 a 56 SFEU, jelikož jim v případě podání nabídky v rámci zadávacího řízení brání, aby pro „hlavní plnění“, tak jak ho určil veřejný zadavatel, nebo jeho část využily subdodávek nebo v souvislosti s danou částí zakázky sami nabídli své služby jako subdodavatelé. Jak správně tvrdila Komise, čl. 24 odst. 5 zákona o veřejných zakázkách proto omezuje volný pohyb služeb a svobodu usazování.

47. Takové omezení však může být odůvodněno v rozsahu, v němž sleduje legitimní cíl obecného zájmu a dodržuje zásadu proporcionality, tzn. je způsobilé zaručit uskutečnění tohoto cíle a nepřekračuje meze toho, co je k jeho dosažení nezbytné [39].

48. Litevská vláda vysvětluje, že sporné omezení možnosti využít subdodávek bylo zavedeno k tomu, aby veřejným zadavatelům umožnilo lépe chránit své zájmy a dbát na to, aby subdodávané práce byly provedeny řádně. Toto omezení mělo zejména řešit častou situaci, kdy se hospodářské subjekty účastnily zadávacích řízení s tím, že pokud bude jejich nabídka vybrána, uskuteční většinu zakázky formou subdodávek. Z toho často pramenila nižší kvalita práce nebo problémy při jejich provádění. Litevská vláda mimoto tvrdí, že čl. 24 odst. 5 zákona o veřejných zakázkách je v souladu se společným postojem, kterého bylo dosaženo v obdobných záležitostech v Radě a který vedl zejména k přijetí pravidla, které je nyní součástí čl. 79 odst. 3 směrnice 2014/25 [40]. Na jednání přístavní orgán v podstatě tvrdil, že měl legitimní zájem na zajištění toho, aby takové veřejné práce, jako jsou práce dotčené v původním řízení, které jsou strategicky důležité pro národní bezpečnost, byly provedeny řádně.

49. Veřejný zadavatel může mít legitimní zájem na tom, aby bylo zajištěno efektivní a řádné provedení zakázky na veřejné práce [41]. To platí především tehdy, jsou-li dotčené práce považovány za nezbytné pro ochranu národní bezpečnosti, která podle čl. 4 odst. 2 SEU patří mezi základní funkce státu, které musí Evropská unie respektovat [42]. Uchazeči může být proto uloženo, aby prokázal, že skutečně, jak tvrdí, disponuje prostředky subjektů a společností, které sám nevlastní a které jsou potřebné k plnění zakázky [43]. Veřejný zadavatel má tudíž pro účely plnění zásadních částí veřejné zakázky právo zakázat využití subdodavatelů, jejichž způsobilost nemohl ověřit při přezkumu nabídek a při výběru dodavatele [44].

50. Omezení volného pohybu služeb a svobody usazování ze strany čl. 24 odst. 5 zákona o veřejných zakázkách se však nejeví být přiměřené tomuto cíli.

38 — Obdobně viz rozsudky ze dne 10. října 2013, Swm Costruzioni 2 a Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, bod 34, a ze dne 14. ledna 2016, Ostas celtnieks, C-234/14, EU:C:2016:6, bod 24. Viz rovněž mé stanovisko ve věci Wrocław – Miasto na prawach powiatu, C-406/14, EU:C:2015:761, bod 30.

39 — Viz zejména rozsudky ze dne 27. října 2005, Contse a další, C-234/03, EU:C:2005:644, bod 25, a ze dne 10. července 2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici, C-358/12, EU:C:2014:2063, bod 31. K zásadě proporcionality uplatněné jakožto obecná zásada unijního práva v oblasti zadávacích řízení nespadajících do působnosti směrnic 2004/17 nebo 2004/18 viz rovněž rozsudek ze dne 22. října 2015, Impresa Edilux a SICEF, C-425/14, EU:C:2015:721, bod 29.

40 — Směrnice 2004/17 žádné pravidlo srovnatelné s uvedeným ustanovením neobsahuje.

41 — Obdobně viz rozsudek ze dne 14. července 2016, Wrocław – Miasto na prawach powiatu, C-406/14, EU:C:2016:562, bod 34, a citovaná judikatura. Viz rovněž mé stanovisko v této věci, EU:C:2015:761, bod 32 a citovaná judikatura.

42 — To, zda mohou pohnutky související s národní bezpečností odůvodnit omezení zásad plynoucích ze Smlouvy, které se uplatní v projednávané věci, je odlišnou otázkou, která v tomto případě nemusí být zkoumána.

43 — Obdobně viz rozsudek ze dne 7. dubna 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, bod 37 a citovaná judikatura.

44 — Obdobně viz rozsudky ze dne 18. března 2004, Siemens a ARGE Telekom, C-314/01, EU:C:2004:159, bod 45, a ze dne 14. července 2016, Wrocław – Miasto na prawach powiatu, C-406/14, EU:C:2016:562, bod 34.

51. Zaprvé toto omezení se uplatní i tehdy, jestliže je ve skutečnosti veřejný zadavatel v rámci zadávacího řízení schopen ověřit technické a hospodářské možnosti subdodavatelů. Alternativou tomuto omezení mohlo (například) být to, že hlavní uchazeč při předložení své nabídky identifikuje své subdodavatele a prokáže, že bude mít skutečně k dispozici prostředky těchto subdodavatelů nezbytné pro plnění zakázky a že jsou tito subdodavatelé schopni plnit úkoly, které jim zamýšlí svěřit.

52. Zadruhé čl. 24 odst. 5 je rovněž *příliš rigidní* a *vágní* k tomu, aby mohl splňovat kritérium přiměřenosti. I když se zdá, že veřejní zadavatelé mají při definování „hlavního plnění“ každé zakázky určitou flexibilitu, omezení využití subdodávek plynoucí z uvedeného ustanovení je vymezeno značně široce. Použije se nezávisle na předmětu zakázky na veřejné stavební práce a pro veřejné zadavatele je závazné při všech typech takových zakázek, a to i když tito mohou mít za to, že pro takové omezení není žádný zjevný důvod.

53. Jak podotkla Komise, omezení využití subdodávek v čl. 24 odst. 5 zákona o veřejných zakázkách se v tomto ohledu liší od čl. 79 odst. 3 směrnice 2014/25. Toto ustanovení poskytuje veřejnému zadavateli pouhou *možnost* vyžadovat, aby zejména určité *zásadní* práce byly provedeny přímo samotným uchazečem. Veřejní zadavatelé tedy mohou sami určit, zda je vzhledem s daným okolnostem takové omezení vhodné. Z toho plyne, že i kdyby byl čl. 24 odst. 5 zákona o veřejných zakázkách považován, jak tvrdí litevská vláda, za provedení čl. 79 odst. 3 směrnice 2014/25 do litevského práva [45], bylo by toto provedení nesprávné.

54. Z tohoto důvodu mám za to, že u veřejné zakázky, která nespadá do působnosti směrnic 2004/17 nebo 2004/18, ale která má nepochybný přeshraniční význam, zákaz diskriminace na základě státní příslušnosti a povinnost transparentnosti, které plynou z článků 49 a 56 SFEU, brání takovému vnitrostátnímu pravidlu, jako je pravidlo obsažené v čl. 24 odst. 5 zákona o veřejných zakázkách, které stanoví, že uchazeč je povinen sám uskutečnit „hlavní plnění“, tak jak ho určil veřejný zadavatel, bez možnosti plnit tuto část zakázky formou subdodávek.

Legalita bodu 4.3 zadávacích podmínek (písmeno b) první otázky)

55. Písmeno b) první otázky se týká toho, zda právo EU brání ustanovením zadávacích podmínek, která vyžadují, aby v případě, že se určité subjekty rozhodnou spojit své odborné schopnosti a předložit společnou nabídku, existovala matematická úměra mezi částí zakázky plněnou každou ze smluvních stran dohody o spolupráci a příspěvkem dané smluvní strany ke splnění podmínky týkající se odborných zkušeností.

56. V původním řízení se bod 4.3 zadávacích podmínek týká zadání veřejné zakázky. Toto ustanovení je třeba vykládat společně s bodem 4.2.3 zadávacích podmínek, který vyžaduje, aby každá nabídka předložená stranami dohody o spolupráci specifikovala závazky (práce nebo služby) každého z partnerů, pokud jde o plnění zakázky, a to společně s procentním podílem těchto závazků. Veřejný zadavatel je tak při posuzování nabídek a volbě nejlepší z nich schopen ověřit, zda každý z partnerů bude pověřen části prací nebo služeb odpovídající jeho příspěvku ke splnění podmínky týkající se odborných zkušeností, uvedené v bodě 3.2.1 zadávacích podmínek.

57. Zásady, které jsem uvedla výše ohledně subdodávek, jsou stejně relevantní v případě stran dohody o spolupráci sdružujících své schopnosti [46].

45 — Viz bod 25 výše.

46 — Viz body 43 až 45, 47 a 49 tohoto stanoviska.

58. Podle mého názoru může takový požadavek, jako je požadavek stanovený v bodě 4.3 zadávacích podmínek, omezit pružnost stran dohody o spolupráci. Může nejen ovlivnit to, jakým způsobem si partneři rozdělí odpovědnost v okamžiku předložení společné nabídky, ale rovněž jim brání, aby v případě přidělení zakázky později upravili příspěvek každého z partnerů v rámci smlouvy uzavřené na dané stavební práce.

59. Požadavek stanovený v bodě 4.3 zadávacích podmínek tudíž může mít odrazující účinek pro hospodářské subjekty usazené v jiných členských státech. Postihuje subjekty, které by se rády usadily v dotyčném členském státě prostřednictvím založení trvalého konsorcia tvořeného případně domácími i zahraničními společnostmi. Postihuje rovněž subjekty, které chtějí nabízet své služby přistoupením k takovým již založeným konsorciím, aby se mohly snadněji účastnit zadávacích řízení vyhlášených veřejným zadavateli tohoto členského státu [47]. Takové ustanovení tedy představuje omezení ve smyslu článků 49 a 56 SFEU.

60. Přístavní orgán a litevská vláda v podstatě tvrdí, že účelem bodu 4.3 zadávacích podmínek je pouze zajistit, aby každá ze stran dohody o spolupráci byla po odborné stránce schopna uskutečnit tu část zakázky na stavební práce, za niž bude odpovědná.

61. Již jsem uvedla, že cíl spočívající v zajištění řádného plnění veřejné zakázky může odůvodnit (nediskriminační) omezení volného pohybu služeb a svobody usazování [48]. Partneři jednající na základě dohody o spolupráci mohou být při předložení nabídky schopni *společně* splnit podmínku (nebo podmínky) související s odbornými schopnostmi (včetně odborných zkušeností) vyžadovanými veřejným zadavatelem. To však nijak nezaručuje, že každý z partnerů bude následně skutečně pověřen konkrétními úkoly, pro něž byly jeho odborné schopnosti před zadáním zakázky ověřeny. Články 49 a 56 SFEU tedy v zásadě nebrání tomu, aby veřejný zadavatel požadoval, aby nabídky předložené na základě dohod o spolupráci upřesňovaly rozdělení jednotlivých úkolů mezi partnery, ověřil schopnost každého z partnerů splnit úkoly, kterými bude pověřen, a aby zadavatel dohlížel na to, že po zadání zakázky každý z partnerů řádně plní úkoly, ve vztahu k nimž doložil své odborné schopnosti [49].

62. Bod 4.3 zadávacích podmínek dotčený v projednávané věci však k dosažení uvedeného cíle vhodný není.

63. Vyžaduje totiž, aby byl příspěvek každého z partnerů ke splnění požadavku na odborné zkušenosti uvedeného v bodě 3.2.1 matematicky úměrný k „objemu“ (nebo peněžní hodnotě) úkolů skutečně jím plněných v rámci zakázky.

64. Jak správně podotýká Komise, dané ustanovení nijak *nesouvisí* se *specifickými pracemi nebo službami* nezbytnými k řádnému provedení dotčené veřejné zakázky. Například každá ze stran dohody o spolupráci může být schopna prokázat, že v posledních pěti letech získala zkušenosti s výstavbou nebo rekonstrukcí přístavních mol. Partneři tedy společně splňují požadavek na odborné zkušenosti uvedený v bodě 3.2.1 zadávacích podmínek. Každý z nich se však pravděpodobně specializuje na jiný aspekt výstavby přístavních mol, například hloubení přístavních bazénů, budování základů, výstavbu ocelových stěn s drážkami nebo dodávku a instalaci zařízení pro přístavní mola. Požadavek stanovený v bodě 4.3 nevylučuje, aby některý z partnerů nezajišťoval specifické úkoly, pro které ve skutečnosti nemá požadované zkušenosti (i kdyby čistě matematicky mohly dané úkoly odpovídat jeho příspěvku ke splnění požadavku uvedeného v bodě 3.2.1 zadávacích podmínek, a splňovat tak výše uvedený bod 4.3).

47 — Obdobně viz rozsudek ze dne 23. prosince 2009, Serrantoni and Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808, bod 42.

48 — Viz bod 49 tohoto stanoviska.

49 — Výchozí úvahy jsou totožné jako v případě využití subdodávek. Viz bod 49 tohoto stanoviska, jakož i judikatura citovaná *per analogiam* v poznámkách pod čarou 43 a 44.

65. Mám tudíž za to, že cíl spočívající v zajištění řádného provedení veřejné zakázky nemůže v takové situaci, jako je situace v původním řízení, odůvodnit omezení volného pohybu služeb a svobody usazování plynoucí z bodu 4.3 zadávacích podmínek. To platí tím spíše, že i úkoly představující malou část celkové hodnoty zakázky mohou být zásadní pro řádné provedení dané zakázky [50].

66. Přístavní orgán tvrdí, že dodržení zásad rovného zacházení s uchazeči a transparentnosti vyžaduje, aby při posuzování odborných schopností jednotlivých stran dohody o spolupráci mohly být zohledněny pouze schopnosti, které budou při plnění veřejné zakázky skutečně využity.

67. I když jsou tyto cíle legitimní [51], nelze s tímto argumentem souhlasit. V odpovědi na otázku Soudního dvora přístavní orgán na jednání vysvětlil, že zadávací podmínky partnerům předkládajícím nabídku v rámci dohody o spolupráci nebránily, aby stejně jako jiní uchazeči využili při plnění veřejné zakázky na stavební práce (s výjimkou „hlavního plnění“) subdodávek, a že v takovém případě *nemusely* být odborné zkušenosti subdodavatelů v okamžiku podávání společné nabídky specifikovány. Na rozdíl od tvrzení přístavního orgánu tak zadávací podmínky v původním řízení ve skutečnosti nezaručovaly, že odborné schopnosti deklarované jednotlivými partnery při podávání společné nabídky a ověřené veřejným zadavatelem budou skutečně při plnění dotčené veřejné zakázky na stavební práce využity.

68. Vyvozuji tedy z toho, že v rámci veřejné zakázky, jejíž hodnota nedosahuje prahové hodnoty stanovené směrnicí 2004/17 nebo směrnicí 2004/18, která ale má nepochybný přeshraniční význam, brání zákaz diskriminace na základě státní příslušnosti a povinnost transparentnosti plynoucí z článků 49 a 56 SFEU takovému ustanovení zadávacích podmínek, jako je bod 4.3 dotčených zadávacích podmínek, který vyžaduje, aby v případě, že se určité subjekty rozhodnou sdružit své odborné schopnosti a předložit společnou nabídku, existovala matematická úměra mezi částí zakázky, kterou plní každá jednotlivá strana dohody o spolupráci a jejím příspěvkem ke splnění podmínky týkající se odborných zkušeností.

Legalita změn bodu 4.3 zadávacích podmínek během zadávacího řízení (druhá otázka)

69. Brání zásady rovného zacházení a nediskriminace na základě státní příslušnosti plynoucí z článků 49 a 56 SFEU, jakož i z nich odvozená povinnost transparentnosti tomu, aby přístavní orgán měnil bod 4.3 zadávacích podmínek, jak tomu bylo v projednávaném případě?

70. Judikatura Soudního dvora vykládající článek 2 směrnice 2004/18 nabízí užitečné vodítko pro zodpovězení této otázky. Podle uvedeného ustanovení „veřejní zadavatelé jednají s hospodářskými subjekty na základě zásad rovnosti a zákazu diskriminace a postupují transparentním způsobem“. Toto ustanovení se proto zakládá na zásadách rovného zacházení a zákazu diskriminace, jakož i povinnost transparentnosti, jež vyplývají ze SFEU [52].

71. Soudní dvůr na základě toho rozhodl, že zásada rovného zacházení i zásada transparentnosti, která z ní vyplývá, vyžadují, aby předmět každé zakázky, jakož i kritéria pro její zadání byly jasně určeny již na začátku postupu směřujícího k jejímu zadání [53]. Rovné zacházení vyžaduje, aby uchazeči měli tytéž příležitosti při formulaci znění svých nabídek. To předpokládá, aby nabídky všech uchazečů podléhaly stejným podmínkám [54]. Mimoto povinnost transparentnosti má za cíl zaručit neexistenci nebezpečí upřednostňování a svévole ze strany veřejného zadavatele. To znamená, že všechny podmínky a způsoby postupu vedoucího k zadání zakázky musí být formulovány jasně, přesně a jednoznačně

50 — Například hydroizolace infrastruktur.

51 — V tomto smyslu viz rozsudky ze dne 23. prosince 2009, Serrantoni a Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808, body 31 a 32 a citovaná judikatura, a ze dne 22. října 2015, Impresa Edilux a SICEF, C-425/14, EU:C:2015:721, bod 36.

52 — Rozsudek ze dne 7. září 2016, Finn Frogne, C-549/14, EU:C:2016:634, bod 34.

53 — Viz zejména rozsudky ze dne 10. prosince 2009, Komise v. Francie, C-299/08, EU:C:2009:769, bod 41, a ze dne 10. května 2012, Komise v. Nizozemsko, C-368/10, EU:C:2012:284, bod 56.

54 — Rozsudek ze dne 6. listopadu 2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, bod 44.

v oznámení o zakázce nebo v zadávací dokumentaci tak, aby zaprvé všichni přiměřeně informovaní uchazeči, kteří postupují s běžnou řádnou péčí, mohli pochopit jejich přesný význam a vykládat je stejným způsobem a zadruhé aby byl veřejný zadavatel schopen skutečně ověřit, zda nabídky uchazečů splňují kritéria, kterými se řídí dotčená zakázka [55].

72. Veřejný zadavatel proto nemůže změnit, a to ani formou oprav, význam zásadních podmínek zakázky, tak jak byly formulovány v zadávací dokumentaci, z nichž zájemci z řad hospodářských subjektů legitimně vycházeli při rozhodnutí o přípravě na předložení nabídky nebo naopak o tom, že se dotyčného zadávacího řízení nezúčastní [56].

73. Tytéž zásady se uplatní, pokud má zakázka, na níž se neuplatní směrnice 2004/18, nepochybný přeshraniční význam. Ve věci Enterprise Focused Solutions [57] Soudní dvůr rozhodl, že veřejný zadavatel proto nemůže po zveřejnění oznámení o zakázce provádět změny technické specifikace týkající se některého z prvků zakázky, a porušovat tak zásadu rovného zacházení a zásadu zákazu diskriminace, jakož i povinnost transparentnosti [58]. Toto je v souladu i s dalšími rozsudky, v nichž Soudní dvůr upřesnil, že zásada rovného zacházení a zákaz diskriminace obecně brání tomu, aby nabídka byla změněna po svém předložení, ať již z podnětu veřejného zadavatele nebo z podnětu uchazeče, ledaže by se touto změnou opravila zjevná věcná chyba nebo osvětlil určitý konkrétní bod nabídky [59].

74. V projednávaném případě jednal přístavní orgán v rozporu s těmito zásadami, jelikož bod 4.3 zadávacích podmínek dvakrát změnil.

75. Především, jak podotýká Komise, tyto změny nelze považovat za drobná osvětlení tohoto bodu nebo opravy formální chyby. Původní znění bodu 4.3 jasně umožňovalo, aby požadavek na odborné schopnosti uvedený v bodě 3.2.1 zadávacích podmínek byl splněn alespoň jedním z partnerů účastnících se společných činností *nebo* všemi partnery posuzovanými jako celek. Obě změny (z 24. dubna 2014 a z 9. května 2014) zavedly omezení týkající se prokazování odborných schopností v případě dohody o spolupráci mezi partnery. Tato omezení zjevně nebyla součástí původního znění daného bodu. Naopak, změnila podstatu bodu 4.3 zadávacích podmínek, z něhož již hospodářské subjekty legitimně vycházely při rozhodnutí o předložení nabídky nebo o tom, že se zadávacího řízení nezúčastní. Z tohoto důvodu nesouhlasím s tezí přístavního orgánu, podle níž přiměřeně informovaní uchazeči mohli dotčené změny očekávat.

76. Přístavní orgán navíc nepředložil žádné objektivní odůvodnění toho, proč po zveřejnění původního oznámení bod 4.3 zadávacích podmínek dvakrát podstatným způsobem změnil. Přestože ověření tohoto aspektu v konečném důsledku přísluší předkládajícímu soudu, jemuž jako jedinému přísluší posoudit skutkový stav, žádný z poznatků, jež má k dispozici Soudní dvůr, tak neumožňuje dojít k závěru, že si tyto změny vynutila zásadní změna okolností, za nichž měla být dotčená veřejná zakázka přidělena nebo realizována, k níž by došlo po zveřejnění oznámení o zadávacím řízení.

55 — Viz zejména rozsudek ze dne 6. listopadu 2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, bod 44 a citovaná judikatura; viz rovněž rozsudek ze dne 10. května 2012, Komise v. Nizozemsko, C-368/10, EU:C:2012:284, bod 88.

56 — Rozsudek ze dne 10. května 2012, Komise v. Nizozemsko, C-368/10, EU:C:2012:284, bod 55.

57 — Rozsudek ze dne 16. dubna 2015, Enterprise Focused Solutions, C-278/14, EU:C:2015:228.

58 — Rozsudek ze dne 16. dubna 2015, Enterprise Focused Solutions, C-278/14, EU:C:2015:228, bod 29.

59 — Viz zejména rozsudek ze dne 10. října 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, body 31 a 32.

77. Je možné si představit okolnosti, za nichž může k takové zásadní změně dojít a kdy by veřejný zadavatel čelil dilematu, zda má vypsat nové zadávací řízení, nebo změnit zadávací podmínky toho stávajícího. Obě řešení by měla nevýhody související se zbytečnými výdaji pro ty, kteří již začali předkládat nabídky, a vyvstaly by problémy, zejména pokud jde o riziko podvodů nebo manipulace, povinnost transparentnosti a rovného zacházení s (potenciálními) uchazeči, jakož i s (případným) vracením (části nebo plné výše) zbytečných výdajů. Naštěstí ale nemusí Soudní dvůr o žádném z těchto složitých problémů rozhodovat a ani já nemám v úmyslu se jim dále věnovat.

78. Za okolností projednávaného případu proto docházím k závěru, že zákaz diskriminace na základě státní příslušnosti a povinnost transparentnosti plynoucí z článků 49 a 56 SFEU brání takovým změnám zadávacích podmínek, jako jsou změny dotčené v původním řízení, které zavádí omezení týkající se prokazování odborných schopností stran dohody o spolupráci, která zjevně nebyla součástí původního znění zadávacích podmínek.

79. Tento závěr není zpochybněn ani tím, že dané změny byly provedeny ještě před tím, než byla jakákoliv nabídka předložena, ani tím, že přístavní orgán změny zveřejnil v *Úředním věstníku Evropské unie* a současně prodloužil lhůtu pro podávání nabídek. Jak jsem již vysvětlila, postupné změny bodu 4.3 zadávacích podmínek přístavním orgánem měly za následek podstatnou změnu podmínek, za nichž mohly strany dohody o spolupráci předkládat nabídky, aniž by to mělo nějaké objektivní odůvodnění [60].

80. Nakonec bych chtěla zdůraznit, že moje analýza odráží specifický stav věci v původním řízení. Nijak tedy nepředjímá, jakým způsobem by se zásady rovného zacházení a nediskriminace a povinnost transparentnosti plynoucí ze SFEU uplatnily za jiných okolností.

Závěry

81. S ohledem na výše uvedené úvahy navrhuji, aby Soudní dvůr odpověděl na předběžné otázky položené Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Litevský nejvyšší soud) takto:

„1) V případě veřejné zakázky, která nespadá do působnosti směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/17/ES ze dne 31. března 2004 o koordinaci postupů při zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb nebo 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, avšak která má nepochybný přeshraniční význam, zákaz diskriminace na základě státní příslušnosti a povinnost transparentnosti, které plynou z článků 49 a 56 SFEU, musí být vykládány tak, že brání takovému vnitrostátnímu pravidlu, jako je pravidlo obsažené v čl. 24 odst. 5 Lietuvos Respublikos Viešųjų pirkimų įstatymas (zákon o veřejných zakázkách), které stanoví, že uchazeč je povinen sám uskutečnit ‚hlavní plnění', tak jak ho určil veřejný zadavatel, bez možnosti plnit tuto část zakázky formou subdodávek.

2) V téže situaci zákaz diskriminace na základě státní příslušnosti a povinnost transparentnosti plynoucí z článků 49 a 56 SFEU brání takovému ustanovení zadávacích podmínek, jako je bod 4.3 dotčených zadávacích podmínek, který vyžaduje, aby v případě, že se určité subjekty rozhodnou sdružit své odborné schopnosti a předložit společnou nabídku, existovala matematická úměra mezi částí zakázky plněnou každou jednotlivou stranou dohody o spolupráci a jejím příspěvkem ke splnění podmínky týkající se odborných zkušeností.

60 — Viz body 75 a 76 výše.

3) Zákaz diskriminace na základě státní příslušnosti a povinnost transparentnosti plynoucí z článků 49 a 56 SFEU brání takovým změnám zadávacích podmínek, jako jsou změny dotčené v původním řízení, které bez objektivního odůvodnění zavádí omezení týkající se prokazování odborných stran dohody o spolupráci, která zjevně nebyla součástí původního znění zadávacích podmínek.“