Sbírka soudních rozhodnutí

STANOVISKO GENERÁLNÍHO ADVOKÁTA
PAOLA MENGOZZIHO
přednesené dne 10. března 2016 [1]

Věc C-6/15

TNS Dimarso NV
proti
Vlaams Gewest

[žádost o rozhodnutí o předběžné otázce podaná Raad van State van België (Státní rada Belgie)]

„Řízení o předběžné otázce — Směrnice 2004/18/ES — Článek 53 — Kritéria pro zadání zakázky — Uchazeči — Rovné zacházení — Hospodářsky nejvýhodnější nabídka — Hodnocení nabídek“

I – Úvod

1. Raad van State van België (Státní rada Belgie) chce prostřednictvím projednávané žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce v podstatě zjistit, zda čl. 53 odst. 2 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 [2], vykládaný ve světle zásad rovného zacházení a transparentnosti, vyžaduje, aby veřejný zadavatel byl vždy, případně za určitých okolností, povinen v oznámení o zakázce nebo v zadávací dokumentaci předem uvést metodu hodnocení nebo pravidla pro poměrnou váhu použitá pro posouzení nabídek uchazečů.

2. Tato žádost byla předložena v rámci sporu mezi TNS Dimarso NV (dále jen „společnost Dimarso“) a Vlaams Gewest (vlámská veřejná agentura pro bydlení, dále jen „Agentura pro bydlení“) ohledně řádnosti metody hodnocení nabídek uchazečů v rámci veřejné zakázky na služby organizované posledně uvedenou entitou.

3. V souhrnu z předkládacího rozhodnutí vyplývá, že na základě zadávacího řízení zveřejněného v *Úředním věstníku Evropské unie* ze dne 31. ledna 2012 Agentura pro bydlení vyhlásila zakázku na služby, jejímž cílem bylo uskutečnění rozsáhlého průzkumu týkajícího se bydlení a uživatelů bydlení ve Vlámsku. Odhadovaná částka této zakázky činila 1 400 000 eur, včetně daně z přidané hodnoty (DPH).

4. V zadávací dokumentaci týkající se této zakázky byla uvedena následující dvě kritéria pro zadání zakázky:

„1 Kvalita nabídky (50/100)

1 — Původní jazyk: francouzština.

2 — Úř. věst. L 134, s. 114; Zvl. vyd. 06/07, s. 132. Směrnice ve znění nařízení Komise (EU) č. 1251/2011 ze dne 30. listopadu 2011, kterým se mění směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/17/ES, 2004/18/ES a 2009/81/ES ohledně prahových hodnot používaných při postupech zadávání zakázek (Úř. věst. L 319, s. 43, dále jen „směrnice 2004/18“).

Kvalita přípravy, organizace a výkonu práce na místě, kódování a prvního zpracování údajů. Poskytovaná plnění musejí být popsána co možná nejpodrobnějším způsobem. Z nabídky musí jasně vyplynout, že uchazeč je schopen zajistit celou zakázku (minimálně 7 000 položek vzorku/maximálně 10 000 položek vzorku) ve lhůtě pro provedení stanovené na 12 měsíců.

2 Cena (50/100)

Náklady na realizaci zakázky související se základním vzorkem (7 000 položek vzorku) a náklady na každý doplňkový soubor vzorků čítající 500 poskytnutých adres (částky včetně DPH).“

5. Čtyři uchazeči předložili nabídky, které podle zprávy výboru pro hodnocení o kvalitativním výběru splňují minimální požadavky v oblasti technické způsobilosti. Ve zprávě výboru pro hodnocení o zadání zakázky ze dne 23. března 2012 byl způsob hodnocení nabídek popsán následovně:

„Výbor následně provedl hodnocení nabídek.

Všechny čtyři nabídky byly hodnoceny a mezi sebou porovnány na základě výše uvedených kritérií. Nabídky byly nejprve přezkoumány a hodnoceny podle kritéria ‚kvality‘. Každá nabídka v tomto ohledu získala na základě jednomyslného souhlasu určité hodnocení (velmi dobré – dostatečné – nízké). Následně bylo uplatněno kritérium ceny.

Na základě těchto hodnocení bylo stanoveno konečné pořadí.“

6. Ze zprávy o zadání zakázky vyplývá, že pokud jde o první kritérium, a sice kvalitu nabídek, společnost Dimarso a dva další uchazeči získali „velmi dobré“ hodnocení a čtvrtý uchazeč získal „nízké“ hodnocení. Pokud jde o druhé kritérium, a sice cenu, zatímco čtvrtý uchazeč předložil nabídku s nejnižší cenou, společnost Dimarso předložila nabídku s nejvyšší cenou.

7. Dne 11. dubna 2012 byla zakázka konečně zadána jednomu z uchazečů, který získal „velmi dobré“ hodnocení a jehož nabídka obsahovala nižší cenu, než je cena v nabídce společnosti Dimarso.

8. Společnost Dimarso na podporu své žaloby na neplatnost rozhodnutí o zadání zakázky před předkládajícím soudem uvedla, že výbor pro hodnocení podle všeho nabídky přezkoumal na základě hodnotící stupnice „velmi dobré – dostatečné – nízké“, která nebyla stanovena v zadávací dokumentaci, pokud jde o kritérium kvality nabídek, přičemž podle společnosti Dimarso ze zadávací dokumentace vyplývá, že pro každou nabídku mělo být uděleno hodnocení 0 až 50 bodů. Ani pokud jde o kritérium ceny, výbor pro hodnocení neprovedl přiměřený přezkum, srovnání a konečné posouzení nabídek se zohledněním takových kritérií pro zadání zakázky, které byly uvedeny v zadávací dokumentaci, včetně poměrné váhy „50/100“ pro každé kritérium pro zadání zakázky, která byla uvedena ve vyhlášení veřejné zakázky.

9. Předkládající soud nejprve uvedl, když zamítl první část žaloby, kterou u něj podala společnost Dimarso, že skutečnost, že je zmínka „50/100“ uvedená v zadávací dokumentaci ohledně každého kritéria pro zadání zakázky vykládána v tom smyslu, že je jejím účelem pouze uvést to, že každé z obou kritérií má stejnou hodnotu, a že je tedy každé pro pořadí nabídek rozhodující z poloviny, nejde nad rámec přiměřeného posouzení.

10. Předkládající soud následně poznamenal, že vzhledem k tomu, že jsou v bodě 46 odůvodnění i v čl. 53 odst. 2 směrnice 2004/18 uvedena pouze „kritéria“ a jejich „poměrná váha“, metoda hodnocení a pravidla pro poměrnou váhu nejsou nikde výslovně uvedeny. Předkládající soud zdůraznil, že metoda hodnocení není neutrální, ale může být naopak rozhodující pro výsledek hodnocení nabídek na základě kritérií pro zadání zakázky. Jako příklad poskytl kritérium pro zadání

týkající se ceny, v rámci něhož může veřejný zadavatel zvolit zejména uplatnění pravidla proporcionality pro přiznání maximálního hodnocení pro nabídku s nejnižší cenou nebo nulového hodnocení pro nabídku s nejvyšší cenou a uplatnění lineární interpolace pro ostatní nabídky s cenami mezi těmito hodnotami, anebo maximálně upřednostnit nabídku odpovídající střední ceně.

11. Předkládající soud konečně zdůraznil, že rozsudek Lianakis a další (C-532/06, EU:C:2008:40, body 38, 44 a 45), který se týká výkladu čl. 36 odst. 2 směrnice Rady 92/50/EHS ze dne 18. června 1992 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na služby[3], což je ustanovení, které má v podstatě tentýž obsah jako čl. 53 odst. 2 směrnice 2004/18, ani rozsudek Evropaïki Dynamiki v. EMSA (C-252/10 P, EU:C:2011:512) neposkytují odpověď, nebo přinejmenším rozhodující odpověď na otázku, která vyvstává ve věci v původním řízení, a sice zda metoda hodnocení – konkrétní metoda, kterou veřejný zadavatel použije k hodnocení nabídek – musí být předem oznámena uchazečům, podobně jako kritéria a vedlejší kritéria pro zadání zakázky, jakož i „koeficienty poměrné váhy“.

12. S ohledem na tyto úvahy se Raad van State van België (Státní rada Belgie) rozhodla přerušit řízení a položit Soudnímu dvoru následující předběžnou otázku:

„Je třeba čl. 53 odst. 2 směrnice [...] 2004/18[...] [...] sám o sobě, i ve spojení s působností zásad rovnosti a transparentnosti v rámci evropského práva při zadávání veřejných zakázek, vykládat v tom smyslu, že zadá-li se zakázka uchazeči, jehož nabídka je z hlediska veřejného zadavatele hospodářsky nejvýhodnější, je veřejný zadavatel povinen pokaždé předem stanovit a uvést v oznámení o zakázce nebo v zadávací dokumentaci metodu hodnocení nebo pravidla pro poměrnou váhu bez ohledu na jejich předvídatelnost, jejich běžnou povahu nebo jejich rozsah, na základě nichž budou nabídky hodnoceny podle kritérií a vedlejších kritérií pro zadání zakázky,

nebo v tom smyslu, že pokud takováto obecná povinnost neexistuje, existují okolnosti, jako je zejména rozsah, nedostatečná předvídatelnost nebo neobvyklost těchto pravidel pro poměrnou váhu, za kterých se tato povinnost uplatní?“

13. Společnost Dimarso, belgická a italská vláda, jakož i Evropská komise k této otázce podaly písemná vyjádření. Tito účastníci řízení byli rovněž vyslechnuti na jednání s přednesem řečí, které se konalo dne 13. ledna 2016, s výjimkou italské vlády, jejíž zástupce se jej nezúčastnil.

II – Analýza

14. Soudní dvůr je prostřednictvím otázky, která mu je položena v projednávané věci, vyzván k tomu, aby upřesnil rozsah čl. 53 odst. 2 směrnice 2004/18. Soudnímu dvoru je konkrétně položena otázka, zda toto ustanovení ve světle zásad rovného zacházení a transparentnosti vyžaduje, aby veřejný zadavatel v rámci zadání zakázky na služby na základě hospodářsky nejvýhodnější nabídky informoval uchazeče v oznámení o zakázce nebo v zadávací dokumentaci o metodě hodnocení použité pro posouzení nabídek uchazečů.

15. Úvodem je nutno uvést, že je nesporné, že zakázka na služby dotčená ve věci v původním řízení skutečně spadá do oblasti působnosti směrnice 2004/18 a že se na ni v plném rozsahu vztahuje zvláště její článek 53.

16. Podle článku 20 směrnice 2004/18 se totiž zakázky, jejichž předmětem jsou služby uvedené v její příloze II A, k nimž v kategorii 10 patří zakázky týkající se „Průzkumu trhu a veřejného mínění“, zadávají v souladu s články 23 až 55 této směrnice. Dále pak zakázka na služby dotčená ve věci v původním řízení značně přesáhla prahovou hodnotu 200 000 eur, která je uvedena v čl. 7 písm. b) směrnice 2004/18, jež se použila v okamžiku zveřejnění oznámení o zakázce Agenturou pro bydlení.

3 — Úř. věst. L 209, s. 1 ; Zvl. vyd. 06/01, s. 322.

17. Podle článku 53 směrnice 2004/18, nadepsaného „Kritéria pro zadání zakázky“, jsou veřejné zakázky zadány buď na základě nabídky, v níž je uvedena „nejnižší cena“, anebo „na základě hospodářsky nejvýhodnější nabídky z hlediska veřejného zadavatele“, to znamená – jak je uvedeno v bodě 46 třetím pododstavci odůvodnění této směrnice a jak připomněl Soudní dvůr – nabídky, která „nabízí nejlepší poměr kvality a ceny“ z hlediska veřejného zadavatele [4].

18. V posledně uvedené situaci, která odpovídá případu zakázky na služby dotčené ve věci v původním řízení, čl. 53 odst. 1 písm. a) směrnice 2004/18 stanoví demonstrativní výčet kritérií souvisejících s předmětem předmětné veřejné zakázky, která je veřejný zadavatel oprávněn zohlednit [5]. K těmto kritériím patří kvalita a cena, které jsou – jak uvádí zadávací dokumentace ve věci v původním řízení – jedinými dvěma kritérii, která Agentura pro bydlení zohlednila při zadávání sporné zakázky ve věci v původním řízení.

19. Článek 53 odst. 2 první pododstavec směrnice 2004/18 stále v rámci případu zadání zakázky na základě hospodářsky nejvýhodnější nabídky stanoví, že veřejný zadavatel uvede v oznámení o zakázce nebo v zadávací dokumentaci „poměrnou váhu, kterou přikládá každému z kritérií vybraných k určení [této] nabídky“. Tato váha může být podle druhého pododstavce tohoto ustanovení vyjádřena tak, že se stanoví rozmezí s přiměřeným maximálním rozpětím. Podle třetího pododstavce tohoto ustanovení pokud není podle názoru veřejného zadavatele stanovení poměrné váhy z prokazatelných důvodů možné, uvede veřejný zadavatel v oznámení o zakázce nebo v zadávací dokumentaci kritéria v sestupném pořadí podle důležitosti.

20. Je třeba již nyní poznamenat, že povinnost uvést jak kritéria pro zadání zakázky, tak od přijetí směrnice 2004/18, s výjimkou případu, kdy to není z řádných důvodů možné, poměrnou váhu přikládanou každému z těchto kritérií ve fázi zveřejnění oznámení o zakázce nebo zadávací dokumentace, která je uvedena v čl. 53 odst. 2 této směrnice, splňuje požadavek zajistit dodržování zásady rovného zacházení a povinnosti transparentnosti, která z ní vyplývá [6].

21. Pokud jde o zveřejnění poměrné váhy kritérií pro zadání zakázky, je nutno zdůraznit, že čl. 53 odst. 2 směrnice 2004/18 zaznamenal významný vývoj v porovnání se starším právním režimem použitelným na zadávání veřejných zakázek na služby.

22. V rámci právního režimu použitelného před vstupem tohoto aktu v platnost totiž čl. 36 odst. 2 směrnice 92/50 od veřejných zadavatelů pouze vyžadoval, aby v zadávací dokumentaci nebo ve vyhlášení zakázky uvedli kritéria, která zamýšlí při zadání zakázky uplatnit, „pokud je to možné, v sestupném pořadí podle důležitosti.“

23. Napříště jsou veřejní zadavatelé naopak povinni uvádět v oznámení o zakázce nebo v zadávací dokumentaci poměrnou váhu kritérií pro zadání zakázky. Pouze v případě, kdy se to z prokazatelných důvodů jeví jako nemožné, mohou tyto entity zvolit hierarchizaci kritérií, která musí být v každém případě předmětem přiměřeného zveřejnění v oznámení o zakázce nebo v zadávací dokumentaci.

24. Jak uvedu následně, tento vývoj má určitý význam po vyřešení věci v původním řízení.

4 — Viz rozsudek Ambisig (C-601/13, EU:C:2015:204, point 29)

5 — Soudní dvůr pravidelně připomínal neomezující povahu těchto kritérií: v poslední době viz rozsudky eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166, bod 61) a Ambisig (C-601/13, EU:C:2015:204, bod 30).

6 — V tomto smyslu viz rozsudek Komise v. Irsko (C-226/09, EU:C:2010:697, bod 43). Pro úplnost připomínám, že podle ustálené judikatury zásada rovného zacházení s uchazeči, jejímž cílem je zajistit příznivé podmínky pro rozvoj zdravé a efektivní hospodářské soutěže mezi podniky účastnícími se veřejné zakázky, ukládá, aby všichni účastníci měli tytéž příležitosti při formulaci znění svých nabídek, a proto předpokládá, že tyto nabídky podléhají stejným podmínkám pro všechny uchazeče [v tomto smyslu viz zejména rozsudky Cartiera dell’Adda (C-42/13, EU:C:2014:2345, bod 44) a eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166, bod 33)]. Soudní dvůr rovněž upřesnil, že povinnost transparentnosti má hlavně za cíl zaručit neexistenci nebezpečí upřednostňování a svévole ze strany veřejného zadavatele, pokud jde o některé uchazeče nebo některé nabídky [v tomto smyslu viz rozsudky Cartiera dell’Adda (C-42/13, EU:C:2014:2345, bod 44) a eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166, bod 34)].

25. V této fázi je třeba poznamenat, že ve věci v původním řízení je nesporné, že v zadávací dokumentaci bylo uvedeno „50/100“ pro každé z obou kritérií použitých veřejným zadavatelem. Předkládající soud uvedl, že tato zmínka může být přiměřeně vykládána v tom smyslu, že každé z obou kritérií musí být považováno za kritérium mající stejnou hodnotu, a že je tedy každé pro pořadí nabídek rozhodující z poloviny.

26. Je nutno uvést, že toto posouzení je konečné. Ze žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce totiž jednoznačně vyplývá, jak společnost Dimarso potvrdila na jednání před Soudním dvorem, že předkládající soud zamítl první část žaloby, kterou před ním podala společnost Dimarso, podle níž měla být zmínka „50/100“ v podstatě vykládána tak, že hodnocení z hlediska kritéria „kvality“ mělo být uskutečněno udělením hodnocení 0 až 50 bodů ke každé nabídce. Předkládající soud tedy v podstatě uvedl, že poměrná hodnota každého z obou kritérií pro zadání zakázky, uvedená v zadávací dokumentaci, je totožná, a sice 50 %, což jsou přiměřeně informovaní uchazeči, kteří postupují s obvyklou řádnou péčí, s to vykládat stejným způsobem [7].

27. Je tedy nesporné, že kritéria pro zadání předmětné veřejné zakázky, jakož i poměrná váha přiznaná každému z nich byly uchazečům oznámeny v zadávací dokumentaci, a tedy před zadáním zakázky, přičemž byl *prima facie* dodržen čl. 53 odst. 2 směrnice 2004/18.

28. Předkládající soud chce však zjistit, zda posledně uvedené ustanovení, vykládané ve světle zásady rovného zacházení a povinnosti transparentnosti, vyžaduje od veřejného zadavatele, aby uchazečům oznamoval předem buď systematicky, nebo přinejmenším za určitých okolností metodu hodnocení nabídek s ohledem na kritéria pro zadání zakázky, konkrétně, pokud jde o věc v původním řízení, použitou metodu, a sice základní hodnotící stupnici („nízké – dostatečné – velmi dobré“) pro účely posouzení míry splnění kritéria „kvality“ zveřejněného Agenturou pro bydlení.

29. Tento dotaz lze pochopit ve světle argumentace společnosti Dimarso, podle níž byla v podstatě použitá metoda hodnocení („nízké – dostatečné – velmi dobré“) natolik neurčitá, že vedla veřejného zadavatele k tomu, že kritérium „ceny“ upřednostnil na úkor posouzení kritéria „kvality“, neboť pouze toto první kritérium mohlo ve skutečnosti rozhodnout o výběru mezi třemi ze čtyř předložených nabídek. Kritérium „ceny“ tedy podle společnosti Dimarso získalo z faktického hlediska vyšší poměrnou váhu, než je předem uvedená poměrná váha 50 % v zadávací dokumentaci. Jinými slovy společnost Dimarso uvádí, že pokud by metoda hodnocení byla oznámena uchazečům předem ve fázi zadávací dokumentace, měla by tato metoda nevyhnutelně vliv na přípravu nabídek.

30. Této argumentaci se rozhodně neuzavírám. Je však třeba uvažovat po etapách.

31. Nejprve, jak jsem již uvedl, čl. 53 odst. 2 směrnice 2004/18 vyžaduje od veřejného zadavatele, aby uchazečům sdělil buď v oznámení o zakázce, nebo v zadávací dokumentaci kritéria pro zadání zakázky, která zamýšlí uplatnit, jakož i jejich poměrnou váhu.

32. Naproti tomu je zbytečné ve znění čl. 53 odst. 2 směrnice 2004/18 hledat obecnou povinnost pro veřejného zadavatele, aby v oznámení o zakázce nebo v zadávací dokumentaci uváděl metodu hodnocení nabídek s ohledem na kritéria pro zadání zakázky a jejich poměrnou váhu, to znamená všechna pravidla a způsoby, podle nichž veřejný zadavatel nebo jeho orgán, jako je výbor pro hodnocení, přizná určité hodnocení nebo známku jednotlivým nabídkám v závislosti na stupni splnění některého z kritérií (anebo případně vedlejších kritérií) pro zadání veřejné zakázky.

7 — Standard přiměřeně informovaného uchazeče, který postupuje s obvyklou řádnou péčí, vyplývá z judikatury Soudního dvora, v tomto ohledu viz rozsudky SIAC Construction (C-19/00, EU:C:2001:553, bod 42) a eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166, bod 54).

33. Článek 53 odst. 2 směrnice 2004/18 tedy v zásadě nevyžaduje, aby taková metoda analýzy nabídek, kterou použije výbor pro hodnocení s ohledem na kritéria pro zadání veřejné zakázky a jejich poměrnou váhu, byla předem oznámena uchazečům v oznámení o zakázce nebo v zadávací dokumentaci.

34. Judikatura Soudního dvora tuto zásadu rovněž potvrzuje.

35. Je třeba připomenout, že Soudní dvůr několikrát uznal legálnost chování veřejného zadavatele, který poměrně vážil vedlejší prvky kritéria pro zadání zakázky *po* předložení nabídek, avšak *před* jejich otevřením, což nezbytně znamená, že veřejný zadavatel nemusí systematicky zajišťovat předběžné zveřejňování takové poměrné váhy vedlejších kritérií pro zadání v oznámení o zakázce nebo v zadávací dokumentaci [8].

36. Toto posouzení lze tím spíše vztáhnout na přijetí metody hodnocení nabídek s ohledem na kritéria pro zadání zakázky a jejich poměrnou váhu.

37. Dále pak Soudní dvůr v rozsudku Evropaïki Dynamiki v. EMSA (C-252/10 P, EU:C:2011:512, bod 35) připustil v kontextu uplatnění pravidel pro zadávání veřejných zakázek orgány Evropské unie [9], který je ve své podstatě podobný kontextu uplatnění ustanovení směrnice 2004/18, a při použití úvah týkajících se skutečností, které veřejný zadavatel nemusí předem oznamovat uchazečům, že je třeba, aby výbor pro hodnocení měl určitou volnost při plnění svého úkolu a mohl strukturovat vlastní přezkum a analýzu předložených nabídek [10].

38. Ve všech těchto věcech však Soudní dvůr uvedl, že volnost, kterou má veřejný zadavatel, podléhá dodržení určitých podmínek.

39. Jeví se však, že tyto podmínky nejsou zcela jednotné.

40. Pokud tak jde o stanovení koeficientů poměrné váhy vedlejších kritérií pro zadání zakázky veřejným zadavatelem po předložení nabídek, Soudní dvůr upřesnil – jak správně uvedl předkládající soud – že toto určení *ex post* je legální s výhradou dodržení tří podmínek, a sice:

— že nemění kritéria pro zadání zakázky vymezená v zadávací dokumentaci nebo v oznámení o zakázce,

— že neobsahuje skutečnosti, které by, pokud by byly známy v době přípravy nabídek, mohly tuto přípravu ovlivnit a

— nebylo přijato s přihlédnutím ke skutečnostem, jež by mohly mít diskriminační účinek vůči některému z uchazečů [11].

8 — Viz rozsudky ATI EAC a Viaggi di Maio a další (C-331/04, EU:C:2005:718, bod 32) ; Lianakis a další (C-532/06, EU:C:2008:40, bod 43), jakož i Evropaïki Dynamiki v. EMSA (C-252/10 P, EU:C:2011:512, body 32 a 33).

9 — V dané věci se jednalo o výklad článku 97 nařízení Rady (ES, Euratom) č. 1605/2002 ze dne 25. června 2002, kterým se stanoví finanční nařízení o souhrnném rozpočtu Evropských společenství (Úř. věst. L 248, s. 1 ; Zvl. vyd. 01/04, s. 74) a článku 138 nařízení Komise (ES, Euratom) č. 2342/2002 ze dne 23. prosince 2002 o prováděcích pravidlech k nařízení č. 1605/2002 (Úř. věst. L 357, s. 1; Zvl. vyd. 01/04, s. 145).

10 — Viz rovněž v tomtéž právním kontextu rozsudek bpost v. Komise (T-514/09, EU:T:2011:689, bod 86).

11 — Viz rozsudky ATI EAC a Viaggi di Maio a další (C-331/04, EU:C:2005:718, bod 32) ; Lianakis a další (C-532/06, EU:C:2008:40, bod 43), a Evropaïki Dynamiki v. EMSA (C-252/10 P, EU:C:2011:512, bod 33).

41. Pokud jedna z těchto podmínek není splněna, je možné z této judikatury vyvodit, že stanovení poměrné váhy vedlejších kritérií po oznámení o zakázce nebo zadávací dokumentaci způsobuje protiprávnost postupu týkajícího se zadání zakázky. Jinak řečeno, veřejný zadavatel měl předem určit poměrnou váhu vedlejších kritérií vztahujících se ke kritériím pro zadání zakázky a zajistit, aby tato poměrná váha byla oznámena uchazečům v oznámení o zakázce nebo v zadávací dokumentaci.

42. Dále pak, pokud jde o volnost výboru pro hodnocení strukturovat vlastní analýzu a přezkum předložených nabídek, Soudní dvůr v bodě 35 rozsudku Evropaïki Dynamiki v. EMSA (C-252/10 P, EU:C:2011:512) upřesnil, že taková volnost nesmí vést veřejného zadavatele k tomu, aby „změnil kritéria pro zadání zakázky stanovená v zadávací dokumentaci nebo v oznámení o zakázce“.

43. Jeví se, že Soudní dvůr, který se omezil na zmínění pouze dodržení jedné (první) ze tří podmínek uvedených v bodě 40 tohoto stanoviska, chtěl veřejnému zadavateli poskytnout rozsáhlejší prostor pro uvážení, pokud tento zadavatel určuje *ex post* metodu analýzy nebo hodnocení nabídek, než když se rozhodne stanovit koeficienty poměrné váhy vedlejších kritérií odpovídajících kritériím pro zadání, která byla předem oznámena uchazečům.

44. Kdyby bylo ve věci v původním řízení třeba striktně použít upřesnění provedené v článku 35 rozsudku Evropaïki Dynamiki v. EMSA (C-252/10 P, EU:C:2011:512), žádná skutečnost poskytnutá v této fázi předkládajícím soudem by neumožňovala mít za to, že metoda hodnocení přijatá výborem pro hodnocení pro posouzení kritéria „kvality“ mohla toto kritérium změnit, a tím spíše ani to, že touto metodou mohlo být dotčeno druhé kritérium pro zadání zakázky, když obě tato kritéria byla předem oznámena uchazečům v zadávací dokumentaci.

45. Mám však pochybnosti o tom, že cílem upřesnění provedeného Soudním dvorem v bodě 35 rozsudku Evropaïki Dynamiki v. EMSA (C-252/10 P, EU:C:2011:512), navíc ve formě *obiter dictum*, bylo stanovit pouze tuto mez volnosti veřejného zadavatele stanovit metodu hodnocení předložených nabídek. S výjimkou případně zvláště závažných pochybení je totiž obtížné představit si, jak by taková metoda hodnocení mohla změnit samotná kritéria pro zadání veřejné zakázky a jak by uchazeč, jehož nabídka byla odmítnuta, mohl prokázat takový účinek na kritéria pro zadání zakázky, byť jen na základě souboru nepřímých důkazů.

46. Zejména proto sdílím tvrzení zúčastněných, kteří konkrétně na jednání uvedli, že nelze vyloučit, že by metoda hodnocení mohla mít účinky nikoli na samotná kritéria pro zadání zakázky, ale na poměrnou váhu těchto kritérií, a tak mohla obsahovat skutečnosti, které by mohly ovlivnit přípravu nabídek, pokud by tato metoda byla předem oznámena uchazečům ve smyslu druhé podmínky stanovené judikaturou Soudního dvora uvedenou v bodě 40 tohoto stanoviska. V takové situaci by určení takové metody hodnocení nabídek veřejným zadavatelem *ex post* bylo protiprávní, a mělo být tudíž předmětem předběžného zveřejnění v oznámení o zakázce nebo v zadávací dokumentaci.

47. V podstatě tedy souhlasím s argumentací rozvinutou zejména Komisí, podle níž legalita metody hodnocení nabídek, kterou veřejný zadavatel určil *ex post*, závisí na splnění tří podmínek stanovených judikaturou Soudního dvora uvedenou v bodě 40 výše. Stačí tedy, aby předkládající soud ověřil splnění těchto podmínek ve věci v původním řízení.

48. Jeví se mi však, že projednávaná věc poskytuje Soudnímu dvoru příležitost rovněž tuto judikaturu rozvinout, zvláště pokud jde o rozsah první podmínky.

49. Jak jsem totiž zdůraznil výše, jak kritéria pro zadání zakázky, tak jejich poměrná váha (nebo pokud to není možné, jejich hierarchizace) musejí být od vstupu čl. 53 odst. 2 směrnice 2004/18 v platnost předmětem vhodného zveřejnění v oznámení o zakázce nebo v zadávací dokumentaci.

50. Změnu těchto kritérií nebo jejich poměrné váhy bez ohledu na způsoby, podle nichž k této změně dojde, je tedy třeba podle mého názoru třeba sankcionovat týmž způsobem.

51. Není odůvodněné připustit, aby metoda hodnocení nabídek mohla změnit *a posteriori* kritéria pro zadání zakázky, která byla předem oznámena uchazečům, a není přijatelné ani tolerovat, aby takovou metodou byla dotčena poměrná váha týchž kritérií. Pokud má stanovení metody hodnocení nabídek *ex post* takový důsledek, měla být tato metoda předem oznámena uchazečům a postup týkající se sporného zadání zakázky je protiprávní.

52. Navrhuji tedy, aby první podmínka uvedená v bodě 40 tohoto stanoviska, vycházející z judikatury Soudního dvora týkající se právního režimu zadávání veřejných zakázek, který předcházel přijetí směrnice 2004/18, byla formulována tak, že zahrnuje rovněž poměrnou váhu kritérií pro zadání zakázky, aby byl zohledněn vývoj tohoto režimu v návaznosti na vstup čl. 53 odst. 2 směrnice 2004/18 v platnost.

53. Předkládajícímu soudu tedy bude ve věci v původním řízení příslušet, aby přezkoumal, zda metoda hodnocení nabídek s ohledem na kritérium „kvality“, které je uvedeno v zadávací dokumentaci sporné zakázky, změnila poměrnou váhu kritérií pro zadání uvedené zakázky *ex post*, přičemž v takovém případě měla být tato metoda oznámena potenciálním uchazečům v oznámení o zakázce nebo v zadávací dokumentaci.

54. Mám však podezření, že s ohledem na okolnosti a skutečnosti, které byly sděleny předkládajícím soudem, k takové změně dojít mohlo.

55. Vzhledem k tomu, že tři ze čtyř nabídek, k nimž patří nabídka společnosti Dimarso, získaly hodnocení „velmi dobré“, pokud jde o splnění kritéria „kvality“, aniž byla udělena hodnocení, která by mohla nabídky odlišit a stanovit jejich pořadí podle jejich vnitřních vlastností, bylo tedy při zadání sporné zakázky rozhodující kritérium „ceny“, jak to všichni zúčastnění připustili na jednání. Vzhledem k tomu, že metoda zvolená výborem pro hodnocení znamenala kritérium „ceny“ upřednostnit na úkor posouzení kritéria „kvality“, se tedy jeví, že první kritérium získalo při výběru uchazeče, jemuž bude zakázka zadána, vyšší poměrnou váhu, než se dalo podle poměrné váhy 50 % uvedené v zadávací dokumentaci přiměřeně očekávat. Je tedy možné, že pokud by uchazeči byli předem informováni o výběru této metody hodnocení nabídek, pokud jde o splnění kritéria „kvality“, věnovali by větší pozornost ceně svých plnění.

56. Pro konkrétnější dokreslení mého návrhu si představme, že mezi předloženými nabídkami byla jedna z hlediska kvality o hodně lepší než tři další nabídky, a to včetně nabídek, které získaly hodnocení „velmi dobré“. Jinak řečeno, jedna z těchto nabídek mohla být v rámci posouzení kritéria „kvality“ označena jako „výborná“. Cena nabídnutá tímto uchazečem tedy odrážela výbornou kvalitu služeb nabízených tímto uchazečem, a byla tedy pravděpodobně vyšší než ceny nabízené ostatními uchazeči. Vzhledem k tomu, že hodnocení „výborné“ není uvedeno v hodnotící stupnici („nízké – dostatečné – velmi dobré“), kterou zvolil výbor pro hodnocení, tato nabídka výborné kvality by však musela nezbytně získat s ohledem na kritérium „kvality“ nanejvýš hodnocení „velmi dobrá“. Vzhledem k tomu, že cena nabídnutá uchazečem, který tuto nabídku předložil, je vyšší než ceny ostatních uchazečů, a to případně jen o několik desítek nebo stovek eur, musela být tedy tato nabídka odmítnuta.

57. V konečném výsledku v takovém případě, který není nezbytně případem společnosti Dimarso, ale který by jím být mohl, veřejný zadavatel případně odmítl nabídku nabízející nejlepší poměr kvality a ceny, a to v rozporu s duchem, kterým se řídí výběr veřejných zadavatelů podle hospodářsky nejvýhodnější nabídky [12].

12 — Soudní dvůr v rozsudku Ambisig (C-601/13, EU:C:2015:204, bod 29) v podstatě připomněl, že zadání zakázky na základě hospodářsky nejvýhodnější nabídky, které upřesnostňuje vyhledání nejlepšího poměru kvality a ceny veřejným zadavatelem, může posílit důležitost kvality v rámci kritérií pro zadání veřejné zakázky.

58. Metoda hodnocení, kterou veřejný zadavatel zvolil *ex post*, tak podle mého názoru může změnit poměrnou váhu kritérií pro zadání zakázky, když upřednostní váhu některého kritéria v porovnání s jiným, přičemž z informací, které měli uchazeči k dispozici při podávání svých nabídek, jasně vyplývalo, že tato kritéria mají být posuzována podle téže poměrné váhy, a sice každé kritérium 50 %.

59. Mám tudíž za to, že pokud metoda hodnocení přijatá po předložení nabídek může k takovému výsledku dospět, měla být tato metoda oznámena uchazečům v okamžiku zveřejnění oznámení o zakázce nebo oznámení zadávací dokumentace veřejným zadavatelem.

60. V každém případě, i kdyby měl Soudní dvůr za to, že není namístě první podmínku stanovenou judikaturou a uvedenou v bodě 40 tohoto stanoviska vztáhnout na poměrnou váhu kritérií pro zadání, je podle mého názoru pravděpodobné, že pokud by metodu hodnocení nabídek s ohledem na kritérium „kvality“, stanovenou veřejným zadavatelem, potenciální uchazeči znali předem, mohla by ovlivnit přípravu jejich nabídek ve smyslu druhé podmínky uvedené v bodě 40 tohoto stanoviska.

61. Jak již bylo uvedeno, jestliže by uchazeči před podáním svých nabídek pochopili, že druhé kritérium pro zadání zakázky, a sice kritérium „ceny“, může mít rozhodující charakter při výběru hospodářsky nejvýhodnější nabídky, jak připustili všichni zúčastnění na jednání, jejich nabídky by byly zajisté připraveny odlišným způsobem, aby lépe odpovídaly tomuto zaměření veřejného zadavatele.

62. Obecně je pravda, že se jeví, že taková mez svobody veřejného zadavatele stanovit metodu hodnocení po podání nabídek jej nakonec ve všech případech donutí k tomu, aby velmi brzy identifikoval metodu nebo metody hodnocení kritérií pro zadání zakázky, které zamýšlí zvolit, aby preventivně zajistil, že nebudou moci mít vliv na přípravu nabídek potenciálních uchazečů, přičemž v opačném případě z toho bude muset vyvodit, že tyto metody vyžadují zveřejnění buď v oznámení o zakázce, nebo v zadávací dokumentaci.

63. Jeví se tudíž, že tento požadavek v konečném výsledku způsobí, že veřejný zadavatel (který bude chtít zajistit co možná největší právní jistotu postupu týkajícího se zadání zakázky a vyhnout se žalobám směřujícím ke zrušení tohoto postupu) určí co možná nejdříve metodu nebo metody hodnocení nabídek s ohledem na kritéria pro zadání zakázky. Je možné mít za to, že pokud tomu tak je, jeví se, že žádný naléhavý důvod nemůže ospravedlnit, aby veřejný zadavatel odmítl oznámit potenciálním uchazečům předmětné metody hodnocení, které již každopádně měl určit před zadávacím řízením.

64. Jeví se, že závěry jdoucí takovým směrem v praxi vyvrací teoretické pravidlo „zásada-výjimka“, které vyplývá z uplatnění judikatury Soudního dvora, podle něhož veřejný zadavatel v zásadě není povinen předem sdělovat metodu hodnocení nabídek potenciálním uchazečům, s výjimkou případu, kdy by tato metoda obsahovala skutečnosti, které – pokud by byly známy předem – mohly ovlivnit přípravu nabídek.

65. Jeví se mi však, že toto nebezpečí může být ve značné míře odstraněno, zvolí-li veřejní zadavatelé zveřejnění nejen kritérií pro zadání zakázky a jejich poměrné váhy, jak vyžaduje směrnice 2004/18, ale rovněž vedlejších kritérií vztahujících se k těmto kritériím, jakož i poměrné váhy těchto vedlejších kritérií, jak to silně upřednostňuje judikatura Soudního dvora.

66. Jinak řečeno, čím více uchazeči disponují jasnými, srozumitelnými a podrobnými informacemi obsaženými v oznámení o zakázce nebo v zadávací dokumentaci, které se vztahují ke všem těmto skutečnostem, tím podle mého názoru existuje menší riziko, že kritéria nebo vedlejší kritéria pro zadání zakázky, jakož i jejich poměrná váha mohou být dotčeny metodou analýzy nabídek zvolenou výborem pro hodnocení nebo že bude zavedeno nerovné zacházení s uchazeči. Zabránění tomuto nebezpečí vychází podle mého názoru z „aktivní role“, kterou přisuzuje směrnice 2004/18, jak je vykládána Soudním dvorem, veřejným zadavatelům při uplatňování základních zásad, jimiž se řídí zadávání veřejných zakázek, jako je dodržování transparentnosti řízení a dodržování rovného zacházení

s uchazeči [13].

67. V takovém případě budou všichni uchazeči rovněž s to znát předem poměrnou váhu všech skutečností zohledněných veřejným zadavatelem, což zpravidla umožní vyloučit, aby přesná metoda analýzy nabídek použitá veřejným zadavatelem mohla obsahovat skutečnosti, které by mohly ovlivnit tuto přípravu, pokud by byly známy při přípravě nabídek.

68. Naproti tomu, jestliže je jako ve věci v původním řízení poměrná váha kritérií pro zadání zakázky v zadávací dokumentaci stejná, případná vedlejší kritéria uvedená v posledně uvedené dokumentaci nejsou předmětem takového poměrného vážení a metoda hodnocení přijatá po podání nabídek pro posouzení míry splnění jednoho z obou kritérií pro zadání zakázky je zvláště obecná, aniž umožní dostatečně přesné rozlišení kvality podaných nabídek, je podstatně vyšší nebezpečí, že metoda hodnocení obsahuje skutečnosti, které – pokud by byly oznámeny uchazečům v oznámení o zakázce nebo v zadávací dokumentaci – mohly ovlivnit přípravu jejich nabídek.

69. Je pravda, že se jeví, že druhá podmínka uvedená v bodě 40 tohoto stanoviska je zvláště pružná nebo je snadné ji splnit, neboť se jeví stále představitelné argumentovat tím, že každá skutečnost zohledněná veřejným zadavatelem *může* mít vliv nebo dopad na přípravu nabídek, pokud by byla předem oznámena uchazečům.

70. Soudní dvůr, který si byl možná vědom této pružnosti, v rozsudku Komise v. Irsko (C-226/09, EU:C:2010:697, bod 48) takový vliv na přípravu nabídek podmínil jeho „významnou“ povahou, což mu umožnilo částečně zamítnout žalobu pro nesplnění povinnosti podanou Komisí.

71. I když bod 48 rozsudku Komise v. Irsko (C-226/09, EU:C:2010:697) vychází ze starší judikatury Soudního dvora, když uvádí výslovně bod 32 rozsudku ATI EAC a Viaggi di Maio a další (C-331/04, EU:C:2005:718), tento rozsudek ani jiné pozdější již citované rozsudky neobsahují upřesnění, podle něhož měl mít vliv na přípravu nabídek „významnou“ povahu. Kritérium zavedené Soudním dvorem v bodě 48 rozsudku Komise v. Irsko (C-226/09, EU:C:2010:697) však může podle mého názoru vycházet z okolnosti, že předmětná veřejná zakázka na služby se v plném rozsahu neřídila ustanoveními směrnice 2004/18, zvláště ustanoveními jejího čl. 53 odst. 2.

72. Je-li význam bodu 48 rozsudku Komise v. Irsko (C-226/09, EU:C:2010:697) skutečně takový, neexistuje podle mého názoru v projednávané věci žádný zvláštní důvod k tomu, aby bylo přijato kritérium „významné“ povahy vlivu na přípravu nabídek, které je uvedeno v tomto bodu uvedeného rozsudku, a tudíž k tomu, aby byl narušen rozsah druhé podmínky v judikatuře Soudního dvora uvedené v bodě 40 tohoto stanoviska.

73. V každém případě mám za to, že pružnost, kterou se vyznačuje tato druhá podmínka, může být silně omezena povinností uchazeče, jehož nabídka nebyla přijata, kterému přísluší, aby *in concreto* ve své žalobě u soudu prokázal rozdíly věcné povahy, a nikoli čistě formální povahy, které by jeho nabídka obsahovala, pokud by prvky předmětné metody hodnocení nebo tato metoda samotná, jejíž oznámení předem veřejný zadavatel neprovedl, byly předmětem vhodného zveřejnění před přípravou nabídek.

74. Před uvedením závěrů dodávám, že všechny předcházející úvahy vycházejí z postulátu, který vyplývá implicitně z předkládacího rozhodnutí, podle něhož metoda hodnocení nabídek vztahující se ke kritériu „kvality“, kterou použil výbor pro hodnocení ve věci v původním řízení, byla určena *po* uplynutí lhůty k podání nabídek, avšak *před* jejich otevřením.

13 — V tomto smyslu v jiném kontextu viz rozsudek eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166, bod 42).

75. Ve výše uvedené judikatuře týkající se stanovení poměrné váhy vedlejších kritérií vztahujících se ke kritériím pro zadání zakázky měl Soudní dvůr v podstatě za to, že takové stanovení *po otevření nabídek* nebo případně projevení zájmu je v rozporu zejména se zásadou rovného zacházení a povinností transparentnosti [14]. Rovněž tak Soudní dvůr odsoudil změnu poměrné váhy kritérií pro zadání zakázky provedenou výborem pro hodnocení po prvním přezkumu nabídek v případě, kdy se čl. 53 odst. 2 směrnice 2004/18 na předmětnou veřejnou zakázku na služby nepoužil, aniž by navíc vyžadoval prokázání diskriminačního účinku této praktiky vůči jednomu z uchazečů, přičemž Soudní dvůr v tomto ohledu dodal, že stačí, že v okamžiku, kdy k uvedené změně došlo, nelze vyloučit, že takový účinek mít mohla [15].

76. Jestliže se veřejný zadavatel seznámil s totožností uchazečů a s obsahem nabídek, když změnil poměrnou váhu kritérií pro zadání zakázky nebo vedlejších kritérií, existuje totiž skutečné riziko, že vznikne dojem, že účelem této změny je upřednostnit některého z uchazečů, a tedy narušit rovné zacházení s nimi.

77. V takové situaci se jeví, že takto provedená změna je zkrátka a dobře protiprávní, zejména na základě domněnky upřednostňování. Jeví se jako zjevné, že reálně použité poměrné vážení, které způsobilo protiprávnost postupu týkajícího se zadání zakázky, mělo být oznámeno uchazečům v zadávací dokumentaci. Takové zjištění však není nezbytné pro vyřešení sporu.

78. Belgická vláda ve svém vyjádření uvedla, že existují situace, aniž však upřesnila jejich povahu, v nichž lze metodu hodnocení nabídek stanovit až po jejich otevření. Tato vláda tudíž v podstatě tvrdí, že judikatura Soudního dvora odsuzující stanovení *ex post* poměrné váhy kritérií pro zadání zakázky a poměrné váhy vedlejších kritérií vztahujících se ke kritériím pro zadání *po* otevření nabídek se nesmí vztahovat na situaci přijetí metody hodnocení nabídek výborem pro hodnocení po uvedeném otevření.

79. Otázka položená předkládajícím soudem se tohoto případu netýká *stricto sensu*.

80. Skutečnosti poskytnuté předkládajícím soudem však neumožňují zcela vyloučit, že by metoda hodnocení dotčená ve věci v původním řízení byla schválena po otevření nabídek.

81. V této situaci přitom podle mého názoru vyvstává dodatečná otázka, zda předkládající soud musí vždy ověřovat splnění tří podmínek stanovených judikaturou, které jsou uvedeny v bodě 40 tohoto stanoviska, aby mohl dospět k závěru, že veřejný zadavatel měl oznámit tuto metodu hodnocení nabídek uchazečům, anebo zda se tento soud může omezit na konstatování, že taková praxe určitým způsobem zakládá domněnku upřednostňování jednoho nebo několika uchazečů, což způsobuje protiprávnost postupu týkajícího se zadání zakázky.

82. Aniž bych se obecně vyjadřoval k uvedeným situacím, které však belgická vláda neupřesnila, pochybuji, že ve věci v původním řízení mohla být metoda hodnocení kritéria „kvality“ s ohledem na jeho velmi základní a zvláště obecný, případně nepřesný charakter stanovena až po otevření nabídek, které byly podány.

83. Neshledávám totiž žádnou překážku, zejména technické či finanční povahy, aby veřejný zadavatel mohl buď oznámit uchazečům metodu, když se omezí na uvedení, že „kvalita“ nabídek bude posouzena v závislosti na hodnotící stupnici „nízká – dostatečná – velmi dobrá“, anebo tuto metodu potvrdit nejpozději před otevřením nabídek, s výhradou dodržení podmínek, které jsem již přezkoumal, to znamená zvláště bez dotčení kritérií pro zadání zakázky a jejich poměrné váhy.

14 — Konkrétně viz rozsudek Lianakis a další (C-532/06, EU:C:2008:40, bod 44).

15 — Rozsudek Komise v. Irsko (C-226/09, EU:C:2010:697, body 57 až 63).

84. Domnívám se tedy, že byla-li sporná metoda hodnocení ve věci v původním řízení přijata po otevření nabídek, což musí ověřit předkládající soud, je třeba předpokládat, že byla stanovena se zohledněním skutečností, které mohou mít diskriminační účinek vůči jednomu nebo několika uchazečům, jejichž nabídka byla odmítnuta, což je domněnka, jejíž vyvrácení případně připadá veřejnému zadavateli.

III – Závěry

85. S přihlédnutím ke všem předcházejícím úvahám navrhuji, aby Soudní dvůr na otázku položenou Raad van State van België (Státní rada Belgie) odpověděl následovně:

„Článek 53 odst. 2 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, ve znění nařízení Komise (EU) č. 1251/2011 ze dne 30. listopadu 2011, vykládaný ve světle zásady rovného zacházení a povinnosti transparentnosti, musí být vykládán v tom smyslu, že veřejný zadavatel nemusí oznamovat potenciálním uchazečům v oznámení o zakázce nebo v zadávací dokumentaci metodu hodnocení nabídek pro posouzení míry splnění kritérií pro zadání zakázky předem zveřejněných v oznámení o zakázce nebo v zadávací dokumentaci za podmínky, že taková metoda přijatá po uplynutí lhůty k podání nabídek, avšak před jejich otevřením a) nemění kritéria pro zadání zakázky a poměrnou váhu těchto kritérií, jak byla uvedena v oznámení o zakázce nebo v zadávací dokumentaci, b) neobsahuje skutečnosti, které by – pokud by byly známy v době přípravy nabídek – mohly tuto přípravu ovlivnit a c) nebyla přijata s přihlédnutím ke skutečnostem, jež by mohly mít diskriminační účinek vůči některému z uchazečů. Přísluší předkládajícímu soudu, aby ověřil, zda jsou tyto podmínky splněny ve věci v původním řízení.“