Sbírka soudních rozhodnutí

STANOVISKO GENERÁLNÍHO ADVOKÁTA
NIILA JÄÄSKINENA
přednesené dne 8. září 2015 [1]

Věc C-324/14

PARTNER Apelski Dariusz
proti
Zarząd Oczyszczania Miasta

[žádost o rozhodnutí o předběžné otázce podaná Krajowa Izba Odwoławcza (Polsko)]

„Zadávání veřejných zakázek — Směrnice 2004/18/ES — Článek 48 odst. 3 — Technická a odborná způsobilost hospodářského subjektu — Využití ‚je-li to nezbytné' schopností jiných subjektů ze strany uchazečů — Povaha vztahů mezi uchazečem a těmito jinými subjekty — Forma a míra využití schopností jiných subjektů — Údaje požadované v oznámení o zakázce — Relevance směrnice 2014/24/EU při výkladu směrnice 2004/18"

I – Úvod

1. Tato žádost o rozhodnutí o předběžné otázce, kterou předložila Krajowa Izba Odwoławcza (Krajský odvolací soud), se týká dvou právních otázek, jež mají význam pro oblast práva veřejných zakázek, a třetí otázky, jež se týká širšího problému, a to do jaké míry směrnice, která v období příslušném z *hlediska časové působnosti* ještě nevstoupila v platnost, přičemž lhůta k jejímu provedení dosud neuplynula, může být použita jako pomůcka při výkladu směrnice, kterou nakonec nahradí.

2. Zarząd Oczyszczania Miasta (Městská úklidová správa, dále jen „veřejný zadavatel"), organizační složka hlavního města Varšavy, vyloučila společnost PARTNER Dariusz Apelski (dále jen „PARTNER") ze zadávacího řízení na veřejnou zakázku na mechanické čištění vozovek Varšavy. Nebyla totiž přesvědčena o tom, že by společnost PARTNER řádně prováděla zakázku, neboť část její nabídky zahrnovala služby, které měly být poskytovány třetí osobou nacházející se v jiném, relativně vzdáleném, polském městě.

3. První skupina otázek, které Soudnímu dvoru předložila Krajowa Izba Odwoławcza, se zásadně, ačkoli ne výlučně, týká důkazu požadovaného od hospodářského subjektu v případě, že v souvislosti s určitou zakázkou využívá „schopností jiných subjektů" podle čl. 48 odst. 3 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]. Součástí těchto otázek jsou rovněž i dotazy týkající se obsahu oznámení o zakázce a objasnění nabídky. Druhá skupina otázek se týká podmínek, za kterých má být veřejným zadavatelem již uzavřená elektronická dražba zrušená z důvodu nesrovnalostí v zadávacím řízení.

1 — Původní jazyk: angličtina.

2 — Úř. věst 2004 L 134, s. 114; Zvl. vyd. 06/07, s. 132.

4. Konečně poslední otázkou je Soudní dvůr tázán, zda při řešení projednávaných otázek lze při výkladu směrnice 2004/18 použít jako vodítko směrnici Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES [3], ačkoli směrnice 2014/24 ke dni zveřejnění zadávacího řízení ještě nevstoupila v platnost.

II – **Právní rámec**

A – *Směrnice 2004/18*

5. Článek 2 směrnice 2004/18, nadepsaný „[z]ásady zadávání zakázek“, stanoví, že „[v]eřejní zadavatelé jednají s hospodářskými subjekty na základě zásad rovnosti a zákazu diskriminace a postupují transparentním způsobem“.

6. Článek 44 směrnice 2004/18, nadepsaný „[o]věření vhodnosti a výběr účastníků, zadávání zakázek“, stanoví:

„1. Zakázky se zadávají na základě kritérií stanovených v článcích 53 a 55, s ohledem na článek 24 poté, co je veřejnými zadavateli ověřena vhodnost hospodářských subjektů, které nebyly vyloučeny podle článků 45 a 46, v souladu s kritérii hospodářských a finančních předpokladů, odborných a technických znalostí nebo způsobilosti, uvedenými v článku 47 až 52 a případně s nediskriminačními pravidly a kritérii uvedenými v odstavci 3.

2. Veřejní zadavatelé mohou od zájemců a uchazečů vyžadovat, aby splňovali minimální způsobilost v souladu s články 47 a 48.

Rozsah informací uvedených v článcích 47 a 48 a minimální úrovně způsobilosti požadované pro konkrétní zakázku musí být vztaženy k předmětu zakázky a být tomuto předmětu úměrné.

Tyto minimální úrovně jsou uvedeny v oznámení o zakázce.

[…]“

7. Článek 48 odst. 3 směrnice 2004/18, nadepsaný „[t]echnická nebo odborná způsobilost“, stanoví:

„1. Technická nebo odborná způsobilost hospodářských subjektů se posuzuje a zkoumá v souladu s odstavci 2 a 3.

2. Doklady o technické způsobilosti hospodářského subjektu mohou být poskytnuty jedním nebo několika následujícími prostředky podle povahy, množství nebo důležitosti a použití stavebních prací, dodávek nebo služeb:

a) i) […]

ii) seznamem hlavních uskutečněných dodávek nebo hlavních služeb poskytnutých v posledních třech letech s částkami, daty a jmény dotčených veřejných či soukromých příjemců.

[…]

3 — Úř. věst. 2014 L 94, s. 65.

3. Hospodářský subjekt může, je-li to nezbytné a pro určitou zakázku, využít schopnosti jiných subjektů, bez ohledu na právní povahu vztahů mezi ním a těmito subjekty. V tom případě musí veřejnému zadavateli prokázat, že bude disponovat nezbytnými prostředky pro plnění zakázky, například tím, že předloží závazek poskytnout nezbytné prostředky hospodářskému subjektu.

[…].“

8. Článek 51 směrnice 2004/18, nadepsaný „[d]odatečná dokumentace a informace“, stanoví, že „veřejní zadavatelé mohou vyzvat hospodářské subjekty, aby doplnily nebo objasnily osvědčení a doklady předložené podle článků 45 až 50“.

9. Článek 54 směrnice 2004/18, nadepsaný „Používání elektronických dražeb“, uvádí:

„1. Členské státy mohou stanovit, že veřejní zadavatelé mohou používat elektronickou dražbu.

[…]

4. Předtím než veřejní zadavatelé přistoupí k elektronické dražbě, provedou úplné první vyhodnocení nabídek v souladu s jedním nebo více kritérii pro zadání zakázky a s poměrnou váhou, která jim byla přidělena.

Všichni uchazeči, kteří podali přijatelné nabídky, jsou elektronickými prostředky současně vyzváni, aby podali nové ceny nebo hodnoty; […]

[…]

8. Po uzavření elektronické dražby veřejní zadavatelé zadají zakázku v souladu s článkem 53 na základě výsledků elektronické dražby.

Veřejní zadavatelé nesmějí elektronické dražby zneužívat nebo je používat způsobem, který by bránil hospodářské soutěži, omezoval ji nebo ji narušoval nebo měnil předmět zakázky, jak byl pro zakázku stanoven ve zveřejněném oznámení o zakázce a v zadávací dokumentaci.“

B – *Směrnice 2014/24*

10. Článek 63 směrnice 2014/24, nadepsaný „Využití kapacity jiných subjektů“, stanoví:

„1. Pokud jde o kritéria týkající se ekonomické a finanční situace stanovená podle čl. 58 odst. 3 a kritéria týkající se technické a odborné způsobilosti stanovená podle čl. 58 odst. 4, může hospodářský subjekt, je-li to vhodné a pro určitou veřejnou zakázku, využít kapacity jiných subjektů bez ohledu na právní povahu vztahů mezi ním a těmito subjekty. Pokud však jde o kritéria týkající se vzdělání a odborné kvalifikace stanovená v příloze XII části II písm. f) nebo relevantních profesních zkušeností, mohou hospodářské subjekty využít kapacity jiných subjektů pouze tehdy, budou-li uvedené subjekty vykonávat stavební práce nebo služby, pro něž se tyto kapacity vyžadují. Má-li hospodářský subjekt v úmyslu využít způsobilosti jiných subjektů, prokáže veřejnému zadavateli, že bude disponovat nezbytnými zdroji, například tím, že předloží závazek těchto subjektů učiněný za tímto účelem.

[…]

2. V případě veřejných zakázek na stavební práce, služby a umístění stavby nebo instalační práce v rámci veřejné zakázky na dodávky mohou veřejní zadavatelé požadovat, aby určité stěžejní úkoly byly vykonávány přímo uchazečem samotným […].“

11. Článek 90 odst. 1 směrnice 2014/24, nadepsaný „[p]rovedení a přechodná ustanovení“, stanoví, že „[č]lenské státy uvedou v účinnost právní a správní předpisy nezbytné pro dosažení souladu s touto směrnicí nejpozději do 18. dubna 2016. Neprodleně sdělí Komisi jejich znění“. Podle článku 93 vstoupila směrnice 2014/24 v platnost dvacátým dnem po vyhlášení v *Úředním věstníku Evropské unie*, ke kterému došlo dne 28. března 2014.

III – **Skutkové okolnosti, řízení a předběžné otázky**

12. Veřejný zadavatel uskutečnil zadávací řízení na veřejnou zakázku na „komplexní mechanické čištění vozovek hlavního města Varšavy v zimním a letním období v letech 2014-17 – Fáze I“. Toto řízení bylo zveřejněno v *Úředním věstníku Evropské unie* dne 24. prosince 2013, neboť hodnota zakázky přesáhla unijní prahovou hodnotu. Veřejný zadavatel rozdělil zakázku na osm částí, jež svým rozsahem odpovídaly jednotlivým městským čtvrtím Varšavy, a povolil podávat nabídky pro jednotlivé části, přičemž počet částí, pro které mohl jeden hospodářský subjekt podat svou nabídku, nebyl omezen. Jednalo se o otevřené řízení (otevřené zadávací řízení), pro které zadavatel stanovil konání elektronické dražby.

13. Zimní čištění vozovek spočívá v odstraňování náledí a zabraňování jeho vzniku prováděním posypu a protahováním státních, krajských, okresních a obecních vozovek, na kterých je provozována městská veřejná doprava. Letní čištění spočívá v zametání vozovek a jejich kropení. Podle zadávací dokumentace měly hospodářské subjekty prokázat, že za poslední tři roky před uplynutím lhůty pro podání nabídek nebo v případě, že by jejich dosavadní činnost měla kratší trvání, za příslušnou dobu, poskytly službu či poskytovaly služby spočívající v zimní údržbě vozovek v celkové hodnotě alespoň 1 000 000 PLN.

14. Veřejný zadavatel uvedl, že při hodnocení splnění této podmínky bude brát v úvahu pouze služby, při nichž je za účelem odstraňování náledí a zabraňování jeho vzniku použita technologie zvlhčování suché soli [4]. Dále uvedl, že pokud hospodářský subjekt podal nabídky na více než jednu část zakázky, musel realizovat činnosti odpovídající úměrně vyšší hodnotě zakázky, tj. 1 000 000 PLN násobeno počtem částí zakázky, pro které podal nabídku. Hospodářský subjekt, který podal nabídku pro osm částí zakázky tak byl povinen prokázat, že poskytl služby v minimální hodnotě 8 000 000 PLN [5].

15. Na seznamu služeb připojeném k nabídce společnost PARTNER uvedla čtrnáct služeb, z nichž s dvanácti měla vlastní zkušenosti a se dvěma měla zkušenost společnost PUM Sp. z o.o. (dále jen „PUM“), podnik se sídlem ve městě Grudziądz (vzdáleném asi 227 km od Varšavy), jako další subjekt, jehož prostředky společnost PARTNER využila. Společnost PARTNER k nabídce připojila závazek společnosti PUM, že „poskytne nezbytné prostředky“. Závazek uváděl způsob, jakým by poskytnuté prostředky měly být využity, jednalo se konkrétně o poradenské služby, mimo jiné školení zaměstnanců hospodářského subjektu, a poskytnutí konzultací hospodářskému subjektu, včetně pomoci při řešení všech problémů, které by se mohly vyskytnout ve fázi plnění zakázky.

16. Dne 11. března 2014 veřejný zadavatel společnosti PARTNER sdělil, že dle jeho názoru tento hospodářský subjekt nedisponuje prostředky nezbytnými pro plnění zakázky, na což společnost PARTNER dne 18. března 2014 odpověděla tak, že pokud zadavatel považuje jí prokázané zkušenosti za nedostatečné, měl by její ostatní zkušenosti přiřadit k jednotlivým částem, a to v následujícím pořadí: části V, I, II, III, VIII, IV, VII, VI. V této souvislosti argumentovala tím, že předloží-li

4 — To je postup, při němž se používá chlorid sodný nebo směs chloridu sodného a chloridu vápenatého, které se v průběhu posypu zvlhčí a změní v solankový roztok.

5 — V předkládacím usnesení se uvádí, že na jednání před vnitrostátním soudem veřejný zadavatel k hodnocení splnění této podmínky uvedl, že sečetl hodnoty všech služeb, jejichž poskytnutí bylo prokázáno a akceptováno, a tento součet následně vydělil 1 000 000, čímž získal počet částí zakázky, pro něž dotčený hospodářský subjekt splnil tuto podmínku.

hospodářský subjekt nabídku, která se vztahuje na více částí zakázky, může být tato nabídka posuzována zvlášť pro každou z těchto částí. Případné vyloučení hospodářského subjektu a odmítnutí jeho nabídky se proto nemůže vztahovat na celou zakázku, nýbrž pouze na její jednotlivé části, pro něž tento hospodářský subjekt nesplnil podmínky.

17. Veřejný zadavatel tyto dílčí zkušenosti společnosti PARTNER nezohlednil a postupem podle čl. 24 odst. 2 bodu 4 zákona o veřejných zakázkách (Ustawa PZP)[6] ji u všech částí zakázky z řízení vyloučil s tím, že neprokázala splnění podmínek pro účast v řízení. Veřejný zadavatel se domníval, že s ohledem na specifickou povahu prací, nezbytné znalosti místopisu města, časové požadavky na dosažení určité úrovně obsluhy ulic v zimním období atd., by nebylo možné, aby řádné plnění povinností, jež vyplývají z uskutečněného řízení, bylo zajištěno bez osobní účasti společnosti PUM na plnění povinností vyplývajících z veřejné zakázky. Poté veřejný zadavatel uskutečnil elektronickou dražbu, přičemž společnost PARTNER nebyla vyzvána k účasti.

18. Společnost PARTNER ve svém odvolání podaném ke Krajowa Izba Odwoławcza uvedla, že veřejný zadavatel nesprávně posoudil a vyhodnotil nabídky. Tvrdila, že veřejný zadavatel v zadávací dokumentaci neuvedl, že podmínku týkající se odpovídajících znalostí a zkušeností lze splnit pouze v případě, že se subjekt, který tyto znalosti a zkušenosti společnosti PARTNER poskytuje, osobně podílí na plnění zakázky, či že tyto zkušenosti musejí zahrnovat konkrétní místopisné znalosti.

19. Krajowa Izba Odwoławcza podala na základě článku 267 SFEU Soudnímu dvoru žádost o rozhodnutí o následujících předběžných otázkách.

„1. Lze čl. 48 odst. 3 směrnice 2004/18 […] ve spojení s článkem 2 této směrnice vykládat tak, že stanoví-li, že hospodářský subjekt může, ‚je-li to nezbytné', využít schopnosti jiných subjektů, je tím míněn jakýkoliv případ, kdy určitý hospodářský subjekt nemá dovednosti požadované veřejným zadavatelem a chce využít schopnosti jiných subjektů? Anebo má být formulace, že hospodářský subjekt může využít prostředky jiných subjektů pouze ‚je-li to nezbytné' chápána jako omezující tak, že takové využití je při prokazování dovedností hospodářských subjektů v rámci zadávacích řízení na veřejné zakázky přípustné jen výjimečně, a nikoli jako pravidlo?

2. Lze čl. 48 odst. 3 směrnice 2004/18 ve spojení s článkem 2 této směrnice vykládat v tom smyslu, že využitím schopnosti, pokud jde o znalosti a zkušenosti, jiných subjektů, k němuž ze strany hospodářského subjektu dochází ‚bez ohledu na právní povahu vztahů mezi ním a těmito subjekty', a ‚disponováním prostředky' těchto subjektů, se rozumí, že při plnění zakázky nemusí mít hospodářský subjekt na tyto subjekty žádnou vazbu či může mít vazbu jen velmi volnou a neurčitou, tzn., že tuto zakázku může plnit samostatně (bez účasti jiného subjektu) nebo že tato účast může spočívat v ‚poradenství', ‚konzultaci', ‚školení', atp.? Nebo má být čl. 48 odst. 3 vykládán v tom smyslu, že subjekt, jehož schopnosti hospodářský subjekt využívá, se má na plnění zakázky skutečně a osobně podílet v rozsahu svých uvedených schopností?

3. Lze čl. 48 odst. 3 směrnice 2004/18 ve spojení s článkem 2 této směrnice vykládat v tom smyslu, že hospodářský subjekt, který má vlastní zkušenosti, jež však mají menší rozsah, než jaký by chtěl vůči zadavateli uvést (například nedostatečné zkušenosti mu neumožňují podat nabídku pro celou zakázku), může navíc využít i schopnosti jiných subjektů tak, aby zlepšil svou pozici v rámci řízení?

4. Lze čl. 48 odst. 3 směrnice 2004/18 ve spojení s článkem 2 této směrnice vykládat v tom smyslu, že veřejný zadavatel v oznámení o zakázce nebo v zadávací dokumentaci může (nebo dokonce musí) stanovit pravidla, podle kterých je hospodářský subjekt oprávněn využívat schopností jiných

6 — Ustawa Prawo zamówień publicznych (zákon o veřejných zakázkách) (konsolidované znění, *Dziennik Ustaw* z roku 2013, hlava 907). Článek 24 odst. 2 bod 4 stanoví: „[Z] řízení jsou vyloučeny také následující hospodářské subjekty, které: […] neprokázaly splnění podmínek pro účast v tomto řízení […]".

subjektů, například, jakým způsobem se hospodářské subjekty musí podílet na plnění zakázky, jakým způsobem mohou být spojeny schopnosti hospodářského subjektu se schopnostmi jiného subjektu, zda tento jiný subjekt ponese spolu s hospodářským subjektem společnou a nerozdílnou odpovědnost za řádné plnění zakázky v rozsahu, ve kterém hospodářský subjekt využívá schopnosti tohoto jiného subjektu?

5. Připouští zásady rovného zacházení s hospodářskými subjekty a zákazu diskriminace, které stanoví článek 2 směrnice 2004/18, aby hospodářský subjekt využíval schopnosti jiného subjektu podle čl. 48 odst. 3 v případě, že došlo ke spojení schopností dvou nebo více subjektů, které nemají schopnosti vyžadované veřejným zadavatelem, pokud jde o jejich znalosti a zkušenosti?

6. Připouští tedy zásady rovného zacházení s hospodářskými subjekty a zákazu diskriminace, které stanoví článek 2 směrnice 2004/18, aby článek 44 a čl. 48 odst. 3 směrnice 2004/18 byly vykládány v tom smyslu, že podmínky účasti v řízení stanovené veřejným zadavatelem mohou být pro účely účasti na tomto řízení splněny pouze formálně a bez ohledu na skutečné dovednosti hospodářského subjektu?

7. Připouští zásady rovného zacházení s hospodářskými subjekty a zákazu diskriminace, které stanoví článek 2 směrnice 2004/18, aby v případech, kdy je povoleno podávat nabídky pro části zakázky, hospodářský subjekt po podání nabídek uvedl – například v rámci doplnění nebo vysvětlení dokladů – k jaké části zakázky mají být přiřazeny prostředky, které označil za účelem prokázání splnění podmínek pro účast v řízení?

8. Připouští zásady rovného zacházení s hospodářskými subjekty, zákazu diskriminace a transparentnosti, které stanoví článek 2 směrnice 2004/18, aby byla již uskutečněná dražba prohlášena za neplatnou a byla opakována elektronická dražba v případech, kdy dražba nebyla v podstatném ohledu řádně provedena, například pokud k účasti nebyly vyzvány všechny hospodářské subjekty, které podaly přijatelné nabídky?

9. Připouští zásady rovného zacházení s hospodářskými subjekty, zákazu diskriminace a transparentnosti, které stanoví článek 2 směrnice 2004/18, aby v případech, kdy nelze určit, zda by účast hospodářského subjektu, jehož nabídka nebyla zohledněna, výsledek dražby změnila, byla zakázka zadána hospodářskému subjektu, jehož nabídka byla v takovéto dražbě vybrána, aniž by došlo k opakování dražby?

10. Může jako vodítko při výkladu ustanovení směrnice 2004/18 sloužit obsah ustanovení a bodů odůvodnění směrnice 2014/24 […], třebaže dosud neuplynula lhůta k jejímu provedení, pokud osvětluje některá východiska a záměry unijního zákonodárce a není v rozporu se směrnicí 2004/18?“

20. Písemná vyjádření předložili společnosti PARTNER, Remondis sp.z o.o. a MR Road Service sp. Z o.o., jako vedlejší účastníci původního řízení, a španělská, lotyšská a polská vláda, jakož i Komise. Všichni, kromě lotyšské vlády, se zúčastnili jednání, které proběhlo dne 7. května 2015. Téhož jednání se zúčastnil rovněž veřejný zadavatel, ačkoliv nepředložil písemné vyjádření.

IV – **Analýza**

A – *Otázky týkající se využití technické a odborné způsobilosti jiného hospodářského subjektu (otázky 1, 2, 3, 5 a 6)*

21. Vnitrostátní předkládající soud prostřednictvím těchto otázek, o nichž pojednám společně, v podstatě žádá o pokyny týkající se podmínek, za kterých uchazeč může v nabídce na určitou zakázku využít schopností jiných subjektů, pokud jde o technickou a odbornou způsobilost. Tuto možnost stanoví čl. 48 odst. 3 směrnice 2004/18. Tyto otázky podle mého názoru v podstatě zahrnují tři problémy. Jsou jimi 1) oprávnění uchazeče využívat externích kapacit při plnění podmínek zakázky týkajících se technické a odborné způsobilosti, 2) reálnost využití schopností třetí osoby a 3) zda jsou tyto schopnosti převoditelné v tom smyslu, že jich lze využít s ohledem na povahu a účel dotčené zakázky. Je samozřejmé, že při hledání odpovědí na všechny tyto otázky se uplatní článek 2, který zakotvuje obecné zásady zákazu diskriminace a transparentnosti.

22. Na úvod je vhodné zdůraznit rozdíl mezi využitím schopností jiných subjektů podle čl. 48 odst. 3 směrnice 2004/18 a subdodávkami upravenými v článku 25 této směrnice. Tyto právní úpravy se liší ve dvou ohledech, jak ve svém písemném vyjádření uvedlo Španělsko. Zaprvé pokud jde o využití schopností třetí osoby, jsou tyto schopnosti spojeny se schopnostmi uchazeče již před zadáním zakázky, zatímco smlouva o subdodávkách se uzavírá s ohledem na plnění zakázky. Zadruhé subdodávky jsou předmětem omezení, jež se nevztahují na využití schopností třetích osob[7].

1. Právo hospodářského subjektu využívat externí kapacity

23. Výraz „je-li to nezbytné“ uvedený v čl. 48 odst. 3 směrnice 2004/18 nijak podstatně nevymezuje okolnosti, za kterých hospodářský subjekt může při podání nabídky na veřejnou zakázku využívat prostředky třetí osoby.

24. Ve svém stanovisku SWM Costruzioni 2 a Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:130) jsem uvedl, že znění čl. 48 odst. 3 směrnice 2004/18 nasvědčuje tomu, že hospodářské subjekty mají právo zvolit tento způsob splnění kritérií pro výběr, mohou-li prokázat, že skutečně mají k dispozici prostředky ostatních dotčených subjektů, které jsou nezbytné k provedení dotyčné zakázky[8]. Tento výklad je v maximálním souladu s cílem otevřít veřejné zakázky co nejširší možné hospodářské soutěži a podporovat malé a střední podniky v přístupu k nim.

25. Soudní dvůr v rozsudku Holst Italia (C-176/98, EU:C:1999:593) konstatoval, že povaha právních vztahů mezi hospodářským subjektem a třetím subjektem nebo subjekty, jichž zamýšlí využívat, je irelevantní[9], což bylo později potvrzeno v čl. 48 odst. 3 směrnice 2004/18.

26. Proto ve světle judikatury Soudního dvora nelze v zásadě nic namítat proti tomu, aby uchazeč, s cílem zlepšit svou pozici v zadávacím řízení, využíval i schopnosti jiných subjektů. To nicméně podléhá určitým omezením, která rozvedu níže. Důležité je, jak ve svém písemném vyjádření uvedla Komise, že uchazeč *má skutečně k dispozici* schopnosti jiných subjektů tak, aby řádně plnil zakázku. Tato „dispozice“ nemusí mít zvláštní právní formu.

7 — Článek 25 směrnice 2004/18 stanoví, že v zadávací dokumentaci veřejný 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. Dále se v tomto ustanovení uvádí, že tímto není dotčena odpovědnost hlavního hospodářského subjektu.

8 — Tamtéž, bod 24. Viz také zejména rozsudek Siemens a ARGE Telekom (C-314/01, EU:C:2004:159, bod 46), a rozsudky Ballast Nedam Groep (C-389/92, EU:C:1994:133), a Ballast Nedam Groep (C-5/97, EU:C:1997:636).

9 — Stanovisko generálního advokáta N. Jääskinena SWM Costruzioni a Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:130, bod 22). Toto stanovisko vychází ze závěru Soudního dvora v rozsudku Ballast Nedam Groep (C-5/97, EU:C:1997:636), a v rozsudku Ballast Nedam Groep (C-389/92, EU:C:1994:133), ve kterých se sporné právní vztahy týkaly společností téže skupiny. Viz body 20 až 22 stanoviska.

2. Opravdovost schopností třetí osoby, jichž uchazeč využívá

27. Bez ohledu na to, co bylo řečeno v předchozích odstavcích, uchazeč, který využívá schopností jiných subjektů, nese důkazní břemeno, takže musí veřejnému zadavateli prokázat, že těmito schopnostmi skutečně disponuje [10]. Z tohoto pohledu je nejvhodnější vycházet z toho, že čl. 48 odst. 3 směrnice 2004/18 jednak ukládá důkazní povinnost a že posouzení tohoto důkazu ponechává na veřejném zadavateli. Podle čl. 44 odst. 1 směrnice 2004/18 je věcí veřejných zadavatelů, aby ověřili vhodnost zájemců nebo uchazečů v souladu s kritérii uvedenými v článcích 47 až 52 směrnice 2004/18 [11]. Jinak řečeno, jak na jednání zdůraznili veřejný zadavatel a Polsko, veřejný zadavatel má povinnost zajistit, že úspěšný uchazeč je skutečně schopen řádně plnit zakázku.

28. Cílem ustanovení směrnice 2004/18, jež se týkají účasti třetích osob na plnění veřejných zakázek, je předejít situaci, ve které by měl podnik právo na přístup k zadání veřejné zakázky, i když nedisponuje prostředky nezbytnými k plnění zakázky. Z uvedeného důvodu čl. 48 odst. 3 směrnice 2004/18 veřejnému zadavateli prostřednictvím povinností, jimiž je vázán, brání, aby zaujal čistě formální přístup k důkazům předloženým uchazečem. Jinými slovy, není přípustné, aby uchazeči využívali schopností třetích osob, pokud tak činí pouze za účelem formálního splnění podmínky minimální způsobilosti stanovené v oznámení o zakázce.

3. Převoditelnost technické nebo odborné způsobilosti

29. Soudní dvůr v rozsudku Swm Costruzioni 2 a Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646) poskytl výklad čl. 47 odst. 2 a čl. 48 odst. 3 směrnice 2004/18 ve spojení s čl. 44 odst. 2 směrnice 2004/18 v tom smyslu, že brání obecnému ustanovení, které zakazuje hospodářským subjektům účastnícím se zadávacího řízení na veřejnou zakázku na stavební práce, aby pro stejnou kategorii kvalifikace využily schopností několika podniků. Soudní dvůr však dodal, že „nelze vyloučit, že existují stavební práce, které se vyznačují zvláštnostmi vyžadujícími určitou schopnost, kterou nelze získat shromážděním schopností několika subjektů“ a že „v takovém případě je veřejný zadavatel oprávněn požadovat, aby bylo minimální úrovně dotčené schopnosti dosaženo jediným hospodářským subjektem“ [12].

30. S ohledem na výše uvedené spočívá sporná otázka v tom, zda jsou schopnosti týkající se technické a odborné způsobilosti, jež jsou uvedené v oznámení o zadání zakázky, převoditelné. V opačném případě by se společnost PARTNER nemohla kvalifikovat jako uchazeč.

31. Převoditelnost technických schopností zahrnuje otázku, zda lze smysluplně převést technologii nebo know-how z jednoho hospodářského subjektu na jiný, například prostřednictvím konzultací a poradenství. Písemná vyjádření obsahují rovněž poznámky, které směřují spíše k otázce, zda takové schopnosti různých subjektů mohou být spojovány obecně, což je podle mého názoru přístup unijního zákonodárce v článku 48 směrnice 2004/14. Nicméně v původním řízení se skutečný spor týká otázky, zda byla technická způsobilost společnosti PUM převoditelná na společnost PARTNER, aniž by se prvně uvedený hospodářský subjekt sám přímo účastnil na plnění zakázky. Spor se netýká pouhého připojení podobných schopností k těm, jimiž společnost PARTNER již disponuje.

32. Velmi záleží na skutkových okolnostech a povaze a předmětu zakázky. Existují schopnosti, jež jsou převoditelné. Představme si zadání zakázky poskytovatelem veřejné zdravotní služby na screening formy rakoviny pomocí standardní technologie, jež má být poskytován určité skupině lidí. Představme si i to, že podmínky zadání zakázky stanoví, že v nejednoznačných případech musí být nález potvrzen

10 — Viz mé stanovisko Swm Costruzioni 2 a Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:130, bod 23).

11 — Rozsudek Swm Costruzioni 2 a Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, bod 26). Obdobně viz rozsudek Holst Italia (C-176/98, EU:C:1999:593, bod 28).

12 — Rozsudek Swm Costruzioni 2 a Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, bod 35).

specialistou, který má určitou a vyšší odbornou kvalifikaci. V takových případech by neexistoval důvod bránící tomu, aby uchazeč mohl využít třetí osoby, která má poskytnout potřebné konzultace. Nicméně pokud by se zakázka týkala screeningu prováděného prostřednictvím nové a nestandardní metodologie, mohl by veřejný zadavatel rozumně požadovat, aby uchazeč sám disponoval odpovídajícími schopnostmi. Tato otázka se týká skutkových okolností zadávání zakázky.

33. Jak jsem již uvedl, je proto třeba přihlédnout k povaze každé zakázky a k požadavku, jež má být splněn. K posouzení takové otázky je příslušný vnitrostátní soud.

34. Otázku, zda veřejný zadavatel může požadovat účast třetího subjektu na plnění zakázky jako jediný způsob, kterým dotyčný uchazeč může prokázat, že disponuje odpovídajícími schopnostmi, je třeba rovněž posuzovat v každém případě individuálně. Záleží na povaze a účelu zakázky. Je možné si představit situace, kdy dotyčná zakázka dosahuje takového stupně technické obtížnosti, že je nezbytné, aby ji plnila třetí osoba disponující potřebnými odbornými znalostmi, byly-li její schopnosti využity, namísto toho, aby dotyčnou zakázku plnil uchazeč sám a tato třetí osoba mu přitom poskytovala poradenství a konzultace.

4. Prozatímní závěr

35. Na základě výše uvedených úvah lze na otázky 1, 2, 3, 5 a 6 odpovědět takto: Článek 44 a čl. 48 odst. 3 směrnice 2004/18 ve spojení s článkem 2 této směrnice je třeba vykládat v tom smyslu, že výraz „je-li to nezbytné“ nijak podstatně nevymezuje okolnosti, za kterých hospodářský subjekt může využívat schopností ostatních subjektů, aby veřejnému zadavateli prokázal, že bude mít technickou nebo odbornou způsobilost nezbytnou k plnění dané veřejné zakázky. Povaha právních vztahů mezi veřejným zadavatelem a třetím subjektem je irelevantní, hospodářský subjekt však musí být schopen veřejnému zadavateli prokázat, že skutečně disponuje veškerými prostředky potřebnými k plnění podmínek zakázky. S výhradou omezení vyplývajících z povahy a účelu zakázky, jež má být plněna, je uchazeč oprávněn využívat schopností ostatních subjektů při prokazování své technické a odborné způsobilosti.

B – *Oznámení o zakázce, zadávací dokumentace a společná a nerozdílná odpovědnost (otázka 4)*

36. Podstatou čtvrté otázky je, zda veřejný zadavatel v oznámení o zakázce nebo v zadávací dokumentaci může (nebo dokonce musí) stanovit pravidla, podle kterých uchazeči jsou či nejsou oprávněni využívat schopností jiných subjektů. Konkrétně může veřejný zadavatel stanovit, jakým způsobem se účastník musí podílet na plnění zakázky, jakým způsobem mohou být spojeny schopnosti dotyčného uchazeče se schopnostmi jiných subjektů a zda tento jiný subjekt ponese spolu s uchazečem společnou a nerozdílnou odpovědnost za řádné plnění zakázky v rozsahu, ve kterém uchazeč využívá jeho schopnosti?

37. Španělsko ve svém písemném vyjádření uvádí, že v oznámení o zakázce nebo v zadávací dokumentaci by měla být stanovena pravidla, podle kterých může uchazeč využít schopnosti jiných subjektů, za předpokladu, že jsou tyto požadavky přiměřené a mají přímou souvislost s předmětem dotčené zakázky. Polsko ve svém písemném vyjádření rovněž argumentuje v tomto smyslu.

38. Podle mého názoru je správný přístup, který zastává Komise. Ta ve svém písemném vyjádření uvádí, že uchazeči jsou oprávněni využívat schopnosti třetích subjektů a veřejní zadavatelé tudíž nesmí stanovit výslovné podmínky, které mohou tomuto právu bránit. Uchazeč je oprávněn určit, jak bude k těmto schopnostem přistupovat. Komise správně dodává, že z praktického hlediska je téměř

nemožné, aby veřejný zadavatel předem stanovil podrobnosti týkající se způsobů, jakými lze využívat schopností jiných subjektů, neboť nemůže předvídat všechny možné scénáře takového využití. To samozřejmě platí s výhradou neexistence kritérií stanovených ve výše uvedeném rozsudku SWM 2 Costruzioni týkajícím se situací, kdy je takové využití vyloučeno.

39. Při řešení této otázky se uplatní obecné zásady vytvořené Soudním dvorem, které se týkají oznámení o zakázce, zadávací dokumentace a *zásady transparentnosti*. Připomínám, že cílem povinnosti transparentnosti je zaručit vyloučení existence rizika svévole ze strany veřejného zadavatele [13] a že zásada rovného zacházení a povinnost transparentnosti veřejnému zadavateli zakazují, aby odmítl nabídku, která splňuje požadavky uvedené v oznámení o zadávacím řízení, na základě důvodů, které uvedené oznámení nestanoví [14]. Dále, že čl. 23 odst. 2 směrnice 2004/18 stanoví, že technické specifikace „musí uchazečům vytvořit podmínky pro rovný přístup a nesmějí vést k vytváření neodůvodněných překážek pro otevření zadávání veřejných zakázek hospodářské soutěži“, zatímco podle čl. 23 odst. 3 písm. c) mohou technické požadavky zahrnovat požadavky na výkon.

40. Nastanou-li zvláštní okolnosti uvedené v rozsudku SWM Costruzioni 2 a Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, bod 35) a veřejný zadavatel *jako podmínku zadávacího řízení* stanoví, že danou minimální způsobilost má splňovat jediný hospodářský subjekt, musí dle mého názoru tuto skutečnost předem uvést buď v oznámení o zakázce nebo v zadávací dokumentaci. Za takových okolností, je možnost využít schopnosti třetí osoby podle čl. 48 odst. 3 směrnice 2004/18 vyloučena. To se zdá být jediný způsob, jak dosáhnout souladu s povinností transparentnosti při posuzování vhodnosti zájemců, neboť jinak by potenciální uchazeči nebyli informováni o všech povinných a bezpodmínečných požadavcích týkajících se minimální způsobilosti [15].

41. Tato otázka se ovšem liší od posouzení toho, zda uchazeč, který využívá schopnosti třetí osoby, *skutečně* splňuje požadavky na technickou a/nebo odbornou způsobilost stanovené v oznámení o zakázce. To lze ověřit pouze na základě srovnání nabídek z hlediska požadavků na vhodnost uvedených v oznámení o zakázce a v zadávací dokumentaci, a to v souladu s kritérii popsanými výše v souvislosti s otázkami 1, 2, 3, 5 a 6.

42. Konečně, pokud jde o společnou a nerozdílnou odpovědnost, Komise se ve svém písemném vyjádření odvolává na třetí pododstavec čl. 63 odst. 1 směrnice 2014/24 s cílem podpořit argumentaci ve prospěch takové odpovědnosti. Společnost PARTNER a Španělsko naproti tomu tvrdí, že nelze uložit společnou a nerozdílnou odpovědnost, neboť za plnění zakázek odpovídá pouze uchazeč, který se účastnil zadávacího řízení, nikoliv třetí subjekt, jehož schopností uchazeč využívá.

43. Z důvodů, které uvedu v odpovědi na desátou otázku, nelze při uplatňování směrnice 2004/18 odvodit žádná nepodmíněná pravidla ze směrnice 2014/24, jestliže buď ve směrnici 2004/18 chybí nebo tato směrnice stanoví pravidla nebo požadavky, jež jsou podrobnější než odpovídající ustanovení směrnice 2004/18. Z tohoto důvodu by před uplynutím lhůty pro provedení směrnice 2014/24 mělo být zavedení společné a nerozdílné odpovědnosti vyloučeno.

13 — Rozsudek SC Enterprise Focused Solutions (C-278/14, EU:C:2015:228, bod 26 a citovaná judikatura).

14 — Tamtéž, bod 28.

15 — Obdobně viz judikatura týkající se kritérií pro zadání zakázky, například rozsudek Komise v. Francie (C-299/08, EU:C:2009:769, bod 41), ve kterém Soudní dvůr konstatoval, že „jak zásada rovného zacházení, tak zásada transparentnosti, která z ní vyplývá, vyžaduje, aby předmět každé zakázky, jakož i *kritéria pro její zadání*, byly jasně vymezeny“ (kurziva provedena autorem stanoviska). Viz rovněž rozsudek ATI EAC e Viaggi di Maio a další (C-331/04, EU:C:2005:718), který v bodě 32 stanoví omezení při přidělování specifické váhy podkritériím kritéria pro zadání, a rozsudek Universale-Bau a další (C-470/99, EU:C:2002:746, bod 100), ve kterém byl veřejný zadavatel povinen v oznámení o zakázce či v zadávací dokumentaci uvést pravidla, podle kterých je přidělována váha kritériím výběru zájemců, kteří jsou vyzváni k podávání nabídek.

44. Z těchto důvodů by Soudní dvůr měl na čtvrtou otázku odpovědět tak, že čl. 48 odst. 3 směrnice 2004/18 ve spojení s článkem 2 této směrnice musí být vykládán v tom smyslu, že veřejný zadavatel je povinen v oznámení o zakázce nebo v zadávací dokumentaci uvést každou podmínku vedoucí k vyloučení použití čl. 48 odst. 3 směrnice 2004/18 při prokazování splnění požadavků týkajících se minimální způsobilosti. Veřejný zadavatel jinak v oznámení o zakázce nebo v zadávací dokumentaci nesmí uvádět výslovné podmínky nebo pravidla stanovící, zda uchazeči mohou využívat schopností jiných subjektů a způsob, jakým tak mohou činit.

C – *Objasnění nabídky (otázka 7)*

45. V sedmé otázce se předkládající soud v podstatě táže na to, v jakém rozsahu může po předložení nabídek probíhat komunikace mezi veřejným zadavatelem a uchazečem, například v rámci doplnění nebo vysvětlení dokladů, v případech, kdy je povoleno podávat nabídky pro části zakázky. V této souvislosti připomínám, že podle článku 51 směrnice 2004/18 veřejní zadavatelé mohou vyzvat hospodářské subjekty, aby doplnily nebo objasnily osvědčení a doklady předložené podle článků 45 až 50.

46. Domnívám se, že na tuto otázku může Soudní dvůr poskytnout stručnou odpověď. Soudní dvůr již vyloučil jakékoliv jednání mezi veřejným zadavatelem a některým z uchazečů. Veřejní zadavatelé nesmějí žádat o objasnění nabídek, o nichž se domnívají, že jsou nepřesné nebo neodpovídají technickým specifikacím zadávací dokumentace, před tím, než tyto nabídky odmítnou [16].

47. Jakmile je nabídka podána, nelze ji měnit, a to ani z podnětu uchazeče nebo veřejného zadavatele [17]. Ve výjimečných případech může veřejný zadavatel požádat o doplnění údajů, jako je pouhé objasnění nebo odstranění zjevných chyb v psaní, aniž však může vyzvat zájemce ke změně nabídky nebo takovou změnu přijmout [18].

48. Domnívám se, že poskytnutí informací týkajících se pořadí částí, na něž se vztahuje nabídka, po podání nabídek, nepředstavuje pouhé upřesnění, ale podstatnou změnu nabídky. Jejich přijetí by vedlo k porušení zásad spravedlivé hospodářské soutěže. Tato situace nespadá do skupiny výjimečných okolností, za nichž je objasnění nabídek přípustné.

49. Dle mého názoru je tudíž na sedmou otázku třeba odpovědět v tom smyslu, že zásady rovného zacházení s hospodářskými subjekty a zákazu diskriminace, které stanoví článek 2 směrnice 2004/18, nepřipouštějí, aby v případech, kdy je povoleno podávat nabídky pro části zakázky, hospodářský subjekt po podání nabídek uvedl, k jaké části zakázky mají být přiřazeny prostředky, které označil za účelem prokázání splnění podmínek pro účast v řízení.

D – *Nesrovnalosti v elektronické dražbě (otázky 8 a 9)*

50. Osmá a devátá otázka se týkají důsledků, jež nastanou, pokud jde o zadání zakázky, v případě, že všem vhodným uchazečům nebyla umožněna účast na elektronické dražbě.

16 — Rozsudek SAG ELV Slovensko a další (C-599/10, EU:C:2012:191, body 36 a 37). Připomínám, že směrnice 2004/18 obsahuje ustanovení upravující soutěžní dialog v případě zvláště složitých zakázek (článek 29) a vyjednávací řízení (článek 30). Tato ustanovení však nejsou v projednávané věci relevantní.

17 — Viz rozsudek Manova (C-336/12, EU:C:2013:647), ve kterém Soudní dvůr v bodě 31 konstatoval, že „zásada rovného zacházení a povinnost transparentnosti brání jakémukoli jednání mezi veřejným zadavatelem a zájemcem v rámci řízení o zadání veřejné zakázky, z čehož vyplývá, že nabídka nemůže být po jejím předložení v zásadě změněna ani z podnětu veřejného zadavatele, ani z podnětu zájemce. Z toho vyplývá, že veřejný zadavatel nemůže požadovat objasnění od zájemce, o jehož nabídce se domnívá, že je nepřesná nebo neodpovídá technickým specifikacím zadávací dokumentace“.

18 — Rozsudek SAG ELV Slovensko a další (C-599/10, EU:C:2012:191, body 40 a 41). Viz také rozsudek Manova (C-336/12, EU:C:2013:647, bod 32).

51. Úvodem chci připomenout, že podle druhého pododstavce čl. 54 odst. 4 směrnice 2004/18 „[v]šichni uchazeči, kteří podali přijatelné nabídky, jsou elektronickými prostředky současně vyzváni, aby podali nové ceny nebo hodnoty“. Článek 54 odst. 8 směrnice 2004/18 zakazuje používání elektronické dražby takovým způsobem, který by *inter alia* bránil hospodářské soutěži nebo ji narušoval. Dále bych chtěl upozornit na to, že otázka položená vnitrostátním soudem se netýká opravných prostředků, jimiž disponují hospodářské subjekty v souvislosti s nesrovnalostmi v elektronické dražbě [19], ale povinností, jež v takovém případě pro veřejného zadavatele vyplývají ze směrnice 2004/18.

52. Domnívám se, že z požadavku na rovné zacházení a ze zákazu diskriminace, které stanoví článek 2 směrnice 2004/18, vyplývá, že v případě, kdy vhodný uchazeč, který splnil kritéria stanovená v oznámení o zakázce a v technické specifikaci, měl být vyzván k účasti na elektronické dražbě podle čl. 54 odst. 4 směrnice 2004/18, avšak vyzván nebyl, musí být elektronická dražba opakována. Není rozhodující, zda by jeho účast výsledek dražby změnila či nezměnila [20]. To znamená, že zakázka nesmí být zadána na základě elektronických dražeb, jež byly provedeny v rozporu s pravidly či obsahují nesrovnalosti.

53. S ohledem na výše uvedené navrhuji odpovědět na osmou a devátou otázku v tom smyslu, že článek 2 směrnice 2004/18 stanoví povinnost, aby elektronická dražba byla prohlášena za neplatnou a byla opakována v případech, kdy zájemce splňující kritéria účasti na zadávacím řízení nebyl vyzván k účasti na elektronické dražbě.

E – *Je možné při výkladu směrnice 2004/18 přihlédnout ke směrnici 2014/24? (otázka 10)*

54. Prostřednictvím desáté otázky se předkládající vnitrostátní soud táže, zda při výkladu ustanovení směrnice 2004/18 může jako vodítko sloužit obsah ustanovení a bodů odůvodnění směrnice 2014/24, třebaže dosud neuplynula lhůta k jejímu provedení, pokud osvětluje některá východiska a záměry unijního zákonodárce a není v rozporu se směrnicí 2004/18.

55. Tato otázka souvisí s tím, že čl. 63 odst. 1 směrnice 2014/24 je nadepsán „Využití kapacity jiných subjektů“ a v něm obsažená pravidla použitelná na danou situaci jsou podrobnější než pravidla obsažená ve směrnici 2004/18. Článek 63 odst. 1 směrnice 2014/24, stejně jako čl. 48 odst. 3 směrnice 2004/18, stanoví, že „právní povaha“ vztahů mezi subjekty není podstatná. Nicméně čl. 63 odst. 1 směrnice 2014/24 doplňuje, že je-li dotyčný hospodářský subjekt závislý na „vzdělání a odborné kvalifikaci“ nebo „profesních zkušenostech“, může využít kapacity jiných subjektů pouze tehdy, budou-li uvedené subjekty vykonávat stavební práce nebo služby, pro něž se tyto kapacity vyžadují. Článek 63 odst. 2 směrnice 2014/24 kromě toho uvádí, že veřejní zadavatelé mohou požadovat, aby určité stěžejní úkoly byly vykonávány přímo uchazečem samotným.

56. Úvodem podotýkám, že problém, se kterým je konfrontován vnitrostátní soud, se týká vzájemného působení *mezi dvěma unijními legislativními akty*. Judikatura týkající se povinností členských států v době běhu lhůty k provedení směrnice [21] při výkladu vnitrostátního práva v tomto období [22] tudíž není relevantní.

19 — Ty jsou stanoveny ve směrnici 89/665/EHS ze dne 21. prosince 1989 o koordinaci právních a správních předpisů týkajících se přezkumného řízení při zadávání veřejných zakázek na dodávky a stavební práce (Úř. věst. 1989 L 395, s. 33; Zvl. vyd 06/01, s. 246) ve znění směrnice Evropského parlamentu a Rady 2007/66/ES, kterou se mění směrnice Rady 89/665/EHS a 92/13/EHS, pokud jde o zvýšení účinnosti přezkumného řízení při zadávání veřejných zakázek (Úř. věst. 2007 L 335, s. 31).

20 — Společnost PARTNER na jednání uvedla, že k účasti na elektronické dražbě na zadání dotčené zakázky nebyla vyzvána.

21 — Viz např. z poslední doby stanovisko generální advokátky E. Sharspston bpost (C 340/13, EU:C:2014:2302, bod 29), ve kterém je citován rozsudek Inter-Environnement Wallonie (C 129/96, EU:C:1997:628, bod 45); rozsudek ATRAL (C 14/02, EU:C:2003:265, bod 58), a rozsudek Nomarchiaki Aftodioikisi Aitoloakarnanias a další (C 43/10, EU:C:2012:560, bod 57).

22 — Tamtéž, citace rozsudku Adeneler a další (C-212/04, EU:C:2006:443, body 122 a 123).

57. Rovněž připomínám, že Soudní dvůr nedávno rozhodl, že v případě, kdy směrnice 2014/24/EU vstoupila v platnost po době rozhodné z hlediska skutečností v původním řízení, se na projednávanou věc nepoužije [23]. To je v souladu s jeho dřívějšími závěry týkajícími se přechodného období mezi směrnicí 93/37/EHS ze dne 14. června 1993 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce [24] a směrnicí 2004/18. V případě, ve kterém byla nabídka vyloučena ze zadávacího řízení před tím, než uplynula lhůta pro provedení směrnice 2004/18, Soudní dvůr konstatoval, že „určení práva použitelného ve věci v původním řízení podle okamžiku udělení zakázky by bylo v rozporu se zásadou právní jistoty“ [25]. Rozhodl tudíž, že „směrnice 2004/18 není použitelná na rozhodnutí přijaté zadavatelem při zadávání veřejné zakázky na stavební práce před uplynutím lhůty pro provedení této směrnice“ [26]. Vnitrostátní soud však v tomto případě nežádá o podrobnosti týkající se vztahu mezi konkrétními ustanoveními starších a nových směrnic, ale žádá pouze o obecné pokyny.

58. Soudní dvůr minimálně při jedné příležitosti učinil odkaz na body odůvodnění a ustanovení směrnice 2014/24 při výkladu směrnice 2004/18. Neuvedl však důvody [27].

59. Podle mého názoru je třeba, aby při objasňování vztahu mezi dvěma navazujícími unijními legislativními akty, pokud jde o výklad, byl dostatečně zohledněn legislativní záměr. Formulace desáté otázky však není v tomto směru nápomocná, neboť není jasné, zda se odkaz na „některé předpoklady a záměry unijního zákonodárce“ vztahuje ke směrnici 2014/24 nebo ke směrnici 2004/18.

60. Z mého pohledu je zřejmé, že směrnice 2014/24 nemůže vysvětlovat legislativní záměr směrnice 2004/18. Z bodů odůvodnění a ustanovení směrnice 2014/24 však může vyplývat, že legislativním záměrem, pokud jde o některá její ustanovení, bylo kodifikovat stávající judikaturu, ve které byla směrnice 2004/18 uplatněna. Za takových okolností nic nebrání tomu, aby při výkladu dřívější směrnice bylo přihlédnuto k později přijaté směrnici. Naopak, v případě, že je legislativním záměrem přijmout úpravu odchylnou od ustanovení směrnice 2004/18 nebo stávající judikatury, nemůže nová směrnice sloužit jako vodítko při výkladu předchozí směrnice.

61. Na druhou stranu vnitrostátní předkládající soud uvádí výhradu. Z desáté otázky vyplývá, že zohlednění směrnice 2014/24/EU je vyloučeno, jestliže je v „rozporu se směrnicí 2004/18“. Vyplývá to samozřejmě ze zásady právní jistoty, která vylučuje zpětnou účinnost nástroje, který není použitelný z *hlediska časové působnosti* [28].

62. Tato otázka se v podstatě týká ustanovení směrnice 2014/24, jež doplňují směrnici 2004/18 či judikaturu, jestliže jsou uplatňována v případech, kdy neexistuje logický rozpor mezi těmito akty a směrnice 2004/18 danou záležitost neupravuje vůbec či ji neupravuje podrobně.

23 — Rozsudek Ambisig (C-601/13, EU:C:2015:204, bod 24).

24 — Úř. věst. 1993 L 199, s. 54; Zvl. vyd. 06/02, s. 163

25 — Rozsudek Hochtief a Linde-Kca-Dresden (C-138/08, EU:C:2009:627, bod 29).

26 — Tamtéž, bod 30. Dodávám, že tento přístup je konsistentní s přístupem, jenž Soudní dvůr zaujal v rozsudku Monsees (C-350/97, EU:C:1999:242, bod 27), a v rozsudku Komise v. Francie (C-337/98, EU:C:2000:543, body 38 a 39).

27 — Rozsudek Generali-Providencia Biztosító (C-470/13, EU:C:2014:2469, bod 37). Generální advokátka J. Kokott ve svém stanovisku Auroux a další (C-220/05, EU:C:2006:410, bod 50), rovněž odkazovala na ustanovení směrnice 2004/18, aby potvrdila výklad směrnice 93/37, ačkoliv směrnice 2004/18 ještě nebyla z hlediska časové působnosti relevantní. Soudní dvůr však v bodě 61 svého rozsudku Auroux a další (C-220/05, EU:C:2007:31), uvedl, že dotčené ustanovení směrnice 2004/18 „se z hlediska časové působnosti na skutkové okolnosti v původním řízení neuplatní“. Viz rovněž poznámku, kterou generální advokát N. Wahl uvedl ve svém stanovisku Azienda sanitaria locale n. 5 „Spezzino“ a další (C-113/13, EU:C:2014:291, bod 40), a vyloučení směrnice 2014/24, jež učinil Soudní dvůr v bodě 8 rozsudku Azienda sanitaria locale n. 5 „Spezzino“ a další (C-113/13, EU:C:2014:2440).

28 — V této souvislosti připomínám klasický výrok Soudního dvora v rozsudku Fédesa a další (C-331/88, EU:C:1990:391, bod 45), ve kterém konstatoval, že „zásada právní jistoty obecně brání tomu, aby byl počátek časové působnosti právního aktu Společenství stanoven na den předcházející dni jeho vyhlášení. Může tomu být však výjimečně jinak, pokud to vyžaduje sledovaný cíl a pokud je náležitě respektováno legitimní očekávání dotčených osob“. V projednávané věci však tyto okolnosti, nezbytné k uplatnění retroaktivity, nenastaly.

63. Ze zásady právní jistoty podle mého názoru vyplývá, že nepodmíněná pravidla či podmínky vyplývající ze směrnice 2014/24 nelze uplatnit jako „výklady“ směrnice 2004/18 na úkor hospodářských subjektů účastnících se zadávacích řízení. Je-li však legislativním záměrem příslušných ustanovení směrnice 2014/24 další rozvoj harmonizace stávajících právních předpisů a judikatury, a nikoliv jejich zrušení, pak nic nebrání tomu, aby tato ustanovení byla použita jako vodítko při výkladu směrnice 2004/18.

64. Z uvedených důvodů navrhuji odpovědět na desátou otázku v tom smyslu, že obsah ustanovení a bodů odůvodnění směrnice 2014/24, třebaže dosud neuplynula lhůta k jejímu provedení, může sloužit jako vodítko při výkladu ustanovení směrnice 2004/18 v rozsahu, ve kterém kodifikuje judikaturu uplatňující směrnici 2004/18 nebo tuto směrnici upřesňuje, a není v rozporu se směrnicí 2004/18 ani nestanoví bezpodmínečná pravidla a podmínky na úkor hospodářských subjektů.

V – **Závěry**

65. Na základě předchozích úvah navrhuji Soudnímu dvoru, aby na otázky Krajowa Izba Odwoławcza odpověděl takto:

Otázky 1, 2, 3, 5 a 6

Článek 44 a čl. 48 odst. 3 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 spojení s článkem 2 této směrnice je třeba vykládat v tom smyslu, že výraz „je-li to nezbytné“ nijak podstatně nevymezuje okolnosti, za kterých hospodářský subjekt může využívat schopnosti ostatních subjektů, aby veřejnému zadavateli prokázal, že bude mít technickou nebo odbornou způsobilost nezbytnou k plnění dané veřejné zakázky. Povaha právních vztahů mezi veřejným zadavatelem a třetím subjektem je irelevantní, hospodářský subjekt však musí být schopen veřejnému zadavateli prokázat, že skutečně disponuje veškerými prostředky potřebnými k plnění podmínek zakázky. S výhradou omezení vyplývajících z povahy a účelu zakázky, jež má být plněna, je uchazeč oprávněn využívat schopností ostatních subjektů při prokazování své technické a odborné způsobilosti.

Otázka 4

Článek 48 odst. 3 směrnice 2004/18 ve spojení s článkem 2 této směrnice musí být vykládán v tom smyslu, že veřejný zadavatel je povinen v oznámení o zakázce nebo v zadávací dokumentaci uvést každou podmínku vedoucí k vyloučení použití čl. 48 odst. 3 směrnice 2004/18 při prokazování splnění požadavků týkajících se minimální způsobilosti. Veřejný zadavatel jinak v oznámení o zakázce nebo v zadávací dokumentaci nesmí uvádět výslovné podmínky nebo pravidla stanovící, zda uchazeči mohou využívat schopnosti jiných subjektů a způsob, jakým tak mohou činit.

Otázka 7

Zásady rovného zacházení s hospodářskými subjekty a zákazu diskriminace, které stanoví článek 2 směrnice 2004/18, nepřipouštějí, aby v případech, kdy je povoleno podávat nabídky pro části zakázky, hospodářský subjekt po podání nabídek uvedl, k jaké části zakázky mají být přiřazeny prostředky, které označil za účelem prokázání splnění podmínek účasti v řízení.

Otázky 8 a 9

Článek 2 směrnice 2004/18 stanoví povinnost, aby elektronická dražba byla prohlášena za neplatnou a byla opakována v případech, kdy zájemce splňující kritéria účasti na zadávacím řízení nebyl vyzván k účasti na elektronické dražbě.

Otázka 10

Směrnice 2014/24/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES, třebaže dosud neuplynula lhůta k jejímu provedení, může sloužit jako vodítko při výkladu směrnice 2004/18, avšak pouze v rozsahu, ve kterém kodifikuje judikaturu uplatňující směrnici 2004/18 nebo tuto směrnici upřesňuje, přičemž příslušná ustanovení směrnice 2014/24 nejsou v rozporu se směrnicí 2004/18 ani nestanoví bezpodmínečná pravidla a podmínky na úkor hospodářských subjektů.