Sbírka soudních rozhodnutí

STANOVISKO GENERÁLNÍHO ADVOKÁTA
MANUELA CAMPOSE SÁNCHEZ-BORDONY
přednesené dne 21. ledna 2016 [1]

Věc C-27/15

Pippo Pizzo a další
proti
CRGT srl

[žádost o rozhodnutí o předběžné otázce podaná Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana (Itálie)]

„Veřejné zakázky — Směrnice 2004/18 — Účast v zadávacím řízení — Možnost splnit požadované podmínky využitím schopností jiných podniků — Nezaplacení poplatku, který není výslovně stanoven — Vyloučení uchazeče“

1. Projednávaná žádost o rozhodnutí o předběžné otázce představuje pro Soudní dvůr další příležitost rozvinout judikaturu týkající se postupů při zadávání veřejných zakázek, konkrétně pak v souvislosti se směrnicí 2004/18/ES [2].

2. Zaprvé znovu vyvstává otázka, zda je možné, aby uchazeč splnil podmínky pro účast v zadávacím řízení využitím schopností třetích osob, což představuje problém, který lze poměrně snadno vyřešit na základě judikatury Soudního dvora.

3. Zadruhé – a tento problém je již složitější – se předkládající soud táže, zda je přípustné, aby některé požadavky týkající se připuštění k účasti v zadávacím řízení nebyly výslovně uvedeny v oznámení o zakázce ani v zadávací dokumentaci a mohly být pouze vyvozeny z vnitrostátních ustanovení s obecnou působností.

4. V souvislosti s tímto posledně jmenovaným problémem navrhuji Soudnímu dvoru, aby upřesnil výklad své judikatury týkající se nezbytnosti výslovně uvádět ve všech dokumentech týkajících se zakázky veškeré podmínky zadávacího řízení. Budu přitom vycházet z logiky, kterou se podle mého mínění řídí myšlenka „přiměřeně informovaného uchazeče, který postupuje s běžnou řádnou péčí“, jakožto kritérium rozhodující pro objasnění smyslu výše uvedené judikatury.

1 — Původní jazyk: španělština.

2 — Směrnice Evropského parlamentu a Rady ze dne 31. března 2004 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby (Úř. věst. L 134, s. 114).

I – **Právní rámec**

A – *Unijní právo*

1. Směrnice 2004/18

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

6. Článek 47 směrnice zní takto:

„1. Důkaz o hospodářských a finančních předpokladech hospodářského subjektu může být poskytnut zpravidla jedním nebo více z těchto dokladů:

a) vhodnými výpisy z bank nebo případně dokladem o pojištění odpovědnosti za škodu způsobenou při výkonu povolání;

b) předložením rozvah nebo výpisů z rozvah, je-li zveřejnění rozvahy vyžadováno podle práva země, v níž je hospodářský subjekt usazen;

c) výkazem celkového obratu podniku a případně obratu v oblasti, která se zakázky týká […].

2. 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, například tím, že předloží závazek těchto subjektů v tomto směru.

[…]“

7. Podle článku 48 směrnice 2004/18:

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

[…]

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.

[…]“

2. Směrnice 2014/24/EU[3]

8. Podle článku 63 směrnice 2014/24:

„1. Pokud jde o kritéria týkající se ekonomické a finanční situace […] a kritéria týkající se technické a odborné způsobilosti […], 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. […] 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.

[…]

Pokud hospodářský subjekt využívá způsobilosti jiných subjektů v souvislosti s kritérii, která se týkají ekonomické a finanční situace, může veřejný zadavatel požadovat, aby hospodářský subjekt a uvedené subjekty nesly společnou odpovědnost za plnění veřejné zakázky.

[…]

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, nebo pokud je nabídka předkládána skupinou hospodářských subjektů uvedenou v čl. 19 odst. 2, účastníkem dané skupiny“.

B – *Vnitrostátní právo*

1. Legislativní nařízení č. 163 ze dne 12. dubna 2006[4]

9. Článek 49 legislativního nařízení č. 163 stanoví:

„1. Uchazeč, ať jednotlivec, člen konsorcia nebo seskupení ve smyslu článku 34, může v souvislosti s konkrétním zadávacím řízením na stavební práce, dodávky nebo služby splnit požadavek týkající se schopností hospodářské, finanční, technické a organizační povahy, nebo-li získat osvědčení [...] SOA, využitím schopnosti jiného subjektu, která tato kritéria splňuje, nebo využitím osvědčení SOA jiného subjektu.

[...]

6. Uchazeč může pro stavební práce využít schopnosti pouze jednoho pomocného podniku pro každou kategorii kvalifikace. V oznámení o zahájení zadávacího řízení může být připuštěno využití schopnosti více pomocných podniků z důvodu hodnoty zakázky nebo zvláštní povahy plnění [...]“.

3 — Směrnice Evropského parlamentu a Rady ze dne 26. února 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES (Úř. věst. L 94, s. 65).

4 — Zákon o veřejných zakázkách na stavební práce, služby a dodávky, provádějící směrnice 2004/17/ES a 2004/18/ES (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE) (GURI č. 100 ze dne 2. května 2006, běžný dodatek č. 107), ve znění legislativního nařízení č. 152 ze dne 11. září 2008 (GURI č. 231 ze dne 2. října 2008, běžný dodatek č. 227); dále jen „legislativní nařízení č. 163/2006“.

2. Zákon č. 266 ze dne 23. prosince 2005 [5]

10. Podle čl. 1 odst. 67 prvního pododstavce zákona č. 266 „Úřad pro dohled nad veřejnými zakázkami […] určí […] každý rok výši poplatků, které mu náleží od veřejných a soukromých osob, které podléhají jeho dozoru, jakož i způsob výběru poplatků, včetně povinnosti platit poplatek hospodářskými subjekty jako podmínky přípustnosti jejich nabídky v rámci postupů zaměřených na výstavbu veřejných staveb“.

II – **Skutkové okolnosti**

11. Autorità Portuale di Mesina (Přístavní orgán ve městě Mesina, Itálie) zahájil v listopadu 2012 otevřené řízení evropského významu na zadání služeb nakládání s odpady a zbytky nákladu na palubách lodí, které mají zastávku na území spadajícím do působnosti Autorità, na dobu čtyř let. Tuto službu dříve vykonávala společnost CRGT srl (dále jen „CRGT“).

12. Výše uvedené služby byly zadány dočasnému sdružení podniků Pippo Pizzo a Onofaro Antonino (dále jen „Pizzo“) poté, co bylo zjištěno, že ostatní soutěžící společnosti – včetně CRGT – nezaplatily Úřadu pro dohled nad veřejnými zakázkami (Autorità di vigilanza dei contratti pubblici) (dále jen „AVCP“) poplatek, který podle zákona č. 266/200 představuje podmínku přípustnosti jejich nabídek, a proto byly ze zadávacího řízení vyloučeny.

13. CRGT podala proti svému vyloučení žalobu k Tribunale Amministrativo Regionale Sicilia (Sección Catania, Sala IV) (krajský správní soud pro Sicílii; sekce pro Katánii, IV. senát). Pizzo podala incidenční žalobu, v níž tvrdila, že CRGT měla být vyloučena rovněž proto, že předložila pouze jedno ze dvou bankovních prohlášení, jimiž měla v rámci zadávacího řízení prokázat svou hospodářskou a finanční způsobilost.

14. Soud rozhodující v prvním stupni žalobě podané CRGT vyhověl a prohlásil, že vyloučení této společnosti ze zadávacího řízení bylo neoprávněné, a to s ohledem na to, že a) požadavek ohledně povinnosti zaplatit poplatek, který je uveden v zákoně č. 266/2005, nebyl v oznámení o zakázce uveden; b) tento poplatek se výslovně týká veřejných staveb, nikoli však již zakázek na služby, a c) tento poplatek lze použít na zakázky na služby výlučně na základě extenzivního výkladu zákona č. 266/2005, který s ohledem na zásadu taxativnosti důvodů pro vyloučení nemůže poškozovat ty uchazeče, kteří měli bez vlastního zavinění za to, že sporný poplatek nemůže být v daném případě vymáhán.

15. Kromě toho soud rozhodující v prvním stupni zamítl incidenční žalobu podanou společností Pizzo, přičemž prohlásil, že CRGT měla možnost se ve vlastní prospěch dovolávat hospodářské a finanční způsobilosti pomocného podniku, s nímž za tímto účelem uzavřela smlouvu, a že CRGT této možnosti skutečně využila.

16. Pizzo podala kasační opravný prostředek ke Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana (Rada pro správní soudnictví pro region Sicílie), který byl napaden společností CRGT, která znovu uplatnila další důvody, jichž se dovolávala ve své první žalobě a jež nejsou v projednávané věci relevantní.

17. Za těchto okolností se Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana rozhodla položit předběžnou otázku.

5 — Finanční zákon pro rok 2006 (Legge finanziaria 2006; GURI č. 302 ze dne 29. prosince 2005, běžný dodatek č. 211). Dále jen „zákon č. 266/2005“.

III – **Položená otázka**

18. Znění předběžných otázek zapsaných v kanceláři Soudního dvora dne 22. ledna 2015 je následující:

„1) Musí být články 47 a 48 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 vykládány v tom smyslu, že brání takové vnitrostátní právní úpravě, jako je výše popsaná italská právní úprava, která umožňuje částečné využití schopností jiného subjektu v oblasti služeb, jak je uvedeno výše?

2) Brání či nikoli zásady práva Evropské unie, a zejména zásady ochrany legitimního očekávání, právní jistoty a proporcionality, pravidlu právního řádu členského státu, které umožňuje vyloučit z veřejného zadávacího řízení podnik, který nesplnil povinnost – jejíž nesplnění je sankcionováno vyloučením – zaplatit částku pro účely účasti na výše uvedeném řízení, protože tato povinnost nebyla výslovně uvedena v zadávací dokumentaci, a to přestože existenci této povinnosti nelze jasně vyvodit z doslovného znění platných právních předpisů členského státu, ale lze k ní dospět pomocí dvojité právní operace, která spočívá nejprve v extenzivním výkladu některých ustanovení pozitivního právního řádu členského státu a poté ve výkladu – v souladu se závěry tohoto extenzivního výkladu – normativního obsahu zadávací dokumentace?“

19. V souvislosti s první otázkou se předkládající soud domnívá, směrnice 2014/24 možná stanovila určité hranice pro možnost splnit kritéria zadávacího řízení využitím schopnosti třetí osoby.

20. Co se týče druhé otázky, Consiglio di Giustizia se dále táže, zda by s ohledem na zásady ochrany legitimního očekávání, proporcionality, právní jistoty a *favor participationis* neměla být dotčené společnosti uložena krátká lhůta, v níž by mohla nesplnění povinnosti týkající se zaplacení poplatku napravit.

IV – **Řízení před Soudním dvorem. Argumenty účastníků řízení**

21. Jednání se zúčastnily a písemná vyjádření předložily italská vláda a Komise.

A – *První otázka*

22. Co se týče první z otázek položených předkládajícím soudem, italská vláda tvrdí, že její přípustnost je sporná, neboť předkládající soud nepopsal „skutkové hypotézy“, z nichž tato otázka vychází, a neposkytl tedy Soudnímu dvoru ani účastníkům řízení žádné prostředky k tomu, aby se mohli k tomuto problému vyjádřit.

23. Italská vláda se domnívá, že odkaz na směrnici 2014/23 je irelevantní, neboť tato směrnice není na projednávanou věc použitelná a navíc dosud nevypršela lhůta, která byla stanovena k jejímu provedení. V každém případě má za to, že co se týče využití schopností třetích osob, není zmíněná směrnice méně příznivá než směrnice 2004/18.

24. V souvislosti s meritem projednávané věci zastává italská vláda názor, že daný problém lze vyřešit ve světle zásad zakotvených v rozsudku Swm Costruzioni 2 a Mannocchi Luigino[6], která se týká skutkových okolností, jež se z právního hlediska v podstatě neliší od skutkových okolností, jež jsou předmětem původního řízení.

6 — Věc C-94/12, EU:C:2013:646. Dále jen „věc Swm Costruzioni“.

25. Italská vláda má tudíž za to, že nelze v žádném případě hovořit o vzájemné neslučitelnosti směrnice 2004/18 a ustanovení vnitrostátního práva, jež jsou obsažena v článku 49 legislativního nařízení č. 163/2006.

26. Komise se shoduje s italskou vládou v názoru, že odpověď na první otázku lze vyvodit z judikatury zakotvené ve výše uvedeném rozsudku Swm Costruzioni. Soudní dvůr připustil, že hospodářský subjekt může kromě svých vlastních schopností využít i schopností jedné či několika třetích osob, aby splnil minimální podmínky, které sám splnit nemůže.

27. V souvislosti se směrnicí 2014/24 Komise uvádí, rovněž shodně s italskou vládou, že zmíněná směrnice není *ratione temporis* použitelná na projednávanou věc.

28. Komise proto tvrdí, že články 47 a 48 směrnice 2004/18 musí být vykládány v tom smyslu, že nebrání takovému vnitrostátnímu ustanovení, jakého se dovolává předkládající soud.

B – *Druhá otázka*

29. V souvislosti s druhou otázkou italská vláda uvádí, že nedošlo k porušení žádné ze zásad, jež jsou vyjmenovány v předkládacím usnesení. Poukazuje na to, že podle čl. 46 odst. 1a legislativního nařízení č. 163/2006 mají být za důvody vyloučení považovány kromě důvodů stanovených v témže legislativním nařízení a v oznámení o zakázce také důvody uvedené „v jiných platných právních předpisech“. Podle jejího mínění to znamená, že okolnost, že v *lex specialis* není jakožto důvod vyloučení uvedeno nezaplacení poplatku AVCP, nemůže ospravedlnit nesplnění povinnosti, jehož se dopustil uchazeč. Ten je totiž povinen znát všechny předpisy, jimiž je stanoven soubor povinných důvodů vyloučení, neboť právě tyto předpisy doplňují případné mezery, jež mohou v tomto ohledu obsahovat výzvy k podávání nabídek.

30. Kromě toho se italská vláda domnívá, že po vypršení lhůty stanovené pro podání nabídek již uchazeči nemohou doplňovat to, co v jejich nabídkách chybí, neboť ve smyslu rozsudku vydaného ve věci Manova[7] lze provádět pouze jednorázové opravy či doplnění. Veřejný zadavatel může povolit uchazečům napravit některé nedostatky týkající se subjektivních podmínek jejich účasti, avšak nemohou jim povolit, aby uvedli do pořádku skutečnost, že nezaplatili poplatek. Pokud by tomu tak bylo, znamenalo by to, že by bylo povoleno, aby podmínka přípustnosti, která nebyla splněna v náležitém okamžiku, mohla být splněna po vypršení lhůty, což je v rozporu se zásadami rovného zacházení, nestrannosti a transparentnosti.

31. Italská vláda má za to, že povolit uchazeči, aby prokázal skutečné splnění příslušné podmínky, lze pouze v případě, že se jedná o čistě podružnou nesrovnalost (provedení platby jiným způsobem, než jaký je stanoven v právních předpisech, nebo neprokázání, že platba byla provedena v náležitou dobu a náležitým způsobem).

32. Italská vláda tedy navrhuje, aby byla druhá otázka zodpovězena v tom smyslu, že zásady, jichž se dovolává předkládající soud, nebrání vnitrostátnímu ustanovení, které umožňuje vyloučit uchazeče, který nesplnil povinnost, která sice není výslovně uvedena v právním předpisu týkajícím se sporného druhu veřejné zakázky, ale může být vyvozena z výkladu určitých právních ustanovení opakovaně uplatňovaného správním orgánem členského státu.

7 — Věc C-336/12, EU:C:2013:647, bod 32.

33. Komise se domnívá, že druhá otázka se konkrétně týká výkladu zásady rovného zacházení a povinnosti transparentnosti. Tyto zásady podle ní vyžadují, aby veřejný zadavatel jasně určil podmínky zadávacího řízení, a to takovým způsobem, aby byly známy přiměřeně informovanému uchazeči, který postupuje s běžnou řádnou péčí. Kromě toho Komise zastává názor, že směrnice 2004/18 vyžaduje, aby byly v oznámení o zakázce uvedeny důvody vyloučení.

34. Podle názoru Komise nejsou tyto požadavky splněny, pokud povinnost, která je sankcionována vyloučením (v projednávané věci zaplacení poplatku správnímu orgánu), není v dokumentech týkajících se zakázky výslovně uvedena ani nevyplývá z pozitivního vnitrostátního práva, nýbrž může být pouze vyvozena z extenzivního výkladu tohoto práva umožňujícího doplnit mezeru, kterou by tyto dokumenty jinak obsahovaly. Komise míní, že kromě tuzemských hospodářských subjektů tato situace zvláště poškozuje hospodářské subjekty usazené v jiných členských státech, jimž v důsledku toho hrozí, že se ocitnou ve znevýhodněném postavení.

35. Kromě toho se Komise domnívá, že zásady rovného zacházení a proporcionality musí být vykládány v tom smyslu, že nebrání tomu, aby veřejný zadavatel umožnil hospodářskému subjektu, aby ve lhůtě stanovené veřejným zadavatelem splnil spornou povinnost týkající se zaplacení poplatku.

V – **Posouzení**

A – *První otázka*

36. Přestože podle italské vlády je přípustnost této otázky sporná, navrhnout, aby byla zamítnuta, není namístě. Neexistují totiž žádné důvody, z nichž by měly být a *limine* zamítnuty pochybnosti Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana, které se týkají vzájemné slučitelnosti článků 47 a 48 směrnice 2004/18 a vnitrostátního ustanovení, které v souvislosti s postupy při zadávání veřejných zakázek na služby umožňuje hospodářskému subjektu splnit kritéria pro účast v zadávacím řízení částečným využitím schopností jiného subjektu.

37. Souhlasím však s italskou vládou a s Komisí v tom, že na projednávanou věc je namístě použít judikaturu Soudního dvora vydanou ve věci Swm Costruzioni, neboť obě tyto věci jsou v podstatě shodné co do podrobnosti právních otázek, které jsou jejich předmětem.

38. Ve věci Swm Costruzzioni Soudní dvůr prohlásil, že čl. 47 odst. 2 a čl. 48 odst. 3 směrnice 2004/18 „v zásadě nezakazují zájemcům nebo uchazečům využívat schopnosti více třetích subjektů, aby prokázali splnění minimální úrovně způsobilosti. A *fortiori* uvedená ustanovení nestanoví žádný zásadní zákaz, aby zájemce nebo uchazeč využil ke splnění kritérií stanovených veřejným zadavatelem kromě vlastních schopností též schopnosti jednoho nebo více třetích subjektů“ [8].

39. Podle názoru Soudního dvora není tato možnost bezpodmínečná, nýbrž je podmíněna tím, že musí být „prokázáno [veřejnému zadavateli], že zájemce nebo uchazeč, který se odvolává na schopnosti jednoho nebo několika dalších subjektů, skutečně disponuje jejich prostředky, které jsou nezbytné k provedení veřejné zakázky“ [9].

40. Je pravda, že Soudní dvůr nevylučuje, že existují „stavební práce, které se vyznačují zvláštnostmi vyžadujícími určitou schopnost, kterou nelze získat shromážděním menších schopností několika hospodářských subjektů“ [10], přičemž v takovém případě je namístě „požadovat, aby bylo minimální úrovně dotčené schopnosti dosaženo jediným hospodářským subjektem nebo případně využitím

8 — Věc C-94/12, EU:C:2013:646, bod 30.

9 — Věc C-94/12, EU:C:2013:646, bod 33.

10 — Věc C-94/12, EU:C:2013:646, bod 35.

omezeného počtu hospodářských subjektů na základě čl. 44 odst. 2 druhého pododstavce směrnice 2004/18, pokud by byl tento požadavek spojený s předmětem dotčené veřejné zakázky a ve vztahu k ní přiměřený“ [11]. Domnívá se nicméně, že „tento případ představuje výjimečnou situaci“ [12], a proto poukazuje na to, že „směrnice 2004/18 brání tomu, aby byl tento požadavek obecně zakotven ve vnitrostátním právu, jak to činí takové ustanovení, jako je čl. 49 odst. 6 legislativního nařízení č. 163/2006“ [13].

41. S ohledem na to, co bylo uvedeno výše, by tedy otázka položená Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana mohla být zodpovězena stejným způsobem, jakým se vyjádřil Soudní dvůr ve věci Swm Costruzioni. Jak upozorňuje Komise [14], je třeba vzít v potaz, že v projednávané věci nenastala výjimečná situace, která podle bodu 35 tohoto rozsudku umožňuje „požadovat, aby bylo minimální úrovně dotčené schopnosti dosaženo jediným hospodářským subjektem“, neboť zpochybněná schopnost je čistě ekonomické povahy.

42. Předkládající soud poukazuje na to, že v porovnání s ustanoveními směrnice 2004/18 směrnice 2014/24 zřejmě zavedla přísnější omezení týkající se možnosti splnit kritéria zadávacího řízení využitím schopností třetích osob. Italská vláda a Komise shodně prohlašují, že posledně jmenovanou směrnici nelze na sporný případ použít. S tímto závěrem zcela souhlasím.

43. I sám předkládající soud připouští, že lhůta stanovená k provedení směrnice 2014/24 dosud nevypršela, což představuje dostatečný důvod k tomu, aby byla odmítnuta použitelnost této směrnice na projednávanou věc, avšak současně se dovolává „povinnosti vnitrostátních soudů vybrat a dát přednost mezi všemi možnými výklady vnitrostátního práva pouze těm výkladům, které jsou v souladu s právními předpisy Evropské unie, které mají být provedeny“ [15].

44. Judikatura Soudního dvora nařizuje členským státům, že během lhůty pro provedení směrnice „nesmí přijímat ustanovení, která by mohla vážně ohrozit dosažení výsledku stanoveného touto směrnicí“ [16], avšak nezachází tak daleko, aby ukládala vnitrostátním soudům povinnost vykládat jejich vlastní vnitrostátní právo způsobem, který by byl plně v souladu se směrnicí, u níž dosud neskončila lhůta k provedení.

45. Sporný je ostatně i závěr Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana, podle něhož přináší směrnice 2014/23 více omezení než směrnice 2004/18, pokud jde o možnost využít schopností třetích osob; nepovažuji ale za nutné se k této problematice podrobněji vyjadřovat, neboť je v projednávaném sporu irelevantní.

46. Mám tedy za to, že články 47 a 48 směrnice 2004/18 nebrání vnitrostátní právní úpravě, která za takových skutkových okolností, jaké nastaly v původním řízení, umožňuje splnit kritéria výběru částečným využitím schopností jiných podniků.

11 — Tamtéž.

12 — Věc C-94/12, EU:C:2013:646, bod 36.

13 — Tamtéž.

14 — Bod 30 písemného vyjádření Komise.

15 — Bod C1 předkládacího usnesení.

16 — Věc Inter-Environnement Wallonie, C-129/96, EU:C:1997:628, bod 45.

B – *Druhá otázka*

47. Druhou z otázek položených předkládajícím soudem považuji za komplikovanější. O její složitosti svědčí i různé postoje, jež hájí italská vláda a Komise. Zatímco italská vláda tvrdí, že není možné, aby vyloučený hospodářský subjekt nevěděl o vymahatelnosti sporné podmínky (předběžné zaplacení poplatku AVCP), Komise zastává názor, že tuto podmínku lze uložit pouze v případě, že je výslovně uvedena v dokumentech týkajících se zadávacího řízení nebo že jasně vyplývá z platného pozitivního práva.

48. Podle mého názoru spolu oba tyto názory souvisejí ve větší míře, než by se mohlo zdát. Italská vláda prosazuje hledisko, podle něhož lze požadovat znalost sporné podmínky, zatímco Komise se soustředila na hledisko týkající se zveřejnění této podmínky. Tato dvě hlediska se ovšem vzájemně doplňují, neboť zveřejnění určité podmínky vede k tomu, že tato podmínka vejde ve známost, a to je zase možné (a vymahatelné) pouze v případě, že tato podmínka byla řádně zveřejněna.

49. Judikatura Soudního dvora zdůrazňuje, že je nutné, aby „všechny podmínky a způsoby postupu vedoucího k zadání zakázky [byly] formulovány jasně, přesně a jednoznačně v oznámení o zakázce nebo v zadávací dokumentaci tak, aby zaprvé všichni přiměřeně informovaní uchazeči, kteří postupují s běžnou řádnou péčí, mohli pochopit jejich přesný význam a vykládat je stejným způsobem a zadruhé aby byl veřejný zadavatel schopen skutečně ověřit, zda nabídky uchazečů splňují kritéria, kterými se řídí dotčená zakázka“ [17].

50. Povinnost formulovat „jasně, přesně a jednoznačně“ vyplývá zaprvé ze zásady rovného zacházení, která „stanoví, že uchazeči mají tytéž příležitosti při formulaci znění jejich nabídek, a proto předpokládá, že tyto nabídky podléhají stejným podmínkám pro všechny uchazeče“ [18], a zadruhé ze zásady transparentnosti, která má za cíl „zaručit neexistenci nebezpečí upřednostňování a svévole ze strany veřejného zadavatele“ [19]. Zásady rovného zacházení a transparentního jednání představují podle článku 2 směrnice 2004/18 „zásady zadávání zakázek“, jež musí veřejní zadavatelé dodržovat.

51. O tom, že uchazeči musí být obeznámeni s podmínkami zadávacího řízení, což je v souladu se základními požadavky týkajícími se rovnosti a transparentnosti, tedy není sporu. Složitější otázkou ovšem je, do jaké míry je nutné, aby byly v oznámení o zakázce nebo v zadávací dokumentaci výslovně uvedeny *všechny* podmínky přijetí k zadávacímu řízení, nebo zda lze naopak předpokládat, že některé obecné podmínky jsou známy i přesto, že v těchto dokumentech nejsou uvedeny.

52. Domnívám se, že s ohledem na cíl, který sleduje povinnost týkající se zveřejnění podmínek – a sice zajistit, aby „všichni přiměřeně informovaní uchazeči, kteří postupují s běžnou řádnou péčí“, pochopili obsah a působnost těchto podmínek, by nebylo logické, aby byla veřejným zadavatelům uložena rovněž povinnost upřesnit, ve kterých případech se jedná o podmínky, jejichž splnění ukládají právní ustanovení s obecnou působností, jež musí „přiměřeně informovaný uchazeč, který postupuje s běžnou řádnou péčí“ rozhodně znát. Mám tím na mysli například základní požadavky, které se v kontextu občanského a obchodního práva týkají způsobilosti osob a společností k právním úkonům a u nichž není představitelné, že by je některý hospodářský subjekt neznal nebo že by požadoval, aby byly výslovně a podrobně uvedeny v dokumentaci týkající se veřejného zadávacího řízení.

17 — Rozsudek Cartiera dell'Adda (C-42/13, EU:C:2014:2345, bod 44), v němž je citován rozsudek vydaný ve věci Komise v. CAS Succhi di Frutta (C-496/99 P, EU:C:2004:236, body 108 až 111).

18 — Tamtéž.

19 — Tamtéž.

53. Samozřejmě mohou vyvstat pochybnosti týkající se jiných požadavků, které lze označit za méně „zjevné“ či případně méně „logické“ či „přirozené“, avšak přesto je musí znát každý uchazeč splňující alespoň minimální míru řádné péče a informovanosti. Zastávám názor, že právě míra řádné péče a informovanosti, kterou lze od uchazeče rozumně požadovat, představuje rozhodující kritérium pro správné pochopení logiky, jíž se řídí článek 2 směrnice 2004/18, a pro způsob, jakým Soudní dvůr v této souvislosti vykládá zásady rovnosti a transparentnosti [20].

54. Italská vláda ve svém písemném vyjádření uvádí [21], že čl. 46 odst. 1a legislativního nařízení č. 163/2006 odkazuje na ustanovení o vyloučení, jež jsou obsažena nejen v témže legislativním nařízení a v oznámení o zakázce, ale i „v jiných platných právních předpisech“. Výraz „v jiných platných právních předpisech“ může zahrnovat předpisy týkající se fiskálních povinností, jež jsou společné pro všechny uchazeče a jež musejí uchazeči splnit, jinak budou vyloučeni ze zadávacího řízení.

55. Článek 27 odst. 1 směrnice 2004/18 nestanoví konkrétně, že by zadávací dokumentace měla obsahovat podrobné informace o všech „povinnostech týkajících se daní, ochrany životního prostředí, ochrany zaměstnanců a pracovních podmínek, které platí v členském státě“. Uchazeči či zájemci podléhají těmto povinnostem – jejichž nesplnění může vést případně i k jejich vyloučení – i přesto, že nejsou v dokumentech týkajících se zakázky výslovně uvedeny.

56. Přísluší tedy italskému právu, tak jak jej vykládají soudy této země, určit, zda má být poplatek odvedený AVCP považován s ohledem na jeho vlastnosti za povinnost fiskální povahy v širokém slova smyslu. Italským soudům rovněž přísluší, aby (potvrzením či odmítnutím výkladu podaného orgánem veřejné správy, který je příjemcem daného poplatku) vymezily subjektivní a objektivní působnost odstavců 65 a 67 článku 1 zákona č. 266/2005, které se týkají poplatku, jehož nezaplacení vedlo k vyloučení společnosti CRGT ze zadávacího řízení.

57. Soudní dvůr by neměl zasahovat do diskuse – která by měla být považována za diskusi čistě vnitrostátní povahy – ohledně toho, do jaké míry vykládají italské správní orgány a soudy ustanovení zákona č. 266/2005 extenzivním způsobem. Za předpokladu, že, jak vyplývá z předkládacího usnesení, AVCP vykládá zákon č. 266/2005 opakovaně v tom smyslu, že požadavek týkající se poplatku má být použit na zakázky na služby, a že toto kritérium potvrdil i Consiglio di Stato (Státní rada) jakožto soud, který má v otázkách vnitrostátního práva poslední slovo, je třeba se tímto závěrem řídit.

58. Tytéž úvahy lze použít i na okolnost, že důsledkem nezaplacení poplatku je vyloučení. I v tomto případě platí, stále s ohledem na údaje vyplývající ze spisu, že AVCP, jehož postoj potvrzují i soudy, rozhodl v tom smyslu, že nevyhnutelným důsledkem nesplnění povinnosti týkající se zaplacení tohoto poplatku, která je uvedena v kogentní normě, avšak nikoliv v zadávací dokumentaci, musí být vyloučení ze zadávacího řízení.

59. Vše tedy nasvědčuje tomu, že výklad právního základu, o nějž se opírá použití odstavců 65 a 67 článku 1 zákona č. 266/2005 na zakázky na služby, vychází z ustálené praxe, kterou příslušný správní orgán, AVCP, uplatňuje přinejmenším od roku 2008. Zmíněný výklad zřejmě potvrdil i nejvyšší vnitrostátní správní soud, a to prostřednictvím judikatury, jejíž počátek nebyl v projednávaném řízení upřesněn. V každém případě lze dospět k logickému závěru, že tuto praxi AVCP uplatňuje systematicky na všechny případy týkající se zadávacích řízení na zakázky na služby (italská vláda ostatně vyjmenovává několik po sobě jdoucích rozhodnutí, jež AVCP v tomto smyslu přijal). Lze tedy s konečnou platností předpokládat, že hospodářský subjekt, jehož vyloučení je předmětem původního řízení (CRGT) a jenž v dřívější době zajišťoval službu, na niž se vztahovalo dotčené zadávací řízení, tuto praxi znal nebo mohl znát.

20 — Kromě výše uvedených věcí Cartiera del'Adda (C-42/13, EU:C:2014:2345), a Komise v. CAS Succhi di Frutta (C-496/99 P, EU:C:2004:236) je namístě odkázat mimo jiné na věci SIAC Construction (C-19/00, EU:C:2001:553), La Cascina (C-226/04 a C-228/04, EU:C:2006:94), Manova (C-336/12, EU:C:13:647) a eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166).

21 — Bod 66.

60. S výše uvedenými výhradami lze tedy hovořit o ustanovení týkajícím se vyloučení, které sice není výslovně uvedeno v oznámení o zakázce ani v zadávací dokumentaci, avšak vyplývá z ustáleného a soudně potvrzeného výkladu právního předpisu. Výklad podaný AVCP a potvrzený soudní cestou prosazuje nepřípustnost nabídek, jež byly podány bez zaplacení poplatku.

61. Připusťme, že čistě hypoteticky by bylo možné považovat tuto podmínku za obtížně rozpoznatelnou, neboť judikatura, kterou v této oblasti vydal Soudní dvůr, ji v zásadě neukládá. Přesto se však domnívám, že pokud ji omezíme pouze na kritérium uchazeče splňujícího alespoň minimální míru řádné péče a informovanosti, musíme dospět k odlišnému závěru, přestože, jak ještě vysvětlím, Soudní dvůr možná není tím nejvhodnějším orgánem na to, aby tuto otázku posoudil.

62. Pouze předkládající soud se totiž nachází v takové situaci, aby mohl určit, zda se za konkrétních okolností projednávané věci nemohlo stát, aby vyloučený uchazeč nebyl obeznámen s výkladem zákona č. 266/2005 ani s praxí uplatňovanou v souvislosti s tímto druhem zadávacích řízení a konsolidovanou ustáleným používáním ze strany správních orgánů, podle níž má být poplatek odváděný AVCP vyžadován i v případě zakázek na služby. Při svém posuzování by se mohl předkládající soud opírat o zjištění, zda se vyloučený uchazeč účastnil obdobných zadávacích řízení, v nichž bylo sporné ustanovení považováno za závazné na základě toho, jak AVCP vykládá zákon č. 266/2005.

63. Znamená to tedy, že soud musí určit, zda praxe, kterou uplatňuje AVCP, a judikatura Consiglio di Stato vešly mezi podniky účastnícími se veřejných zadávacích řízení natolik ve známost, aby mohl být učiněn závěr, že informovanému uchazeči postupujícímu s řádnou péči nemohly být neznámy.

64. Z tohoto posledně jmenovaného tvrzení odvozuji další, jež považuji za relevantní z hlediska zásady rovného zacházení. Jde totiž o to, že pokud by bylo konstatováno, že běžný uchazeč je ve skutečnosti obeznámen s praxí, kterou uplatňuje AVCP, a plní tedy povinnost týkající se zaplacení sporného poplatku, znamenalo by to, že vynětím konkrétního uchazeče z této povinnosti dochází k diskriminačnímu jednání.

65. Jak totiž uvedla Komise [22], požadavek kladený takovým ustanovením, jakým se nyní zabýváme, může poškozovat zvláště uchazeče usazené v jiných členských státech, kteří mohou být s vnitrostátním právem a jeho skutečným výkladem obeznámeni v mnohem menší míře než tuzemští uchazeči. Kritérium přiměřeně informovaného uchazeče, který postupuje s běžnou řádnou péčí, které je pro mnou navrhované řešení klíčové, však umožňuje tuto nevýhodu odstranit, neboť míra informovanosti a řádné péče musí být přizpůsobena konkrétním charakteristikám daného uchazeče, takže neznalost, kterou nelze v projednávané věci prominout společnosti CRGT, by u zahraničního uchazeče mohla být tolerována.

66. A konečně zbývá ještě vyřešit pochybnost ohledně možné nápravy nesplnění povinnosti týkající se zaplacení poplatku, kterou stanoví zákon č. 266/2005. V tomto ohledu se shoduji s Komisí v názoru, že pokud předkládající soud připustí, že přiměřeně informovanému uchazeči, který postupuje s běžnou řádnou péčí, nebyla tato povinnost známa, veřejný zadavatel je povinen uložit mu dostatečně dlouhou lhůtu na to, aby tento nedostatek napravil. Tento důsledek lze *sensu contrario* vyvodit z judikatury Soudního dvora, podle níž veřejný zadavatel nemůže připustit „jakoukoli nápravu opomenutí, které podle výslovných ustanovení podkladů k zakázce musí vést k vyloučení hospodářského subjektu“ [23]. Právě tak je tomu i v případě nesplnění povinnosti, kterou nelze vyvodit z „výslovných ustanovení [těchto] podkladů“.

22 — Bod 38 *in fine* písemného vyjádření Komise.

23 — Věc Cartiera del'Adda (C-42/13, EU:C:2014:2345, bod 46).

67. Znamená to tedy, že unijní právo nebrání vnitrostátní právní úpravě, která umožňuje vyloučit z veřejného zadávacího řízení uchazeče, který nesplnil povinnost fiskální povahy, která sice není výslovně uvedena v oznámení o zakázce ani v zadávací dokumentaci, ale je uložena s ohledem na ustálený a soudem potvrzený správní výklad použitelného vnitrostátního právního předpisu, za předpokladu, že není možné, aby tato okolnost nebyla známa přiměřeně informovanému uchazeči, který postupuje s běžnou řádnou péčí, což musí posoudit vnitrostátní soud. Připustí-li se, že neznalost této povinnosti lze prominout, veřejný zadavatel je povinen uložit vyloučenému uchazeči dostatečně dlouhou lhůtu na to, aby tento nedostatek napravil.

VI – **Závěry**

68. Vzhledem k předcházejícím úvahám navrhuji Soudnímu dvoru, aby na položenou otázku odpověděl následovně:

„1) Články 47 a 48 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/18 ze dne 31. března 2004 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby musí být vykládány v tom smyslu, že nebrání vnitrostátní právní úpravě, která umožňuje částečné využití schopností jiného subjektu v oblasti služeb, jak je uvedeno výše.

2) Zásady práva Evropské unie, zejména zásady rovného zacházení a transparentnosti, nebrání vnitrostátní právní úpravě, která umožňuje vyloučit z veřejného zadávacího řízení uchazeče, který nesplnil povinnost fiskální povahy, která sice není výslovně uvedena v oznámení o zakázce ani v zadávací dokumentaci, ale je uložena v důsledku ustáleného a soudem potvrzeného správního výkladu použitelného vnitrostátního právního předpisu, za předpokladu, že není možné, aby tato okolnost nebyla známa přiměřeně informovanému uchazeči, který postupuje s běžnou řádnou péčí, což musí posoudit vnitrostátní soud. Připustí-li se, že neznalost této povinnosti lze prominout, veřejný zadavatel je povinen uložit vyloučenému uchazeči dostatečně dlouhou lhůtu k tomu, aby tento nedostatek napravil.“