



Sbírka soudních rozhodnutí

STANOVISKO GENERÁLNÍHO ADVOKÁTA
MICHALA BOBKA
přednesené dne 24. listopadu 2016¹

Věc C-387/14

**Esaprojekt Sp. z o.o.
proti
Województwo Łódzkie**

[žádost o rozhodnutí o předběžné otázce Krajowa Izba Odwoławcza (Národní odvolací senát, Polsko)]

„Směrnice 2004/18/ES — Zásady zákazu diskriminace a transparentnosti — Předložení dodatečných informací uchazečem, pokud jde o dodávky neuvedené v původní nabídce — Možnost spojit zkušenosti dvou subjektů — Možnost využít zkušenosti získané v rámci skupiny podniků — Možnost spojit zkušenosti z různých zakázek — Vážné zkreslení“

I – Úvod

1. Projednávaná věc se týká veřejného zadávacího řízení na dodávku počítačových systémů pro polské nemocnice. Předmětná zakázka byla původně zadána společnosti Komputer Konsult Sp. z o.o. (dále jen „KK“). Rozhodnutí o zadání zakázky však napadla u vnitrostátního soudu společnost Esaprojekt Sp. z o.o. (dále jen „Esaprojekt“), která také předložila nabídku v uvedeném řízení. Zmíněné rozhodnutí bylo následně zrušeno z důvodu nedostatku zkušeností na straně společnosti KK. Ta byla poté vyzvána, aby objasnila seznam obsahující výčet jejích zkušeností. Společnost KK seznam upravila v tom smyslu, že doplnila nové zkušenosti třetích osob. Zakázka byla posléze znovu zadána společnosti KK. Společnost Esaprojekt rozhodnutí znovu napadla a v následném řízení byla předložena žádost o rozhodnutí o předběžné otázce v projednávané věci.

2. Vnitrostátní soud pokládá Soudnímu dvoru několik otázek, jejichž účelem je určit zaprvé podmínky, za kterých mohou uchazeči upravit seznam svých zkušeností a využít zkušenosti třetích osob. Zadruhé žádá vnitrostátní soud o objasnění, kdy informace poskytnuté uchazečem představují „zkreslení“ podle čl. 45 odst. 2 písm. g) směrnice 2004/18/ES². Zatřetí se vnitrostátní soud táže, zda lze ke splnění požadavku zadávacího řízení využít souhrnně zkušenosti získané v rámci několika samostatných zakázek, pokud veřejný zadavatel tuto možnost výslovně neuvedl.

¹ — Původní jazyk: angličtina.

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. 2004, L 134, s. 114; Zvl. vyd. 06/07, s. 132)

II – Právní rámec

A – Právo Evropské unie

3. Článek 2 směrnice 2004/18 (dále jen „směrnice“) stanoví zásady transparentnosti a zákazu diskriminace v zadávacích řízeních na stavební práce, dodávky a služby.
4. Článek 44 odst. 1 stanoví, že zakázky se zadávají mimo jiné na základě kritérií odborných a technických znalostí nebo způsobilosti uvedených v článku 48. Článek 44 odst. 2 stanoví, že případné minimální úrovně způsobilosti „musí být vztaženy k předmětu zakázky a být tomuto předmětu úměrné“.
5. Článek 45 odst. 2 písm. g), který je součástí oddílu nadepsaného „Kritéria pro kvalitativní výběr“, stanoví, že z účasti na zakázce může být vyloučen hospodářský subjekt, který se „dopustil vážného zkresení při poskytování informací, které mohou být vyžadovány podle tohoto oddílu, [nebo tyto informace nepodal]“, a obecně ve vztahu k čl. 45 odst. 2, že „[č]lenské státy upřesní, v souladu se svým vnitrostátním právem a s přihlédnutím k právu Společenství, podmínky pro uplatňování tohoto odstavce“.
6. Článek 48 odst. 2 stanoví možné způsoby doložení zkušeností, a to zejména v písmenu a) ve formě seznamů provedených stavebních prací, hlavních uskutečněných dodávek nebo hlavních poskytnutých služeb.
7. Článek 48 odst. 3 stanoví, že 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 takových případech musí hospodářský subjekt prokázat, že „bude disponovat nezbytnými prostředky pro plnění zakázky, například tím, že předloží závazek poskytnout nezbytné prostředky hospodářskému subjektu“.
8. Článek 51, nadepsaný „Dodatečná dokumentace a informace“, stanoví, že veřejní zadavatelé „mohou vyzvat hospodářské subjekty, aby doplnily nebo objasnily osvědčení a doklady předložené podle článků 45 až 50“.

B – Vnitrostátní právní předpisy

9. Článek 2 odst. 13 (Ustawa Prawo zamówień publicznych (zákon o veřejných zakázkách) (dále jen „Ustawa PZP“) vymezuje pojem „veřejné zakázky“ jako „úplatné smlouvy mezi veřejným zadavatelem a hospodářským subjektem, jejichž předmětem jsou služby, dodávky či stavební práce“.
10. Článek 24 odst. 2 bod 3 Ustawy PZP upravuje vyloučení hospodářských subjektů, které „[...] uvedly nepravdivé informace, jež mají nebo mohou mít vliv na výsledek probíhajícího řízení [...]“.
11. Článek 26 Ustawy PZP umožňuje veřejnému zadavateli vyzvat uchazeče, aby doplnili chybějící informace, opravili chyby nebo objasnili osvědčení či doklady.

III – Skutkový stav, původní řízení a předběžné otázky

12. Předmětem projednávané věci je veřejná zakázka na dodání počítačového systému pro nemocnice v Lodžském vojvodství (Polsko). Relevantní část zadávacího řízení se týká nákupu a dodávek integrovaného nemocničního systému (INS) pro správu administrativní („šedé“) a zdravotnické („bílé“) oblasti v Samodzielném Szpitalu Wojewódzkim im. Mikołaja Kopernika (Nemocnici Mikuláše Koperníka – samostatné nemocnici vojvodství).

13. Podle zadávací dokumentace se mohly o zakázku ucházet hospodářské subjekty, které byly s to prokázat mimo jiné, že realizovaly alespoň dvě zakázky, jejichž předmětem (v rámci každé z nich) byly dodávky, instalace, nastavení a zavedení INS v „bílé“ a „šedé“ oblasti zdravotnického zařízení s nejméně 200 lůžky v celkové hrubé hodnotě nejméně 450 000 PLN.

14. Za účelem prokázání splnění výše uvedené podmínky byly hospodářské subjekty povinny předložit osvědčení a seznam „hlavních dodávek INS“ v „bílé“ a „šedé“ oblasti.

15. Společnost KK ve své nabídce uvedla dvě dodávky, a to konkrétně dodávky INS v „bílé“ a „šedé“ oblasti do nemocnic v i) obci Słupsk (dále jen „dodávka Słupsk“) a ii) v obci Nowy Sącz (dále jen „dodávka Nowy Sącz“). Obě zmíněné dodávky realizovalo konsorcium společností Konsultant IT Sp. z o.o. (dále jen „KIT“) a KK.

16. Zakázka na nákup a dodání INS byla zadána společnosti KK. Toto rozhodnutí napadla společnost Esaprojekt, a to v zásadě s tím, že zakázky uvedené společností KK nesplňovaly požadavky zadávacího řízení, pokud jde o zkušenosti s INS.

17. Soud žalobě uvedené společnosti vyhověl. Veřejnému zadavateli bylo uloženo vyzvat společnost KK, aby postupem podle čl. 26 odst. 4 Ustawy PZP objasnila předmět zakázek, které byly uvedeny k doložení znalostí a zkušeností jakožto předpokladu pro účast na zadávacím řízení.

18. Na základě žádosti o objasnění vyšlo najevo, že dodávka Słupsk byla realizována v rámci dvou zadávacích řízení a dvou samostatných smluv. Jedna z těchto smluv se netýkala „bílé“ oblasti a druhá oblasti „šedé“. Veřejný zadavatel rozhodl, že dodávka Słupsk neodpovídá zadávací dokumentaci uvedené výše v bodě 13 tohoto stanoviska, neboť zmíněná dodávka nepředstavovala jedinou „veřejnou zakázku“ dle vymezení v čl. 2 odst. 13 Ustawy PZP. Sestávala namísto toho ze dvou samostatných zakázek. Veřejný zadavatel proto vyzval společnost KK, aby doplnila doklady prokazující splnění podmínek zadávacího řízení.

19. Společnost KK následně doplnila uvedené doklady v tom smyslu, že předložila nový seznam dodávek. Na tomto seznamu byla opět uvedena dodávka Nowy Sącz. Byly rovněž doplněny dvě nové dodávky, jež obě realizovala třetí osoba, a to společnost Medinet Systemy Informatyczne Sp. z o.o. (dále jen „Medinet“) (dále jen „dodávky Medinet“). Společnost KK rovněž předložila závazek společnosti Medinet poskytnout prostředky nezbytné pro realizaci zakázky a spolupracovat při realizaci zakázky jako poradkyně a konzultantka.

20. Veřejný zadavatel upravenou nabídku společnosti KK přijal. Společnost Esaprojekt znovu napadla rozhodnutí Województwa Łódzkiego u Krajowej Izby Odwoławczej (Národní odvolací senát, Polsko). Za těchto okolností se uvedený soud rozhodl přerušit řízení a položit Soudnímu dvoru následující předběžné otázky:

„První otázka:

Připouští článek 51 [směrnice 2004/18] ve spojení se zásadou rovného a nediskriminačního zacházení s hospodářskými subjekty a zásadou transparentnosti, jež jsou uvedeny v článku 2 této směrnice, aby hospodářský subjekt v rámci objasnění či doplnění dokladů uvedl jiné realizované zakázky (tj. uskutečněné dodávky), než jsou ty, které uvedl v seznamu dodávek, jež tvoří přílohu nabídky; může zejména poukazovat na zakázky realizované jiným hospodářským subjektem, pokud v nabídce neuvedl, že disponuje prostředky tohoto subjektu?

Druhá otázka:

Je nutno článek 51 [směrnice 2004/18] vykládat ve světle rozsudku Soudního dvora ze dne 10. října 2013, Manova (C-336/12), z něhož vyplývá, že „[z]ásada rovného zacházení musí být vykládána v tom smyslu, že nebrání tomu, aby veřejný zadavatel požadoval od uchazeče po uplynutí lhůty pro předložení žádostí o účast na zadávacím řízení poskytnutí dokumentů popisujících situaci tohoto uchazeče – jako je např. zveřejněná rozvaha – u nichž lze objektivně ověřit, zda existovaly již před uplynutím lhůty stanovené pro předložení žádosti o účast na zadávacím řízení, pokud dokumentace týkající se příslušné veřejné zakázky nepožadovala jejich poskytnutí výslovně pod hrozbou vyloučení žádosti o účast“, v tom smyslu, že doplnění dokladů je přípustné pouze v případě, že se týká dokladů, u nichž lze objektivně ověřit, že existovaly již před uplynutím lhůty pro předkládání nabídek nebo žádostí o účast na zadávacím řízení, nebo v tom smyslu, že Soudní dvůr uvedl pouze jednu z možností a doplnění dokladů je možné i v jiných případech, např. dodatečným předložením dokladů, které před uplynutím této lhůty neexistovaly, avšak mohou objektivně doložit splnění předpokladu pro účast?

Třetí otázka:

Je-li na druhou otázku nutno odpovědět v tom smyslu, že doplněny mohou být i jiné doklady než doklady uvedené v rozsudku Manova (C-336/12), lze pak pro doplnění předložit i doklady, které pocházejí od hospodářského subjektu, subdodavatele nebo od jiného hospodářského subjektu, jehož schopnosti předmětný hospodářský subjekt využije, pokud tyto doklady nebyly předloženy spolu s nabídkou?

Čtvrtá otázka:

Připouští článek 44 ve spojení s čl. 48 odst. 2 písm. a) [směrnice 2004/18] a se zásadou rovného zacházení s hospodářskými subjekty uvedenou v článku 2 této směrnice využití schopností jiného hospodářského subjektu, které je uvedeno v čl. 48 odst. 3, a to prostřednictvím odvolání na souhrn znalostí a zkušeností dvou hospodářských subjektů, které samy o sobě nedisponují znalostmi a zkušenostmi požadovanými veřejným zadavatelem, pokud jsou tyto zkušenosti nedělitelné (tj. podmínka pro účast na zadávacím řízení musí být zcela splněna hospodářským subjektem) a realizaci zakázky nelze rozdělit (tvoří jeden celek)?

Pátá otázka:

Připouští článek 44 ve spojení s čl. 48 odst. 2 písm. a) [směrnice 2004/18] a se zásadou rovného zacházení s hospodářskými subjekty uvedenou v článku 2 této směrnice využití zkušeností skupiny hospodářských subjektů tak, že hospodářský subjekt, který realizoval zakázku jako člen skupiny hospodářských subjektů, se může na realizaci touto skupinou odvolávat bez ohledu na to, jaký byl jeho podíl na této realizaci, nebo se může odvolávat pouze na vlastní, skutečně získané zkušenosti, které si osvojil při realizaci příslušné části zakázky, jež mu byla přidělena v rámci této skupiny?

Šestá otázka:

Lze čl. 45 odst. 2 písm. g) [směrnice 2004/18], podle něhož může být z účasti na zadávacím řízení vyloučen hospodářský subjekt, který se dopustil vážného zkreslení při poskytování informací nebo informace nepodal, vykládat v tom smyslu, že ze zadávacího řízení bude vyloučen hospodářský subjekt, který poskytl nepravdivé informace, jež měly nebo mohly mít vliv na výsledek zadávacího řízení, za předpokladu, že vina za příslušné zkreslení vyplývá již z poskytnutí nepravdivých informací veřejnému zadavateli, které má vliv na rozhodnutí veřejného zadavatele o vyloučení hospodářského subjektu (a odmítnutí jeho nabídky), bez ohledu na to, zda hospodářský subjekt jednal úmyslně a cíleně, nebo zda jednal neúmyslně, z lehkovážnosti či nedbalosti nebo nejednal s náležitou péčí? Lze mít za to, že se hospodářský subjekt „dopustil vážného zkreslení při poskytování informací [...] nebo že

informace nepodal“, pouze v případě, že hospodářský subjekt poskytl nepravdivé informace (jež nebyly v souladu se skutečností), nebo také v případě, že hospodářský subjekt sice uvedl informace správné, avšak způsobem, jehož účelem bylo, aby veřejný zadavatel dospěl k přesvědčení, že hospodářský subjekt splňuje jím stanovené předpoklady, ačkoli tomu tak není?

Sedmá otázka:

Připouští článek 44 ve spojení s čl. 48 odst. 2 písm. a) [směrnice 2004/18] a se zásadou rovného zacházení s hospodářskými subjekty uvedenou v článku 2 této směrnice, aby hospodářský subjekt využil zkušenosti tak, že se odvolá souhrnně na dvě či více smluv jako na zakázku jedinou, ačkoli zadavatel tuto možnost ani v oznámení ani v zadávací dokumentaci neuvedl?“

21. Písemná vyjádření předložily polská a italská vláda a Komise. Polská vláda, Komise a Województwo Łódzkie v původním řízení se zúčastnily jednání konaného dne 21. září 2016.

IV – Posouzení

A – *K první (a také druhé a třetí) otázce*

22. Předmětem první otázky předkládajícího soudu je, zda je s ohledem na články 2 a 51 směrnice přípustné, aby se uchazeč po uplynutí lhůty pro předkládání nabídek odvolal na zkušenosti třetí osoby, která nebyla uvedena v původní nabídce.

23. Předmětem druhé a třetí otázky je, zda je uchazeč s ohledem na rozsudek Manova³ oprávněn předložit dokumenty dokládající jeho schopnost využít zkušenosti třetí osoby (v projednávané věci společnosti Medinet) i po uplynutí lhůty pro předkládání nabídek.

24. Pokud jde o první otázku, mám za to, že z níže uvedených důvodů není doplnění takových zkušeností obecně přípustné. S ohledem na tuto odpověď není nutné se podrobněji zabývat druhou ani třetí otázkou.

25. Článek 51 směrnice stanoví, že veřejní zadavatelé mohou vyzvat hospodářské subjekty, aby „doplňily nebo objasnily“ doklady, které předložily. Uvedený výraz „doplňily nebo objasnily“ je patrně dosti flexibilní. Podle ustálené judikatury⁴ však zásada rovného zacházení a povinnost transparentnosti v rámci řízení o zadávání veřejných zakázek brání jakémukoli jednání mezi veřejným zadavatelem a některým z uchazečů. Obecně tedy platí, že pokud veřejný zadavatel považuje nabídku za nepřesnou nebo neodpovídající technickým specifikacím uvedeným v zadávací dokumentaci, nemůže od uchazeče vyžadovat, aby poskytl objasnění, či dokonce vyvolat dojem, že by připustil změnu nabídky⁵.

26. Nicméně směrnice nebrání „tomu, aby údaje týkající se nabídky mohly být přesně opraveny nebo doplněny, zejména když je zřejmé, že vyžadují pouhé objasnění nebo že je třeba odstranit zjevné věcné chyby“, za předpokladu, že nepředstavují novou nabídku⁶. Lze předpokládat, že uchazeči budou postupovat s řádnou péčí⁷, je však třeba zamezit přílišnému formalismu⁸. To je obzvláště důležité vzhledem k nutnosti zajistit otevřenost a konkurenční povahu zadávacích řízení.

3 — Rozsudek ze dne 10. října 2013 (C-336/12, EU:C:2013:647).

4 — Viz rozsudky ze dne 29. března 2012, SAG ELV Slovensko a další (C-599/10, EU:C:2012:191, bod 36), ze dne 10. října 2013, Manova (C-336/12, EU:C:2013:647, bod 31) a ze dne 7. dubna 2016, Partner Apelski Dariusz (C-324/14, EU:C:2016:214, bod 62).

5 — Rozsudek ze dne 29. března 2012, SAG ELV Slovensko a další (C-599/10, EU:C:2012:191, bod 41).

6 — Viz rozsudky ze dne 7. dubna 2016, Partner Apelski Dariusz (C-324/14, EU:C:2016:214, body 63 a 64), ze dne 29. března 2012, SAG ELV Slovensko a další (C-599/10, EU:C:2012:191, bod 40), a ze dne 10. října 2013, Manova (C-336/12, EU:C:2013:647, body 32 až 36).

7 — Rozsudek ze dne 29. března 2012, SAG ELV Slovensko a další (C-599/10, EU:C:2012:191, bod 38).

8 — Rozsudek ze dne 6. listopadu 2014, Cartiera dell'Adda (C-42/13, EU:C:2014:2345, bod 45).

27. Možnost předložení dodatečných informací po uplynutí lhůty pro předkládání nabídek je tedy nutno považovat za výjimečnou, nikoli však vyloučenou. Vzniká tedy otázka, kudy přesně vede hranice přípustnosti takové výjimky.

28. Mám za to, že přístup Soudního dvora lze nejlépe vystihnout následující metaforou: informace a dokumentace předložené uchazečem do okamžiku uplynutí lhůty pro předkládání nabídek představují jakousi momentku. Veřejný zadavatel může vzít v úvahu jen takové informace a dokumentaci, které již jsou v takové momentce zahrnuty. To však nebrání zadavateli, aby si přiblížil a zvětšil jakékoli detaily obrazu, které byly mírně zastřené, a vyžádal si případně stejný obraz ve větším rozlišení, kde již budou potřebné detaily jasně viditelné. Základní informace však musí být obsaženy – i když třeba v nižším rozlišení – již v původní momentce.

29. V tomto smyslu mám za to, že uchazeč v zásadě nemá možnost prokázat, že splňuje technické či odborné požadavky v daném zadávacím řízení, tím, že využije zkušenosti třetích osob, jež nebyly uvedeny před uplynutím lhůty pro předkládání nabídek. Takové informace jednoduše nebyly součástí původního obrazu.

30. Dovolává-li se tedy uchazeč zkušeností takové třetí osoby, nejde o pouhé objasnění či formalitu. Jedná se totiž o podstatnou změnu nabídky. Mění se samotná totožnost subjektů, které mají dané dílo provést, nebo přinejmenším jejichž zkušeností se uchazeč dovolává. Jde o podstatnou změnu, která ovlivňuje klíčový prvek řízení⁹. Jak navíc podotkla Komise, taková změna může vyžadovat další ověření ze strany veřejného zadavatele, a mohla by dokonce ovlivnit výběr zájemců, kteří budou vyzváni k předložení nabídek.

31. Obecně by připuštění takových úprav mohlo mít zajisté vliv na soutěžní proces. Uchazeč musí učinit rozhodnutí, zda využije vlastních zkušeností nebo zkušeností třetí osoby, v určitý okamžik a na základě informací, které má aktuálně k dispozici. Pokud by dostal uchazeč později druhou možnost učinit takové podnikatelské rozhodnutí, získal by tak dozajista výhodu, která by byla v rozporu s požadavkem rovného zacházení. Například znalosti počtu či totožnosti soutěžitelů nebo znalosti o pozdějším poklesu trhu by mohly uchazeče přimět k tomu, aby si našel partnera s většími zkušenostmi a zvýšil tak své šance¹⁰.

32. Další oporu pro tento závěr lze nalézt obdobně ve věcech týkajících se úpravy složení konsorcia uchazečů po uplynutí lhůty pro předkládání nabídek. V nedávné věci Højgaard konsorcium dvou společností bylo sice předběžně vybráno a předložilo nabídku ve veřejném zadávacím řízení, ale před vlastním zadáním zakázky bylo zrušeno. Jedna z obou zúčastněných společností, společnost Aarsleff, poté požádala o souhlas se změnou spočívající v tom, že vstoupí namísto zmíněného konsorcia do řízení v postavení předběžně vybraného uchazeče. Její žádosti bylo vyhověno a společnosti Aarsleff byla následně zakázka zadána. Toto rozhodnutí bylo napadeno u vnitrostátních soudů a Soudnímu dvoru byla položena předběžná otázka ohledně slučitelnosti změny ve složení konsorcia se zásadou rovného zacházení.

33. Soudní dvůr ve svém rozsudku uvedl, že stanovení pravidel týkajících se změn složení konsorcia během zadávacího řízení přísluší obecně členským státům¹¹. Aby však bylo zajištěno dodržení zásady rovného zacházení, bylo nutné, aby společnost Aarsleff sama splňovala kritéria pro předběžný výběr¹².

9 — Obdobně viz rozsudek ze dne 6. listopadu 2014, *Cartiera dell'Adda* (C-42/13, EU:C:2014:2345, bod 45), kde byly změny týkající se totožnosti osoby označené jako technický ředitel považovány za více než čistě formální, a zakládaly tedy dostatečný důvod pro vyloučení uchazeče.

10 — Obdobně viz stanovisko generálního advokáta P. Mengozziho ve věci *MT Højgaard a Züblin* (C-396/14, EU:C:2015:774, bod 80 a následující).

11 — Rozsudek ze dne 24. května 2016, *MT Højgaard a Züblin* (C-396/14, EU:C:2016:347, bod 35).

12 — Rovněž viz rozsudek ze dne 23. ledna 2003, *Makedoniko Metro a Michaniki* (C-57/01, EU:C:2003:47). V uvedené věci mělo konsorcium uchazečů v úmyslu po předložení nabídek rozšířit počet svých členů. To však neumožňovalo formálně vnitrostátní právo. Soudní dvůr došel k závěru, že takový zákaz je slučitelný se směrnicí Rady 92/50/EHS ze dne 18. června 1992 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na služby (Úř. věst. 1992, L 209, s. 1; Zvl. vyd. 06/01, s. 322) (směrnice předcházející směrnici 2004/18).

34. Obdobně, vyzve-li veřejný zadavatel uchazeče, aby odstranil ze seznamu svých zkušeností určité položky, může se uchazeč samozřejmě i nadále odvolávat na zbývající položky. Nemůže však na seznam doplnit nové zkušenosti třetí osoby¹³.

35. Navrhuji proto odpovědět na první otázku vnitrostátního soudu v tom smyslu, že hospodářský subjekt nemůže poprvé uplatnit zkušenosti třetí osoby až po lhůtě pro předkládání nabídek. Vzhledem k této odpovědi jsou druhá a třetí otázka vnitrostátního soudu (týkající se podmínek, za kterých lze předkládat doklady o takových zkušenostech třetí osoby) do značné míry irelevantní. Pokud totiž nemůže hospodářský subjekt vůbec využít zkušenosti třetí osoby, nedává žádný smysl, aby předložil závazek takové třetí osoby nebo doklady o jejích zkušenostech.

36. Ve světle výše uvedeného navrhuji odpovědět na první tři otázky vnitrostátního soudu takto:

Článek 51 směrnice 2004/18 ve spojení se zásadou rovného a nediskriminačního zacházení s hospodářskými subjekty a zásadou transparentnosti, jež jsou uvedeny v článku 2 směrnice, nepřipouští, aby se hospodářský subjekt v rámci objasnění či doplnění dokladů odvolával na zakázky realizované třetími osobami, které neuvedl v seznamu dodávek, jež tvoří přílohu nabídky, nebo aby předložil závazek takové třetí osoby poskytnout uchazeči své prostředky.

B – Ke čtvrté otázce

37. Předmětem čtvrté otázky je požadavek obsažený v zadávací dokumentaci v projednávané věci, aby uchazeči doložili realizaci „alespoň dvou zakázek“, a to v obou případech jak v „bílé“, tak v „šedé“ oblasti, jak je popsáno výše v bodě 13 tohoto stanoviska. Na žádost veřejného zadavatele o objasnění poukázala společnost KK na dvě dodávky Medinet a dodávku Nowy Sącz.

38. Na základě výše uvedeného chce vnitrostátní soud v zásadě zjistit, zda lze zkušenosti vyplývající z dodávek Medinet a dodávky Nowy Sącz využít ke splnění požadavku na realizaci „alespoň dvou zakázek“, a to v souladu s článkem 44 a čl. 48 odst. 2 písm. a) směrnice a zásadou rovného zacházení podle článku 2 směrnice.

39. Ze znění směrnice jasně vyplývá, že v rámci zadávacích řízení mohou hospodářské subjekty obecně využít schopnosti jiných subjektů¹⁴. Uvedené obecné pravidlo je rovněž slučitelné s cílem otevření veřejných zakázek hospodářské soutěži¹⁵ a bylo opakovaně potvrzeno Soudním dvorem¹⁶. Schopnosti, jichž hospodářský subjekt využívá, mohou tedy být „rozčleněny“ nebo „rozděleny“ mezi různé subjekty, samozřejmě s tím, že daný hospodářský subjekt bude mít následně v praxi k dispozici nezbytné prostředky takových jiných subjektů¹⁷.

40. Za účelem zajištění „minimální způsobilosti“ či „minimálních úrovní způsobilosti“¹⁸ může být nicméně využití třetích osob výjimečně omezeno. Tak tomu bude, pokud jde o „stavební práce, které se vyznačují zvláštnostmi vyžadujícími určitou schopnost, kterou nelze získat shromážděním menších schopností několika hospodářských subjektů“. Takový případný požadavek musí být „vztažen k předmětu dotčené veřejné zakázky a být tomuto předmětu úměrný“¹⁹.

13 — Tato otázka sice není předmětem projednávané věci, nevylučuji však, že by uchazeč mohl případně využít jiných svých zkušeností.

14 — Například viz čl. 4 odst. 2 (využití konsorcií), článek 25 (subdodávky) a čl. 48 odst. 3 (využití třetích osob) směrnice.

15 — Viz rozsudek ze dne 10. října 2013, Swm Costruzioni 2 a Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, bod 34 a citovaná judikatura).

16 — Například viz rozsudky ze dne 10. října 2013, Swm Costruzioni 2 a Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, body 30 až 32); ze dne 2. prosince 1999, Holst Italia SpA (C-176/98, EU:C:1999:593, body 26 a 27), a ze dne 18. března 2004, Siemens a ARGE Telekom (C-314/01, EU:C:2004:159, bod 43).

17 — Článek 48 odst. 3 směrnice.

18 — Článek 44 odst. 2 směrnice.

19 — Rozsudek ze dne 10. října 2013, Swm Costruzioni 2 a Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, bod 35), odrážející znění čl. 44 odst. 2 směrnice.

41. Zadávací dokumentace v projednávané věci vyžaduje realizaci „alespoň dvou zakázek“ v určité konkrétní oblasti (INS). Z výše uvedeného rozboru vyplývá, že zmiňovaný požadavek lze uložit ve formě minimálního požadavku a vyloučit využití třetích osob, bude-li to „vztaženo k předmětu dotčené zakázky a tomuto předmětu úměrné“.

42. Zda tomu tak je či není, je skutková otázka, jejíž zodpovězení přísluší vnitrostátnímu soudu.

43. Vnitrostátní soud nicméně naznačuje, že existuje jakýsi kvalitativní rozdíl mezi zadávací dokumentací, která vyžaduje existenci souhrnných a opakovaných zkušeností v jedné oblasti, na straně jedné a dokumentací, která vyžaduje doložení zkušenosti v různých samostatných oblastech, na straně druhé.

44. Souhlasím, že intuitivně takový rozdíl skutečně existuje. Je pravda, že spojení zkušeností z různých oblastí nebude vždy možné – nenahraditelnými se totiž mohou ukázat průřezové zkušenosti z různých oblastí či komplexní zkušenosti s integrovanými systémy. Takové interdisciplinární propojení je však patrně méně problematické než pouhé sčítání let zkušeností či jednotlivých zakázek. Společnost realizující druhou zakázku ve stejné oblasti bude postupovat na základě svých předchozích zkušeností, případně i s novými, odlišnými poznatky²⁰.

45. Právní pravidlo však v konečném důsledku zůstává v obou případech stejné. Míra, v jaké lze zkušenosti jednoho hospodářského subjektu, který realizoval dvě zakázky, nahradit zkušenostmi dvou subjektů, jež oba realizovaly jen jednu zakázku, je skutkovou otázkou, jejíž zodpovězení přísluší vnitrostátnímu soudu.

46. Vnitrostátní soud ve své otázce výslovně uvádí, že relevantní zkušenosti „jsou nedělitelné“ a realizaci zakázky „nelze rozdělit“. Z toho vyplývá, že vnitrostátní soud již došel k závěru, že a) možnost společného využití zkušeností je vyloučena a b) toto vyloučení je „vztaženo k předmětu zakázky a tomuto předmětu úměrné“. Jakkoli výše uvedené skutečně platí, připouštět ustanovení směrnice citovaná vnitrostátním soudem, aby veřejný zadavatel vyloučil možnost využití prostředků jiného subjektu ve formě spojení znalostí a zkušeností dvou subjektů.

47. Ve světle výše uvedeného navrhuji odpovědět na čtvrtou otázku vnitrostátního soudu takto:

Článek 44 ve spojení s čl. 48 odst. 2 písm. a) směrnice 2004/18 a se zásadou rovného zacházení uvedenou v článku 2 směrnice nepřipouští, aby hospodářský subjekt využil ve smyslu čl. 48 odst. 3 směrnice znalosti a zkušenosti jiného subjektu, pokud veřejný zadavatel tuto možnost výslovně vyloučil. Takové vyloučení však musí být vztaženo k předmětu dotčené zakázky a být tomuto předmětu úměrné.

C – K páté otázce

48. Svou pátou otázkou žádá vnitrostátní soud o vyjasnění podmínek, za kterých může hospodářský subjekt využít předchozích zkušeností získaných skupinou společností, jíž byl členem. Uvedená otázka souvisí s tím, že dodávka Nowy Sącz a dodávka Słupsk byly v projednávané věci realizovány konsorciem dvou společností, KK a KIT. Mám tedy za to, že vnitrostátní soud se snaží zjistit, zda může společnost KK využít takových zkušeností na podporu své nabídky bezpodmínečně, nebo zda je v tomto směru důležitá úloha společnosti KK v uvedených dodávkách²¹.

20 — Jako příklad mohu uvést situaci, kdy budu hledat právníka s devíti lety praxe v oblasti daňového práva, práva obchodních společností a obchodního práva a kdy mohu namísto toho přijmout tři právníky, každého s devíti lety praxe v jedné z uvedených oblastí. Problematictější by však již bylo přijetí třech právníků se třemi lety praxe ve všech třech oblastech dohromady. A rozhodně bych pak nepřijal devět právníků, každého pouze s jedním rokem praxe.

21 — Z žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce vyplývá, že společnost KK nemá jakkoli v úmyslu využít zkušenosti společnosti KIT jako „jiného subjektu“ ve smyslu čl. 48 odst. 3 směrnice, nýbrž uplatňuje zkušenosti, které ona sama získala v rámci dotčeného konsorcia.

49. Mám za to, že konkrétní úloha a související zkušenosti člena konsorcia mají skutečně zásadní význam.

50. Článek 44 a čl. 48 odst. 2 písm. a) směrnice předpokládají, že nabídky budou hodnoceny, mimo jiné, na základě zkušeností doložených seznamem stavebních prací a dodávek uskutečněných v posledních letech. Mít zkušenosti nezbytné k realizaci zakázky není zjevně totéž, jako znát někoho, kdo takové zkušenosti má. Obdobně nemůže subjekt získat zkušenosti jednoduše tím, že formálně bude smluvní stranou dané zakázky nebo součástí konsorcia.

51. Předkládající soud tuto skutečnost výstižně dokládá příkladem konsorcia třech společností, které realizuje stavbu dálnice: banka (která projekt financuje), stavební společnost (která uskutečňuje vlastní výstavbu) a poskytovatel služeb (který poskytuje právní, správní a účetní podporu). Je zjevné, že financováním takového projektu nezíská banka zkušenosti nezbytné k výstavbě dálnice.

52. Přesná úloha každé společnosti a zkušenosti jí získané však budou v konečném důsledku záviset na konkrétních okolnostech. Je například možné, že postavení hlavní finanční instituce měla sice zmíněná banka, ale zároveň se na tomto aspektu projektu úzce podílel i poskytovatel služeb, který tak získal určitou míru zkušeností v této oblasti. Taková míra zkušeností může být v rámci jiného zadávacího řízení na jiný projekt zcela vhodná a postačující. Anebo také nemusí. Jedná se o skutkové otázky.

53. Obdobně bude skutkovou otázkou, kterou musí zodpovědět vnitrostátní soud, i přesná úloha, již hrála společnost KK v dodávce Nowy Sącz (a dodávce Słupsk)²², a otázka, zda taková úloha odpovídá požadavku na zkušenosti v rámci oznámení o veřejné zakázce.

54. Výše uvedené poznámky se konečně týkají situace, kdy hospodářský subjekt prezentuje předchozí dodávky realizované skupinou hospodářských subjektů *výslovně jako vlastní zkušenosti*. Tím není dotčena možnost hospodářského subjektu využít schopnosti třetích osob, jak je stanoveno například v čl. 48 odst. 3 směrnice a podrobněji rozebráno výše v bodě 39 tohoto stanoviska.

55. Ve světle výše uvedeného navrhuji odpovědět na pátou otázku vnitrostátního soudu takto:

Článek 44 a čl. 48 odst. 2 písm. a) směrnice 2004/18 je třeba vykládat v tom smyslu, že hospodářský subjekt, který realizoval zakázku jakožto člen skupiny hospodářských subjektů, může využít jako vlastní zkušenosti pouze zkušenosti, které sám získal při realizaci uvedené zakázky. Tímto závěrem není dotčena možnost, aby hospodářský subjekt využil schopnosti třetích osob, a to za podmínek stanovených směrnicí.

D – K sedmé otázce

56. Předmětem sedmé otázky je to, že dodávka Słupsk sestávala v projednávané věci ze dvou samostatných zakázek, ze kterých vyplývaly navzájem se doplňující zkušenosti (v „bílé“ a „šedé“ oblasti), kdežto oznámení o veřejné zakázce a zadávací dokumentace zmiňují zakázky, které byly realizovány společně v bílé i šedé oblasti²³.

57. Na základě výše uvedeného žádá vnitrostátní soud o vyjasnění podmínek, za kterých lze uplatňovat společně zkušenosti získané v rámci dvou samostatných zakázek s cílem vyhovět požadavku, který nebyl výslovně označen za dělitelný.

22 — Województwo Łódzkie potvrdilo na jednání, že společnost KK se již formálně nedovolává dodávky Słupsk.

23 — Pokud by se společnost KK již nadále nedovolávala realizace dodávky Słupsk, lze tuto otázku považovat za hypotetickou. Jelikož však ze žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce jednoznačně nevyplývá, že se daný hospodářský subjekt již dodávky Słupsk dále nedovolává, použije se obecná domněnka relevance této předběžné otázky.

58. Z důvodů, které dále rozvádím níže, mám za to, že odpověď na tuto otázku zní, že by hospodářské subjekty měly obecně mít možnost takto spojit „rozdělené“ zkušenosti. Úplné vyloučení takové možnosti ze strany veřejného zadavatele by mělo být výjimkou.

59. Z výše uvedených navrhovaných odpovědí na čtvrtou a pátou otázku vyplývá mimo jiné, že směrnice přesně nestanoví, jak či kým musí být relevantní zkušenosti získány. S výhradou splnění určitých podmínek je tedy například obecně přípustné, aby hospodářský subjekt využil zkušenosti získané: a) v rámci smluv, které uzavřel sám; b) v rámci smluv, které uzavřela skupina hospodářských subjektů, jíž je součástí; nebo c) v rámci smluv uzavřených třetími osobami.

60. Zásadní je, zda celkové zkušenosti, jež může daný hospodářský subjekt skutečně využít, ať už se jedná o jeho vlastní zkušenosti nebo zkušenosti třetí osoby, postačují k realizaci zakázky.

61. To, že dané zkušenosti byly formálně získány v rámci dvou či více samostatných zakázek, a nikoli v rámci jediné smlouvy, by tedy obvykle nemělo být podstatné. Postačují-li spojené zkušenosti k realizaci zakázky, musí výše uvedené stačit.

62. Požadavky v rámci zadávacího řízení lze totiž splnit spojením schopností či zkušeností rozdělených mezi *různé hospodářské subjekty*. *A fortiori* by bylo jednoduše nelogické vyloučit zásadně možnost spojení schopností či zkušeností získaných *stejným hospodářským subjektem* v souvislosti s *různými zakázkami*.

63. Možnost spojit zkušenosti různých hospodářských subjektů lze omezit tehdy, je-li takové omezení „vztážen[o] k předmětu zakázky a [je] tomuto předmětu úměrné“²⁴. Mám za to, že takové odůvodnění a taková omezení lze obdobně použít i na rozdělení zkušeností mezi více zakázek realizovaných stejným hospodářským subjektem. Veřejný zadavatel tedy může v zásadě uvést, že určité požadavky na zkušenosti lze splnit pouze na základě jednotlivých zakázek, přičemž v rámci každé z daných zakázek byly získány zkušenosti v různých oblastech. Takový požadavek však musí být rovněž nezbytný, úměrný předmětu zakázky a k tomuto předmětu vztážený.

64. Přísluší předkládajícímu soudu, aby určil, zda zkušenosti požadované v dotčeném konkrétním zadávacím řízení tyto podmínky splňují. Za zdůraznění však stojí následující obecné úvahy.

65. Zprvce zadávací řízení by v zásadě měla být otevřená hospodářské soutěži²⁵. S ohledem na uvedený účel musí být vyloučení možnosti využít zkušenosti třetí osoby výjimkou. Výjimkou by mělo být i vyloučení „rozdělených“ zkušeností. Není-li tedy výše uvedené vyloučeno v oznámení o veřejné zakázce či zadávací dokumentaci, nelze existenci takového vyloučení jednoduše dovozovat. Musí být jasně uvedeno.

66. Zadruhé vnitrostátní soud konkrétně odkazuje na článek 2 směrnice, který stanoví též zásadu rovného zacházení. Mám za to, že uvedená zásada by neměla činit žádné problémy, pokud jde o společné využití zkušeností získaných v rámci samostatných zakázek, do té míry, pokud a) má možnost využít takových zakázek v zásadě *kterýkoli* hospodářský subjekt předkládající nabídku, nebo b) nemůže tak učinit *žádný* hospodářský subjekt (v případě, že tato možnost byla veřejným zadavatelem vyloučena).

24 — Viz bod 40 tohoto stanoviska.

25 — Viz bod 25 tohoto stanoviska.

67. Zatřetí, nebylo-li společné využití zkušeností vyloučeno, přísluší veřejnému zadavateli, aby s výhradou přezkoumání ze strany vnitrostátních soudů určil, zda spojené zkušenosti získané ze dvou či více zakázek v daném konkrétním případě postačují ke splnění požadavků stanovených v zadávací dokumentaci. I v případě, kdy lze v zásadě spojit dvě či více zakázek, mohou totiž být v konkrétním případě takové spojené zkušenosti jednoduše nedostatečné. Při tomto posouzení je třeba vzít v úvahu všechny relevantní aspekty, včetně například vztahu mezi různými zakázkami²⁶ a konkrétních požadavků²⁷.

68. Ve světle výše uvedeného navrhuji odpovědět na sedmou otázku vnitrostátního soudu takto:

Článek 44 a čl. 48 odst. 2 písm. a) směrnice 2004/18 ve spojení se zásadou rovného zacházení uvedenou v článku 2 směrnice připouští, aby hospodářský subjekt využil zkušenosti v tom smyslu, že se odvolá společně na dvě či více smluv jako jedinou veřejnou zakázku, ledaže takovou možnost veřejný zadavatel výslovně vyloučil. Jakékoli takové vyloučení musí být vztaženo k předmětu dotčené zakázky a být tomuto předmětu úměrné.

E – K šesté otázce

69. Předmětem šesté otázky vnitrostátního soudu je, zda může být uchazeč vyloučen z důvodu, že se „dopustil vážného zkreslení“ (poskytnutím nebo neposkytnutím informací) podle čl. 45 odst. 2 písm. g) směrnice, bez ohledu na subjektivní stránku takového jednání. Uvedený soud se rovněž táže, zda toto ustanovení připouští vyloučení nabídky, pokud uchazeč ve skutečnosti nesplňuje podmínky veřejné zakázky, ale upraví předkládané, formálně správné informace tak, aby vyvolal dojem splnění uvedených podmínek.

70. Znění čl. 45 odst. 2 písm. g) připouští možnost²⁸, aby členský stát v některých případech zkreslení informací přistoupil k vyloučení uchazeče. K takovému zkreslení může dojít, jsou-li poskytnuty či neposkytnuty informace „vyžadované“ například za účelem prokázání schopností uchazeče.

71. S ohledem na přirozený význam daného textu se tedy čl. 45 odst. 2 písm. g) týká situací, kdy hospodářský subjekt neposkytne informace či poskytne určité informace takovým způsobem, že veřejný zadavatel dojde k nesprávnému závěru o jeho schopnostech.

72. Ne každé zkreslení je důvodem pro vyloučení. Z použití výrazu „vážné“ nebo „vážně“ vyplývá, že k použití čl. 45 odst. 2 písm. g) nepostačuje pouhé poskytnutí nesprávných informací a že musí být překročena určitá hranice závažnosti.

73. Není však jasné, jak takovou závažnost určit. Porovnání různých jazykových verzí jen zvyšuje nejednoznačnost v tomto ohledu. V některých jazykových verzích je výraz označující závažnost spojen s výrazem „dopustit se“ či „být vinen“²⁹, který lze patrně vykládat jako požadavek na existenci určité subjektivní stránky jednání či určité míry nedbalosti. V jiných jazykových verzích je výraz označující závažnost spojen se zkreslením, z čehož vyplývá, že středobodem je zde jednání samotné či jeho důsledky³⁰.

26 — Jakékoli formální vztahy mezi zakázkami a jejich podobnosti, pokud jde o rozsah, objednatel či termín realizace, apod.

27 — Integrovaná povaha požadované služby, termín dodání a jakékoli odpovídající požadavky na minimální způsobilost apod.

28 — „[...] může být vyloučen každý hospodářský subjekt [...]“ (kurziva provedena autorem stanoviska).

29 — Ve francouzské, italské, španělské a nizozemské verzi: „gravement coupable“; „gravamente colpevole“; „gravamente culpable“, „in ernstige mate schuldig“.

30 — V anglické, německé a české verzi: „guilty of serious misrepresentation“; „in erheblichem Maße falscher Erklärungen schuldig“; „který se dopustil vážného zkreslení“. V jiných jazykových verzích, zejména slovenské, však odkaz na závažnost zcela chybí, ať už ve vztahu k subjektivní stránce jednání nebo k důsledkům jednání – „bol uznaný vinným zo skresľovanie skutočností“.

74. Určité vodítko může poskytnout článek 45 odst. 2 poslední pododstavec směrnice. Posledně jmenované ustanovení ukládá členským státům, aby v souladu se svým vnitrostátním právem upřesnily „podmínky pro uplatňování“ čl. 45 odst. 2. Článek 45 odst. 2 písm. g) lze tedy vykládat v tom smyslu, že stanoví minimální podmínky pro určení existence zkreslení, jež je natolik vážné, aby umožňovalo členským státům vyloučit uchazeče. Jeho účelem však není úplná harmonizace uvedeného pojmu³¹. Tento výklad též odpovídá úzkému výkladu důvodů pro vyloučení a nutnosti posoudit jednotlivě situaci každého hospodářského subjektu.

75. Čemu odpovídá taková minimální míra závažnosti? Z následujících důvodů mám za to, že by se výraz „závažnost“ měl vztahovat na (objektivní) důsledky poskytnutí nebo neposkytnutí informací, bez ohledu na (subjektivní) stránku či úmysl osoby, která je poskytuje.

76. Mám za to, že se čl. 45 odst. 2 písm. g) může vztahovat *jen* na jednání či opomenutí, které vede ke vzniku konkurenční výhody, na jejímž základě se může hospodářský subjekt nadále účastnit daného zadávacího řízení, ačkoli jinak by to nebylo možné³². Jinými slovy, nemůže-li mít zkreslení (poskytnutím či neposkytnutím informací) dopad na výsledek řízení, nemůže být platným důvodem pro vyloučení daného hospodářského subjektu. Tuto situaci budu dále označovat jako „podmínku spočívající ve výsledku“.

77. Tento výklad podporují jazykové verze, které zdůrazňují závažnost zkreslení. Lze mít za to, že je slučitelný s verzemi, které zdůrazňují závažnost „viny“. Odráží rovněž cíl spočívající v otevření zadávacího řízení hospodářské soutěži a je v souladu s úzkým výkladem důvodů pro vyloučení. Je-li uchazeč nejvhodnějším uchazečem pro realizaci zakázky, ať již z důvodu nejlepší ceny nebo nejvýhodnější nabídky³³, pak by jeho vyloučení bylo v rozporu s účelem směrnice, kterým je zajistit zadávání zakázek na základě objektivních kritérií a dosažení nejlepšího poměru kvality a ceny³⁴.

78. Z výše uvedeného vyplývá, že podmínka spočívající ve výsledku je podmínkou *sine qua non* pro jakékoli vyloučení na základě zkreslení.

79. Mám navíc za to, že čl. 45 odst. 2 písm. g) může být teoreticky použitelný v *každém případě*, kdy je splněna podmínka spočívající ve výsledku. Může-li totiž poskytnutí nebo neposkytnutí určitých informací ovlivnit výsledek, je již *vážné samo o sobě*. V tomto ohledu může za určitých okolností „zjevná“ či „drobná“ chyba nebo „pouhá chyba v psaní a počtech“ mít neočekávaný důsledek spočívající v podstatné změně výsledku zadávacího řízení. Takové chyby mohou být zcela nezamýšlené. Zároveň však dozajista nebudou drobné či triviální v očích konkurenta, který bude v jejich důsledku v daném zadávacím řízení neúspěšný nebo podstatným způsobem znevýhodněný.

80. Mám tedy za to, že splnění podmínky spočívající ve výsledku samo o sobě *postačuje k tomu, aby bylo možné daný hospodářský subjekt vyloučit* z důvodu zkreslení, aniž by musely být splněny ještě jiné podmínky. Tento výklad pojmu zkreslení, tedy výklad oproštěný od jakýchkoli subjektivních prvků úmyslu na straně uchazeče, podle čl. 45 odst. 2 písm. g) podporují také tři další argumenty.

81. Zprvč čl. 45 odst. 2 písm. g) směrnice neodkazuje ani obecně na subjektivní stránku jednání, či konkrétně na úmysl, hrubou či jinou nedbalost, natož aby tyto pojmy dál rozváděl. Za takových podmínek není namístě pokoušet se vymezit oblast působnosti čl. 45 odst. 2 písm. g) na základě takto složitých pojmů, a to v zásadě bez jakýchkoli podkladů. Již s ohledem na uvedenou skutečnost je nutné

31 — Rovněž viz čl. 45 odst. 2 písm. d) směrnice, který upravuje možnost vyloučení hospodářského subjektu v případě, že se „dopustil vážného profesního pochybení“. Jak podotýká Komise, Soudní dvůr ve své judikatuře týkající se výkladu tohoto ustanovení odkazuje na úlohu členských států při vymezení daného pojmu, avšak zároveň i na podmíněnost použití zmíněného ustanovení určitou mírou závažnosti.

32 — Jež podstatným způsobem ovlivňují například předběžný výběr či zadání zakázky.

33 — Viz čl. 53 odst. 1 směrnice.

34 — Například viz bod 46 odůvodnění směrnice.

vykládat dané ustanovení objektivně, například způsobem, který jsem naznačil výše. Článek 45 odst. 2 navíc stanoví pouze základní podmínky, za kterých unijní právo *umožňuje* vyloučit uchazeče. Odkazuje přitom výslovně na vnitrostátní právní předpisy, jež mají upravit podmínky uplatňování daného ustanovení a které mohou vycházet například z institutů nedbalosti či úmyslu ve vnitrostátním právu.

82. Zadruhé je zde praktický aspekt: lze skutečně přiměřeně očekávat, že se v rámci postupu zadávání veřejných zakázek, kde příslušný správní orgán často jedná ve značné časové tísní a může být nucen vyřídit značný počet rozsáhlých podání, bude tento orgán zkoumat a zjišťovat úmysly právnických osob? Je zcela zjevné, že taková možnost není prakticky uskutečnitelná.

83. Zatřetí, i pokud by byl správní orgán schopen zjistit úmysl právnické osoby, nakolik by takové zjištění bylo skutečně užitečné? Hospodářské subjekty, které se účastní zadávacích řízení, mají obecně postupovat s řádnou péčí³⁵. Předpokládá se jednoduše, že odborník bude jednat s potřebnými znalostmi a náležitou péčí. Vedle úmyslu, by tedy patrně připadaly v úvahu i jiné formy nedbalosti. V takovém případě by však subjektivní stránka jednání nepředstavovala žádné skutečně rozlišující kritérium.

84. Podmínka spočívající ve výsledku je tedy podmínkou *sine qua non* a zároveň sama o sobě postačuje k uplatnění čl. 45 odst. 2 písm. g). Tím však vzniká členským státům pouze *možnost* vyloučit hospodářský subjekt. Podle čl. 45 odst. 2 posledního pododstavce je třeba podrobné podmínky pro vyloučení hospodářských subjektů stanovit na vnitrostátní úrovni.

85. Závěrem ve vztahu k čl. 45 odst. 2 písm. g) směrnice podotýkám, že vnitrostátní soud výslovně vznesl otázku, zda může být zmíněné ustanovení uplatněno v případě tendenčního poskytnutí *správných* informací. Jinými slovy, jejich poskytnutí způsobem, který vyvolává dojem splnění požadavků zadávacího řízení, které ve skutečnosti splněny nejsou. Otázka položená vnitrostátním soudem v tomto ohledu předvídá situaci, kdy hospodářský subjekt nespĺňuje požadavky zadávacího řízení.

86. V takové situaci by byl daný hospodářský subjekt obvykle vyloučen, a to jednoduše z důvodu nesplnění požadavků zadávacího řízení. Takový uchazeč by se mohl nadále účastnit řízení jen tehdy, pokud by jeho nabídka byla upravena tak, aby *splňovala* dané požadavky. Zároveň jen v takovém případě bude třeba vůbec zvažovat možnost vyloučení na základě čl. 45 odst. 2 písm. g) směrnice.

87. Jak jsem uvedl v rámci posouzení první otázky, existují jasná omezení přijatelnosti úprav nabídky po uplynutí lhůty pro předkládání nabídek. Taková omezení mohou být snadno porušena, pokud budou úpravy natolik podstatné, jako tomu bylo v projednávané věci (kde v důsledku provedené změny byly po úpravě nabídky splněny požadavky zadávacího řízení, které před touto úpravou splněny nebyly).

88. Takové úpravy jsou sice teoreticky možné, avšak může být daný hospodářský subjekt i přesto vyloučen z důvodu zkreslení v jeho původní nabídce?

89. Mám za to, že odpověď na tuto otázku je kladná a takový hospodářský subjekt by skutečně *mohl* být vyloučen. Je tomu tak proto, že a) původně neposkytl informace, které jsou vyžadovány podle čl. 48 odst. 2 písm. a) [jedná se o jeden z druhů zkreslení zmiňovaných v čl. 45 odst. 2 písm. g) směrnice] a b) toto opomenutí bylo podstatné v tom smyslu, že mohlo ovlivnit výsledek zadávacího řízení (podmínka spočívající ve výsledku).

35 — Viz rozsudek ze dne 29. března 2012, SAG ELV Slovensko a další (C-599/10, EU:C:2012:191, bod 38).

90. Nejde tedy ani tak o to, že se daný hospodářský subjekt mohl dopustit nějaké „hraniční prezentace“ svých skutečných zkušeností. Jde o to, že bez ohledu na popis svých zkušeností daný subjekt původně neposkytl „vyžadované“ informace podle čl. 48 odst. 2 písm. a) a následným poskytnutím daných informací došlo ke změně výsledku zadávacího řízení.

91. Ve světle výše uvedeného navrhuji odpovědět na šestou otázku vnitrostátního soudu takto:

Lze mít za to, že se hospodářský subjekt dopustil vážného zkreslení podle čl. 45 odst. 2 písm. g) směrnice 2004/18 jen v případech, kdy může být takovým údajným zkreslením ovlivněno rozhodnutí veřejného zadavatele v tom smyslu, že se daný subjekt může nadále účastnit řízení, ačkoli jinak by to nebylo možné. Použití uvedeného ustanovení závisí na poskytnutí nebo neposkytnutí informací vyžadovaných podle kapitoly VII oddílu 2 směrnice 2004/18. Použití čl. 45 odst. 2 písm. g) uvedené směrnice není podmíněno poskytnutím věcně nesprávných informací nebo existencí určité subjektivní stránky jednání na straně daného hospodářského subjektu.

V – Závěry

92. Navrhuji, aby Soudní dvůr odpověděl na předběžné otázky položené Krajowou Izbou Odwoławczou (Národní odvolací senát, Polsko) takto:

První až třetí otázka:

Článek 51 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 (dále jen „směrnice 2004/18“) ve spojení se zásadou rovného a nediskriminačního zacházení s hospodářskými subjekty a zásadou transparentnosti, jež jsou uvedeny v článku 2 této směrnice, nepřipouští, aby se hospodářský subjekt v rámci objasnění či doplnění dokladů odvolával na zakázky realizované třetími osobami, které neuvedl v seznamu dodávek, jež tvoří přílohu nabídky, nebo aby předložil závazek takové třetí osoby poskytnout uchazeči své prostředky.

Čtvrtá otázka:

Článek 44 ve spojení s čl. 48 odst. 2 písm. a) směrnice 2004/18 a se zásadou rovného zacházení uvedenou v článku 2 směrnice nepřipouští, aby hospodářský subjekt využil ve smyslu čl. 48 odst. 3 směrnice znalosti a zkušenosti jiného subjektu, pokud veřejný zadavatel tuto možnost výslovně vyloučil. Takové případné vyloučení však musí být vztaheno k předmětu dotčené zakázky a být tomuto předmětu úměrné.

Pátá otázka:

Článek 44 a čl. 48 odst. 2 písm. a) směrnice 2004/18 je třeba vykládat v tom smyslu, že hospodářský subjekt, který realizoval zakázku jakožto člen skupiny hospodářských subjektů, může využít jako vlastní zkušenosti pouze zkušenosti, které sám získal při realizaci uvedené zakázky. Tímto závěrem není dotčena možnost, aby hospodářský subjekt využil schopnosti třetích osob, a to za podmínek stanovených směrnicí.

Šestá otázka:

Lze mít za to, že se hospodářský subjekt dopustil vážného zkreslení podle čl. 45 odst. 2 písm. g) směrnice 2004/18 jen v případech, kdy může být takovým údajným zkreslením ovlivněno rozhodnutí veřejného zadavatele v tom smyslu, že se daný subjekt může nadále účastnit řízení, ačkoli jinak by to nebylo možné. Použití uvedeného ustanovení závisí na poskytnutí nebo neposkytnutí informací

vyžadovaných podle kapitoly VII oddílu 2 směrnice 2004/18. Použití čl. 45 odst. 2 písm. g) uvedené směrnice není podmíněno poskytnutím věcně nesprávných informací nebo existencí určité subjektivní stránky jednání na straně daného hospodářského subjektu.

Sedmá otázka:

Článek 44 a čl. 48 odst. 2 písm. a) směrnice 2004/18 ve spojení se zásadou rovného zacházení uvedenou v článku 2 směrnice připouští, aby hospodářský subjekt využil zkušenosti v tom smyslu, že se odvolá společně na dvě či více smluv jako jedinou veřejnou zakázku, ledaže takovou možnost veřejný zadavatel výslovně vyloučil. Jakékoli takové vyloučení musí být vztaženo k předmětu dotčené zakázky a být tomuto předmětu úměrné.