



Sbírka soudních rozhodnutí

STANOVISKO GENERÁLNÍHO ADVOKÁTA
MELCHIORA WATHELETA
přednesené dne 3. března 2016¹

Věc C-46/15

**Ambisig – Ambiente e Sistemas de Informação Geográfica SA
proti
AICP – Associação de Industriais do Concelho de Pombal**

[žádost o rozhodnutí o předběžné otázce podaná Tribunal Central Administrativo Sul (centrální správní soud Jih, Portugalsko)]

„Řízení o předběžné otázce — Veřejné zakázky — Směrnice 2004/18/ES — Článek 48 odst. 2 písm. a) bod ii) — Přímý účinek — Zadávací řízení — Hospodářské subjekty — Technická nebo odborná způsobilost — Důkaz“

I – Úvod

1. Žádost o rozhodnutí o předběžné otázce byla podána v rámci sporu mezi Ambisig – Ambiente e Sistemas de Informação Geográfica, SA (dále jen „Ambisig“) a AICP – Associação de Industriais do Concelho de Pombal (dále jen „AICP“).
2. Tato žádost se týká výkladu čl. 48 odst. 2 písm. a) bodu ii) druhé odrážky 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 služby².
3. Toto ustanovení se vztahuje k dokazování technické nebo odborné způsobilosti subjektů, které mají zájem o dotčenou zakázku. Předběžnými otázkami se Tribunal Central Administrativo Sul (centrální správní soud Jih, Portugalsko) dotazuje Soudního dvora na možný přímý účinek tohoto ustanovení a na specifikaci způsobů dokazování, které stanoví.

II – Právní rámec

A – Unijní právo

4. Hlava II směrnice 2004/18 stanoví pravidla vztahující se na veřejné zakázky. Kritéria pro kvalitativní výběr jsou rozvedena v oddílu 2 kapitoly VII, který obsahuje zejména články 45 a 48.
5. Článek 45 odst. 2 písm. g) směrnice 2004/18 stanoví, že z účasti na dotčené zakázce může být vyloučen každý hospodářský subjekt, „který se dopustil vážného zkresení při poskytování informací, které mohou být vyžadovány podle tohoto oddílu“.

1 — Původní jazyk: francouzština.

2 — Úř. věst. L 134, s. 114.

6. Článek 48 směrnice 2004/18 nadepsaný „Technická nebo odborná způsobilost“ zní takto:

„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:

[...]

ii) seznamem hlavních uskutečněných dodávek nebo hlavních služeb poskytnutých v posledních třech letech s částkami, daty a jmény dotčených veřejných či soukromých příjemců. Doklad o provedené dodávce a službách bude poskytnut:

- byl-li příjemcem veřejný zadavatel, ve formě osvědčení vydaných nebo spolupodepsaných příslušným orgánem;
- byl-li příjemcem soukromý kupující, osvědčením kupujícího, nebo pokud to není možné, pouhým prohlášením hospodářského subjektu;

[...]“

B – Portugalské právo

1. Zákon o veřejných zakázkách

7. Směrnice 2004/18 byla provedena do portugalského právního řádu zákonem o veřejných zakázkách (Código dos Contratos Públicos), schváleným legislativním nařízením č. 18/2008 ze dne 29. ledna 2008, ve znění po novelizaci a novém zveřejnění v příloze legislativního nařízení č. 278/2009 ze dne 2. října 2009 (*Diário da República*, 1. řada, č. 192, ze dne 2. října 2009, dále jen „zákon o veřejných zakázkách“).

8. Článek 165 zákona o veřejných zakázkách zní následovně:

„1 – Minimální požadavky v oblasti technické způsobilosti uvedené v bodě h) odstavci 1 předchozího článku musí odpovídat povaze plnění, které je předmětem zakázky, jež má být sjednána, a popisovat situace, vlastnosti, charakteristiky a další prvky skutkové povahy, které se vztahují zejména k:

- a) odborné zkušenosti uchazečů;
- b) lidským zdrojům, technologickému a jinému vybavení a dalším prostředkům používaným uchazeči z jakéhokoli titulu;
- c) organizačnímu modelu a organizačním schopnostem uchazečů, zvláště pokud jde o vedení a zapojení zvláštních dovedností, inforatické podpurné systémy a systémy kontroly jakosti;
- d) způsobilosti uchazečů přijmout opatření environmentálního řízení v rámci provádění zakázky, která má být sjednána;
- e) informacím obsaženým v databázi týkající se podnikatelů vedené Instituto da Construção e do Imobiliário, I. P., jde-li o zadání zakázky na stavební práce nebo udělení koncese na veřejné práce.

[...]

5 – Minimální požadavky v oblasti technické způsobilosti uvedené v odstavci 1 a faktor ,f' uvedený v bodě i) odstavci 1 předchozího článku nesmějí být stanoveny diskriminujícím způsobem.“

2. Oznámení o zakázce

9. Článek 12 oznámení o zakázce stanoví:

„Uchazeči musí pro účely výběru předložit následující dokumenty:

[...]

c) prohlášení zákazníka na hlavičkovém papíře s razítkem, které doloží, že uchazeč zavedl systém environmentálního řízení nebo systém jakosti [vyžadované podle článku 8 oznámení o zakázce] v souladu se vzorem prohlášení obsaženým v příloze VIII tohoto oznámení o zakázce. Prohlášení musí obsahovat ověření podpisu a funkce podepisující osoby provedené notářem, advokátem nebo jiným příslušným subjektem;

[...]

f) prohlášení zákazníka na hlavičkovém papíře s razítkem, které doloží, že uchazeč zavedl systémy řízení, vývoje a zavádění síťové technologické platformy, softwaru pro systémy řízení a koordinační činnosti [vyžadované podle článku 8 oznámení o zakázce], včetně uvedení jejich hodnoty, v souladu se vzorem prohlášení obsaženým v příloze IX tohoto oznámení o zakázce. Prohlášení musí obsahovat ověření podpisu a funkce podepisující osoby provedené notářem, advokátem nebo jiným příslušným subjektem; [...]“.

III – Skutkové okolnosti sporu v původním řízení

10. Podle předkládacího rozhodnutí rozhodlo AICP dne 23. dubna 2013 o zahájení omezeného zadávacího řízení s předběžným výběrem týkajícího se zadání zakázky na poskytnutí služeb zavádění systémů environmentálního řízení, jakosti a technologické platformy.

11. V souladu s čl. 8 odst. 1 písm. a) až c) oznámení o zakázce museli uchazeči splnit kumulativně několik podmínek týkajících se technické způsobilosti.

12. Článek 12 odst. 1 písm. c) a f) téhož oznámení o zakázce stanovil, že uchazeči musí pro účely výběru doložit splnění těchto podmínek prostřednictvím prohlášení zákazníka na hlavičkovém papíře s razítkem. Tato prohlášení musela rovněž obsahovat ověření podpisu a funkce podepisující osoby provedené notářem, advokátem nebo jiným příslušným subjektem.

13. V rámci tohoto zadávacího řízení AICP schválilo dne 30. srpna 2013 závěrečnou zprávu o výběru vypracovanou hodnotícím výborem. Tato zpráva vybrala společnost Índice ICT & Management Lda a další dvě žádosti o účast, mezi nimiž byla i žádost společnosti Ambisig, vyloučila.

14. Toto rozhodnutí bylo z důvodů, které v předkládacím rozhodnutí nejsou uvedeny, zrušeno rozsudkem Tribunal Central Administrativo Sul (centrální správní soud Jih) ze dne 14. listopadu 2013. Posledně uvedený soud mimo jiné uložil AICP, aby ve lhůtě 20 dnů přijalo nové rozhodnutí o výběru řízení, vydalo nové oznámení o zakázce, které nebude obsahovat shledané protiprávnosti, jakož i aby přijalo veškeré akty a opatření s tím spojená.

15. V souladu s tímto rozsudkem AICP rozhodlo dne 10. prosince 2013 o zahájení nového omezeného zadávacího řízení s předběžným výběrem pro účely zadání zakázky na služby týkající se zavádění systémů environmentálního řízení, jakosti a technologické platformy ve třinácti podnicích.

16. Po provedení tohoto nového výběrového řízení se vedení AICP rozhodlo schválit dne 27. března 2014 závěrečnou zprávu o výběru vypracovanou hodnotícím výborem, podle níž byla vybrána žádost o účast společnosti Índice ICT & Management Lda. a žádost o účast podaná společností Ambisig byla vyloučena.

17. Společnost Ambisig podala proti tomuto rozhodnutí žalobu k Tribunal Administrativo e Fiscal de Leiria (správní a daňový soud v Leirii, Portugalsko), který ho dne 11. června 2014 zrušil. Společnost Ambisig však napadla toto rozhodnutí před senátem téhož soudu z toho důvodu, že nesprávně odmítlo důvody žaloby vycházející zejména z neslučitelnosti čl. 12 odst. 1 písm. c) a f) oznámení o zakázce s důkazními požadavky uvedenými v článku 48 směrnice 2004/18, jakož i se zásadami hospodářské soutěže, nestrannosti a proporcionality, které vyplývají ze zákona o veřejných zakázkách.

18. Tribunal Administrativo e Fiscal de Leiria (správní a daňový soud v Leirii) zamítl rozsudkem ze dne 6. srpna 2014 žádost o opětovné přezkoumání společnosti Ambisig a potvrdil své rozhodnutí ze dne 11. června 2014. Společnost Ambisig se rozhodla napadnout tento rozsudek u Tribunal Central Administrativo Sul (centrální správní soud Jih).

19. Právě v rámci uvedeného řízení o opravném prostředku byla předložena tato žádost o rozhodnutí o předběžné otázce. Tribunal Central Administrativo Sul (centrální správní soud Jih) totiž vyjadřuje jisté pochybnosti o rozsahu důkazních požadavků stanovených v článku 48 směrnice 2004/18 a souladu požadavků uvedených v oznámení o zakázce s tímto článkem.

IV – Žádost o rozhodnutí o předběžné otázce a řízení před Soudním dvorem

20. Rozhodnutím ze dne 29. ledna 2015, které došlo Soudnímu dvoru 5. února 2015, se Tribunal Central Administrativo Sul (centrální správní soud Jih) rozhodl přerušit řízení a položit Soudnímu dvoru následující předběžné otázky:

- „1) Vzhledem k tomu, že portugalské právní předpisy neupravují oblast uvedenou v čl. 48 odst. 2 písm. a) bodě ii) druhé odrážce směrnice 2004/18 [...], je toto ustanovení přímo použitelné v portugalském právním řádu v tom smyslu, že přiznává jednotlivcům právo, jehož se mohou dovolávat vůči veřejným zadavatelům?
- 2) Musí se ustanovení čl. 48 odst. 2 písm. a) bodu ii) druhé odrážky směrnice 2004/18 vykládat v tom smyslu, že brání používání pravidel zavedených veřejnými zadavateli, která neumožňují hospodářským subjektům prokázat poskytnuté služby prostřednictvím prohlášení podepsaného samotným hospodářským subjektem, ledaže by doložil, že je pro něj nemožné nebo velmi obtížné získat osvědčení soukromého kupujícího?
- 3) Musí se ustanovení čl. 48 odst. 2 písm. a) bodu ii) druhé odrážky směrnice 2004/18 vykládat v tom smyslu, že brání používání pravidel zavedených veřejnými zadavateli, která pod hrozbou vyloučení vyžadují, aby osvědčení soukromého kupujícího obsahovalo ověření podpisu notářem, advokátem nebo jiným příslušným subjektem?“

21. Písemná vyjádření předložily společnost Ambisig, portugalská vláda, jakož i Evropská komise. Portugalská vláda a Komise se kromě toho vyjádřily na jednání konaném dne 28. ledna 2016.

V – Analýza

A – K první předběžné otázce

22. Podstatou první otázky předkládajícího soudu je, zda čl. 48 odst. 2 písm. a) bod ii) druhá odrážka směrnice 2004/18 musí být vykládán v tom smyslu, že je v případě svého neprovedení do vnitrostátního práva způsobilý přiznávat jednotlivcům práva, jichž se mohou dovolávat vůči veřejným zadavatelům v rámci sporů vedených před vnitrostátními soudy. Jde tedy o určení možného přímého účinku tohoto ustanovení.

1. Určení přímého účinku čl. 48 odst. 2 písm. a) bodu ii) druhé odrážky směrnice 2004/18

23. Podmínky a meze přiznání přímého účinku ustanovení směrnice jsou známy. Podle ustálené judikatury Soudního dvora ve všech případech, kdy se ustanovení směrnice svým obsahem jeví jako bezpodmínečná a dostatečně přesná, jsou jednotlivci oprávněni dovolávat se jich před vnitrostátními soudy vůči státu, a to v případě, že stát směrnicí včas neprovedl do vnitrostátního práva, i v případě, že ji provedl nesprávně³.

24. Ustanovení unijního práva je považováno za bezpodmínečné, jestliže ukládá povinnost, která není vázána na žádnou podmínku a při svém výkonu ani ve svých účincích není podmíněna žádným aktem ze strany orgánů Evropské unie nebo orgánů členských států⁴.

25. Zdá se mi, že čl. 48 odst. 2 písm. a) bod ii) druhá odrážka směrnice 2004/18 splňuje výše uvedené podmínky bezpodmínečnosti a přesnosti. Toto ustanovení nevyžaduje ke svému použití žádné doplňující opatření, jelikož stanoví, že technická způsobilost hospodářských subjektů může být prokázána předložením seznamu hlavních uskutečněných dodávek nebo hlavních služeb poskytnutých v posledních třech letech s částkami, daty a jmény dotčených veřejných či soukromých příjemců a dále upřesňuje, že byl-li příjemcem soukromý kupující, poskytnutí služby bude prokázáno osvědčením kupujícího, nebo pokud to není možné, pouhým prohlášením hospodářského subjektu.

26. Kromě toho Soudní dvůr již měl příležitost rozhodnout, že jednotlivec se může před vnitrostátními soudy dovolávat článku 26 směrnice Rady 71/305/EHS ze dne 26. července 1971 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce⁵, neboť „žádné zvláštní prováděcí opatření není nutné pro dodržení požadavků, [které jsou tam stanoveny]“⁶. I když se tento článek směrnice 71/305 týkal výlučně zakázek na stavební práce, a nikoli zakázek na služby, pravidla pro prokázání technické způsobilosti stanovená tímto ustanovením mohou být z hlediska bezpodmínečnosti a přesnosti považována za obdobná pravidlům stanoveným v článku 48 směrnice 2004/18.

27. Podotýkám konečně, že Soudní dvůr měl v obecné rovině rovněž za to, že jednotlivec se může před vnitrostátními soudy dovolávat ustanovení hlavy VI směrnice Rady 92/50/EHS ze dne 18. června 1992 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na služby⁷, „pokud z individuálního posouzení jejich znění vyplývá, že jsou bezpodmínečná a dostatečně jasná a přesná“⁸. K těmto ustanovením přitom patřil článek 32, který v odstavci 2 již tehdy stanovil, že technická způsobilost poskytovatele

3 — V tomto smyslu viz, mezi početnými rozsudky, rozsudek Portgás (C-425/12, EU:C:2013:829, bod 18 a citovaná judikatura).

4 — V tomto smyslu viz rozsudky Almos Agrárkülkereskedelmi (C-337/13, EU:C:2014:328, bod 32) a Larentia + Minerva a Marenave Schiffahrt (C-108/14 a C-109/14, EU:C:2015:496, bod 49).

5 — Úř. věst. L 185, s. 5.

6 — Rozsudek Beentjes (31/87, EU:C:1988:422, bod 43).

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

8 — Rozsudek Tögel (C-76/97, EU:C:1998:432, bod 47).

služeb může být prokázána „předložením seznamu hlavních služeb poskytnutých za poslední tři roky s uvedením částek, dat a jmen soukromých či veřejných příjemců poskytnutých služeb a pokud se jednalo o soukromé zákazníky, je třeba, aby provedení služby zákazník doložil nebo pokud to není možné, je třeba prohlášení poskytovatele služby o tom, že služba byla poskytnuta“.

28. Je přitom nutno konstatovat, že čl. 48 odst. 2 směrnice 2004/18 přebírá toto ustanovení v téměř identickém znění. Posledně uvedené ustanovení mi tedy připadá bezpodmínečné a dostatečně přesné, aby bylo možné se jej dovolávat před vnitrostátními soudy.

2. Nezbytnost kvalifikovat veřejného zadavatele jako „stát“

29. Aby se však společnost Ambisig mohla dovolávat čl. 48 odst. 2 písm. a) bodu ii) druhé odrážky směrnice 2004/18 před vnitrostátními soudy, musí se předkládající soud ujistit, že veřejný zadavatel dotčený ve věci v původním řízení není „jednotlivec“.

30. Podle ustálené judikatury totiž směrnice nemůže sama o sobě ukládat povinnosti jednotlivci. Směrnice tedy jako taková nemůže být vůči němu uplatňována před vnitrostátním soudem⁹.

31. Pokud však ustanovení směrnice s přímým účinkem mohou být v důsledku toho uplatněna pouze vůči státu, není rozhodné postavení, v jakém jedná¹⁰.

32. Podle ustálené judikatury tak platí, že „mezi entity, proti kterým se lze dovolávat ustanovení směrnice, která mohou vyvolávat přímé účinky, patří útvar, který byl bez ohledu na svou právní formu pověřen na základě aktu orgánu veřejné správy výkonem služby ve veřejném zájmu pod kontrolou posledně uvedeného orgánu a disponuje k tomu výjimečnými pravomocemi ve srovnání s těmi, které vyplývají z pravidel použitelných na vztahy mezi jednotlivci“¹¹.

33. Zdá se, že z názvu veřejného zadavatele dotčeného ve věci v původním řízení vyplývá, že se jedná o ryze soukromé sdružení podniků, které neposkytuje služby ve veřejném zájmu a v žádném případě nedisponuje výjimečnými pravomocemi při zajišťování své činnosti.

34. V odpovědi na otázky položené Soudním dvorem během jednání, které se konalo dne 28. ledna 2016, zástupce portugalské vlády potvrdil, že AICP je sdružení soukromého práva, které nevykonává úkoly ve veřejném zájmu a tyto úkoly mu nebyly svěřeny. Podle jeho vysvětlení k použití právních předpisů o veřejných zakázkách vedlo pouze převážně veřejné financování činnosti AICP¹².

35. Tribunal Central Administrativo Sul (centrální správní soud Jih) však přísluší, aby ověřil, zda bylo AICP v okamžiku, kdy nastaly skutkové okolnosti věci v původním řízení, orgánem pověřeným poskytovat pod kontrolou orgánu veřejné správy službu ve veřejném zájmu a zda k tomu toto sdružení podniků disponovalo výjimečnými pravomocemi¹³.

9 — V tomto smyslu viz rozsudky Marshall (152/84, EU:C:1986:84, bod 48); Faccini Dori (C-91/92, EU:C:1994:292, bod 20), jakož i Portugás (C-425/12, EU:C:2013:829, bod 22).

10 — V tomto smyslu viz rozsudek Portugás (C-425/12, EU:C:2013:829, bod 23).

11 — Rozsudek Portugás (C-425/12, EU:C:2013:829, bod 24 a citovaná judikatura).

12 — V souladu s čl. 1 odst. 9 směrnice 2004/18.

13 — V tomto smyslu viz rozsudek Portugás (C-425/12, EU:C:2013:829, bod 31).

36. Pokud tomu tak není, čl. 48 odst. 2 písm. a) bod ii) druhá odrážka směrnice 2004/18 vůči němu nemůže být uplatněn. V takové situaci nicméně předkládajícímu soudu přísluší použít zásadu konformního výkladu a vyložit každé relevantní pravidlo vnitrostátního práva v co největším možném rozsahu ve světle znění a účelu směrnice 2004/18, aby dosáhl výsledku zamýšleného poslední uvedenou směrnicí a dosáhl tak souladu s článkem 288 třetím pododstavcem SFEU¹⁴.

B – Ke druhé předběžné otázce

37. Druhou otázkou se předkládající soud táže, zda čl. 48 odst. 2 písm. a) bod ii) druhá odrážka směrnice 2004/18 brání použití pravidel zavedených veřejnými zadavateli, která neumožňují hospodářským subjektům prokázat technickou způsobilost prostřednictvím prohlášení podepsaného samotným hospodářským subjektem, ledaže by doložil, že je pro něj nemožné nebo velmi obtížné získat osvědčení soukromého kupujícího.

38. Předkládající soud se tedy dotazuje Soudního dvora na případnou hierarchii dovolených způsobů dokazování podle čl. 48 odst. 2 písm. a) bodu ii) druhé odrážky směrnice 2004/18.

39. Článek 48 odst. 2 písm. a) bod ii) druhá odrážka směrnice 2004/18 stanoví, že technická způsobilost hospodářských subjektů může být prokázána předložením seznamu hlavních dodávek nebo hlavních služeb poskytnutých v posledních třech letech. Byl-li příjemcem soukromý kupující, stanoví druhá odrážka tohoto ustanovení dva způsoby dokazování za účelem prokázání skutečného provedení těchto operací (dodávek nebo služeb). Jejich skutečné provedení může být prokázáno buď „osvědčením kupujícího, nebo *pokud to není možné*, pouhým prohlášením hospodářského subjektu“¹⁵.

40. Podle ustálené judikatury Soudního dvora je při výkladu ustanovení unijního práva nutné zohlednit nejen jeho znění, nýbrž i jeho kontext a cíle sledované právní úpravou, jejíž je součástí¹⁶.

41. Jak však uvedla generální advokátka Trstenjak v bodě 37 svého stanoviska ve věci Agrana Zucker (C-33/08, EU:C:2009:99), „znění ustanovení vždy představuje *výchozí bod a* zároveň i hranici každého výkladu“¹⁷. Kromě toho sdílím upřesňující názor, který uvedl generální advokát Léger, podle něhož jiné způsoby výkladu než ty, které vycházejí ze znění ustanovení, nejsou nezbytné, jestliže je dotčený text zcela jasný a jednoznačný. „V takovém případě jsou totiž ustanovení [unijního] práva dostačující sama o sobě“¹⁸.

42. V projednávané věci je přitom nutno konstatovat, že čl. 48 odst. 2 písm. a) bod ii) směrnice 2004/18 vykazuje požadovanou jasnost a jednoznačnost, a to ve všech jazykových verzích.

14 — V tomto smyslu viz rozsudek Dominguez (C-282/10, EU:C:2012:33, bod 24 a citovaná judikatura). Soudní dvůr výslovně potvrdil hierarchizaci použitelných řešení ve sporu mezi jednotlivci ve věci, ve které byl vydán rozsudek Fenoll (C-316/13, EU:C:2015:200), když uvedl, že „pokud nelze vyložit vnitrostátní právo v souladu s [dotčenou] směrnicí – což přísluší ověřit předkládajícímu soudu – nelze se jejího [relevantního] článku dovolávat v takovém sporu mezi jednotlivci [...], aby byl zaručen plný účinek [uvedeného] nároku a nebyla použita ustanovení vnitrostátního práva, která jsou s ním v rozporu. Strana poškozená v důsledku rozporu vnitrostátního práva s unijním právem se však může dovolávat judikatury [týkající se mimosmluvní odpovědnosti členských států za porušení unijního práva] vycházející z rozsudku Francovich a další (C-6/90 a C-9/90, EU:C:1991:428), aby případně získala náhradu vzniklé škody (viz rozsudek Dominguez, C-282/10, EU:C:2012:33, bod 43)“ (bod 48). Jinými slovy, pokud ve sporu mezi jednotlivci vnitrostátní soud nemůže vyložit vnitrostátní právo v souladu s použitelnou směrnicí, nemůže tuto směrnici použít, ale nemůže ani odmítnout použití vnitrostátního práva, které je s ní v rozporu. V takovém případě bude jediným řešením pro poškozeného jednotlivce dovolávat se odpovědnosti členského státu za porušení unijního práva.

15 — Zdůrazněno autorem tohoto stanoviska.

16 — Viz zejména rozsudky Yaesu Europe (C-433/08, EU:C:2009:750, bod 24); Brain Products (C-219/11, EU:C:2012:742, bod 13); Koushkaki (C-84/12, EU:C:2013:862, bod 34), jakož i Lanigan (C-237/15 PPU, EU:C:2015:474, bod 35).

17 — Zdůrazněno autorem tohoto stanoviska.

18 — Stanovisko generálního advokáta P. Légera ve věci Schulte (C-350/03, EU:C:2004:568, bod 88). Rovněž viz výklad a *contrario* v rozsudku Tecom Mican a Arias Domínguez (C-223/14, EU:C:2015:744, bod 35).

43. Formulace „pokud to není možné“ použitá v tomto ustanovení totiž znamená „v nepřítomnosti něčeho“¹⁹, „místo něčeho“ nebo také „při nedostatku něčeho“²⁰. Tato formulace tudíž nemůže být vykládána jinak než ve smyslu hierarchizace myšlenek. Konkrétně způsob dokazování, který následuje po výrazech „pokud to není možné“ – tedy prohlášení hospodářského subjektu – je tedy nezbytně podpůrný vzhledem ke způsobu dokazování, který je předchází, tedy osvědčení kupujícího

44. Některé jazykové verze jsou ještě explicitnější v rozsahu, v němž se nespokojují s formulací podobnou výrazům „pokud to není možné“, ale připouští důkaz pouhým prohlášením hospodářského subjektu jen výslovně v situaci, kdy chybí osvědčení kupujícího zmíněné předtím²¹.

45. Kromě toho, pokud by si hospodářský subjekt mohl volně vybrat způsob dokazování mezi způsoby dokazování dovolenými v čl. 48 odst. 2 písm. a) bodě ii) druhé odrážce směrnice 2004/18, výrazy „pokud to není možné“ by neměly žádný smysl. Je totiž vždy jednodušší, aby si hospodářský subjekt vystavil prohlášení sám, než aby vyžadoval osvědčení u třetí osoby.

46. Prohlášení hospodářského subjektu tedy představuje podpůrný způsob dokazování, jestliže nebylo možné získat osvědčení kupujícího. V takovém případě přísluší hospodářskému subjektu, aby prokázal, že uvedené osvědčení získat nemohl.

47. Jelikož čl. 45 odst. 2 písm. g) směrnice 2004/18 dovoluje vyloučit ze zadávacího řízení každý hospodářský subjekt, „který se dopustil vážného zkrvení při poskytování informací, které mohou být vyžadovány podle tohoto oddílu“, veřejný zadavatel musí být schopen ověřit pravdivost těchto informací nebo důvod jejich neposkytnutí.

48. Tato možnost ověření veřejného zadavatele je o to důležitější, že Soudní dvůr již rozhodl, že podle zásady rovného zacházení a povinnosti transparentnosti, která z toho vyplývá a jimž veřejní zadavatelé podléhají podle článku 2 směrnice 2004/18, musí tito zadavatelé „přísně dodržovat kritéria, která [sami stanovili], takže [jsou povinni] vyloučit ze zadávacího řízení hospodářský subjekt, který nepředložil listinu nebo informaci, jejíž předložení bylo stanoveno v dokumentaci týkající se této zakázky pod hrozbou vyloučení“²².

49. Jak však zdůrazňuje Komise ve svém písemném vyjádření, tento doplňkový požadavek musí být v souladu se zásadou proporcionality.

50. To znamená, že použití prohlášení hospodářského subjektu nemůže být omezeno na situaci absolutní nemožnosti získat osvědčení kupujícího (jako je tomu například v případě úpadku). Překážka pro získání takového osvědčení v podobě pouhého neodůvodněného odmítnutí kupujícího, nebo v podobě jeho žádosti o finanční vyrovnání, by měla stačit. Dále pak důkaz této nemožnosti musí být posouzen *in concreto*. Jestliže může být v případě úpadku požadováno předložení úředního dokumentu, měla by k prokázání nedostatku dobré vůle kupujícího stačit pouhá výměna korespondence nebo chybějící odpověď (prokázaná například jednou nebo několika upomínkami).

19 — Podle definice ve slovníku *Le Petit Robert*, 2014.

20 — Podle definic ve slovníku *Larousse.fr*

21 — Viz zejména verze ve španělském jazyce, v níž čl. 48 odst. 2 písm. a) bod ii) směrnice 2004/18 zní takto: „cuando el destinatario sea un comprador privado, mediante un certificado del comprador o, a falta de este certificado [pokud není možné předložit osvědčení], simplemente mediante una declaración del operador económico“ (zdůrazněno autorem tohoto stanoviska). Rovněž ve verzi v italském jazyce se hovoří o „in mancanza di tale attestazione“. Konečně v německé verzi unijní normotvůrce uvádí situaci, kdy „falls eine derartige Bescheinigung nicht erhältlich ist“. Verze v řeckém jazyce je ještě jasnější v tom, že odkazuje na „nemožnost“ získat osvědčení kupujícího: „εάν ο αποδέκτης είναι ιδιωτικός φορέας, με βεβαίωση του αγοραστή ή, εάν τούτο δεν είναι δυνατόν [jestliže to není možné], με απλή δήλωση του οικονομικού φορέα“ (zdůrazněno autorem tohoto stanoviska).

22 — Rozsudek *Cartiera dell'Adda* (C-42/13, EU:C:2014:2345, bod 42). Rovněž viz bod 43 tohoto rozsudku jako odkaz na zásady rovného zacházení a transparentnosti, jakož i článek 2 směrnice 2004/18

51. Závěrem mám za to, že čl. 48 odst. 2 písm. a) bod ii) druhá odrážka směrnice 2004/18 nebrání použití pravidel zavedených veřejnými zadavateli, která umožňují hospodářským subjektům prokázat technickou způsobilost prostřednictvím prohlášení podepsaného samotným hospodářským subjektem pouze v případě, že doloží, že je pro něj nemožné nebo velmi obtížné získat osvědčení soukromého kupujícího.

C – Ke třetí předběžné otázce

52. Třetí otázkou se předkládající soud táže, zda čl. 48 odst. 2 písm. a) bod ii) druhá odrážka směrnice 2004/18 brání použití pravidel zavedených veřejnými zadavateli, která pod hrozbou vyloučení vyžadují, aby osvědčení soukromého kupujícího obsahovalo ověření podpisu notářem, advokátem nebo jiným příslušným subjektem.

53. Pochybnost předkládajícího soudu vyplývá ze znění čl. 48 odst. 2 písm. a) bodu ii) druhé odrážky směrnice 2004/18 ve verzi v portugalském jazyce. V této verzi je totiž zmiňováno „*declaração reconhecida do adquirente*“²³, tedy „ověřené“ nebo „osvědčené“ prohlášení. V ostatních jazykových verzích se však v textu čl. 48 odst. 2 písm. a) bodu ii) druhé odrážce uvedené směrnice takové přídatné jméno nevyskytuje.

54. Podle ustálené judikatury Soudního dvora nemůže formulace použitá v jedné z jazykových verzí ustanovení unijního práva sloužit jako jediný základ pro výklad tohoto ustanovení ani jí nemůže být přiznána přednostní povaha vzhledem k jiným jazykovým verzím. Ustanovení unijního práva totiž musí být vykládána a používána jednotně na základě znění vypracovaných ve všech jazycích Unie. V případě rozdílů mezi různými jazykovými verzemi předpisu unijního práva musí být dotčené ustanovení vykládáno podle celkové systematiky a účelu právní úpravy, jejíž je součástí²⁴.

55. Tato zásada jazykové ekvivalence či rovnosti však nejde tak daleko, aby zabránila Soudnímu dvoru v tom, aby vyloučil jazykovou verzi předpisu, která je v rozporu s obvyklým významem vyplývajícím z ostatních jazykových verzí, když vyjde z kontextového nebo teleologického výkladu tohoto předpisu²⁵.

56. V projednávané věci obvyklý význam výrazu použitého v ostatních jazykových verzích bezpochyby neumožňuje sám o sobě podat jednoznačnou odpověď na položenou předběžnou otázku. Kontext, do něhož spadá článek 48 směrnice 2004/18 a jeho vývoj, jakož i jeho teleologický výklad mě však vedou k tomu, abych použil výklad, podle něhož čl. 48 odst. 2 písm. a) bod ii) druhá odrážka směrnice 2004/18 nevyžaduje, aby předložené osvědčení soukromého kupujícího bylo opatřeno podpisem ověřeným notářem, advokátem nebo jiným příslušným subjektem.

1. Znění čl. 48 odst. 2 písm. a) bodu ii) druhé odrážky směrnice 2004/18

57. Jestliže porovnáme různé jazykové verze čl. 48 odst. 2 písm. a) bodu ii) druhé odrážky směrnice 2004/18, zdá se, že přídatné jméno „*reconhecida*“ („ověřený“ nebo „osvědčený“) se vyskytuje pouze ve verzi v portugalském jazyce a rovněž jde o jedinou verzi, která používá tentýž výraz pro oba předpokládané způsoby dokazování.

23 — Zdůrazněno autorem tohoto stanoviska.

24 — V tomto smyslu viz rozsudek Léger (C-528/13, EU:C:2015:288, bod 35 a citovaná judikatura).

25 — V tomto smyslu viz Lenaerts, K. a Gutiérrez-Fons, J. A., „To say what the law of the EU is: Methods of interpretation and the European Court of Justice“, *Columbia Journal of European Law*, 2014, 20th Anniversary Issue, s. 3 až 61, zvláště s. 14 a autoři citovaní v poznámce pod čarou 78.

58. V ostatních jazykových verzích je totiž slovo „prohlášení“ vyhrazeno druhé situaci (prohlášení hospodářského subjektu), zatímco první situace se vztahuje k „osvědčení“ dodávek nebo poskytnutí služeb ze strany kupujícího. Tak je to uvedeno zejména ve verzích ve španělském, německém, anglickém i francouzském jazyce, kde nacházíme výrazy „certificado“ a „declaración“, „Bescheinigung“ a „Erklärung“, „certification“ a „declaration“, jakož i „certification“ a „déclaration“²⁶.

59. Použití jiného slova pro každou ze dvou situací uvedených v čl. 48 odst. 2 písm. a) bodu ii) druhé odrážky směrnice 2004/18 by mohlo vyjadřovat úmysl unijního normotvůrce rozlišit důkazní břemeno související s těmito situacemi. Protiklad mezi výrazy „osvědčení“ a „prohlášení“ evokuje myšlenku zvýšeného formalismu v prvním případě. Tento výklad je potvrzen zněním ustanovení ve verzi v portugalském jazyce, která používá výraz „prohlášení“ v obou situacích, ale jen v první z nich k němu připojuje přídatné jméno „ověřené“ nebo „osvědčené“.

60. Nemohu však zcela opomenout skutečnost, že čl. 48 odst. 2 písm. a) bod ii) druhá odrážka směrnice 2004/18 povoluje důkaz o poskytnutí služeb, jichž se hospodářský subjekt dovolává, osvědčením *kupujícího*, a neodkazuje na žádný úřední dokument nebo zásah třetí osoby. V případě, že takové upřesnění chybí, obvyklý význam slova „osvědčení“ neznamená nic jiného než ujištění o nějaké skutečnosti v písemné podobě²⁷.

61. Musím tudíž konstatovat, že jazyková analýza dotčeného ustanovení neumožňuje sama o sobě poskytnout jeho výklad s požadovanou jistotou.

2. Systematický výklad čl. 48 odst. 2 písm. a) bodu ii) druhé odrážky směrnice 2004/18

62. Z ustálené judikatury Soudního dvora v první řadě vyplývá, že článek 48 směrnice 2004/18 zavádí uzavřený systém, který omezuje způsoby posuzování a zkoumání, které mají veřejní zadavatelé k dispozici, a tudíž i *jejich možnosti formulovat požadavky*²⁸.

63. Soudní dvůr kromě toho upřesnil, že i v rámci otevřeného systému (jako je například systém stanovený v čl. 47 odst. 4 směrnice 2004/18, který se týká hospodářských a finančních předpokladů uchazečů) není volnost rozhodování veřejných zadavatelů neomezená a zvolené prvky musí být „objektivně způsobilé vypovídat o těchto předpokladech [...], aniž však jdou nad rámec toho, co je k tomuto účelu nezbytné“²⁹.

64. Tím spíše tomu nemůže být jinak v případě požadavků stanovených v uzavřeném systému dokazování podle článku 48 směrnice 2004/18. Zdá se mi přitom, že uložení povinnosti ověřit podpis soukromého kupujícího, který osvědčuje dodávky nebo služby poskytnuté hospodářským subjektem, který je uchazečem o zakázku, jde nad rámec toho, co je nezbytné pro prokázání technické způsobilosti dotčeného subjektu, a je přehnaně formalistické oproti pouhému prohlášení hospodářského subjektu, které je podpůrným způsobem dokazování povoleným podle čl. 48 odst. 2 písm. a) bodu ii) druhé odrážky směrnice 2004/18.

26 — Povšimněme si, že verze ve slovenském jazyce používá výrazy „potvrdením“, který lze přeložit jako „potvrzení [confirmation]“ spíše než „osvědčení [certification]“, a „vyhlášením“.

27 — Podle slovníku *Le Petit Robert* (2014) je osvědčení především právním výrazem, který znamená „ujištění dodané v písemné podobě“. Ve španělském jazyce podle on-line slovníku Real Academia Española slovo „certificado“ odkazuje na výraz „certificación“, který může být definován jako dokument, jehož prostřednictvím je potvrzena pravdivost nějaké skutečnosti.

28 — V tomto smyslu viz rozsudek *Édukövízig Hochtief Construction* (C-218/11, EU:C:2012:643, bod 28).

29 — Rozsudek *Édukövízig a Hochtief Construction* (C-218/11, EU:C:2012:643, bod 29).

65. Pokud má veřejný zadavatel pochybnosti o pravdivosti dokumentu, který je mu předložen, může si podle mého názoru rovněž vyžádat doplňující informace, které by mohly prokázat autentičnost dodaného osvědčení. V rámci kontextové analýzy totiž nelze opomenout skutečnost, že čl. 45 odst. 2 písm. g) směrnice 2004/18 povoluje vyloučit ze zadávacího řízení subjekt, „který se dopustil vážného zkresení při poskytování požadovaných informací“.

66. Dále i vývoj použitelné právní úpravy svědčí ve prospěch neformalistického výkladu vyžadovaného osvědčení.

67. Myšlenka, která je základem čl. 48 odst. 2 písm. a) bodu ii) druhé odrážky směrnice 2004/18, již byla obsažena ve směrnici 92/50, ale v nepatrně jiném znění. Podle čl. 32 odst. 2 písm. b) druhé odrážky směrnice 92/50 muselo být totiž provedení služby, již se hospodářský subjekt dovolával za účelem prokázání své technické způsobilosti, „doloženo *zákazníkem*“³⁰.

68. Ačkoli se myšlenka „osvědčování“ objevuje ve slovesu „doložit“, absence jakéhokoli zásahu třetí osoby institucionalizované povahy se naproti tomu jevila jasněji, neboť důraz byl jasně kladen na činnost zákazníka, jelikož poskytnutí služby muselo být doloženo *tímto* zákazníkem.

69. Může být kromě toho rovněž konstatováno, že znění směrnice 92/50 v portugalském jazyce již tehdy používalo výraz „declaração“ pro obě situace, v nichž bylo třeba prokázat způsobilost, aniž by je však doprovázelo jakýmkoli přídavným jménem v prvním případě.

70. Znění čl. 32 odst. 2 směrnice 92/50, z něhož vzešel čl. 48 odst. 2 směrnice 2004/18, přitom nebylo původně v návrhu směrnice Evropského parlamentu a Rady o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na dodávky, služby a stavební práce [COM(2000) 275 final]³¹ nijak pozměněno.

71. Teprve po začlenění pozměňovacích návrhů Evropského parlamentu, které se týkaly účasti hospodářských subjektů v podnikatelských seskupeních a obav souvisejících s životním prostředím a zdravím, jakož i s bezpečností pracovníků, byl čl. 48 odst. 2 písm. a) bod ii) druhá odrážka směrnice 2004/18 vypracován ve svém stávajícím znění³².

72. Nelze tedy argumentovat změnou znění sporného ustanovení, neboť úvahy, které vedly k této změně, nesouvisí s úmyslem normotvůrce zvýšit důkazní formalismus spojený s osvědčením kupujícího o poskytnutí služeb uskutečněném hospodářským subjektem.

73. Naproti tomu směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18³³ jde dokonce ještě dále ve smyslu snížení důkazního formalismu, když zrušila veškeré odkazy na jakékoliv osvědčení kupujícího.

74. Článek 60 odst. 4 této směrnice – který nahrazuje čl. 48 odst. 2 směrnice 2004/18 – nyní jednoduše stanoví, že „technická způsobilost hospodářského subjektu může být doložena jedním nebo několika doklady uvedenými v části II přílohy XII, podle povahy, množství nebo důležitosti a použití stavebních prací, dodávek nebo služeb“.

30 — Zdůrazněno autorem tohoto stanoviska.

31 — Úř. věst. 2001, C 29 E, s. 11. Viz čl. 49 odst. 3 uvedeného návrhu směrnice.

32 — Viz pozměněný návrh směrnice Evropského parlamentu a Rady o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na dodávky, služby a stavební práce [COM(2002) 236 final, Úř. věst. 2002, C 203 E, s. 210, zvláště s. 223 a 224].

33 — Úř. věst. L 94, s. 65.

75. Podle části II písm. a) bodu ii) této přílohy XII směrnice 2014/24 jsou přitom doklady technické způsobilosti hospodářského subjektu „seznam hlavních uskutečněných dodávek nebo hlavních služeb poskytnutých maximálně za poslední tři roky s částkami, daty a jmény dotčených veřejných či soukromých příjemců. Veřejní zadavatelé mohou určit, že budou zohledněny doklady o příslušných uskutečněných dodávkách nebo poskytnutých službách za dobu delší než poslední tři roky, pokud je to nezbytné pro zajištění přiměřené úrovně hospodářské soutěže“. Nezbytnost přiložit k uvedenému seznamu osvědčení kupujícího tedy zanikla.

76. I když směrnice 2014/24 nemůže být uplatněna na věc v původním řízení, tato nová směrnice, která ruší směrnici 2004/18, je užitečná v tom, že vyjadřuje současný úmysl unijního normotvůrce. Tento úmysl nám tedy může pomoci přiznat aktuální význam podobného dřívějšího ustanovení, avšak za podmínky, že nebude *contra legem*.

77. V daném případě se mi zdá, aniž bychom zasahovali do znění příslušného ustanovení, že směrnice 92/50 a směrnice 2014/24 potvrzují trvalý úmysl unijního normotvůrce, aby důkaz o technické způsobilosti hospodářského subjektu nebyl příliš formalistický.

78. Jinými slovy, čl. 48 odst. 2 písm. a) bod ii) druhá odrážka směrnice 2004/18, zasazený do kontextu a historické perspektivy, nevyžaduje nic jiného než ujištění nebo potvrzení ze strany kupujícího o tom, že k poskytnutí služby, již se hospodářský subjekt dovolává za účelem získání zakázky, skutečně došlo.

3. Teleologický výklad čl. 48 odst. 2 písm. a) bodu ii) druhé odrážky směrnice 2004/18

79. Konečně je takový výklad rovněž v souladu s účelem směrnice 2004/18, kterým je usnadnění volného pohybu zboží, svobody usazování a svobodného poskytování služeb, jakož i obecně otevření zadávání veřejných zakázek hospodářské soutěži³⁴.

80. Jeví se mi přitom, že podmínění přijetí osvědčení kupujícího jeho ověřením notářem, advokátem nebo jiným příslušným subjektem je v rozporu s tímto cílem.

81. Takový požadavek by totiž mohl odradit některé případné uchazeče, kteří by se s ohledem na praktické obtíže (například z důvodu lhůt stanovených v oznámení o zakázce) při splnění této doplňkové povinnosti vzdali možnosti předložit nabídku.

4. Závěr ke třetí předběžné otázce

82. Závěrem mám za to, že kontextový i teleologický výklad čl. 48 odst. 2 písm. a) bodu ii) druhé odrážky směrnice 2004/18 potvrzuje obvyklý význam přiznávaný výrazu „osvědčení“, který se v něm nachází a není nutné vyvozovat zvláštní důsledky z přidání slova „reconhecida“ ve verzi v portugalském jazyce.

83. Kontext, do něhož spadá čl. 48 odst. 2 písm. a) bod ii) druhá odrážka směrnice 2004/18 a jeho vývoj, jakož i jeho teleologický výklad vedou k přijetí výkladu, podle kterého slovo „osvědčení“ nebo výrazy „osvědčené prohlášení“ použité ve verzi v portugalském jazyce nevyžadují žádný zvláštní formalismus.

84. Proto se domnívám, že čl. 48 odst. 2 písm. a) bod ii) druhá odrážka směrnice 2004/18 brání použití pravidel zavedených veřejnými zadavateli, která pod hrozbou vyloučení vyžadují, aby osvědčení soukromého kupujícího obsahovalo ověření podpisu notářem, advokátem nebo jiným příslušným subjektem.

34 — Viz bod 2 odůvodnění směrnice 2004/18.

VI – Závěry

85. Vzhledem k předchozím úvahám navrhuji, aby Soudní dvůr odpověděl na předběžné otázky položené Tribunal Central Administrativo Sul (centrální správní soud Jih) následujícím způsobem:

- „1) Článek 48 odst. 2 písm. a) bod ii) druhá odrážka 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 musí být vykládán v tom smyslu, že v případě jeho neprovedení do vnitrostátního práva je způsobilý přiznávat jednotlivcům práva, jichž se mohou dovolávat vůči veřejným zadavatelům v rámci sporů vedených před vnitrostátními soudy za podmínky, že dotčený veřejný zadavatel odpovídá pojmu stát ve smyslu judikatury Soudního dvora.
- 2) Článek 48 odst. 2 písm. a) bod ii) druhá odrážka směrnice 2004/18 nebrání použití pravidel zavedených veřejnými zadavateli, která umožňují hospodářským subjektům prokázat technickou způsobilost prostřednictvím prohlášení podepsaného samotným hospodářským subjektem pouze v případě, že doloží, že je pro něj nemožné nebo velmi obtížné získat osvědčení soukromého kupujícího.
- 3) Článek 48 odst. 2 písm. a) bod ii) druhá odrážka směrnice 2004/18 brání použití pravidel zavedených veřejnými zadavateli, která pod hrozbou vyloučení vyžadují, aby osvědčení soukromého kupujícího obsahovalo ověření podpisu notářem, advokátem nebo jiným příslušným subjektem“.