



Sbírka soudních rozhodnutí

ROZSUDEK SOUDNÍHO DVORA (prvního senátu)

14. září 2017*

„Řízení o předběžné otázce – Směrnice 2004/18/ES – Článek 47 odst. 2 a čl. 48 odst. 3 – Uchazeč, který ke splnění požadavků zadavatele využije schopností jiných subjektů – Ztráta požadovaných schopností na straně těchto subjektů – Vnitrostátní právní úprava, která stanoví vyloučení uchazeče a zadání zakázky konkurentovi“

Ve věci C-223/16,

jejímž předmětem je žádost o rozhodnutí o předběžné otázce na základě článku 267 SFEU, podaná rozhodnutím Consiglio di Stato (Státní rada, Itálie) ze dne 3. listopadu 2015, došlým Soudnímu dvoru dne 20. dubna 2016, v řízení

Casertana Costruzioni Srl

proti

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti – Provveditorato Interregionale per le opere pubbliche della Campania e del Molise,

Agenzia Regionale Campana per la Difesa del Suolo – A. R.Ca.Di. S.,

za přítomnosti:

Consorzio Stabile Infratech,

W. E. E. Water Environment Energy SpA,

Massimo Fontana,

Studio Tecnico Associato Thinkd,

Claudio Della Rocca,

Nicola Maione,

Vittorio Ciotola,

Fin.Se.Co. SpA,

Edilgen SpA,

Site Srl,

* Jednací jazyk: italština.

SOUDNÍ DVŮR (první senát),

ve složení R. Silva de Lapuerta, předsedkyně senátu, E. Regan, A. Arabadžev, C. G. Fernlund a S. Rodin (zpravodaj), soudci,

generální advokát: N. Wahl,

vedoucí soudní kanceláře: I. Illéssy, rada,

s přihlédnutím k písemné části řízení a po jednání konaném dne 15. března 2017,

s ohledem na vyjádření předložená:

- za Casertana Costruzioni Srl E. Sticchi Damianim a G. Cecerim, avvocati,
- za Consorzio Stabile Infratech L. Lentinim a F. Migliarottim, avvocati,
- za italskou vládu G. Palmieri, jako zmocněnkyní, ve spolupráci s C. Colelli, avvocato dello Stato,
- za Evropskou komisi G. Gattinarou a A. Tokárem, jako zmocněnci,

po vyslechnutí stanoviska generálního advokáta na jednání konaném dne 11. května 2017,

vydává tento

Rozsudek

- 1 Žádost o rozhodnutí o předběžné otázce se týká výkladu článků 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 (Úř. věst. 2004, L 134, s. 114; Zvl. vyd. 06/07, s. 132), článku 63 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES (Úř. věst. 2014, L 94, s. 65).
- 2 Tato žádost byla podána v rámci sporu mezi společnostmi Casertana Costruzioni Srl (dále jen „Casertana“) na jedné straně a Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti – Provveditorato Interregionale per le opere pubbliche della Campania e del Molise (Ministr infrastruktury a dopravy – meziregionální orgán pro provádění veřejných zakázek v Kampánii a v Molise, Itálie) a Agenzia Regionale Campana per la Difesa del Suolo – A. R.Ca.Di. S. (úřad pro ochranu půdy regionu Kampánie, Itálie) na straně druhé ohledně zadávacího řízení týkajícího se vyhotovení projektu, koordinace bezpečnosti ve fázi projektování a realizace prací v souvislosti s projektem „La Bandiera Blu“ pro pobřežní oblasti Domitia.

Právní rámec

Unijní právo

Směrnice 2004/18

- 3 Článek 47 odst. 2 směrnice 2004/18 stanovil:

„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.“

- 4 Článek 48 odst. 3 uvedené směrnice zněl následovně:

„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 [těchto subjektů] poskytnout nezbytné prostředky hospodářskému subjektu.“

- 5 Směrnice 2004/18 byla zrušena směrnicí 2014/24.

Směrnice 2014/24

- 6 Článek 63 odst. 1 směrnice 2014/24 stanoví:

„Pokud jde o kritéria týkající se ekonomické a finanční situace stanovená podle čl. 58 odst. 3 a kritéria týkající se technické a odborné způsobilosti stanovená podle čl. 58 odst. 4, může hospodářský subjekt, je-li to vhodné a pro určitou veřejnou zakázku, využít kapacity jiných subjektů bez ohledu na právní povahu vztahů mezi ním a těmito subjekty. [...] 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.“

Veřejný zadavatel v souladu s články 59, 60 a 61 ověří, zda subjekty, jejichž způsobilosti hodlá hospodářský subjekt využít, splňují příslušná kvalifikační kritéria pro výběr a zda existují důvody pro vyloučení podle článku 57. Veřejný zadavatel požaduje, aby hospodářský subjekt nahradil subjekt, jenž nesplňuje určité příslušné kritérium pro výběr nebo u něhož existují povinné důvody pro vyloučení. Veřejný zadavatel může požadovat, nebo členský stát může po veřejném zadavateli požadovat, aby hospodářský subjekt nahradil subjekt, u něhož existují nepovinné důvody pro vyloučení.

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

[...]“

Italské právo

- 7 Článek 40 odst. 1 a 2 decreto legislativo n. 163 – Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (legislativní nařízení č. 163 – zákoník o veřejných zakázkách na stavební práce, služby a dodávky, kterým se provádí směrnice 2004/17/ES a 2004/18/ES) ze dne 12. dubna 2006 (běžný doplněk ke GURI č. 100 ze dne 2. května 2006), stanoví:

„1. Subjekty provádějící z jakéhokoli důvodu veřejné zakázky na stavební práce musí být řádně schváleny a musí zajistit, aby jejich činnost byla v souladu se zásadami kvality, profesionality a poctivosti. Za tímž účelem podléhají výrobky, postupy, služby a systémy kvality v podniku užívané těmito osobami osvědčení v souladu s platnými právními předpisy.

2. Nařízení uvedené v článku 5 upravuje jednotný kvalifikační systém pro všechny subjekty, které z jakéhokoli důvodu provádějí veřejné zakázky na stavební práce, jejichž hodnota přesahuje 150 000 eur, v závislosti na druhu a hodnotě prací. Nařízení uvedené v článku 5 též umožňuje pravidelně přezkoumávat kvalifikační kategorie a případně stanovit nové kategorie.“

- 8 Článek 49 uvedeného nařízení stanoví:

„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 způsobilosti hospodářské, finanční, technické a organizační povahy, neboli získat osvědčení SOA, využitím kapacit jiného subjektu, která tato kritéria splňuje, nebo využitím osvědčení SOA jiného subjektu.“

Spor v původním řízení a předběžná otázka

- 9 Z předkládacího rozhodnutí vyplývá, že v červnu 2013 zahájil Mezuregionální orgán pro provádění veřejných zakázek v Kampánii a v Molise z pověření úřadu pro ochranu půdy regionu Kampánie otevřené zadávací řízení evropského významu za účelem zadání vyhotovení projektu, koordinace bezpečnosti ve fázi projektování a realizace prací v souvislosti s projektem „La Bandiera Blu“ pro pobřežní oblasti Domitia.
- 10 Zadávací dokumentace upřesňovala, že pro účast v zadávacím řízení je nezbytné získat osvědčení od Società Organismo di Attestazione (subjekt vydávající osvědčení) týkající se požadované způsobilosti k poskytování služeb projektování a realizace spadajících do určitých kategorií.
- 11 Casertana se účastnila tohoto zadávacího řízení v rámci vznikajícího dočasného sdružení podniků jako jeho vedoucí a uvedla, že co se týče způsobilosti požadované legislativním nařízením č. 163, využívá dvou pomocných podniků, přičemž jedním z nich je Consorzio Stabile GAP.
- 12 Během řízení a po ukončení fáze přijímání do zadávacího řízení ztratil uvedený pomocný podnik způsobilost pro požadovanou kategorii služeb a stal se způsobilým pouze k poskytování nižší kategorie služeb.
- 13 Rozhodnutím ze dne 8. října 2014 byla zakázka zadána dočasnému sdružení podniků vedenému společností Consorzio Stabile Infratech a sdružení, v jehož čele stála Casertana, bylo zařazeno na druhé místo.
- 14 Posledně uvedená společnost podala žalobu k Tribunale amministrativo regionale per la Campania (regionální správní soud pro Kampánii, Itálie), v níž z různých hledisek napadla konečné rozhodnutí o zadání dotčené zakázky.

- 15 Dočasné sdružení podniků, kterému byla zakázka zadána, poté podalo incidenční žalobu na vyloučení žalobkyně v původním řízení, v níž tvrdilo, že žalobkyně měla být ze zadávacího řízení vyloučena, jelikož její pomocný podnik v průběhu zadávacího řízení přišel o klasifikaci nezbytnou k účasti na zadávacím řízení. Žalobkyně v původním řízení na svou obranu uvedla, že tato ztráta klasifikace přičitatelná pomocnému podniku představuje vyšší moc a nemůže vést k automatickému vyloučení jejího sdružení.
- 16 Rozsudkem ze dne 27. března 2015 Tribunale amministrativo regionale per la Campania (regionální správní soud pro Kampánii) vyhověl incidenční žalobě podané dočasným sdružením podniků, kterému byla zakázka zadána, když přijal první žalobní důvod, jelikož měl za to, že ztráta způsobilosti k požadované klasifikaci v případě pomocného podniku během zadávacího řízení vede k vyloučení sdružení žalobkyně v původním řízení z tohoto řízení. Dále měl tento soud za to, že argumenty žalobkyně v původním řízení týkající se zásahu vyšší moci jsou irelevantní.
- 17 Dne 8. července 2015 podala Casertana proti rozsudku Tribunale amministrativo regionale per la Campania (Regionální správní soud pro Kampánii) odvolání. Odvolatelka v původním řízení má v podstatě za to, že uchazeč, který má důvěru v to, že pomocný podnik má požadovanou způsobilost, nemůže odpovídat za ztrátu této způsobilosti, jelikož mu ji nelze přičítat. Je nemožné určit „pochybení“, které mu lze přičíst, a soud měl tedy uznat možnost uchazeče pomocný podnik nahradit, která vyplývá z judikatury Soudního dvora, jakož i z článku 63 směrnice 2014/24, který uvedenou možnost výslovně stanoví.
- 18 Za těchto podmínek se Consiglio di Stato (Státní rada, Itálie) rozhodla přerušit řízení a položit Soudnímu dvoru následující předběžnou otázku:

„Brání čl. 47 odst. 2 a čl. 48 odst. 3 směrnice [2004/18], které byly nahrazeny článkem 63 směrnice [2014/24], vnitrostátní právní úpravě, která vylučuje – nebo může být vykládána v tom smyslu, že vylučuje – možnost hospodářského subjektu, tj. uchazeče, který se účastní zadávacího řízení, uvést jiný podnik namísto podniku, který byl původně určen jako ‚pomocný podnik‘ a který ztratil způsobilost pro účast nebo u něj došlo k jejímu omezení, a tudíž vede k vyloučení hospodářského subjektu ze zadávacího řízení z důvodu, který takovému uchazeči nelze přičíst objektivně ani subjektivně?“

K předběžné otázce

- 19 Podstatou otázky předkládajícího soudu je zda čl. 47 odst. 2 a čl. 48 odst. 3 směrnice 2004/18 musí být ve světle článku 63 směrnice 2014/24 vykládány v tom smyslu, že brání vnitrostátní právní úpravě, která vylučuje možnost hospodářského subjektu, jenž se účastní zadávacího řízení, nahradit pomocný podnik, který ztratil požadovanou způsobilost po podání jeho nabídky, a která vede k automatickému vyloučení tohoto subjektu.

Použitelnost čl. 63 odst. 1 směrnice 2014/24

- 20 Předkládající soud si klade otázku, zda čl. 48 odst. 3 směrnice 2004/18 má být vykládán s ohledem na čl. 63 odst. 1 směrnice 2014/24.
- 21 K zodpovězení této otázky je třeba úvodem připomenout, že podle ustálené judikatury je použitelnou směrnicí v zásadě směrnice platná v okamžiku, kdy zadavatel volí druh řízení, které má být uskutečněno, a definitivně rozhodne o otázce, zda existuje, nebo neexistuje povinnost zajistit před zadáním veřejné zakázky soutěž mezi hospodářskými subjekty. Nepoužijí se naopak ustanovení směrnice, jejíž lhůta pro provedení uplynula až po tomto okamžiku (rozsudky ze dne 10. července 2014, *Impresa Pizzarotti*, C-213/13, EU:C:2014:2067, bod 31 a citovaná judikatura, jakož i ze dne 7. dubna 2016, *Partner Apelski Dariusz*, C-324/14, EU:C:2016:214, bod 83).

- 22 Ve věci v původním řízení bylo oznámení o zadávacím řízení dne 7. června 2013 předáno do *Úředního věstníku Evropské unie* a dne 10. června 2013 zveřejněno v *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana* (Úřední věstník Italské republiky), kdežto směrnice 2014/24 byla přijata dne 26. února 2014 a lhůta k jejímu provedení podle jejího článku 90 každopádně uplynula dne 18. dubna 2016.
- 23 Za těchto podmínek nebyla směrnice 2014/24 při zveřejnění oznámení o zadávacím řízení dotčeném v původním řízení v červnu 2013 použitelná *ratione temporis*.
- 24 Pokud jde o to, zda čl. 48 odst. 3 směrnice 2004/18 musí být vykládán s ohledem na obsah čl. 63 odst. 1 směrnice 2014/24, který představuje ustanovení odpovídající zejména uvedenému čl. 48 odst. 3, je třeba konstatovat, že posledně uvedené ustanovení je formulováno obecně a neuvádí výslovně způsoby, jimiž může hospodářský subjekt v rámci zadávacího řízení na veřejnou zakázku využít schopnosti jiných subjektů (rozsudek ze dne 7. dubna 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, body 87 a 88).
- 25 Naproti tomu čl. 63 odst. 1 směrnice 2014/24 nyní stanoví, že hospodářské subjekty mohou využít kapacity jiných subjektů „pouze tehdy, budou-li uvedené subjekty vykonávat stavební práce nebo služby, pro něž se tyto kapacity vyžadují“ (rozsudek ze dne 7. dubna 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, bod 89), a že „[v]eřejný zadavatel požaduje, aby hospodářský subjekt nahradil subjekt, jenž nesplňuje určité příslušné kritérium pro výběr nebo u něhož existují povinné důvody pro vyloučení“.
- 26 Ačkoli je pravda, že cílem směrnice 2014/24, jak se uvádí zejména v bodě 2 odůvodnění této směrnice, je vyjasnit základní pojmy a koncepty, aby se zajistila právní jistota, a začlenit do současných pravidel určité aspekty související s ustálenou judikaturou Soudního dvora, nic to nemění na tom, že článek 63 této směrnice přináší podstatné změny týkající se práva hospodářského subjektu využít schopnosti jiných subjektů v rámci veřejné zakázky (rozsudek ze dne 7. dubna 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, bod 90).
- 27 Článek 63 odst. 1 směrnice 2014/24 totiž není pokračováním čl. 48 odst. 3 směrnice 2004/18 ani neobjasňuje jeho rozsah, ale zavádí nové podmínky, které nebyly v předchozí právní úpravě stanoveny (rozsudek ze dne 7. dubna 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, bod 91).
- 28 Za těchto podmínek nelze uvedené ustanovení směrnice 2014/24 použít jako kritérium při výkladu čl. 48 odst. 3 směrnice 2004/18, protože v projednávané věci nejde o odstranění výkladových pochybností týkajících se obsahu posledně uvedeného ustanovení (rozsudek ze dne 7. dubna 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, bod 92).

K článku 47 odst. 2 a čl. 48 odst. 3 směrnice 2004/18

- 29 Podle ustálené judikatury přiznává čl. 47 odst. 2 a čl. 48 odst. 3 směrnice 2004/18 každému hospodářskému subjektu právo, aby pro určitou zakázku využil schopnosti jiných subjektů bez ohledu na povahu vztahů mezi ním a těmito subjekty, pokud veřejnému zadavateli prokáže, že bude disponovat nezbytnými prostředky k provedení této zakázky (rozsudek ze dne 10. října 2013, Swm Costruzioni 2 a Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, bod 29).
- 30 Tato ustanovení nestanoví zásadní zákaz toho, aby uchazeč využil ke splnění kritérií stanovených veřejným zadavatelem kromě vlastních schopností též schopnosti jednoho nebo více třetích subjektů. Soudní dvůr nadto výslovně uvedl možnost hospodářského subjektu využít k provedení veřejné zakázky prostředky, které náleží jednomu nebo několika jiným subjektům, které případně doplňují jeho vlastní prostředky (rozsudek ze dne 10. října 2013, Swm Costruzioni 2 a Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, body 30 a 32).

- 31 Takový výklad je v souladu s cílem otevření veřejných zakázek co nejširší možné hospodářské soutěži, který sledují směrnice v této oblasti nejen ve prospěch hospodářských subjektů, ale i ve prospěch veřejných zadavatelů. Kromě toho může usnadnit přístup malých a středních podniků k veřejným zakázkám, což je rovněž cílem směrnice 2004/18, jak uvádí bod 32 jejího odůvodnění (rozsudek ze dne 10. října 2013, *Swm Costruzioni 2 a Mannocchi Luigino*, C-94/12, EU:C:2013:646, bod 34).
- 32 V projednávaném případě společnost Casertana zpochybňuje posouzení ze strany Tribunale amministrativo regionale per la Campania (regionální správní soud pro Kampánii), podle něhož byla tato společnost automaticky vyloučena ze zadávacího řízení, o které se jedná v původní věci, z toho důvodu, že společnost Consorzio Stabile GAP ztratila způsobilost ke klasifikaci v příslušné kategorii služeb.
- 33 V tomto ohledu je třeba připomenout, že v souladu s bodem 46 odůvodnění a článkem 2 směrnice 2004/18 jsou veřejní zadavatelé povinni zacházet s hospodářskými subjekty na základě zásady rovnosti, nediskriminačním a transparentním způsobem (rozsudky ze dne 7. dubna 2016, *Partner Apelski Dariusz*, C-324/14, EU:C:2016:214, bod 60, a ze dne 4. května 2017, *Esaprojekt*, C-387/14, EU:C:2017:338, bod 35).
- 34 Zásady rovného zacházení a zákazu diskriminace stanoví, že uchazeči musí mít při formulaci znění svých nabídek tytéž příležitosti, a vyžadují tedy, aby tyto nabídky podléhaly stejným podmínkám pro všechny uchazeče. Cílem povinnosti transparentnosti je zaručit neexistenci rizika protežování a svévole ze strany veřejného zadavatele. Tato povinnost znamená, že všechny podmínky a způsoby postupu vedoucího k zadání zakázky musí být v oznámení o zakázce nebo v zadávací dokumentaci formulovány jasně, přesně a jednoznačně tak, aby zaprvé všichni přiměřeně informovaní uchazeči, kteří postupují s běžnou řádnou péčí, mohli pochopit jejich přesný rozsah a vykládat je stejným způsobem a zadruhé byl veřejný zadavatel schopen skutečně ověřit, zda nabídky uchazečů splňují kritéria, kterými se řídí dotčená zakázka (rozsudky ze dne 7. dubna 2016, *Partner Apelski Dariusz*, C-324/14, EU:C:2016:214, bod 61 a citovaná judikatura, jakož i ze dne 4. května 2017, *Esaprojekt*, C-387/14, EU:C:2017:338, bod 36).
- 35 Kromě toho z judikatury Soudního dvora vyplývá, že zásady rovného zacházení a zákazu diskriminace, stejně jako povinnost transparentnosti, brání jakémukoli vyjednávání mezi veřejným zadavatelem a uchazečem v rámci zadávacího řízení na veřejnou zakázku, z čehož vyplývá, že nabídka nemůže být po jejím předložení v zásadě změněna ani z podnětu veřejného zadavatele, ani z podnětu uchazeče. Z toho vyplývá, že veřejný zadavatel nemůže požadovat objasnění od uchazeče, o jehož nabídce se domnívá, že je nepřesná nebo neodpovídá technickým specifikacím zadávací dokumentace (rozsudky ze dne 7. dubna 2016, *Partner Apelski Dariusz*, C-324/14, EU:C:2016:214, bod 62 a citovaná judikatura, jakož i ze dne 4. května 2017, *Esaprojekt*, C-387/14, EU:C:2017:338, bod 37).
- 36 Soudní dvůr však upřesnil, že článek 2 směrnice 2004/18 nebrání tomu, aby údaje týkající se nabídky mohly být v jednotlivostech opraveny nebo doplněny, zejména když je zřejmé, že vyžadují pouhé objasnění, nebo je třeba odstranit zjevné věcné chyby (rozsudky ze dne 7. dubna 2016, *Partner Apelski Dariusz*, C-324/14, EU:C:2016:214, bod 63 a citovaná judikatura, jakož i ze dne 4. května 2017, *Esaprojekt*, C-387/14, EU:C:2017:338, bod 38).
- 37 Pokud jde o změny týkající se subjektů, kterým je zakázka zadána, Soudní dvůr již konstatoval, že rozhodnutí o povolení změny složení úspěšného sdružení znamená změnu ve vztahu k rozhodnutí o zadání zakázky, kterou lze považovat za významnou, pokud se s ohledem na zvláštnosti dotyčného zadávacího řízení týká jednoho ze základních prvků, které byly určující pro přijetí rozhodnutí o zadání zakázky. Za tohoto předpokladu je třeba uplatnit relevantní opatření stanovená vnitrostátním právem za účelem napravení této protiprávní situace, která mohou vést až k uspořádání nového zadávacího řízení (rozsudek ze dne 8. května 2014, *Idrodinamica Spurgo Velox a další*, C-161/13, EU:C:2014:307, bod 39, jakož i citovaná judikatura).

- 38 Kromě toho v oblasti koncesí Soudní dvůr rozhodl, že změna subdodavatele, ačkoliv je možnost takovéto změny ve smlouvě o koncesi upravena, může ve výjimečných případech být významnou změnou jednoho z podstatných prvků smlouvy o koncesi, a to v situaci, kdy využití služeb určitého subdodavatele spíše nežli subdodavatele jiného, s ohledem na charakteristiky vlastní dotčenému plnění, bylo rozhodujícím aspektem pro uzavření smlouvy (rozsudek ze dne 13. dubna 2010, Wall, C-91/08, EU:C:2010:182, bod 39).
- 39 Jak uvedl generální advokát v bodě 47 svého stanoviska, ve věci v původním řízení by možnost přiznaná nepředvídatelně výlučně jednomu sdružení podniků nahradit třetí podnik, který je součástí sdružení a ztratil kvalifikaci požadovanou pod hrozbou vyloučení, představovala podstatnou změnu nabídky a samotné identity sdružení. Taková modifikace nabídky by totiž od zadavatele vyžadovala, aby provedl novou kontrolu, přičemž toto sdružení by získalo soutěžní výhodu, jelikož by se mohlo snažit optimalizovat svou nabídku s cílem lépe čelit nabídkám svých konkurentů v dotčeném zadávacím řízení.
- 40 Taková situace by byla v rozporu se zásadou rovného zacházení, která vyžaduje, aby uchazeči měli při formulaci znění svých nabídek tytéž příležitosti, a vyžaduje, aby tyto nabídky podléhaly stejným podmínkám pro všechny uchazeče, a představovala by narušení zdravé a účinné hospodářské soutěže mezi podniky, které se účastní veřejné zakázky.
- 41 Konečně, pokud jde o argument zásahu vyšší moci, který uplatňuje společnost Casertana, je třeba konstatovat, že i když směrnice 2004/18, jak bylo uvedeno v bodech 30 a 31 tohoto rozsudku, umožňuje uchazeči, aby ke splnění kritérií stanovených zadavatelem využil vedle vlastních schopností i schopností jednoho či více třetích subjektů, je tento uchazeč jakožto vedoucí člen sdružení podniků i nadále odpovědný za splnění povinností a podmínek účasti v zadávacím řízení stanovených zadavatelem v dokumentaci týkající se dotčeného zadávacího řízení ze strany těchto podniků.
- 42 S ohledem na výše uvedené je třeba na položenou otázku odpovědět tak, že čl. 47 odst. 2 a čl. 48 odst. 3 směrnice 2004/18 musí být vykládány v tom smyslu, že nebrání vnitrostátní právní úpravě, která vylučuje možnost hospodářského subjektu, jenž se účastní zadávacího řízení, nahradit pomocný podnik, který ztratil požadovanou způsobilost po podání jeho nabídky, a která vede k automatickému vyloučení tohoto subjektu.

K nákladům řízení

- 43 Vzhledem k tomu, že řízení má, pokud jde o účastníky původního řízení, povahu incidenčního řízení ve vztahu ke sporu probíhajícímu před předkládajícím soudem, je k rozhodnutí o nákladech řízení příslušný uvedený soud. Výdaje vzniklé předložením jiných vyjádření Soudnímu dvoru než vyjádření uvedených účastníků řízení se nenahrazují.

Z těchto důvodů Soudní dvůr (první senát) rozhodl takto:

Článek 47 odst. 2 a čl. 48 odst. 3 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES ze dne 31. března 2004 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby musí být vykládány v tom smyslu, že nebrání vnitrostátní právní úpravě, která vylučuje možnost hospodářského subjektu, jenž se účastní zadávacího řízení, nahradit pomocný podnik, který ztratil požadovanou způsobilost po podání jeho nabídky, a která vede k automatickému vyloučení tohoto subjektu.

Podpisy.