



Zbierka súdnych rozhodnutí

NÁVRHY GENERÁLNEHO ADVOKÁTA
NILO JÄÄSKINEN
prednesené 28. februára 2013¹

Vec C-94/12

**Swm Costruzioni 2 SpA,
Mannocchi Luigino DI
proti
Provincia di Fermo**

[návrh na začatie prejudiciálneho konania podaný Tribunale amministrativo regionale per le Marche
(Taliansko)]

„Smernica 2004/18/ES — Verejné obstarávanie na zadanie zákazky na práce — Ekonomické a finančné postavenie hospodárskeho subjektu — Technická a/alebo odborná spôsobilosť hospodárskeho subjektu — Využitie kapacity viac ako jedného pomocného podniku“

I – Úvod

1. Od podnikov, ktoré si želajú zúčastniť sa na verejnom obstarávaní na zadanie zákazky na práce, možno požadovať splnenie minimálnych požiadaviek týkajúcich sa ekonomického a finančného postavenia alebo technickej a/alebo odbornej spôsobilosti v zmysle článkov 47 a 48 smernice Európskeho parlamentu a Rady 2004/18/ES z 31. marca 2004 o koordinácii postupov zadávania verejných zákaziek na práce, verejných zákaziek na dodávku tovaru a verejných zákaziek na služby (ďalej len „smernica 2004/18“)². Okrem toho, že hospodársky subjekt môže mať túto spôsobilosť sám, môže splniť tieto požiadavky tak, že sa spoľahne na využitie kapacity „iných subjektov bez ohľadu na právnu povahu vzťahov, ktoré s nimi má“.³

2. Tento návrh na začatie prejudiciálneho konania sa týka otázky, či vnútroštátny právny predpis obmedzujúci počet subjektov, na využitie kapacity ktorých sa hospodársky subjekt, ktorý si želá zúčastniť sa na verejnom obstarávaní na zadanie zákazky na práce, môže spoľahnúť, na jeden subjekt, je v súlade so smernicou 2004/18 a najmä s článkom 47 ods. 2 a článkom 48 ods. 3 tejto smernice. Odpoveď na túto otázku vyžaduje, aby Súdny dvor definoval rozsah diskrečnej právomoci, ktorá je členským štátom zverená pri implementácii ustanovení, ktoré kodifikujú judikatúru Súdneho dvora z obdobia pred prijatím smernice 2004/18.

1 — Jazyk prednesu: angličtina.

2 — Ú. v. EÚ L 134, s. 114; Mim. vyd. 06/007, s. 132.

3 — Článok 47 ods. 2 a článok 48 ods. 3 smernice 2004/18.

II – Právny rámec

A – Právo Európskej únie

3. Článok 47 smernice 2004/18 nazvaný „Ekonomická a finančná situácia“ vo svojom odseku 2 stanovuje:

„Hospodársky subjekt môže, ak to prichádza do úvahy, a pri určitej zákazke, počítať s využitím kapacít iných subjektov bez ohľadu na právnu povahu vzťahov, ktoré s nimi má. V takom prípade musí verejnému obstarávateľovi preukázať, že bude mať potrebné zdroje k dispozícii, napríklad predložením prísľubu týchto subjektov v uvedenom zmysle.“

4. Článok 48 smernice 2004/18 nazvaný „Technická a/alebo odborná spôsobilosť“ vo svojom odseku 3 stanovuje:

„Hospodársky subjekt sa môže, ak to prichádza do úvahy, a pri určitej zákazke, spoľahnúť na využitie spôsobilosti [kapacity – *neoficiálny preklad*] iných subjektov bez ohľadu na právnu povahu vzťahov, ktoré s nimi má. V takom prípade musí verejnému obstarávateľovi preukázať, že bude mať k dispozícii zdroje potrebné na vykonanie zákazky, napríklad predložením prísľubu týchto subjektov, že potrebné zdroje dajú hospodárskemu subjektu k dispozícii.“

5. Článok 52 smernice 2004/18 nazvaný „Úradné zoznamy schválených hospodárskych subjektov a certifikácia orgánmi zriadenými podľa verejného práva alebo súkromného práva“ vo svojom odseku 1 stanovuje:

„Členské štáty môžu zaviesť buď úradné zoznamy schválených zhotoviteľov, dodávateľov alebo poskytovateľov služieb, alebo certifikáciu certifikačnými orgánmi, zriadenými podľa verejného alebo súkromného práva.

Členské štáty prispôbia podmienky pre zápis do týchto zoznamov a pre vydávanie certifikátov certifikačnými orgánmi ustanoveniam článku 45 ods. 1 a ods. 2 písm. a) až d) a g), článku 46, článku 47 ods. 1, 4 a 5, článku 48 ods. 1, 2, 5 a 6, článku 49 a prípadne aj článku 50.

Členské štáty ich prispôbia aj článku 47 ods. 2 a článku 48 ods. 3, pokiaľ ide o žiadosti o zápis podané hospodárskymi subjektmi, ktoré patria do skupiny a ktoré uvádzajú, že ostatné spoločnosti v skupine im dajú k dispozícii zdroje. V takých prípadoch tieto subjekty musia preukázať orgánu, ktorý zostavuje úradný zoznam, že majú tieto zdroje k dispozícii počas doby platnosti certifikátu potvrdzujúceho ich zápis v úradnom zozname a že počas rovnakého obdobia budú tieto spoločnosti naďalej spĺňať požiadavky kvalitatívneho výberu stanovené v článkoch uvedených v druhom pododseku, na ktoré sa subjekty pri svojom zápise odvolávajú.“

B – Vnútroštátne právo

6. Článok 49 ods. 6 legislatívneho dekrétu č. 163/2006 stanovuje, pokiaľ ide o účasť na verejnom obstarávaní, že „čo sa týka prác, uchádzač sa môže v rámci jednej kvalifikačnej kategórie spoliehať na kapacitu iba jedného pomocného hospodárskeho subjektu. Výzva na predkladanie ponúk môže povoliť využitie kapacity viacerých pomocných hospodárskych subjektov, v závislosti od ceny zákazky alebo osobitosti požadovaných prác, s tým, že uchádzač nemôže využiť zdieľanie jednotlivej ekonomickej, finančnej, technickej a organizačnej kapacity podľa článku 40 ods. 3 písm. b), na základe ktorých bolo možné získať certifikát v danej kategórii“.

III – Spor vo veci samej a položená prejudiciálna otázka

7. Žalobca vo veci samej, Raggruppamento Temperaneo Imprese (ďalej len „RTI“), *ad hoc* skupina dodávateľov pozostávajúca zo Swm Costruzioni 2 SpA (splnomocnený zástupca skupiny dodávateľov) a Mannocchi Luigino DI, ktorí sú tiež žalobcami vo veci samej, sa zúčastnili na verejnom obstarávaní na zadanie zákazky na práce súvisiace s modernizáciou a rozšírením Strada Provinciale (provinčná cesta) č. 238 Valdaso.

8. S cieľom splniť požiadavky certifikácie Società Organismo di Attestazione (ďalej len „SOA“), čo je certifikačný orgán oprávnený overiť, či podniky majú potrebnú kvalifikáciu a či splňajú požiadavky na účasť na verejnom obstarávaní, žalobca v prvom rade, spoločnosť Swm Costruzioni 2, využila kapacity iných dvoch hospodárskych subjektov v rámci rovnakej kvalifikačnej kategórie týkajúcej sa modernizačných a rozširovacích prác.

9. Oznámením z 2. augusta 2011 verejný obstarávateľ, Provincia di Fermo, informoval RTI o svojom rozhodnutí o jej vylúčení zo súťaže, ktoré bolo prijaté v ten istý deň. Dôvodom tohto rozhodnutia bolo porušenie zákazu využitia kapacít viac ako jedného hospodárskeho subjektu v rámci tej istej kategórie, ktorý stanovuje článok 49 ods. 6 legislatívneho dekrétu č. 163/2006.

10. RTI napadla toto rozhodnutie žalobou, ktorú podala 5. augusta 2011 na vnútroštátny súd, Tribunale amministrativo regionale per le Marche. Žaloba RTI sa zakladala na tvrdení, že článok 49 ods. 6 legislatívneho dekrétu č. 163/2006 nie je v súlade s relevantnými ustanoveniami smernice 2004/18. Tribunale amministrativo regionale per le Marche rozhodol prerušiť konanie a položiť Súdnemu dvoru nasledujúcu prejudiciálnu otázku:

„Má sa článok 47 ods. 2 smernice 2004/18/ES vykladať tak, že v zásade bráni právnemu predpisu členského štátu, ako je v prípade Talianska článok 49 ods. 6 legislatívneho dekrétu č. 163/2006, ktorý s výnimkou osobitných prípadov zakazuje využitie kapacít viacerých hospodárskych subjektov tým, že stanovuje: ‚Čo sa týka prác, uchádzač sa môže v rámci jednej kvalifikačnej kategórie spoľahnúť na spôsobilosť [kapacitu – *neoficiálny preklad*] iba jedného pomocného hospodárskeho subjektu. Výzva na predkladanie ponúk môže povoliť využitie spôsobilosti [kapacity – *neoficiálny preklad*] viacerých pomocných hospodárskych subjektov v závislosti od ceny zákazky alebo osobitosti požadovaných prác...?‘“

11. Písomné pripomienky predložili Swm Costruzioni 2 SpA, Mannocchi Luigino DI, talianska vláda a Komisia.

IV – Rozsah položenej prejudiciálnej otázky

12. Talianska vláda zdôrazňuje, že predmetom konania vo veci samej je technická a odborná spôsobilosť podniku a nie jeho ekonomické a finančné postavenie, a preto je relevantným ustanovením smernice 2004/18 článok 48 ods. 3. Vnútroštátny súd sa však výhradne odvoláva na článok 47 ods. 2 smernice 2004/18, ktorý sa týka ekonomického a finančného postavenia zúčastnených podnikov.

13. V tejto súvislosti považujem za postačujúce odvolať sa na ustálenú judikatúru, podľa ktorej návrh na začatie prejudiciálneho konania podaný vnútroštátnym súdom poskytuje základ pre určenie rozsahu otázky práva Európskej Únie, ktorej výklad sa má poskytnúť, ale Súdny dvor nie je úplne viazaný znením otázky, ktorá mu bola položená. Súdny dvor má právomoc preformulovať otázku, ktorú mu položil vnútroštátny súd, aby mohol poskytnúť vnútroštátnemu súdu užitočnú odpoveď, ktorá mu umožní rozhodnúť vo veci, ktorú začal prejednávať.⁴

⁴ — Pozri rozsudok z 11. júla 2002, Marks & Spencer (C-62/00, Zb. s. I-6325, bod 32 a citovanú judikatúru). Pozri tiež nedávny rozsudok z 21. júla 2011, Stewart (C-503/09, Zb. s. I-6497, bod 105).

14. V článku 44 ods. 2 smernice 2004/18 sa články 47 a 48 smernice 2004/18 zjednocujú s cieľom umožniť verejným obstarávateľom „od záujemcov a uchádzačov vyžadovať, aby spĺňali minimálnu úroveň spôsobilosti“. Tieto dva články sledujú tú istú logiku a pri uplatňovaní oboch článkov platia tie isté zásady výkladu. V rozsudku *Strong Securança* Súdny dvor mimochodom konštatoval, že znenie článku 48 ods. 3 a článku 47 ods. 2 smernice 2004/18 je v podstate totožné.⁵ Obe ustanovenia kodifikujú právnu zásadu prijatú v rámci judikatúry Súdneho dvora týkajúcej sa predchádzajúcich smerníc o verejnom obstarávaní, ktoré sa týkali kritérií pre kvalitatívny výber záujemcov alebo uchádzačov.⁶

15. V rámci písomnej časti konania Súdny dvor vyzval účastníkov konania, aby predložili svoje stanovisko, pokiaľ ide o relevantnosť článku 44 ods. 2 smernice 2004/18 v prejednávacom prípade, ktorý predstavuje všeobecné ustanovenie pre overovanie spôsobilosti, výber účastníkov a zadávanie zákaziek.⁷ V rámci stanovenej lehoty predložila iba Komisia svoje stanovisko, v ktorom dospela k záveru, že posúdenie článku 44 ods. 2 nie je v prejednávacom prípade relevantné.

16. Preto sa domnievam, že na to, aby sa Tribunale amministrativo regionale per le Marche poskytla odpoveď, ktorá bude užitočná pre vyriešenie sporu vo veci samej, by sa mal Súdny dvor pri rozhodovaní o prejudiciálnej otázke zamerať na výklad článku 47 ods. 2, ako aj na výklad článku 48 ods. 3 smernice 2004/18.

V – Posúdenie

17. Podľa môjho názoru doslovný výklad článku 47 ods. 2 a článku 48 ods. 3 smernice 2004/18 nepodporuje názor, že vnútroštátny právny predpis, ako je článok 49 ods. 6 legislatívneho dekrétu č. 163/2006, je v súlade s právom Európskej Únie o verejnom obstarávaní.

18. Článok 47 ods. 2 a článok 48 ods. 3 smernice 2004/18 výslovne stanovujú, že hospodárske subjekty môžu, v prípade konkrétnej zákazky na práce, využiť kapacitu iných subjektov, aby preukázali splnenie požiadaviek týkajúcich sa ich ekonomického a finančného postavenia alebo technickej a odbornej spôsobilosti. Inými slovami, tieto ustanovenia odkazujú na *iné subjekty* v množnom čísle. Je užitočné pripomenúť, že článok 47 ods. 3 a článok 48 ods. 4 smernice 2004/18 stanovuje tú istú možnosť, pokiaľ ide o hospodárske subjekty tvoriace skupinu.

19. Článok 52 smernice 2004/18 stanovuje tú istú možnosť, pokiaľ ide o zápis do úradných zoznamov schválených hospodárskych subjektov alebo vydávanie certifikátov pre účasť na verejnom obstarávaní. Znenie článku 52 ods. 1 smernice 2004/18 tiež naznačuje, použitím množného čísla *ostatné spoločnosti*, že normotvorca Európskej únie nemal v úmysle obmedziť počet pomocných podnikov, ktorých kapacitu by prípadný uchádzač mohol využiť.

20. Znenie článku 47 ods. 2, článku 48 ods. 3 a článku 52 smernice 2004/18 kodifikuje ustálenú judikatúru Súdneho dvora z obdobia pred prijatím smerníc o verejnom obstarávaní. V rozsudku zo 14. apríla 1994, *Ballast Nedam Groep*, Súdny dvor dospel k záveru, že holdingová spoločnosť, ktorá sama osebe nevykonáva práce, nesmie byť z dôvodu, že jej dcérske spoločnosti, ktoré vykonávajú práce, sú samostatnými právnickými osobami, vylúčená z účasti na verejnom obstarávaní na zadanie zákazky na práce, ak môže preukázať, že má k dispozícii zdroje dcérskych spoločností potrebné na realizáciu zákazky.

5 — Rozsudok zo 17. marca 2011, *Strong Securança* (C-95/10, Zb. s. I-1865, bod 13).

6 — Pozri napríklad rozsudky zo 14. apríla 1994, *Ballast Nedam Groep* (C-389/92, Zb. s. I-1289); z 18. decembra 1997, *Ballast Nedam Groep* (C-5/97, Zb. s. I-7549), a z 2. decembra 1999, *Holst Italia* (C-176/98, Zb. s. I-8607).

7 — Článok 44 ods. 2 smernice 2004/18 stanovuje, že „verejní obstarávatelia môžu od záujemcov a uchádzačov vyžadovať, aby spĺňali minimálnu úroveň spôsobilosti podľa článkov 47 a 48. Rozsah informácií uvedených v článkoch 47 a 48 a minimálne úrovne spôsobilosti, vyžadované pri určitej zákazke musia súvisieť s predmetom zákazky a musia byť primerané tomuto predmetu. Tieto minimálne úrovne sa uvedú v oznámení o vyhlásení zadávacieho konania.“

21. V rozsudku z 18. decembra 1997, Ballast Nedam Groep, Súdny dvor zopakoval svoje stanovisko prijaté v rozsudku zo 14. apríla 1994, Ballast Nedam Groep, a definoval ho ďalej konštatovaním, že pri posudzovaní technickej spôsobilosti materskej spoločnosti sú orgány verejnej moci, ktoré zostavujú zoznamy schválených zhotoviteľov, povinné zohľadniť technickú spôsobilosť subjektov patriacich do tej istej skupiny.

22. V rozsudku Holst Italia Súdny dvor uplatnil judikatúru Ballast na situáciu, v rámci ktorej spoločnosť, ktorá si želala zúčastniť sa na verejnom obstarávaní, nebola vedúcou právnickou osobou skupiny spoločností, a potvrdil, že takáto spoločnosť môže využiť kapacitu ostatných spoločností v skupine *bez ohľadu na právnu povahu vzťahov, ktoré s nimi má*.⁸ Súdny dvor uviedol, že uchádzač nemôže byť vylúčený z účasti na verejnom obstarávaní iba z dôvodu, že navrhuje využiť zdroje, ktoré nie sú jeho vlastné, *ale patria jednému alebo viacerým subjektom*.⁹

23. Stanovisko Súdneho dvora, že právo Európskej únie nevyžaduje, aby subjekt, ktorý chce uzatvoriť zmluvu s verejným obstarávateľom, dokázal priamo poskytnúť dohodnuté plnenie prostredníctvom svojich vlastných zdrojov, ak má byť považovaný za hospodársky subjekt spôsobilý na účasť vo verejnom obstarávaní, potvrdila aj neskoršia judikatúra.¹⁰ Súdny dvor zdôraznil, že podniky, ktoré si želajú zúčastniť sa na verejnom obstarávaní, musia preukázať, že skutočne majú k dispozícii zdroje iných subjektov potrebné na realizáciu predmetnej zákazky. Bremeno spočíva na uchádzačovi, ktorý sa spolieha na zdroje ostatných.¹¹

24. Článok 47 ods. 2, aj článok 48 ods. 3 smernice 2004/18 takmer totožne stanovujú, že „hospodársky subjekt sa *môže*... spoľahnúť na využitie spôsobilosti [kapacity – *neoficiálny preklad*] iných subjektov“. Táto formulácia naznačuje, že hospodárskym subjektom je priznané *právo* zvoliť si túto metódu splnenia kritérií výberu za predpokladu, že môžu preukázať, že skutočne majú k dispozícii zdroje iných subjektov nevyhnutné na realizáciu zákazky.

25. Ak je spôsobilosť podniku vykonať verejnú zákazku na práce v konkrétnom prípade spochybnená, hodnotenie, pokiaľ ide o to, či boli v tejto súvislosti predložené primerané dôkazy, je záležitosťou vnútroštátnych súdov. Ako som už uviedol, táto zásada bola prijatá v rámci judikatúry Súdneho dvora a v súčasnosti je kodifikovaná v článku 47 ods. 2 a článku 48 ods. 3 smernice 2004/18.¹²

26. Okrem toho v článku 52 smernice 2004/18 sa nenachádza nič, čo by naznačovalo, že jeho cieľom bolo obmedziť rozsah článku 47 ods. 2 a článku 48 ods. 3, ktoré sa týkajú spolupráce medzi hospodárskymi subjektmi v kontexte verejného obstarávania na zadanie *konkrétnej zákazky*. Článok 52 ods. 1 naopak vyžaduje, aby boli podmienky pre zápis do zoznamov schválených zhotoviteľov, dodávateľov alebo poskytovateľov služieb alebo pre vydávanie certifikátov prispôbené zásade, ktorá je zakotvená v článku 47 ods. 2 a článku 48 ods. 3, pokiaľ ide o žiadosti o zápis podané hospodárskymi subjektmi, ktoré patria do *skupiny* a ktoré uvádzajú, že ostatné spoločnosti v skupine im poskytnú zdroje.

8 — Rozsudok Holst Italia, už citovaný, bod 31.

9 — Tamže, bod 26.

10 — Pozri okrem iného rozsudok z 23. decembra 2009, CoNISMa (C-305/08, Zb. s. I-12129, bod 41 a citovanú judikatúru).

11 — Pozri rozsudok z 18. marca 2004, Siemens a ARGE Telekom (C-314/01, Zb. s. I-2549, bod 44 a citovanú judikatúru).

12 — Pozri rozsudky zo 14. apríla 1994, Ballast Nedam Groep, už citovaný, bod 17, a Holst Italia, už citovaný, body 29 a 30.

27. Zápis do úradného zoznamu alebo vydanie certifikátu v súlade s článkom 52 smernice 2004/18 predstavuje domnienku spôsobilosti zapísaných alebo certifikovaných podnikov, ale len vo vzťahu k podmienkam, na ktorých sa zápis alebo certifikácia zakladá. Verejní obstarávatelia majú diskrečnú právomoc určiť minimálne požiadavky týkajúce sa finančného a ekonomického postavenia a technických znalostí a schopností potrebných na účasť na verejnom obstarávaní na zadanie konkrétnej zákazky, a ak je to potrebné, požadovať dôkaz, ktorý bude presvedčivejší ako samotná domnienka zápisu a certifikácie.¹³

28. Navyše Súdny dvor uviedol, že smernica 92/50¹⁴ nebráni zákazku alebo obmedzeniu využitia zmlúv so subdodávateľmi pri výkone podstatných častí verejnej zmluvy práve v prípade, keď verejný obstarávateľ nemôže pri posudzovaní ponúk a výbere uchádzača s najnižšou ponukou overiť technickú spôsobilosť a ekonomické postavenie subdodávateľov.¹⁵

29. To by naznačovalo, že vnútroštátne ustanovenie, ktoré vylučuje z verejného obstarávania hospodárske subjekty, ktoré sa spoliehajú na kapacitu viac ako jedného subjektu, je v rozpore s právom hospodárskych subjektov zvoliť si túto metódu splnenia kritérií výberu, a preto nie je v súlade so smernicou 2004/18. Súdny dvor totiž uviedol, že uchádzač, ktorý uvádza, že má k dispozícii technickú a ekonomickú kapacitu tretích strán, ktorú chce využiť v prípade, že mu bude zadaná zákazka, môže byť vylúčený z verejného obstarávania len v prípade, že nepreukáže, že túto kapacitu naozaj má k dispozícii.¹⁶

30. Preto vnútroštátne ustanovenie, ako je článok 49 ods. 6 legislatívneho dekrétu č. 163/2006, ktoré úplne nezakazuje využitie kapacity pomocných hospodárskych subjektov s cieľom splniť kritériá výberu, ale ktoré však ukladá kvantitatívne obmedzenie, ktoré nie je stanovené v práve Európskej únie, pokiaľ ide o túto možnosť, nemôže byť v súlade so smernicou 2004/18.

31. Tento argument ďalej podporuje analýza cieľov stanovených v článku 47 ods. 2 a článku 48 ods. 3 smernice 2004/18. Súdny dvor uviedol, že jedným z hlavných cieľov pravidiel Európskej únie v oblasti verejného obstarávania je otvorenie čo možno najširšej hospodárskej súťaže a že je v záujme práva Európskej únie, aby bola zabezpečená čo najširšia možná účasť uchádzačov na verejnom obstarávaní.¹⁷

32. Cieľ otvorenia čo možno najširšej hospodárskej súťaže je v záujme nielen vzhľadom na voľný pohyb tovaru a služieb, ale aj v záujme verejného obstarávateľa, ktorý tak bude mať širší výber najvýhodnejšej ponuky.¹⁸ Vylúčenie uchádzačov na základe počtu ďalších subjektov, ktoré sa zúčastňujú na realizácii verejnej zákazky, napríklad tak, že v súvislosti s jedným kvalitatívnym kritériom sa povolí iba jeden pomocný podnik, neumožňuje hodnotenie v závislosti od konkrétneho prípadu, a teda v skutočnosti zužuje výber obstarávateľa a ovplyvňuje účinnú hospodársku súťaž.

13 — Pozri rozsudok z 9. júla 1987, CEI/Association intercommunale pour les autoroutes des Ardennes (27/86, 28/86 a 29/86, Zb. s. 3347, body 25 až 27).

14 — Smernica Rady 92/50/EHS z 18. júna 1992 o koordinácii postupov verejného obstarávania služieb (Ú. v. ES L 209, s. 1; Mim. vyd. 06/001, s. 322).

15 — Pozri rozsudok Siemens a ARGE Telekom, už citovaný, bod 45.

16 — Tamže, bod 46.

17 — Pozri rozsudok CoNISMa, už citovaný, bod 37 a citovanú judikatúru.

18 — Tamže, bod 37 a citovaná judikatúra.

33. Ďalším cieľom pravidiel verejného obstarávania je otvoriť trh verejného obstarávania pre všetky hospodárske subjekty bez ohľadu na ich veľkosť. Obzvlášť potrebné je podporovať zapojenie malých a stredných podnikov (ďalej len „MSP“), pretože MSP predstavujú chrbticu hospodárstva Európskej únie.¹⁹ Šance MSP na účasť na verejnom obstarávaní a na zadanie zákazky na práce marí, okrem iných okolností, rozsah zákaziek. Z tohto dôvodu je možnosť uchádzačov uchádzať sa o zákazku v skupinách a spoliehať sa na kapacitu pomocných podnikov obzvlášť dôležitá pri uľahčení prístupu MSP na trhy.²⁰

34. Na záver sa budem zaoberať diskrečnou právomocou členských štátov pri implementácii smernice 2004/18. Komisia a talianska vláda sa domnievajú, že vnútroštátne ustanovenie, ako je článok 49 ods. 6 legislatívneho dekrétu č. 163/2006, patrí do rámca diskrečnej právomoci, ktorá bola členským štátom zverená pri implementácii smernice.

35. Komisia sa domnieva, že pre riadnu implementáciu smernice postačuje, aby sa s cieľom splniť požiadavky týkajúce sa ekonomického a finančného postavenia a technickej a/alebo odbornej spôsobilosti nevyklúčila možnosť využiť kapacitu pomocného podniku a aby sa s cieľom zabezpečiť účinný kvalitatívny výber uchádzačov založený na transparentných, objektívnych a nediskriminačných kritériách uplatňovali zásady vyjadrené v smernici 2004/18.

36. Nespochybnujem skutočnosť, že členské štáty majú pri implementácii smerníc o verejnom obstarávaní pomerne rozsiahlu diskrečnú právomoc. To sa však nevzťahuje na záležitosti, ktoré výslovne upravuje normotvorca Európskej únie, medzi ktoré podľa môjho názoru patrí možnosť využiť kapacitu tretích osôb v súvislosti s verejným obstarávaním zákaziek. Ako som už uviedol vyššie, tak judikatúra Súdneho dvora, ako aj smernica 2004/18 hospodárskemu subjektu výslovne umožňujú využiť kapacitu iných subjektov bez ohľadu na právnu povahu vzťahov, ktoré s nimi má.

37. Vylúčenie uchádzačov, ktorí využívajú kapacitu viac ako jedného pomocného subjektu v súvislosti s jedným kvalitatívnym kritériom výberu, zvyhodňuje väčšie podniky na úkor *ad hoc* skupiny MSP. To pravdepodobne zvyhodňuje dominantné miestne alebo regionálne subjekty vo verejnom obstarávaní na zadanie zákazky na práce, ktorých rozsah síce zodpovedá ich kapacite, ale sú príliš náročné pre menšie subjekty vystupujúce samostatne a príliš malé na to, aby zaujali väčšie národné alebo medzinárodné spoločnosti. To nemožno považovať za nediskriminačné.

38. Súhlasím s talianskou vládou v tom, že môže existovať rozdiel medzi situáciami, keď hospodársky subjekt využíva ekonomické a finančné postavenie iného subjektu, a situáciami, keď využíva jeho technickú a/alebo odbornú spôsobilosť. V niektorých prípadoch musí potrebnú technickú alebo odbornú spôsobilosť spĺňať jediný subjekt. Napríklad kým dva podniky s kapacitou 50 000 ton asfaltu môžu spoločne spĺňať požadovanú kapacitu 100 000 ton potrebnú na opravu diaľnice, ale dva podniky, z ktorých má každý odbornú spôsobilosť potrebnú na údržbu a opravu hodín na železničných staniach, nespĺňajú automaticky kritériá spôsobilosti potrebné na opravu starožitných hodín v stredovekých kostoloch.

39. Problém, ktorý sa týka možností zoskupenia niektorých druhov technickej a/alebo odbornej spôsobilosti, je však kvalitatívne nezávislý od počtu subjektov, ktorých kapacitu hospodársky subjekt využíva. Skutočnosť, že hospodárske subjekty môžu na to, aby boli kvalifikované ako prípadní uchádzači, využiť kapacitu iných subjektov, nič nemení na samotnej podstate konkrétneho verejného obstarávania. Teda bez ohľadu na to, či hospodársky subjekt spĺňa ekonomické a finančné postavenie a technickú a odbornú spôsobilosť sám alebo prostredníctvom toho, že využíva kapacitu iných subjektov, stále musí preukázať, že spĺňa kritériá potrebné na realizáciu konkrétnej zákazky na práce.

19 — Pozri napríklad Zelenú knihu Komisie o modernizácii politiky verejného obstarávania EÚ – Smerom k účinnejšiemu európskemu trhu verejného obstarávania KOM(2011) 15 v konečnom znení.

20 — V pokynoch Komisie k európskemu kódexu osvedčených postupov na uľahčenie prístupu MSP k zákazkám verejného obstarávania sa hospodárskym subjektom odporúča, aby vo výberovej fáze verejného obstarávania využili možnosť spoľahnúť sa na svoje kombinované ekonomické a finančné postavenie a technickú spôsobilosť. Pozri Pracovný dokument útvarov Komisie o európskom kódexe osvedčených postupov na uľahčenie prístupu MSP k zákazkám verejného obstarávania SEC(2008) 2193.

40. Okrem toho článok 48 ods. 5 smernice 2004/18 stanovuje osobitné pravidlá vyhodnocovania spôsobilosti hospodárskych subjektov vzhľadom na ich schopnosti, efektívnosť, skúsenosti a spoľahlivosť, pokiaľ ide o určité kategórie verejných zákaziek. Toto ustanovenie sa uplatňuje aj na hospodárske subjekty, ktoré využívajú technickú alebo odbornú spôsobilosť iných subjektov. Okrem toho, ako som už uviedol vyššie, v prípade zápisu do úradných zoznamov alebo vnútroštátnej certifikácie majú verejní obstarávatelia aj naďalej diskrečnú právomoc určiť minimálne požiadavky týkajúce sa finančného a ekonomického postavenia a technických znalostí a schopností potrebných na účasť vo verejnom obstarávaní na zadanie konkrétnej zákazky.

VI – Návrh

41. Vzhľadom na vyššie uvedené úvahy navrhujem, aby Súdny dvor odpovedal na prejudiciálnu otázku položenú Tribunale amministrativo regionale per le Marche takto:

Článok 47 ods. 2 a článok 48 ods. 3 smernice Európskeho parlamentu a Rady 2004/18/ES z 31. marca 2004 o koordinácii postupov zadávania verejných zákaziek na práce, verejných zákaziek na dodávku tovaru a verejných zákaziek na služby bráni vnútroštátnemu právnomu predpisu, ako je ten, o ktorý ide v konaní vo veci samej a ktorý s výnimkou osobitných prípadov zakazuje využitie kapacity viacerých hospodárskych subjektov s cieľom splniť kritériá výberu týkajúce sa ekonomického a finančného postavenia a technickej a/alebo odbornej spôsobilosti hospodárskeho subjektu.