



Zbierka súdnych rozhodnutí

NÁVRHY GENERÁLNEHO ADVOKÁTA
MICHAL BOBEK
prednesené 24. novembra 2016¹

Vec C-387/14

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

[návrh na začatie prejudiciálneho konania, ktorý podal Krajowa Izba Odwoławcza (vnútroštátny odvolací senát, Poľsko)]

„Smernica 2004/18/ES — Zásady nediskriminácie a transparentnosti — Predloženie dodatočných informácií uchádzačom, týkajúcich sa dodávok, ktoré nie sú uvedené v pôvodnom zadávacom konaní — Možnosť spojiť skúsenosti dvoch subjektov — Možnosť využiť skúsenosti získané v rámci skupiny podnikov — Možnosť spojiť skúsenosti z rôznych zákaziek — Vážne skresľovanie skutočností“

I – Úvod

1. Prejednávaná vec sa týka verejného zadávacieho konania na dodávku počítačových systémov pre poľské nemocnice. Predmetná zákazka bola pôvodne zadaná spoločnosti Komputer Konsult Sp. z o.o. (ďalej len „KK“). Rozhodnutie o zadaní zákazky však napadla pred vnútroštátnym súdom spoločnosť Esaprojekt Sp. z o.o. (ďalej len „Esaprojekt“), ktorá v uvedenom konaní taktiež predložila ponuku. Spomínané rozhodnutie bolo následne zrušené z dôvodu nedostatočných skúseností zo strany spoločnosti KK. Uvedená spoločnosť bola následne vyzvaná, aby vysvetlila zoznam obsahujúci jej skúsenosti. Zákazka bola následne opäť zadaná spoločnosti KK. Esaprojekt rozhodnutie znovu napadla, čo viedlo k predloženiu návrhu na začatie prejudiciálneho konania v prejednáwanej veci.

2. Vnútroštátny súd položil Súdnemu dvoru niekoľko otázok, ktorých cieľom je stanoviť, po prvé podmienky, na základe ktorých môžu uchádzači upraviť zoznam svojich skúseností a využiť skúsenosti tretích osôb. Po druhé vnútroštátny súd žiada o vysvetlenie, kedy informácie poskytnuté uchádzačom predstavujú „skresľovanie skutočností“ podľa článku 45 ods. 2 písm. g) smernice 2004/18/ES.² Po tretie sa vnútroštátny súd pýta, či je možné na účely splnenia požiadavky zadávacieho konania využiť spoločné skúsenosti získané v rámci niekoľkých samostatných zákaziek, pokiaľ verejný obstarávateľ túto možnosť výslovne neuviedol.

¹ — Jazyk prednesu: angličtina.

² — Smernica 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 (Ú. v. EÚ L 134, 2004, s. 114; Mim. vyd. 06/007, s. 132).

II – Právny rámec

A – Právo Únie

3. Článok 2 smernice 2004/18 (ďalej len „smernica“) stanovuje zásady transparentnosti a nediskriminácie v zadávacích konaniach pri verejných zákazkách na práce, na dodávku tovaru a služby.
4. Článok 44 ods. 1 stanovuje, že zákazky sa zadávajú okrem iného na základe kritérií odborných a technických vedomostí alebo ich spôsobilosti, ktoré sú uvedené v článku 48. článok 44 ods. 2 stanovuje, že požiadavky minimálnej úrovne spôsobilosti „musia súvisieť s predmetom zákazky a musia byť primerané tomuto predmetu“.
5. Článok 45 ods. 2 písm. g), ktorý sa nachádza v oddiele nazvanom „Kvalitatívne kritériá výberu účastníkov“ stanovuje, že hospodársky subjekt môže byť z účasti v zadávacom konaní vylúčený, ak „bol uznaný vinným zo skresľovania skutočností pri poskytovaní informácií požadovaných podľa tohto oddielu alebo ich neposkytnutie“, a všeobecne v súvislosti s článkom 45 ods. 2, že „členské štáty bližšie určia vykonávacie podmienky pre tento odsek podľa svojho vnútroštátneho práva a s ohľadom na právo Spoločenstva“.
6. Článok 48 ods. 2 stanovuje, akým spôsobom môže byť spôsobilosť preukázaná, pričom v písmene a) uvádza najmä zoznam vykonaných prác, zoznam vykonaných hlavných dodávok alebo poskytnutých hlavných služieb.
7. Článok 48 ods. 3 stanovuje, že hospodársky subjekt „sa môže, ak to prichádza do úvahy, a pri určitej zákazke, spoľahnúť na využitie spôsobilosti iných subjektov bez ohľadu na právnu povahu vzťahov, ktoré s nimi má“. V takýchto prípadoch musí verejnému obstarávateľovi preukázať, že má «k dispozícii zdroje potrebné na vykonanie zákazky, napríklad predložením príslubu týchto subjektov, že potrebné zdroje dajú hospodárskemu subjektu k dispozícii“.
8. Článok 51 nazvaný „Doplňujúce podklady a informácie“ stanovuje, že „verejný obstarávateľ môže hospodárske subjekty vyzvať, aby doplnili alebo objasnili certifikáty a dokumenty predložené podľa článkov 45 až 50“.

B – Vnútroštátne právne predpisy

9. Článok 2 bod 13 Ustawa Prawo zamówień publicznych (zákon o verejných zákazkách, ďalej len „ZVZ“) definuje „verejnú zákazku“ ako „zmluvy s peňažným plnením medzi verejným obstarávateľom a hospodárskym subjektom, ktorých predmetom je poskytnutie služieb, dodávka výrobkov alebo stavebných prác“.
10. Článok 24 ods. 2 bod 3 ZVZ upravuje vylúčenie hospodárskych subjektov, ktoré „... poskytli nesprávne informácie, ktoré ovplyvnili alebo mohli ovplyvniť výsledok uskutočneného konania...“.
11. Článok 26 ZVZ umožňuje verejnemu obstarávateľovi požiadať uchádzača o doplnenie chýbajúcich informácií, o opravu chýb alebo o objasnenie vyhlásení alebo dokumentov.

III – Skutkový stav, konanie a prejudiciálne otázky

12. Prejednávaná vec sa týka verejného zadávacieho konania na dodávku počítačových systémov pre nemocnicu v Lodžskom vojvodstve (Poľsko). Podstatná časť zadávacieho konania sa týka nákupu a dodávok integrovaného nemocničného systému (HIS) pre správu administratívnej (sivej) a medicínskej (bielej) zóny v Samodzielny Szpital Wojewódzki im. Mikołaja Kopernika (samostatná nemocnica Mikuláša Kopernika).

13. Podľa zadávacích podkladov sa o zadanie verejnej zákazky mohli uchádzať hospodárske subjekty, ktoré boli schopné okrem iného preukázať, že uskutočnili najmenej dve zákazky, pričom predmetom (každý z nich) boli: dodávka, inštalácia, konfigurácia a zapojenie integrovaného nemocničného systému (HIS) v administratívnej (sivej) a medicínskej (bielej) zóne nemocnice s minimálne 200 lôžkami v celkovej hrubej hodnote najmenej 450 000 PLN brutto.

14. Na účely preukázania splnenia vyššie uvedených podmienok boli hospodárske subjekty povinné predložiť vyhlásenie a zoznam „už zrealizovaných HIS“ v bielej a sivej zóne.

15. KK vo svojej ponuke uviedla dve dodávky HIS a to konkrétne, dodávky v bielej a sivej zóne do nemocníc i) Słupsk (ďalej len „dodávka Słupsk“) a ii) Nowy Sącz (ďalej len „dodávka Nowy Sącz“). Obidve spomínané dodávky zrealizovalo konzorcium Konsultant IT Sp. z o.o. (ďalej len „KIT“) a KK.

16. Zákazka na nákup a dodanie HIS bola zadaná spoločnosti KK. Toto rozhodnutie napadla Esaprojekt, pričom v podstate tvrdila, že zákazky uvedenej spoločnosti KK nespĺňali požiadavky zadávacieho konania, pokiaľ ide o skúsenosti s HIS.

17. Súd odvolaniu vyhovel. Odvolací senát uložil obstarávateľovi povinnosť vyzvať KK, aby na základe článku 26 ods. 4 ZVZ podala vysvetlenie k predmetu zákaziek, ktoré boli uvedené na preukázanie vedomostí a skúseností ako podmienky na účasť na výberovom konaní.

18. Na základe žiadosti o objasnenie sa zistilo, že dodávka Słupsk bola realizovaná v rámci dvoch zadávacích konaní a dvoch samostatných zmlúv. Jedna z týchto zmlúv sa netýkala bielej zóny a druhá zas sivej zóny. Verejný obstarávateľ rozhodol, že dodávka Słupsk nezodpovedá zadávacím podkladom uvedeným vyššie v bode 13 týchto návrhov, keďže táto dodávka nepredstavovala jedinú „verejnú zákazku“, tak ako je definovaná v článku 2 bode 13 ZVZ. Naopak, pozostávala z dvoch samostatných zákaziek. Verejný obstarávateľ preto vyzval KK, aby doplnila podklady preukazujúce splnenie podmienok zadávacieho konania.

19. KK následne doplnila uvedené podklady a predložila nový zoznam dodávok. Na tomto zozname bola opäť uvedená dodávka Nowy Sącz. Podklady boli doplnené aj o dve nové dodávky, ktoré obidve realizoval tretí subjekt, a to spoločnosť Medinet Systemy Informatyczne Sp. z o.o. (ďalej len „Medinet“) (ďalej len „dodávka Medinet“). KK predložila tiež záväzok spoločnosti Medinet poskytnúť zdroje potrebné na realizáciu zákazky a spolupracovať pri realizácii zákazky ako poradca a konzultant.

20. Verejný obstarávateľ upravenú zákazku spoločnosti KK prijal. Esaprojekt znovu napadla rozhodnutie Województwo Łódzkie na Krajowa Izba Odwoławcza (vnútroštátny odvolací senát, Poľsko). Za týchto okolností sa uvedený súd rozhodol prerušiť konanie a položiť Súdnemu dvoru tieto prejudiciálne otázky:

„Otázka 1:

Pripúšťa článok 51 [smernice 2004/18] v spojení so zásadou rovnakého a nediskriminačného zaobchádzania s hospodárskymi subjektmi a transparentného konania, ktorá je zakotvená v jej článku 2, aby jeden hospodársky subjekt v rámci vysvetlenia alebo doplnenia podkladov uviedol iné uskutočnené zákazky (t. j. vykonané dodávky) ako tie, ktoré uviedol na zozname dodávok, ktoré boli súčasťou ponuky; môže odkázať predovšetkým na verejné zákazky, ktoré uskutočnil iný hospodársky subjekt, keď v ponuke neuviedol, že môže disponovať jeho zdrojmi?

Otázka 2:

Treba článok 51 [smernice 2004/18] v zmysle rozsudku Súdného dvora z 10. októbra 2013, Manova (C-336/12, EU:C:2013:647), z ktorého vyplýva, že „zásada rovnakého zaobchádzania sa má vykladať v tom zmysle, že nebráni tomu, aby verejný obstarávateľ požiadal uchádzača po uplynutí lehoty stanovenej na podávanie prihlášok do zadávacieho konania o poskytnutie dokumentov opisujúcich situáciu tohto uchádzača, akými sú zverejnené účtovné závierky, v prípade ktorých sa dá objektívne overiť, že existovali už pred uplynutím lehoty stanovenej na prihlásenie sa do výberového konania, ak predmetné súťažné podklady ich poskytnutie nepožadovali výslovne pod hrozbou vylúčenia prihlášky“, vykladať v tom zmysle, že doplnenie podkladov je prípustné len vtedy, keď sa týka podkladov, v prípade ktorých sa dá objektívne overiť, že existovali už pred uplynutím lehoty stanovenej na podanie ponúk alebo na prihlásenie sa do výberového konania, alebo tým spôsobom, že Súdny dvor naznačil len jednu z týchto možností a doplnenie podkladov je prípustné aj v iných prípadoch, napríklad dodatočným predložením dokumentov, ktoré pred uplynutím tejto lehoty neexistovali, ale napriek tomu môžu objektívnym spôsobom potvrdiť splnenie podmienok, ktorými je podmienená účasť?

Otázka 3:

Pokiaľ by odpoveď na druhú otázku mala znieť v tom zmysle, že je možné doplniť aj iné dokumenty ako tie, ktoré sú uvedené v rozsudku vo veci Manova, C-336/12, je potom možné doplniť podklady pochádzajúce od hospodárskeho subjektu, tretej osoby ako subdodávateľa alebo od iných hospodárskych subjektov, o ktorých zdroje sa opiera hospodársky subjekt, ak tie neboli spomenuté v rámci ponuky?

Otázka 4:

Umožňuje článok 44 [smernice 2004/18] v spojení s článkom 48 ods. 2 písm. a), ako aj so zásadou rovnakého zaobchádzania s hospodárskymi subjektmi, ktorá je zakotvená v jej článku 2, odvolávať sa na zdroje iného hospodárskeho subjektu, o ktorých sa hovorí v článku 48 ods. 3, a to takým spôsobom, že sa vedomosti a skúsenosti dvoch hospodárskych subjektov, ktoré samostatne nedosahujú vedomosti a skúsenosti, ktoré požaduje verejný obstarávateľ, spoja, keď je táto spôsobilosť nedeliteľná (to znamená, že podmienku účasti na výberovom konaní musí v plnej miere splniť jeden hospodársky subjekt) a uskutočnenie zákazky je nedeliteľné (predstavuje celok)?

Otázka 5:

Umožňuje článok 44 [smernice 2004/18] v spojení s článkom 48 ods. 2 písm. a), ako aj so zásadou rovnakého zaobchádzania s hospodárskymi subjektmi, ktorá je zakotvená v jej článku 2, odvolávať sa na skúsenosti skupiny hospodárskych subjektov, a to takým spôsobom, že hospodársky subjekt, ktorý uskutočnil verejnú zákazku ako člen skupiny hospodárskych subjektov, sa môže odvolať na realizáciu prostredníctvom tejto skupiny, a to bez ohľadu na to, aký bol jeho podiel na uskutočnení tejto zákazky, alebo sa môže odvolávať len na svoju vlastnú skúsenosť, ktorú v skutočnosti nadobudol a získal pri uskutočnení príslušnej časti zákazky, ktorá mu bola pridelená v rámci skupiny?

Otázka 6:

Možno článok 45 ods. 2 písm. g) [smernice 2004/18], podľa ktorého možno z účasti na zadávacom konaní vylúčiť hospodársky subjekt, ktorý bol uznaný vinným zo skresľovania skutočností pri poskytovaní informácií alebo z ich neposkytnutia, vykladať v tom zmysle, že sa z konania vylúči hospodársky subjekt, ktorý poskytol nesprávne informácie, ktoré ovplyvnili alebo mohli ovplyvniť výsledok zadávacieho konania, za predpokladu, že vina za príslušné uvedenie do omylu vyplýva výlučne z poskytnutia nesprávnych informácií verejnemu obstarávateľovi, ktoré ovplyvnili rozhodnutie verejného obstarávateľa o vylúčení hospodárskeho subjektu (a zamietnutie jeho ponuky), a to bez ohľadu na to, či hospodársky subjekt konal úmyselne a cieľavedome, alebo nevedome, z ľahkovážnosti, neúmyselne alebo nerešpektoval náležitú starostlivosť? Možno len v prípade hospodárskeho subjektu, ktorý poskytol nesprávne informácie (ktoré sa nezhodujú so skutočnosťou), predpokladať, že „bol uznaný vinným zo skresľovania skutočností pri poskytovaní informácií požadovaných... alebo ich neposkytnutia“, alebo aj v prípade hospodárskeho subjektu, ktorý síce poskytol správne informácie, avšak spôsobom, ktorý bol zameraný na to, aby verejný obstarávateľ dospel k presvedčeniu, že hospodársky subjekt spĺňa požiadavky, ktoré stanovil, hoci tomu tak nie je?

Otázka 7:

Pripúšťa článok 44 [smernice 2004/18] v spojení s článkom 48 ods. 2 písm. a), ako aj so zásadou rovnakého zaobchádzania s hospodárskymi subjektmi, ktorá je zakotvená v jej článku 2, aby sa hospodársky subjekt odvolával na svoju skúsenosť takým spôsobom, že sa hospodársky subjekt odvoláva na dve alebo viaceré zmluvy spoločne ako na jednu zákazku, hoci obstarávateľ nestanovil túto možnosť ani v oznámení, ani v zadávacích podkladoch?“

21. Písomné pripomienky predložili poľská a talianska vláda a Komisia. Poľská vláda, Komisia a Lodžské vojvodstvo sa zúčastnili na pojednávaní, ktoré sa uskutočnilo 21. septembra 2016.

IV – Posúdenie

A – O prvej (a tiež druhej a tretej) otázke

22. Predmetom prvej otázky vnútroštátneho súdu je, či je vzhľadom na články 2 a 51 smernice prípustné, aby sa uchádzač po uplynutí lehoty na predkladanie ponúk odvolával na skúsenosti tretieho subjektu, ktorý nebol uvedený v pôvodnej ponuke.

23. Predmetom druhej a tretej otázky je, či je uchádzač v zmysle rozsudku vo veci Manova³ oprávnený predložiť dokumenty preukazujúce jeho spôsobilosť využívať skúsenosti tretej osoby (v prejednávanej veci spoločnosti Medinet) aj po uplynutí lehoty na predkladanie ponúk.

3 — Rozsudok z 10. októbra 2013, Manova (C-336/12, EU:C:2013:647).

24. Pokiaľ ide o prvú otázku, zastávam názor, že z nižšie uvedených dôvodov nie je doplnenie takýchto skúseností všeobecne prípustné. Vzhľadom na túto odpoveď nie je nutné podrobne sa zaoberať druhou a treťou otázkou.

25. Článok 51 smernice stanovuje, že verejný obstarávateľ môže hospodárske subjekty vyzvať, aby „doplnili alebo objasnili“ dokumenty, ktoré predložili. Uvedený výraz „doplnili alebo objasnili“ je pravdepodobne dosť flexibilný. Podľa ustálenej judikatúry⁴ zásada rovnakého zaobchádzania s uchádzačmi a povinnosť transparentnosti bránia v rámci tohto postupu akémukoľvek vyjednávaniu medzi verejným obstarávateľom a ktorýmkoľvek z uchádzačov. Vo všeobecnosti teda platí, že ak verejný obstarávateľ považuje ponuku za nepresnú alebo za takú, ktorá nie je v súlade s technickými špecifikáciami uvedenými v súťažných podkladoch, nemôže od uchádzača požadovať, aby poskytol objasnenie, alebo dokonca vyvolať dojem, že by bolo možné ponuku zmeniť.⁵

26. Napriek tomu smernica „nebráni konkrétne tomu, aby údaje týkajúce sa ponuky mohli byť presným spôsobom opravené alebo doplnené, najmä preto, že si zjavne vyžadujú jednoduché vysvetlenie, alebo aby sa odstránili zjavne podstatné chyby“, za predpokladu, že nebudú viesť k predloženiu novej ponuky.⁶ Je možné predpokladať, že uchádzači budú postupovať pozorne,⁷ pričom je však potrebné zabrániť prílišnému formalizmu.⁸ Táto podmienka je osobitne dôležitá vzhľadom na potrebu zabezpečiť otvorenosť a konkurenčnú povahu zadávacieho konania.

27. Možnosť predložiť dodatočné informácie po uplynutí lehoty na predkladanie ponúk je teda potrebné považovať za výnimočnú, nie však za vylúčenú. Vzniká teda otázka, kde presne vedie hranica prípustnosti takejto výnimky.

28. Zastávam názor, že stanovisko Súdneho dvora je možné najlepšie vystihnúť nasledujúcou metaforou: informácie a dokumenty predložené uchádzačom do momentu uplynutia lehoty na predkladanie ponúk predstavujú akúsi momentku. Verejný obstarávateľ môže zohľadniť len tie informácie a dokumenty, ktoré už sú v danom momente zahrnuté. To však nebráni verejnému obstarávateľovi, aby si priblížil a zväčšil detaily obrazu, ktoré boli mierne rozmazané, a vyžiadal si prípadne rovnaký obraz vo väčšom rozlíšení, kde už budú potrebné detaily jasne viditeľné. Základné informácie však musia byť obsiahnuté – hoci aj v menšom rozlíšení – už v pôvodnej momentke.

29. Na základe tejto logiky zastávam názor, že uchádzač nemá v podstate možnosť preukázať, že spĺňa technické alebo odborné požiadavky v danom zadávacom konaní, tým, že využije skúsenosti tretích subjektov, ktoré neboli uvedené pred uplynutím lehoty na predkladanie ponúk. Takéto informácie jednoducho neboli súčasťou pôvodného obrazu.

30. Ak teda uchádzač odkazuje na skúsenosti takéhoto tretieho subjektu, nejde len o objasnenie alebo formalitu. Ide totiž o podstatnú zmenu ponuky. Mení sa samotná totožnosť subjektov, ktoré majú dané dielo vykonať, alebo prinajmenšom skúsenosti, na ktoré uchádzač odkazuje. Ide o podstatnú zmenu, ktorá ovplyvňuje hlavný prvok konania.⁹ Navyše, ako poznamenala Komisia, takáto zmena môže požadovať ďalšie overenie zo strany verejného obstarávateľa, a mohla by dokonca ovplyvniť výber uchádzačov, ktorí budú vyzvaní na predloženie ponuky.

4 — Pozri rozsudky z 29. marca 2012, SAG ELV Slovensko a i. (C-599/10, EU:C:2012:191, bod 36); z 10. októbra 2013, Manova (C-336/12, EU:C:2013:647, bod 31), a zo 7. apríla 2016, Partner Apelski Dariusz (C-324/14, EU:C:2016:214, bod 62).

5 — Rozsudok z 29. marca 2012, SAG ELV Slovensko a i. (C-599/10, EU:C:2012:191, bod 41).

6 — Pozri rozsudky zo 7. apríla 2016, Partner Apelski Dariusz (C-324/14, EU:C:2016:214, body 63 a 64); z 29. marca 2012, SAG ELV Slovensko a i. (C-599/10, EU:C:2012:191, bod 40), a z 10. októbra 2013, Manova (C-336/12, EU:C:2013:647, body 32 až 36).

7 — Rozsudok z 29. marca 2012, SAG ELV Slovensko a i. (C-599/10, EU:C:2012:191, bod 38).

8 — Rozsudok zo 6. novembra 2014, Cartiera dell'Adda (C-42/13, EU:C:2014:2345, bod 45).

9 — Pozri analogicky rozsudok zo 6. novembra 2014, Cartiera dell'Adda (C-42/13, EU:C:2014:2345, bod 45), kde boli zmeny týkajúce sa totožnosti osoby označenej ako technický riaditeľ považované za viac než čisto formálnu nezrovnalosť, a predstavovali teda dostatočný dôvod na vylúčenie uchádzača.

31. Vo všeobecnosti by pripustenie takýchto úprav mohlo mať v každom prípade vplyv na hospodársku súťaž. Uchádzač sa musí rozhodnúť, či využije vlastné skúsenosti, alebo skúsenosti tretích subjektov, v určitom okamihu a na základe informácií, ktoré má aktuálne k dispozícii. Pokiaľ by uchádzač dostal neskôr druhú možnosť urobiť takéto podnikateľské rozhodnutie, získal by tým výhodu, ktorá by bola v rozpore s požiadavkou rovnakého zaobchádzania. Napríklad informácie o počte alebo totožnosti súťažiteľov alebo informácie o neskoršom poklese trhu by mohli uchádzača viesť k tomu, aby si našiel partnera s väčšími skúsenosťami a zvýšil by tak svoje šance.¹⁰

32. Tento záver je ďalej podporený vo veciach týkajúcich sa úpravy zloženia konzorcia uchádzačov po uplynutí lehoty na predkladanie ponúk. V nedávnej veci Højgaard, konzorcium dvoch spoločností bolo síce vybrané a predložilo ponuky vo verejnom zadávacom konaní, ale pred samotným zadaním zákazky bolo zrušené. Jedna z dvoch zúčastnených spoločností, spoločnosť Aarsleff, následne požiadala o súhlas so zmenou, ktorá spočívala v tom, že vstúpi namiesto spomínaného konzorcia do konania v postavení predbežne vybraného uchádzača. Jej žiadosti sa vyhovel a spoločnosť Aarsleff bola následne zákazka zadaná. Toto rozhodnutie bolo napadnuté na vnútroštátnom súde a Súdnu dvoru bola položená prejudiciálna otázka týkajúca sa zlučiteľnosti zmeny v zložení konzorcia so zásadou rovnakého zaobchádzania.

33. Súdny dvor vo svojom rozsudku uviedol, že stanoviť pravidlá týkajúce sa zmien zloženia konzorcia počas zadávacieho konania sú vo všeobecnosti oprávnené členské štáty.¹¹ S cieľom zaručiť dodržanie zásady rovnakého zaobchádzania bolo nutné, aby samotná Aarsleff spĺňala kritériá predbežného výberu.¹²

34. Obdobne v prípade, že verejný obstarávateľ vyzve uchádzača, aby odstránil zo zoznamu svojich skúseností určité položky, môže uchádzač samozrejme aj naďalej odkazovať na zostávajúce položky. Nemôže však do zoznamu uviesť nové skúsenosti tretích subjektov.¹³

35. Navrhujem preto odpovedať na prvú otázku vnútroštátneho súdu v tom zmysle, že hospodársky subjekt nemôže po prvýkrát použiť skúsenosti tretích subjektov až po lehote na predkladanie ponúk. Vzhľadom na túto odpoveď sú druhá a tretia otázka vnútroštátneho súdu (týkajúce sa podmienok, za akých je možné predkladať doklady o takýchto skúsenostiach tretích subjektov) do značnej miery irelevantné. Pokiaľ totiž nemôže hospodársky subjekt vôbec využiť skúsenosti tretieho subjektu, nedáva žiadny zmysel, aby predložil záväzok takéhoto tretieho subjektu poskytnúť uchádzačovi svoje prostriedky.

36. V zmysle vyššie uvedeného navrhujem odpovedať na prvé tri otázky vnútroštátneho súdu takto:

Článok 51 smernice 2004/18 v spojení so zásadou rovnakého a nediskriminačného zaobchádzania s hospodárskymi subjektmi a zásadou transparentnosti, ktoré sú uvedené v článku 2 smernice, nepripúšťa, aby hospodársky subjekt v rámci objasnenia alebo doplnenia dokladov odkazoval na zákazky realizované tretími subjektmi, ktoré neuviedol v zozname dodávok, ktorý je priložený k ponuke, alebo aby predložil záväzok takéhoto tretieho subjektu poskytnúť uchádzačovi svoje prostriedky.

10 — Pozri analogicky návrhy, ktoré predniesol generálny advokát Mengozzi vo veci MT Højgaard a Züblin (C-396/14, EU:C:2015:774, bod 80 a nasl.).

11 — Rozsudok z 24. mája 2016, MT Højgaard a Züblin (C-396/14, EU:C:2016:347, bod 35).

12 — Pozri tiež rozsudok z 23. januára 2003, Makedoniko Metro a Michaniki (C-57/01, EU:C:2003:47). V uvedenej veci malo konzorcium uchádzačov v úmysle po predložení ponúk rozšíriť počet svojich členov. To však vnútroštátne právo formálne nepripúšťalo. Súdny dvor dospel k záveru, že takýto zákaz je zlučiteľný so smernicou Rady 92/50/EHS z 18. júna 1992 o koordinácii postupov verejného obstarávania služieb (Ú. v. ES L 209, 1992, s. 1; Mim. vyd. 06/001, s. 322) (predchodkyňou smernice 2004/18).

13 — Táto otázka síce nie je predmetom prejednávanej veci, nevylučujem však, že uchádzač by mohol prípadne využiť iné svoje skúsenosti.

B – O štvrtej otázke

37. Predmetom štvrtej otázky je požiadavka obsiahnutá v zadávacích podkladoch v prejednávanej veci, aby uchádzači predložili dôkazy o realizácii „aspoň dvoch zákaziek“, a to v prípade bielej a sivej zóny, tak ako je to opísané v bode 13 týchto návrhov. Na žiadosť verejného obstarávateľa o objasnenie sa KK odvolávala na dve dodávky Medinet a na dodávku Nowy Sącz.

38. Na základe vyššie uvedeného chce vnútroštátny súd v podstate zistiť, či je možné skúsenosti vyplývajúce z dodávok Medinet a dodávky Nowy Sącz využiť na splnenie požiadavky na realizáciu „aspoň dvoch zákaziek“, a to v súlade s článkom 44, článkom 48 ods. 2 písm. a) smernice a zásadou rovnakého zaobchádzania podľa článku 2 smernice.

39. Zo znenia smernice jasne vyplýva, že v rámci zadávacích konaní môžu hospodárske subjekty vo všeobecnosti využiť schopnosti iných subjektov.¹⁴ Uvedené všeobecné pravidlo je tiež zlučiteľné s cieľom otvoriť verejné zákazky hospodárskej súťaži¹⁵, pričom bolo opakovane potvrdené Súdnym dvorom.¹⁶ Schopnosti, ktoré hospodársky subjekt využíva, môžu byť teda „rozčlenené“ alebo „rozdelené“ medzi rôzne subjekty, samozrejme za tých podmienok, že daný hospodársky subjekt bude mať následne v praxi k dispozícii nevyhnutné prostriedky takýchto iných subjektov.¹⁷

40. Na účely zabezpečenia „minimálnej úrovne spôsobilosti“¹⁸ môže byť využitie tretích subjektov výnimočne obmedzené. Bude tomu tak v prípade, ak „nemožno vylúčiť, že existujú práce vyznačujúce sa osobitosťami, ktoré vyžadujú určitú spôsobilosť, ktorú nemožno získať spojením menších kapacít viacerých subjektov“. Tieto požiadavky musia súvisieť „[s predmetom dotknutej zákazky a byť vo vzťahu k nemu proporcionálne]“¹⁹.

41. Zadávacie podklady v prejednávanej veci vyžadujú realizáciu „aspoň dvoch zákaziek“ v určitej konkrétnej oblasti (HIS). Z vyššie uvedenej analýzy vyplýva, že spomínanú požiadavku možno stanoviť vo forme minimálnej požiadavky a využitie tretích subjektov vylúčiť, ak to bude „súvisieť s predmetom zákazky a bude primerané tomuto predmetu“.

42. To, či tomu tak je, alebo nie, je predmetom sporu, o ktorom je príslušný rozhodnúť vnútroštátny súd.

43. Vnútroštátny súd však naznačuje, že existuje akýsi kvalitatívny rozdiel medzi zadávacími podkladmi, ktoré vyžadujú existenciu súhrnných a opakovaných skúseností v jednej oblasti, na jednej strane a dokumentmi, ktoré požadujú preukázanie skúseností v rôznych samostatných oblastiach, na druhej strane.

14 — Pozri napríklad článok 4 ods. 2 (využitie konzorcia), článok 25 (subdodávateľské zmluvy) a článok 48 ods. 3 (využitie tretích osôb) smernice.

15 — Pozri rozsudok z 10. októbra 2013, Swm Costruzioni 2 a Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, bod 34 a citovanú judikatúru).

16 — Pozri napríklad rozsudky z 10. októbra 2013, Swm Costruzioni 2 a Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, body 30 až 32); z 2. decembra 1999, Holst Italia, C-176/98, EU:C:1999:593, body 26 a 27), a z 18. marca 2004, Siemens a ARGE Telekom (C-314/01, EU:C:2004:159, bod 43).

17 — Článok 48 ods. 3 smernice.

18 — Pozri článok 44 ods. 2 smernice.

19 — Rozsudok z 10. októbra 2013, Swm Costruzioni 2 a Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, bod 35), odrážajúci znenie článku 44 ods. 2 smernice.

44. Súhlasím, že takýto rozdiel intuitívne skutočne existuje. Je pravda, že spojenie skúseností z rôznych oblastí nebude vždy možné – za nenahraditeľné sa totiž môžu považovať prierezové skúsenosti z rôznych oblastí či komplexné skúsenosti s integrovanými systémami. Takéto interdisciplinárne prepojenie je však zjavne menej problematické než len spočítanie rokov skúseností či jednotlivých zákaziek. Spoločnosť realizujúca druhú zákazku v rovnakej oblasti bude postupovať na základe svojich predchádzajúcich skúseností, prípadne aj s novými, odlišnými poznatkami.²⁰

45. Právne pravidlo však v konečnom dôsledku zostáva v oboch prípadoch rovnaké. Miera, v akej je možné skúsenosti jedného hospodárskeho subjektu, ktorý realizoval dve zákazky, nahradiť skúsenosťami dvoch subjektov, z ktorých obidva zrealizovali len jednu zákazku, je predmetom sporu, o ktorom je príslušný rozhodnúť vnútroštátny súd.

46. Vnútroštátny súd vo svojej otázke výslovne uvádza, že relevantná spôsobilosť „je nedeliteľná“ a uskutočnenie zákazky je „nedeliteľné“. Z toho vyplýva, že vnútroštátny súd už dospel k záveru, že a) možnosť spoločného využitia skúseností je vylúčená a b) toto vylúčenie musí „súvisieť s predmetom zákazky a musí byť primerané tomuto predmetu“. Bez ohľadu na to, v akom rozsahu platí vyššie uvedené, ustanovenia smernice citované vnútroštátnym súdom pripúšťajú, aby verejný obstarávateľ vylúčil možnosť využiť prostriedky iného subjektu spojením vedomostí a skúseností dvoch subjektov.

47. V zmysle vyššie uvedeného navrhujem odpovedať na štvrtú otázku vnútroštátneho súdu takto:

Článok 44 smernice 2004/18 v spojení s článkom 48 ods. 2 písm. a) a so zásadou rovnakého zaobchádzania uvedenou v článku 2 smernice neprípúšťa, aby hospodársky subjekt využil v zmysle článku 48 ods. 3 smernice vedomosti a spôsobilosti iného subjektu, pokiaľ verejný obstarávateľ túto možnosť výslovne vylúčil. Takéto vylúčenie však musí súvisieť s predmetom zákazky a musí byť primerané tomuto predmetu.

C – O piatej otázke

48. Svojou piatou otázkou vnútroštátny súd žiada o objasnenie podmienok, za akých môže hospodársky subjekt využiť predchádzajúce skúsenosti získané skupinou hospodárskych subjektov, ktorej bol členom. Uvedená otázka súvisí s tým, že dodávka Nowy Sącz a dodávka Słupsk boli v prejednávanej veci uskutočnené konzorciom dvoch spoločností, KK a KIT. Zastávam teda názor, že vnútroštátny súd sa snaží zistiť, či môže KK bezvýhradne využiť takéto skúsenosti na podporu svojej ponuky, alebo či je v tomto smere dôležitá úloha spoločnosti KK v uvedených dodávkach.²¹

49. Zastávam názor, že konkrétna úloha a súvisiace skúsenosti člena konzorcia majú skutočne podstatný význam.

50. Článok 44 a článok 48 ods. 2 písm. a) smernice predpokladajú, že ponuky budú posúdené okrem iného na základe skúseností uvedených na zozname stavebných prác a dodávok uskutočnených v posledných rokoch. Mať skúsenosti nevyhnutné na uskutočnenie zákazky nie je zjavne to isté, ako poznať niekoho, kto takéto skúsenosti má. Podobne, subjekt nemôže získať skúsenosti jednoducho tým, že formálne bude zmluvnou stranou danej zákazky alebo súčasťou konzorcia.

20 — Ako príklad môžem uviesť situáciu, keď budem hľadať právneho zástupcu s deväťročnou praxou v oblasti daňového práva, práva obchodných spoločností a obchodného práva a keď môžem namiesto toho prijať troch právnikov, každého s deväťročnou praxou v jednej z uvedených oblastí. Bolo by problematické prijať troch právnikov s trojročnou praxou vo všetkých troch oblastiach spolu. V každom prípade by som neprijal deviatich právnikov, každého len s jednoročnou praxou.

21 — Z návrhu na začatie prejudiciálneho konania vyplýva, že KK nemá v žiadnom prípade v úmysle využiť skúsenosti spoločnosti KIT ako „iného subjektu“ v zmysle článku 48 ods. 3 smernice, ale skôr uvádza skúsenosti, ktoré ona ako samotný subjekt získala v rámci daného konzorcia.

51. Vnútroštátny súd túto skutočnosť výstižne znázorňuje príkladom konzorcia troch spoločností, ktoré realizuje stavbu diaľnice: banka (ktorá financuje projekt), stavebná spoločnosť (ktorá uskutočňuje samotnú výstavbu) a poskytovateľ služieb (ktorý poskytuje právnu, správnu a účtovnú pomoc). Je zjavné, že financovaním takéhoto projektu nezíska banka skúsenosti nevyhnutné na výstavbu diaľnice.

52. Presná úloha každej spoločnosti a skúsenosti, ktoré získala, však budú v konečnom dôsledku závisieť od konkrétnych okolností. Je napríklad možné, že banka mala postavenie hlavnej finančnej inštitúcie, ale súčasne sa na tomto projekte podieľal v malom rozsahu aj poskytovateľ služieb, ktorý tým získal určité skúsenosti v danej oblasti. Takáto miera skúsenosti môže byť v rámci iného zadávacieho konania na iný projekt celkom vhodná a postačujúca. Nemusí však tomu tak byť. Ide o skutkové otázky.

53. Skutkovou otázkou, ktorú musí zodpovedať vnútroštátny súd, bude aj presná úloha, ktorú zohrávala spoločnosť KK v dodávke Nowy Sącz (a dodávke Słupsk)²², a otázka, či takáto úloha zodpovedá požiadavke týkajúcej sa spôsobilosti v rámci oznámenia o vyhlásení zadávacieho konania.

54. Nakoniec, vyššie uvedené poznámky sa týkajú situácie, keď hospodársky subjekt prezentuje predchádzajúce dodávky uskutočnené skupinou hospodárskych subjektov *výslovne ako vlastné skúsenosti*. Nie je tým dotknutá možnosť hospodárskeho subjektu využiť schopnosti tretích subjektov, tak ako je to napríklad stanovené v článku 48 ods. 3 smernice a podrobnejšie rozobrané v bode 39 týchto návrhov.

55. V zmysle vyššie uvedeného navrhujem odpovedať na piatu otázku vnútroštátneho súdu takto:

Článok 44 a článok 48 ods. 2 písm. a) smernice 2004/18 je potrebné vykladať v tom zmysle, že hospodársky subjekt, ktorý uskutočnil zákazku ako člen skupiny hospodárskych subjektov, môže využiť ako vlastné skúsenosti len tie skúsenosti, ktoré sám získal pri uskutočnení uvedenej zákazky. Týmto záverom nie je dotknutá možnosť, aby hospodársky subjekt využil schopnosti tretích subjektov, a to za podmienok stanovených smernicou.

D – O siedmej otázke

56. Predmetom siedmej otázky je skutočnosť, že dodávka Słupsk pozostávala v prejednávanej veci z dvoch samostatných zákaziek, z ktorých vyplývali navzájom sa dopĺňujúce skúsenosti (v bielej a sivej zóne), zatiaľ čo oznámenie o vyhlásení zadávacieho konania a zadávacie podklady spomínajú zákazky, ktoré boli uskutočnené spoločne v bielej a sivej zóne.²³

57. Na základe vyššie uvedeného žiada vnútroštátny súd o objasnenie podmienok, za akých je možné použiť spojené skúsenosti získané v rámci dvoch samostatných zákaziek s cieľom vyhovieť požiadavke, ktorá nebola výslovne uvedená ako čiastočná.

58. Z dôvodov, ktoré uvediem nižšie, zastávam názor, že odpoveď na túto otázku znie, že by hospodárske subjekty mali mať vo všeobecnosti možnosť takýmto spôsobom spojiť „rozdelené“ skúsenosti. Úplné vylúčenie takejto možnosti zo strany verejného obstarávateľa by malo byť výnimočné.

22 — Województwo Łódzkie na pojednávaní potvrdilo, že KK už formálne neodkazuje na dodávku Słupsk.

23 — Pokiaľ by KK už neodkazovala na dodávku Słupsk, je možné túto otázku považovať za hypotetickú. Vzhľadom na to, že z návrhu na začatie prejudiciálneho konania jednoznačne nevyplýva, že daný hospodársky subjekt už na dodávku Słupsk neodkazuje, použije sa všeobecná domnienka relevantnosti tejto prejudiciálnej otázky.

59. Z vyššie uvedených navrhovaných odpovedí na štvrtú a piatu otázku okrem iného vyplýva, že smernica presne nestanovuje, ako alebo kto musí relevantné skúsenosti získať. S výnimkou splnenia určitých podmienok je teda napríklad vo všeobecnosti možné, aby hospodársky subjekt využil skúsenosti získané: a) v rámci zmlúv, ktoré sám uzavrel; b) v rámci zmlúv, ktoré uzavrela skupina hospodárskych subjektov, ktorých je súčasťou; alebo c) v rámci zmlúv uzavretých tretími subjektmi.

60. Podstatnou je skutočnosť, že celkové skúsenosti, ktoré môže daný hospodársky subjekt skutočne využiť, či už ako svoje vlastné skúsenosti, alebo skúsenosti tretieho subjektu, stačia na uskutočnenie zákazky.

61. Skutočnosť, že dané skúsenosti boli formálne získané v rámci dvoch alebo viacerých samostatných zákaziek, a nie v rámci jedinej zmluvy, by teda za obvyklých okolností nemalo byť podstatné. V prípade, že na uskutočnenie zákazky stačia spojené skúsenosti, musí vyššie uvedené stačiť.

62. Požiadavky v rámci zadávacieho konania je totiž možné splniť spojením schopností alebo skúseností rozdelených medzi *rôzne hospodárske subjekty*. *A fortiori* by bolo jednoducho nelogické vylúčiť v podstate možnosť spojenia schopností alebo skúseností získaných *rovnakým hospodárskym subjektom* v súvislosti s *rôznymi zákazkami*.

63. Možnosť spojiť skúsenosti rôznych hospodárskych subjektov je možné obmedziť v prípade, ak takéto obmedzenie „súvisí s predmetom zákazky a je primerané tomuto predmetu“²⁴. Zastávam názor, že takéto odôvodnenie a takéto obmedzenia je možné obdobne použiť aj na rozdelenie skúseností medzi viacero zákaziek uskutočnených rovnakým hospodárskym subjektom. Verejný obstarávateľ teda môže v podstate uviesť, že určité požiadavky na skúsenosti možno splniť len na základe jednotlivých zákaziek, pričom v rámci každej z daných zákaziek boli získané skúsenosti v rôznych oblastiach. Takáto požiadavka však musí byť tiež nevyhnutná, primeraná predmetu zákazky a musí sa daného predmetu týkať.

64. Vnútroštátny súd je príslušný určiť, či skúsenosti požadované v danom konkrétnom zadávacom konaní tieto podmienky spĺňajú. Nasledujúce úvahy je potrebné zdôrazniť.

65. Po prvé by zadávacie konanie v zásade malo byť otvorenou hospodárskou súťažou.²⁵ Vzhľadom na uvedený účel musí byť vylúčenie možnosti využiť skúsenosti tretieho subjektu výnimkou. Výnimkou by malo byť aj vylúčenie „rozdelených“ skúseností. V prípade, že sa vyššie uvedené vylúčenie v oznámení o vyhlásení zadávacieho konania ani v zadávacích podkladoch nenachádza, nie je možné existenciu takéhoto vylúčenia jednoducho odvodiť. Musí to byť jasne uvedené.

66. Po druhé vnútroštátny súd odkazuje konkrétne na článok 2 smernice, ktorý stanovuje tiež zásadu rovnakého zaobchádzania. Zastávam názor, že uvedená zásada by nemala predstavovať žiadne problémy, pokiaľ ide o spoločné využitie skúseností získaných v rámci samostatných zákaziek, do tej miery, pokiaľ a) má možnosť využiť takéto zákazky v zásade *ktorýkoľvek* hospodársky subjekt predkladajúci ponuku, alebo b) nemôže tak urobiť *žiadny* hospodársky subjekt (v prípade, že táto možnosť bola verejným obstarávateľom vylúčená).

24 — Pozri bod 40 týchto návrhov.

25 — Pozri bod 25 týchto návrhov.

67. Po tretie v prípade, že spoločné využitie skúseností nebolo vylúčené, je verejný obstarávateľ oprávnený s výnimkou preskúmania zo strany vnútroštátnych súdov určiť, či spojené skúsenosti z dvoch alebo viacerých zákaziek v konkrétnom prípade stačia na splnenie požiadaviek stanovených v zadávacích podkladoch. Aj v prípade, keď je možné v podstate spojiť dve alebo viaceré zákazky, nemusia totiž takéto spojené skúsenosti v konkrétnom prípade jednoducho stačiť. Pri tomto posúdení je potrebné vziať do úvahy všetky relevantné aspekty vrátane vzťahu medzi rôznymi zákazkami²⁶ a povahou konkrétnych požiadaviek.²⁷

68. V zmysle vyššie uvedeného navrhujem odpovedať na siedmu otázku vnútroštátneho súdu takto:

Články 44 a 48 ods. 2 písm. a) smernice 2004/18 v spojení so zásadou rovnakého zaobchádzania uvedenou v článku 2 smernice pripúšťajú, aby hospodársky subjekt využil skúsenosti v tom zmysle, že odkazuje spoločne na dve alebo viaceré zmluvy ako na jedinú verejnú zákazku s výnimkou, ak verejný obstarávateľ takúto možnosť vylúčil. Každé takéto vylúčenie musí súvisieť s predmetom zákazky a musí byť primerané tomuto predmetu.

E – O šiestej otázke

69. Predmetom šiestej otázky vnútroštátneho súdu je, či môže byť uchádzač vylúčený z dôvodu, že „bol uznaný vinným zo skresľovania skutočností“ (poskytnutím alebo neposkytnutím informácií) podľa článku 45 ods. 2 písm. g) smernice bez ohľadu na subjektívnu stránku takéhoto konania. Uvedený súd sa tiež pýta, či toto ustanovenie pripúšťa vylúčenie ponuky, ak uchádzač v skutočnosti nespĺňa podmienky verejnej zákazky, ale upraví predkladané, z formálneho hľadiska správne informácie tak, aby vyvolal dojem, že uvedené podmienky sú splnené.

70. Znenie článku 45 ods. 2 písm. g) pripúšťa možnosť²⁸, aby členský štát v niektorých prípadoch skreslenia informácií mohol vylúčiť uchádzača. K takémuto skresleniu môže dôjsť, ak sú poskytnuté alebo neposkytnuté informácie „požadované“ napríklad na účely preukázania spôsobilosti uchádzača.

71. Vzhľadom na prirodzený význam daného textu sa teda článok 45 ods. 2 písm. g) vzťahuje na situácie, keď hospodársky subjekt neposkytne informácie alebo poskytne určité informácie takým spôsobom, že verejný obstarávateľ dospeje k nesprávnemu záveru o jeho schopnostiach.

72. Nie každé skreslenie je dôvodom na vylúčenie. Z použitia výrazu „závažné“ alebo „závažne“ vyplýva, že na použitie článku 45 ods. 2 písm. g) nestačí len poskytnutie nesprávnych informácií, ale že musí dôjsť k prekročeniu istej hranice závažnosti.

73. Nie je však jasné, ako takúto závažnosť určiť. Porovnanie rôznych jazykových verzií túto nejednoznačnosť len zvyšuje. V niektorých jazykových verziách je výraz označujúci závažnosť spojený s výrazom „dopustiť sa“ alebo „uznaný vinným“²⁹, ktorý je možné vykladať ako požiadavku existencie určitej subjektívnej stránky konania alebo určitej miery nedbanlivosti. V iných jazykových verziách je výraz označujúci závažnosť spájaný so skreslením, z čoho vyplýva, že stredobodom záujmu je samotné konanie a/alebo jeho dôsledky.³⁰

26 — Akékoľvek formálne vzťahy medzi zákazkami a ich podobnosťami, pokiaľ ide o rozsah, objednávateľa alebo termín realizácie a pod.

27 — Integrovaná povaha požadovanej služby, termín dodania a akékoľvek zodpovedajúce požiadavky na minimálnu spôsobilosť a pod.

28 — „Každý hospodársky subjekt môže byť... vylúčený...“ (kurzívou zvýraznil generálny advokát).

29 — Vo francúzskej, talianskej, španielskej a holandskej verzii: „gravement coupable“; „gravemente colpevole“; „gravemente culpable“; „in ernstige mate schuldig“.

30 — V anglickej, nemeckej a českej verzii: „guilty of serious misrepresentation“; „in erheblichem Maße falscher Erklärungen schuldig“; „který se dopustil vážného zkreslení“. V iných jazykových verziách, najmä slovenskej, však odkaz na závažnosť úplne chýba, či už vo vzťahu k subjektívnej stránke konania, alebo k dôsledkom konania – „bol uznaný vinným zo skresľovania skutočností“.

74. Určitým návodom môže byť článok 45 ods. 2 posledný pododsek smernice. Toto ustanovenie ukladá členským štátom povinnosť, aby v súlade so svojim vnútroštátnym právom spresnili „vykonávacie podmienky“ článku 45 ods. 2 článok 45 ods. 2 písm. g) je teda možné vykladať v tom zmysle, že stanovuje minimálne podmienky na určenie existencie skreslenia, ktoré je natoľko závažné, aby umožňovalo členským štátom vylúčiť uchádzača. Jeho účelom však nie je úplná harmonizácia uvedeného pojmu.³¹ Tento výklad tiež zodpovedá úzkemu výkladu dôvodov na vylúčenie a nutnosti jednotlivo posúdiť situáciu každého hospodárskeho subjektu.

75. Čomu zodpovedá takáto minimálna miera závažnosti? Z nasledujúcich dôvodov zastávam názor, že by sa výraz „závažnosť“ mal vzťahovať na (objektívne) dôsledky poskytnutia alebo neposkytnutia informácií bez ohľadu na (subjektívnu) stránku alebo úmysel osoby, ktorá ich poskytuje.

76. Zastávam názor, že sa článok 45 ods. 2 písm. g) môže vzťahovať *len* na konania alebo opomenutia, ktoré vedú k vzniku konkurenčnej výhody, na základe ktorej sa môže hospodársky subjekt naďalej zúčastniť daného zadávacieho konania, hoci inak by to nebolo možné.³² Inými slovami, ak skreslenie (poskytnutím alebo neposkytnutím informácií) nemôže mať dosah na výsledok konania, nemôže byť platným dôvodom na vylúčenie daného hospodárskeho subjektu. Túto situáciu budem ďalej označovať ako „podmienku ovplyvňujúcu výsledok“.

77. Tento výklad podporujú jazykové verzie, ktoré zdôrazňujú závažnosť skreslenia. Možno zastávať názor, že je zlučiteľný s verziami, ktoré zdôrazňujú závažnosť „viny“. Tento výklad odráža tiež cieľ, ktorý spočíva v začatí zadávacieho konania a je v súlade s úzkym výkladom dôvodov na vylúčenie. Ak je uchádzač najvhodnejším uchádzačom na uskutočnenie zákazky, či už z dôvodu najlepšej ceny, alebo najvýhodnejšej ponuky,³³ potom by jeho vylúčenie bolo v rozpore s účelom smernice, ktorým je zabezpečiť zadanie zákazky na základe objektívnych kritérií a dosiahnutím najlepšieho pomeru kvality a ceny.³⁴

78. Z vyššie uvedeného vyplýva, že podmienka ovplyvňujúca výsledok je podmienkou *sine qua non* pre akékoľvek vylúčenie na základe skresľovania skutočností.

79. Navyše zastávam názor, že článok 45 ods. 2 písm. g) môže byť teoreticky použiteľný v *každom prípade*, keď je splnená podmienka ovplyvňujúca výsledok. Ak teda môže poskytnutie alebo neposkytnutie určitých informácií ovplyvniť výsledok, je to *samo osebe vážne*. V tomto zmysle môže za určitých okolností „zjavná“ alebo „malá“ chyba alebo „malá chyba v písaní alebo počtoch“ mať neočakávaný dôsledok spočívajúci v podstatnej zmene výsledku zadávacieho konania. Takéto chyby vôbec nemusia byť úmyselné. Súčasne však nebudú len malé alebo triviálne z pohľadu konkurenta, ktorý bude v ich dôsledku v danom zadávacom konaní neúspešný alebo podstatným spôsobom znevýhodnený.

80. Zastávam teda názor, že splnenie podmienky ovplyvňujúcej výsledok samo osebe *stačí na to, aby bolo možné daný hospodársky subjekt vylúčiť* z dôvodu skreslenia skutočností bez toho, aby museli byť splnené ešte iné podmienky. Tento výklad pojmu skreslenie skutočností, teda výklad oslobodený od akýchkoľvek subjektívnych prvkov úmyslu na strane uchádzača, podľa článku 45 ods. 2 písm. g) je podporený tiež ďalšími tromi argumentmi.

31 — Pozri článok 45 ods. 2 písm. d) smernice, ktorý upravuje možnosť vylúčiť hospodársky subjekt v prípade, že „bol uznaný vinným zo závažného porušenia odborných povinností“. Ako uviedla Komisia, Súdny dvor vo svojej judikatúre týkajúcej sa výkladu tohto ustanovenia odkazuje na úlohu členských štátov pri vymedzení daného pojmu, súčasne však podmieňuje použitie spomínaného ustanovenia určitou mierou závažnosti.

32 — Čo je podstatným spôsobom ovplyvnené napríklad predbežným výberom alebo zadaním zákazky.

33 — Pozri článok 53 ods. 1 smernice.

34 — Pozri napríklad odôvodnenie 46 smernice.

81. Po prvé článok 45 ods. 2 písm. g) smernice neodkazuje vo všeobecnosti na subjektívnu stránku konania alebo, konkrétne, na úmysel, hrubú alebo inú nedbanlivosť, a už vôbec nie, aby tieto pojmy ďalej rozvádzať. Za takýchto podmienok nie je vhodné pokúšať sa vymedziť oblasť pôsobnosti článku 45 ods. 2 písm. g) na základe takto zložitých pojmov, a to v zásade bez akýchkoľvek podkladov. Vzhľadom na uvedenú skutočnosť je nutné vykladať dané ustanovenie objektívne, napríklad spôsobom, ktorý som naznačil vyššie. Článok 45 ods. 2 navyše stanovuje len základné podmienky, za ktorých právo Únie *umožňuje* vylúčiť uchádzača. Odkazuje pritom výslovne na vnútroštátne právne predpisy, ktoré majú upraviť podmienky uplatňovania daného ustanovenia a ktoré môžu vychádzať napríklad z inštitútov nedbanlivosti alebo úmyslu vo vnútroštátnom práve.

82. Po druhé sa to týka praktického aspektu: je skutočne primerané očakávať, že v rámci postupu zadávania verejnej zákazky, kde príslušný správny orgán často koná v značnej časovej tiesni a môže byť nútený vybaviť veľký počet rozsiahlych podaní, bude tento orgán skúmať a zisťovať úmysly právnických osôb? Je celkom zjavné, že takáto možnosť by nebola z praktického hľadiska možná.

83. Po tretie hoci by bol správny orgán schopný zistiť úmysel právnickej osoby, nakoľko by takéto zistenie bolo skutočne užitočné? Hospodárske subjekty, ktoré sa zúčastňujú zadávacích konaní, majú povinnosť pozornosti.³⁵ Jednoducho sa predpokladá, že odborník bude konať s potrebnými znalosťami a starostlivo. Popri úmysle by teda prípadne pripadali do úvahy aj iné formy nedbanlivosti. V takomto prípade by však subjektívna stránka konania nepredstavovala žiadne skutočne rozlišujúce kritérium.

84. Podmienka ovplyvňujúca výsledok je teda podmienkou *sine qua non* a súčasne sama osebe stačí na uplatnenie článku 45 ods. 2 písm. g). Tým však vzniká členským štátom len *možnosť* vylúčiť hospodársky subjekt. Podľa článku 45 ods. 2 posledného pododseku je potrebné podrobné podmienky na vylúčenie hospodárskych subjektov stanoviť na vnútroštátnej úrovni.

85. Nakoniec vo vzťahu k článku 45 ods. 2 písm. g) smernice podotýkam, že vnútroštátny súd výslovne položil otázku, či môže byť spomínané ustanovenie uplatnené v prípade poskytnutia *správnych* informácií. Inými slovami, ich poskytnutie spôsobom, ktorý vyvoláva dojem splnenia požiadaviek zadávacieho konania, ktoré v skutočnosti splnené nie sú. Otázka položená vnútroštátnym súdom v tomto zmysle predvída situáciu, keď hospodársky subjekt nespĺňa požiadavky zadávacieho konania.

86. V takejto situácii by bol daný hospodársky subjekt obvykle vylúčený, a to jednoducho z dôvodu nesplnenia požiadaviek zadávacieho konania. Takýto uchádzač by sa mohol naďalej zúčastniť konania len vtedy, ak by jeho ponuka bola upravená tak, aby *splňala* dané požiadavky. Len v takomto prípade bude potrebné zvažovať možnosť vylúčenia na základe článku 45 ods. 2 písm. g) smernice.

87. Ako som uviedol v rámci posúdenia prvej otázky, existujú jasné obmedzenia prijateľnosti úprav ponuky po uplynutí lehoty na predkladanie ponúk. Takéto obmedzenia môžu byť ľahko porušené, pokiaľ budú úpravy podstatné v takom rozsahu, v akom boli v prejednávanej veci (kde v dôsledku vykonanej zmeny boli po úprave ponuky splnené požiadavky zadávacieho konania, ktoré pred touto úpravou splnené neboli).

88. Aj keď sú takéto úpravy teoreticky možné, možno daný hospodársky subjekt aj napriek tomu vylúčiť z dôvodu skreslenia v jeho pôvodnej ponuke?

89. Zastávam názor, že odpoveď na túto otázku je kladná a takýto hospodársky subjekt by skutočne *mohol* byť vylúčený. Je tomu tak preto, že a) pôvodne neposkytol informácie, ktoré je povinný poskytnúť na základe článku 48 ods. 2 písm. a) [čo je jeden z druhov skresľovania skutočností spomínaných v článku 45 ods. 2 písm. g) smernice], a b) toto opomenutie bolo podstatné v tom zmysle, že mohlo ovplyvniť výsledok zadávacieho konania (podmienka ovplyvňujúca výsledok).

35 — Pozri rozsudok z 29. marca 2012, SAG ELV Slovensko a i. (C-599/10, EU:C:2012:191, bod 38).

90. Podstatné nie je ani tak to, že sa daný hospodársky subjekt mohol dopustiť nejakej „hraničiacej prezentácie“ svojich reálnych skúseností. Ide o to, že bez ohľadu na opis svojich skúseností daný subjekt pôvodne neposkytol „požadované“ informácie podľa článku 48 ods. 2 písm. a), pričom následným poskytnutím daných informácií došlo k zmene výsledku zadávacieho konania.

91. Vzhľadom na vyššie uvedené navrhujem odpovedať na šiestu otázku vnútroštátneho súdu takto:

Hospodársky subjekt je možné uznať vinným zo závažného skresľovania skutočností podľa článku 45 ods. 2 písm. g) smernice 2004/18 len v prípadoch, keď môže byť takýmto údajným skreslením ovplyvnené rozhodnutie verejného obstarávateľa v tom zmysle, že sa daný subjekt môže naďalej zúčastniť konania, hoci inak by to nebolo možné. Uplatnenie uvedeného ustanovenia závisí od poskytnutia alebo neposkytnutia informácií požadovaných podľa kapitoly VII, oddielu 2 smernice 2004/18. Uplatnenie článku 45 ods. 2 písm. g) tejto smernice nie je podmienené poskytnutím vecne nesprávnych informácií alebo existenciou určitej subjektívnej stránky konania na strane daného hospodárskeho subjektu.

V – Návrh

92. Navrhujem, aby Súdny dvor odpovedal na prejudiciálne otázky, ktoré položil Krajowa Izba Odwoławcza (vnútroštátny odvolací senát), takto:

Otázky 1 až 3:

Článok 51 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“) v spojení so zásadou rovnakého a nediskriminačného zaobchádzania s hospodárskymi subjektmi a zásadou transparentnosti, ktoré sú uvedené v článku 2 smernice, nepripúšťa, aby hospodársky subjekt v rámci objasnenia alebo doplnenia dokladov odkazoval na zákazky realizované tretími subjektmi, ktoré neuviedol v zozname dodávok, ktorý je priložený k ponuke, alebo aby predložil záväzok takéhoto tretieho subjektu poskytnúť uchádzačovi svoje prostriedky.

Otázka 4:

Článok 44 smernice 2004/18 v spojení s článkom 48 ods. 2 písm. a) a so zásadou rovnakého zaobchádzania uvedenou v článku 2 smernice nepripúšťa, aby hospodársky subjekt využil v zmysle článku 48 ods. 3 smernice vedomosti a spôsobilosti iného subjektu, pokiaľ verejný obstarávateľ túto možnosť výslovne vylúčil. Takéto vylúčenie však musí súvisieť s predmetom zákazky a musí byť primerané tomuto predmetu.

Otázka 5:

Článok 44 a článok 48 ods. 2 písm. a) smernice 2004/18 je potrebné vykladať v tom zmysle, že hospodársky subjekt, ktorý uskutočnil zákazku ako člen skupiny hospodárskych subjektov, môže využiť ako vlastné skúsenosti len tie skúsenosti, ktoré sám získal pri uskutočnení uvedenej zákazky. Týmto záverom nie je dotknutá možnosť, aby hospodársky subjekt využil schopnosti tretích subjektov, a to za podmienok stanovených smernicou.

Otázka 6:

Hospodársky subjekt možno uznať vinným zo závažného skresľovania skutočností podľa článku 45 ods. 2 písm. g) smernice 2004/18 len v prípadoch, keď môže byť takýmto údajným skreslením ovplyvnené rozhodnutie verejného obstarávateľa v tom zmysle, že sa daný subjekt môže naďalej

zúčastniť konania, hoci inak by to nebolo možné. Uplatnenie uvedeného ustanovenia závisí od poskytnutia alebo neposkytnutia informácií požadovaných podľa kapitoly VII oddielu 2 smernice 2004/18. Uplatnenie článku 45 ods. 2 písm. g) tejto smernice nie je podmienené poskytnutím vecne nesprávnych informácií alebo existenciou určitej subjektívnej stránky konania na strane daného hospodárskeho subjektu.

Otázka 7:

Článok 44 a článok 48 ods. 2 písm. a) smernice 2004/18 v spojení so zásadou rovnakého zaobchádzania uvedenou v článku 2 smernice pripúšťajú, aby hospodársky subjekt využil skúsenosti v tom zmysle, že odkazuje spoločne na dve alebo viaceré zmluvy ako na jedinú verejnú zákazku s výnimkou, ak verejný obstarávateľ takúto možnosť vylúčil. Akékoľvek takéto vylúčenie musí súvisieť s predmetom zákazky a musí byť primerané tomuto predmetu.