Zbirka odločb sodne prakse

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA
MELCHIORJA WATHELETA,
predstavljeni 3. marca 2016*

Zadeva C-46/15

Ambisig – Ambiente e Sistemas de Informação Geográfica SA
proti
AICP – Associação de Industriais do Concelho de Pombal
(Predlog za sprejetje predhodne odločbe,
ki ga je vložilo Tribunal Central Administrativo Sul

(osrednje upravno sodišče, jug, Portugalska))

„Predhodno odločanje — Javna naročila — Direktiva 2004/18/ES — Člen 48(2)(a)(ii) — Neposredni učinek — Postopki oddaje — Gospodarski subjekti — Tehnična in/ali poklicna sposobnost — Dokaz“

I – **Uvod**

1. Predlog za sprejetje predhodne odločbe spada v okvir spora med družbo Ambisig – Ambiente e Sistemas de Informação Geográfica, SA (v nadaljevanju: Ambisig) in združenjem AICP – Associação de Industriais do Concelho de Pombal (v nadaljevanju: AICP).

2. Ta predlog se nanaša na razlago člena 48(2)(a)(ii), druga alinea, Direktive 2004/18/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 31. marca 2004 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil gradenj, blaga in storitev**.

3. Ta določba se nanaša na dokaze o tehnični in/ali poklicni sposobnosti subjektov, ki so zainteresirani za zadevno naročilo. Tribunal Central Administrativo Sul (osrednje upravno sodišče, jug, Portugalska) Sodišče po eni strani sprašuje o njenem morebitnem neposrednem učinku in po drugi strani o ureditvi podrobnih pravil za dokazila, ki jih določa.

II – **Pravni okvir**

A – *Pravo Unije*

4. V naslovu II Direktive 2004/18 so določena pravila o javnih naročilih. Merila za priznanje sposobnosti so opisana v oddelku 2 poglavja VII, ki vsebuje med drugim člena 45 in 48.

* Jezik izvirnika: francoščina.

** UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 6, zvezek 7, str. 132.

5. Člen 45(2)(g) Direktive 2004/18 določa, da je vsak gospodarski subjekt lahko izključen iz postopka oddaje naročila, če „je kriv resnih zavajajočih razlag pri dajanju informacij, zahtevanih v skladu s tem poglavjem, ali teh informacij ni zagotovil“.

6. Člen 48 Direktive 2004/18, naslovljen „Tehnična in/ali poklicna sposobnost“, določa:

„1. Tehnična in/ali poklicna sposobnost gospodarskih subjektov se mora oceniti in preveriti v skladu z odstavkoma 2 in 3.

2. Dokazila o tehnični sposobnosti gospodarskega subjekta se lahko glede na lastnosti, količino ali pomen gradenj, blaga ali storitev predložijo na naslednje načine:

[…]

(ii) s seznamom najpomembnejših dobav blaga ali opravljenih storitev v zadnjih treh letih, skupaj z zadevnimi zneski, datumi in javnimi ali zasebnimi prejemniki. Dokazilo o dobavi blaga in izvajanju storitev je treba predložiti:

— če je bil prejemnik naročnik, v obliki potrdil, ki jih izda ali sopodpiše pristojni organ,

— če je bil prejemnik zasebni naročnik, v obliki potrdila kupca ali, če tega ni, v obliki izjave gospodarskega subjekta;

[…]“

B – *Portugalsko pravo*

1. Zakonik o javnem naročanju

7. Direktiva 2004/18 je bila v portugalski pravni red prenesena z zakonikom o javnem naročanju (Código dos Contratos Públicos), ki je bil odobren z uredbo-zakonom št. 18/2008 z dne 29. januarja 2008, kakor je bil spremenjen in ponovno objavljen v prilogi k uredbi-zakonu št. 278/2009 z dne 2. oktobra 2009 (*Diário da República*, 1. serija, št. 192, z dne 2. oktobra 2009, v nadaljevanju: zakonik o javnem naročanju).

8. Člen 165 zakonika o javnem naročanju določa:

„1 – Minimalne zahteve glede tehnične sposobnosti iz točke (h) odstavka 1 prejšnjega člena morajo biti prilagojene naravi storitev, ki so predmet naročila, ki se oddaja, in opisovati položaje, prednosti, značilnosti in druga dejstva, ki se nanašajo zlasti na:

(a) delovne izkušnje kandidatov;

(b) človeške in tehnološke vire, opremo ali druge vire, ki jih kandidati kakor koli uporabljajo;

(c) organizacijski model in sposobnost kandidatov, zlasti v zvezi z vodenjem in vključevanjem specialnih znanj, podpornimi informacijskimi sistemi ter sistemi za nadzor kakovosti;

(d) sposobnost kandidatov, da sprejmejo ukrepe za okoljsko ravnanje v okviru izvrševanja naročila, ki se oddaja;

(e) informacije iz baze podatkov Instituto da Construção e do Imobiliário, I. P., o podjetnikih, če gre za oddajo javnega naročila gradenj ali koncesije za javne gradnje.

[…]

5 – Minimalne zahteve glede tehnične sposobnosti iz odstavka 1 in dejavnik ‚f' iz točke (i) odstavka 1 prejšnjega člena ne smejo biti določeni tako, da so diskriminatorni."

2. Obvestilo o naročilu

9. Člen 12 obvestila o naročilu določa:

„Kandidati morajo, da bi bili izbrani, v prijavi predložiti naslednje dokumente:

[…]

(c) izjavo stranke na papirju z glavo in žigom, ki dokazuje, da je kandidat pri njej izvedel sistem za okoljsko ravnanje in/ali kakovost[, ki se zahteva v skladu s členom 8 obvestila o naročilu] in ki je sestavljena v skladu z vzorcem izjave iz priloge VIII k temu obvestilu o naročilu. Izjava mora imeti podpis, ki ga je overil notar, odvetnik ali drug pristojni subjekt, in navedbo položaja podpisnika;

[…]

(f) izjavo stranke na papirju z glavo in žigom, ki dokazuje, da je kandidat pri njej izvedel sisteme za upravljanje in razvoj ter omrežno tehnološko platformo, programsko opremo za upravljanje in ukrepe za koordinacijo[, ki se zahteva v skladu s členom 8 obvestila o naročilu], ter v kateri je naveden zadevni znesek v skladu z vzorcem izjave iz priloge IX k temu obvestilu o naročilu. Izjava mora imeti podpis, ki ga je overil notar, odvetnik ali drug pristojni subjekt, in navedbo položaja podpisnika; […]"

III – **Dejstva v sporu o glavni stvari**

10. V skladu s predložitveno odločbo je združenje AICP 23. aprila 2013 začelo omejeni postopek oddaje javnega naročila s predhodnim ugotavljanjem sposobnosti za oddajo naročila storitev izvedbe sistemov za okoljsko ravnanje in kakovost ter tehnološko platformo.

11. Na podlagi člena 8(1), od (a) do (c), obvestila o naročilu so morali kandidati izpolnjevati več kumulativnih pogojev v zvezi s tehnično sposobnostjo.

12. Člen 12(1)(c) in (f) tega obvestila o naročilu je določal, da morajo kandidati, da bi bili izbrani, za te pogoje predložiti potrdila v obliki izjav svojih strank, napisanih na papirju z glavo in žigom. Imeti morajo tudi podpis, ki ga je overil notar, odvetnik ali drug pristojni subjekt, in navedbo položaja podpisnika.

13. V okviru tega povabila k oddaji ponudb je združenje AICP 30. avgusta 2013 odobrilo končno poročilo o izbiri, ki ga je pripravila komisija. V tem poročilu je bila izbrana družba Índice ICT & Management, Lda., izključeni pa sta bili drugi dve prijavi, tudi kandidatura družbe Ambisig.

14. Tribunal Central Administrativo Sul (osrednje upravno sodišče, jug) je iz razlogov, ki v predložitveni odločbi niso navedeni, s sodbo z dne 14. novembra 2013 to odločitev razveljavilo. Poleg tega je združenju AICP naložilo, naj v 20 dneh sprejme novo odločitev o izbiri postopka in objavi novo obvestilo o naročilu, v katerem bodo odpravljene ugotovljene nezakonitosti, ter sprejme vse povezane akte in ukrepe.

15. V skladu s to sodbo je združenje AICP 10. decembra 2013 začelo nov omejen javni razpis s predhodnim ugotavljanjem sposobnosti za oddajo naročila storitev izvedbe sistemov za okoljsko ravnanje in kakovost ter tehnološko platformo v 13 podjetjih.

16. Na koncu tega novega izbirnega postopka je vodstvo združenja AICP 27. marca 2014 odobrilo končno poročilo komisije o izbiri, ki je izbrala prijavo družbe Índice ICT & Management, Lda. in izključila prijavo družbe Ambisig.

17. Družba Ambisig je zoper to odločbo vložila tožbo pri Tribunal Administrativo e Fiscal de Leiria (upravno in davčno sodišče v Leirii, Portugalska), ki jo je 11. junija 2014 razglasilo za nično. Družba Ambisig je odločbo kljub temu izpodbijala pred senatom istega sodišča, ker naj bi zmotno zavrnilo tožbene razloge, ki so se nanašali med drugim na nezdružljivost člena 12(1)(c) in (f) obvestila o naročilu z zahtevami glede dokazil iz člena 48 Direktive 2004/18 ter načeli konkurence, nepristranskosti in sorazmernosti iz zakonika o javnem naročanju.

18. Tribunal Administrativo e Fiscal de Leiria (upravno in davčno sodišče v Leirii, Portugalska) je pritožbo družbe Ambisig zavrnilo s sodbo z dne 6. avgusta 2014 in posledično potrdilo svojo odločbo z dne 11. junija 2014. Družba Ambisig je to sodbo izpodbijala pred Tribunal Central Administrativo Sul (osrednje upravno sodišče, jug).

19. Ta predlog za sprejetje predhodne odločbe je bil vložen v okviru te pritožbe. Tribunal Central Administrativo Sul (osrednje upravno sodišče, jug) namreč dvomi o obsegu dokaznih zahtev iz člena 48 Direktive 2004/18 in skladnosti zahtev iz obvestila o naročilu s tem členom.

IV – **Predlog za sprejetje predhodne odločbe in postopek pred Sodiščem**

20. Tribunal Central Administrativo Sul (osrednje upravno sodišče, jug) je z odločbo z dne 29. januarja 2015, ki je na Sodišče prispela 5. februarja 2015, torej prekinilo odločanje in Sodišču v predhodno odločanje predložilo ta vprašanja:

„1. Ali se glede na to, da v portugalski zakonodaji materija iz člena 48(2)(a)(ii), druga alinea, Direktive 2004/18 […] ni urejena, ta določba v portugalskem pravnem redu uporabi neposredno, tako da imajo na njeni podlagi posamezniki pravico, ki jo lahko uveljavljajo v razmerju do naročnikov?

2. Ali je treba določbo iz člena 48(2)(a)(ii), druga alinea, Direktive 2004/18 razlagati tako, da nasprotuje uporabi določb, ki jih določi naročnik in v skladu s katerimi lahko gospodarski subjekt izjavo, ki jo podpiše sam, predloži kot dokazilo o opravljenih storitvah le, če dokaže, da izjave zasebnega kupca ne more pridobiti ali da bi bilo to zelo težavno?

3. Ali je treba določbo iz člena 48(2)(a)(ii), druga alinea, Direktive 2004/18 razlagati tako, da nasprotuje uporabi določb, ki jih določi naročnik in v skladu s katerimi mora podpis na izjavi zasebnega kupca overiti notar, odvetnik ali drug pristojni subjekt, pri čemer je posledica neizpolnitve te zahteve lahko izključitev iz postopka oddaje javnega naročila?“

21. Pisna stališča so predložile družba Ambisig, portugalska vlada in Evropska komisija. Poleg tega sta portugalska vlada in Komisija na obravnavi 28. januarja 2016 podali ustne navedbe.

V – **Analiza**

A – *Prvo vprašanje za predhodno odločanje*

22. Predložitveno sodišče s prvim vprašanjem v bistvu sprašuje, ali je treba člen 48(2)(a)(ii), druga alinea, Direktive 2004/18 razlagati tako, da lahko, če ni bil prenesen v nacionalno pravo, posameznikom podeli pravice, na katere se lahko sklicujejo v sporih proti naročnikom pred nacionalnimi sodišči. Gre torej za to, da se ugotovi morebitni neposredni učinek te določbe.

1. Ugotovitev neposrednega učinka člena 48(2)(a)(ii), druga alinea, Direktive 2004/18

23. Pogoji in omejitve za priznanje neposrednega učinka določb direktive so znani. V skladu z ustaljeno sodno prakso Sodišča so posamezniki v vseh primerih, v katerih se zdijo določbe direktive vsebinsko brezpogojne in dovolj natančne, upravičeni, da se pred nacionalnimi sodišči sklicujejo nanje proti državi, če ta direktive ni prenesla v nacionalno pravo v roku ali če je ni prenesla pravilno.***

24. Določba prava Unije šteje za brezpogojno, če določa obveznost, ki ne vsebuje nobenega pogoja, in njena izvršitev ali učinki niso odvisni od nobenega akta institucij Evropske unije ali držav članic.****

25. Zdi se mi, da člen 48(2)(a)(ii), druga alinea, Direktive 2004/18 izpolnjuje zgoraj navedena pogoja brezpogojnosti in natančnosti. Ta določba za uporabo namreč ne zahteva nobenega dodatnega ukrepa, saj po eni strani določa, da se tehnična sposobnost gospodarskega subjekta lahko dokaže s seznamom najpomembnejših dobav blaga ali opravljenih storitev v zadnjih treh letih, na katerem so navedeni zadevni zneski, datumi in javni ali zasebni prejemniki, in po drugi strani pojasnjuje, da se, če je bil prejemnik zasebni naročnik, opravljena storitev dokaže s potrdilom kupca, ali če tega ni, z izjavo gospodarskega subjekta.

26. Poleg tega je Sodišče že imelo priložnost odločiti, da se posameznik pred nacionalnimi sodišči lahko sklicuje na člen 26 Direktive Sveta 71/305/EGS z dne 26. julija 1971 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil gradenj*****, „saj za spoštovanje zahtev[, ki so v njem določene,] ni potreben noben poseben izvedbeni ukrep“******. Čeprav se je ta člen Direktive 71/305 nanašal samo na naročila gradenj in ne na naročila storitev, se lahko pravila za dokazovanje tehničnih sposobnosti iz te določbe glede na njihovo brezpogojnost in natančnost štejejo za podobna pravilom iz člena 48 Direktive 2004/18.

27. Naj nazadnje navedem, da je Sodišče na splošno tudi menilo, da se posameznik pred nacionalnim sodiščem lahko sklicuje na določbe naslova VI Direktive Sveta 92/50/EGS z dne 18. junija 1992 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil storitev*******, „če je iz posamične preučitve njihovega besedila razvidno, da so brezpogojne ter dovolj jasne in natančne“********. Med temi določbami pa je bil tudi člen 32, ki je že takrat v odstavku 2 določal, da se tehnična zmožnost ponudnika storitev lahko dokaže s „seznamom glavnih storitev, izvedenih v zadnjih treh letih, z zneski, datumi in naročniki, javnimi ali zasebnimi, izvedenih storitev [in da] če so [bile] izvedene za zasebne naročnike, mora izvedbo overiti naročnik, če pa to ni možno, zadostuje enostavno izjava ponudnika storitev, da so bile dejansko izvedene“.

*** Glej v tem smislu med številnimi sodbami sodbo Portgás (C-425/12, EU:C:2013:829, točka 18 in navedena sodna praksa).

**** Glej v tem smislu sodbi Almos Agrárkülkereskedelmi (C-337/13, EU:C:2014:328, točka 32) ter Larentia + Minerva in Marenave Schiffahrt (C-108/14 in C-109/14, EU:C:2015:496, točka 49).

***** UL L 185, str. 5.

****** Sodba Beentjes (31/87, EU:C:1988:422, točka 43).

******* UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 6, zvezek 1. str. 322.

******** Sodba Tögel (C-76/97, EU:C:1998:432, točka 47).

28. Treba je ugotoviti, da je v členu 48(2) Direktive 2004/18 ta določba zapisana s skoraj enakimi besedami. Zato menim, da je brezpogojna in dovolj natančna, da se je nanjo mogoče sklicevati pred nacionalnimi sodišči.

2. Nujnost, da se naročnik opredeli kot „država“

29. Da bi se družba Ambisig pred nacionalnim sodiščem lahko sklicevala na člen 48(2)(a)(ii), druga alinea, Direktive 2004/18, se mora predložitveno sodišče prepričati, da zadevni naročnik iz postopka v glavni stvari ni „posameznik“.

30. V skladu z ustaljeno sodno prakso direktiva sama po sebi za posameznika namreč ne more ustvarjati obveznosti. Zato se nanjo kot tako pred nacionalnim sodiščem proti taki osebi ni mogoče sklicevati.*********

31. Čeprav se je na določbe direktive, ki imajo neposredni učinek, zato mogoče sklicevati samo proti državi, ni pomembno, kakšen je status, v katerem ta deluje.**********

32. V skladu z ustaljeno sodno prakso „je tako med subjekti, proti katerim se lahko uveljavljajo določbe direktive, ki lahko imajo neposredni učinek, organ, ki je ne glede na pravno obliko na podlagi akta javnega organa odgovoren, da pod nadzorom slednjega zagotovi storitev v javnem interesu, in ki ima za to posebne pristojnosti, ki presegajo pristojnosti iz običajnih pravil, ki se uporabljajo pri odnosih med posamezniki“ **********.

33. Zdi se, da je iz imena zadevnega naročnika iz postopka v glavni stvari razvidno, da gre za povsem zasebno združenje podjetij, ki ne opravlja javne službe in ki za opravljanje svojih nalog vsekakor nima posebnih pristojnosti.

34. Zastopnik portugalske vlade je na obravnavi 28. januarja 2016 v odgovoru na vprašanja Sodišča potrdil, da je AICP združenje zasebnega prava, ki ne izvaja nalog v javnem interesu in mu tudi niso naložene. Po njegovih pojasnilih se zakonodaja o javnem naročanju uporablja samo zaradi pretežno javnega financiranja dejavnosti združenja AICP.**********

35. Kljub temu mora Tribunal Central Administrativo Sul (osrednje upravno sodišče, jug) preveriti, ali je bilo v času dejanskega stanja v postopku v glavni stvari združenje AICP subjekt, ki mu je bilo naloženo, da pod nadzorom javnega organa opravlja javno službo, in ali je to združenje podjetij za to imelo posebne pristojnosti.**********

********* Glej v tem smislu sodbe Marshall (152/84, EU:C:1986:84, točka 48), Faccini Dori (C-91/92, EU:C:1994:292, točka 20) in Portgás (C-425/12, EU:C:2013:829, točka 22).

********** Glej v tem smislu sodbo Portgás (C-425/12, EU:C:2013:829, točka 23).

********** Sodba Portgás (C-425/12, EU:C:2013:829, točka 24 in navedena sodna praksa).

********** V skladu s členom 1(9) Direktive 2004/18.

********** Glej v tem smislu sodbo Portgás (C-425/12, EU:C:2013:829, točka 31).

36. Če ni tako, se proti njemu ni mogoče sklicevati na člen 48(2)(a)(ii), druga alinea, Direktive 2004/18. V tem primeru pa mora predložitveno sodišče uporabiti načelo skladne razlage in vsak upoštevni predpis nacionalnega prava razlagati, kolikor je mogoče, ob upoštevanju besedila in namena Direktive 2004/18, da bi se dosegla v njej določeni rezultat in s tem skladnost s členom 288, tretji odstavek, PDEU.**********

B – *Drugo vprašanje za predhodno odločanje*

37. Predložitveno sodišče želi z drugim vprašanjem izvedeti, ali člen 48(2)(a)(ii), druga alinea, Direktive 2004/18 nasprotuje uporabi pravil, ki jih določi naročnik in ki gospodarskemu subjektu ne omogočajo, da svoje tehnične sposobnosti dokaže z izjavo, ki jo podpiše sam, razen če dokaže, da potrdila zasebnega kupca ne more pridobiti ali da bi bilo to zelo težavno.

38. Predložitveno sodišče torej Sodišču postavlja vprašanje o morebitni hierarhiji načinov dokazovanja, ki jih dovoljuje člen 48(2)(a)(ii), druga alinea, Direktive 2004/18.

39. Člen 48(2)(a)(ii) Direktive 2004/18 določa, da se tehnična sposobnost gospodarskega subjekta lahko dokazuje s seznamom najpomembnejših dobav blaga ali opravljenih storitev v zadnjih treh letih. Če je bil prejemnik zasebni naročnik, sta v drugi alinei te določbe predvidena dva načina dokazovanja resničnosti teh dejavnosti (dobave blaga ali opravljanja storitev). Lahko je ali „v obliki potrdila kupca, ali *če tega ni*, v obliki izjave gospodarskega subjekta“ **********.

40. V skladu z ustaljeno sodno prakso Sodišča je pri razlagi določbe prava Unije treba upoštevati ne le njeno besedilo, ampak tudi sobesedilo in cilje, ki jih uresničuje ureditev, katere del je.**********

41. Vendar kot je navedla generalna pravobranilka V. Trstenjak v točki 37 sklepnih predlogov v zadevi Agrana Zucker (C-33/08, EU:C:2009:99), „je besedilo neke določbe na podlagi tradicionalnih razlagalnih načel vedno *izhodiščna točka* in hkrati meja vsake razlage“ **********. Poleg tega se strinjam s pojasnilom generalnega pravobranilca P. Légerja, da načini razlage, ki niso vezani na besedilo določbe, niso potrebni, če je zadevno besedilo popolnoma jasno in nedvoumno. „Določbe prava [Unije] so v tem primeru namreč samozadostne“ **********.

42. V tem primeru je treba ugotoviti, da je člen 48(2)(a)(ii) Direktive 2004/18 v vseh jezikovnih različicah jasen in nedvoumen, kot se zahteva.

********** Glej v tem smislu sodbo Dominguez (C-282/10, EU:C:2012:33, točka 24 in navedena sodna praksa). Sodišče je hierarhično razvrstitev rešitev, ki se lahko uporabijo v sporu med posamezniki, izrecno potrdilo v zadevi, v kateri je bila izrečena sodba Fenoll (C-316/13, EU:C:2015:200), s tem, da je navedlo, da „če nacionalnega prava ni mogoče razlagati skladno [z zadevno] direktivo – kar mora preveriti predložitveno sodišče – se v sporu med posamezniki […] za zagotovitev polnega učinka […] pravice[, ki jo določa,] in za neuporabo nasprotujoče nacionalne določbe ni mogoče sklicevati na njen [ustrezni] člen […]. Vendar pa se lahko v takem položaju stranka, ki je oškodovana zaradi neskladnosti nacionalnega prava s pravom Unije, sklicuje na sodno prakso [v zvezi z nepogodbeno odgovornostjo držav članic za kršitev prava Unije], ki je izšla iz sodbe Francovich in drugi (C-6/90 in C-9/90, EU:C:1991:428), da bi glede na okoliščine primera dosegla povračilo nastale škode (glej sodbo Dominguez, C-282/10, EU:C:2012:33, točka 43)“ (točka 48). Drugače povedano, če v sporu med posamezniki nacionalno sodišče nacionalnega prava ne bo moglo razlagati v skladu z veljavno direktivo, te direktive ne bo moglo uporabiti, prav tako pa ne bo moglo zavrniti uporabe nasprotujočega nacionalnega prava. V takem primeru bo oškodovanemu posamezniku preostalo le, da uveljavlja odgovornost države članice za kršitev prava Unije.

********** Moj poudarek.

********** Glej zlasti sodbe Yaesu Europe (C-433/08, EU:C:2009:750, točka 24); Brain Products (C-219/11, EU:C:2012:742, točka 13); Koushkaki (C-84/12, EU:C:2013:862, točka 34) in Lanigan (C-237/15 PPU, EU:C:2015:474, točka 35).

********** Moj poudarek.

********** Sklepni predlogi generalnega pravobranilca P. Légerja v zadevi Schulte (C-350/03, EU:C:2004:568, točka 88). Glej tudi kot razlago *a contrario* sodbo Tecom Mican in Arias Domínguez (C-223/14, EU:C:2015:744, točka 35).

43. Besede „če tega ni“ iz te določbe namreč pomenijo „v odsotnosti tega“ **********, „namesto tega“ ali „brez tega“ **********. Zato jih ni mogoče razlagati drugače, kot da so misli hierarhično razvrščene. Dejansko je način dokazovanja, ki stoji za besedami „če tega ni“ – to je izjava gospodarskega subjekta – nujno podreden glede na to, kar stoji pred njimi, to je potrdilo kupca.

44. Nekatere jezikovne različice so še bolj eksplicitne, ker se ne zadovoljijo z izrazom, kakršen je „če tega ni“, temveč izjavo gospodarskega subjekta dovoljujejo le z besedami, ki izrecno omenjajo odsotnost zgoraj navedenega potrdila kupca. **********

45. Poleg tega, če bi gospodarski subjekt lahko prosto izbiral med načini dokazovanja, ki jih dovoljuje člen 48(2)(a)(ii), druga alinea, Direktive 2004/18, bi bile besede „če tega ni“ nesmiselne. Za gospodarski subjekt bi bilo namreč vedno lažje napisati izjavo, kot pa tretjo osebo prositi za potrdilo.

46. Izjava gospodarskega subjekta je torej podreden način dokazovanja, če ni mogoče dobiti potrdila kupca. V tem primeru mora gospodarski subjekt dokazati, da tega potrdila ni mogel dobiti.

47. Ker namreč člen 45(2)(g) Direktive 2004/18 dovoljuje, da se iz postopka oddaje naročila izključi vsak gospodarski subjekt, če „je kriv resnih zavajajočih razlag pri dajanju informacij, zahtevanih v skladu s tem poglavjem, ali [če] teh informacij ni zagotovil“, mora naročnik imeti možnost preveriti resničnost teh informacij ali razlogov za njihov neobstoj.

48. Ta možnost preverjanja, ki jo ima naročnik, velja še toliko bolj, ker je Sodišče že presodilo, da morajo naročniki na podlagi načela enakega obravnavanja in iz njega izhajajoče obveznosti preglednosti, ki ju morajo spoštovati na podlagi člena 2 Direktive 2004/18, „ravnati strogo v skladu z merili, ki [so] jih […] sam[i] določil[i], tako da bi moral[i] iz postopka oddaje naročila izključiti gospodarski subjekt, ki ni predložil listine ali informacije, katerih predložitev je bila zahtevana v zadevni razpisni dokumentaciji, pri čemer je bila za nepredložitev določena izključitev“ **********.

49. Vendar pa mora biti ta dodatna zahteva, kot v pisnih stališčih poudarja Komisija, skladna z načelom sorazmernosti.

50. To po eni strani pomeni, da se uporaba izjave gospodarskega subjekta ne sme omejiti samo na primere, v katerih je absolutno nemogoče pridobiti potrdilo kupca (na primer zaradi stečaja). Lahko bi zadoščala že ovira za pridobitev takega potrdila, kot je zavrnitev brez obrazložitve s strani kupca ali njegova zahteva po finančnem nadomestilu. Po drugi strani je treba dokazila o tem, da potrdila ni mogoče pridobiti, presojati *in concreto*. Če se v primeru stečaja lahko zahteva predložitev uradnega dokumenta, pa bi kot dokaz za nesodelovanje kupca lahko zadoščala izmenjava dopisov ali neobstoj odgovora (kar je na primer treba dokazati z enkrat ali večkrat ponovljenimi pozivi).

51. Skratka, menim, da člen 48(2)(a)(ii), druga alinea, Direktive 2004/18 ne nasprotuje uporabi pravil, ki jih določi naročnik in ki gospodarskemu subjektu ne omogočajo, da svoje tehnične sposobnosti dokaže z izjavo, ki jo podpiše sam, le če dokaže, da potrdila zasebnega kupca ne more pridobiti ali da bi bilo to zelo težavno.

********** V skladu z opredelitvijo v slovarju *Le Petit Robert*, 2014.

********** V skladu z opredelitvami v slovarju *Larousse.fr*.

********** Glej zlasti špansko različico, v kateri se člen 48(2)(a)(ii) Direktive 2004/18 glasi: „cuando el destinatario sea un comprador privado, mediante un certificado del comprador o, *a falta de este certificado* [če tega potrdila ni], simplemente mediante una declaración del operador económico“ (moj poudarek). Tudi v italijanski različici piše: „in mancanza di tale attestazione“. Nazadnje zakonodajalec Unije v nemški različici govori o položaju, v katerem „falls eine derartige Bescheinigung nicht erhältlich ist“. Grška različica je še jasnejša, ker se nanaša na „nemožnost“ potrdila kupca: „εάν ο αποδέκτης είναι ιδιωτικός φορέας, με βεβαίωση του αγοραστή ή, *εάν τούτο δεν είναι δυνατόν* [če to ni mogoče], με απλή δήλωση του οικονομικού φορέα“ (moj poudarek).

********** Sodba Cartiera dell'Adda (C-42/13, EU:C:2014:2345, točka 42). Glej tudi točko 43 te sodbe za sklicevanje na načeli enakosti in preglednosti ter člen 2 Direktive 2004/18.

C – *Tretje vprašanje za predhodno odločanje*

52. Predložitveno sodišče želi s tretjim vprašanjem izvedeti, ali člen 48(2)(a)(ii), druga alinea, Direktive 2004/18 nasprotuje uporabi pravil, ki jih določi naročnik in v skladu s katerimi mora podpis na potrdilu zasebnega kupca overiti notar, odvetnik ali drug pristojni subjekt, pri čemer je posledica neizpolnitve te zahteve lahko izključitev iz postopka oddaje javnega naročila.

53. Dvomi predložitvenega sodišča izvirajo iz portugalske različice člena 48(2)(a)(ii), druga alinea, Direktive 2004/18. V tej različici se namreč omenja „declaração *reconhecida* do adquirente“ **********, to je „priznana“ ali „overjena“ izjava. V drugih jezikovnih različicah pa v členu 48(2)(a)(ii), druga alinea, te direktive ni takega pridevnika.

54. V skladu z ustaljeno sodno prakso Sodišča se formulacija določbe prava Unije, ki se uporablja v eni od jezikovnih različic, ne more uporabljati kot edina podlaga za razlago te določbe oziroma glede tega ne more imeti prednosti pred drugimi jezikovnimi različicami. Določbe prava Unije je treba namreč razlagati in uporabljati enotno ob upoštevanju različic v vseh jezikih Unije. Če se med jezikovnimi različicami pravnega besedila Unije pojavijo razlike, je zadevno določbo treba razlagati glede na splošno sistematiko in namen ureditve, katere del je. **********

55. Vendar pa to načelo enakovrednosti ali jezikovne enakosti Sodišču ne more preprečiti, da bi na podlagi razlage sobesedila in/ali teleološke razlage tega besedila zavrnilo jezikovno različico, ki je v nasprotju z običajnim pomenom, ki je skupen drugim jezikovnim različicam. **********

56. V obravnavanem primeru običajen pomen izraza, uporabljenega v drugih jezikovnih različicah, sam po sebi ne prinaša trdnega odgovora na postavljeno vprašanje za predhodno odločanje. Kljub temu na podlagi sobesedila člena 48 Direktive 2004/18 in njegovega razvoja ter teleološke razlage menim, da je treba člen 48(2)(a)(ii), druga alinea, Direktive 2004/18 razlagati tako, da ne zahteva, da mora podpis na potrdilu zasebnega kupca overiti notar, odvetnik ali drug pristojni subjekt.

1. Besedilo člena 48(2)(a)(ii), druga alinea, Direktive 2004/18

57. V primerjavi različnih jezikovnih različic člena 48(2)(a)(ii), druga alinea, Direktive 2004/18 se izkaže, da pridevnik „reconhecida“ („priznan“ ali „overjen“) obstaja samo v portugalski različici in da je ta različica edina, ki za oba predvidena načina dokazovanja uporablja isti izraz.

58. V drugih jezikovnih različicah se namreč beseda „izjava“ uporablja samo v drugem primeru (izjava gospodarskega subjekta), v prvem pa se uporablja „potrdilo“ kupca o dobavi blaga ali opravljenih storitvah. Tako se zlasti v španski, nemški, angleški ali francoski različici uporabljajo izrazi „certificado“ in „declaración“, „Bescheinigung“ in „Erklärung“, „certification“ in „declaration“ ter „certification“ in „déclaration“. **********

********** Moj poudarek.

********** Glej v tem smislu sodbo Léger (C-528/13, EU:C:2015:288, točka 35 in navedena sodna praksa).

********** Glej v tem smislu Lenaerts, K., in Guttiérrez-Fons, J. A., „To say what the law of the EU is: Methods of interpretation and the European Court of Justice“, *Columbia Journal of European Law*, 2014, 20th Anniversary Issue, str. od 3 do 61, zlasti str. 14 in avtorji, navedeni v opombi 78.

********** Ugotavljam, da slovaška različica uporablja izraza „potvrdením“, ki se lahko prevaja kot „potrditev“ namesto „potrdilo“, in „vyhlásením“.

59. Uporaba različne besede za vsakega od dveh primerov iz člena 48(2)(a)(ii), druga alinea, Direktive 2004/18 bi lahko pomenila, da je zakonodajalec Unije želel vsakega od teh primerov povezati z različnim dokaznim bremenom. Tako bi zaradi razlike med besedama „potrdilo“ in „izjava“ v prvem primeru pomislili na večjo formalnost. To razlago bi podpiralo besedilo te določbe v portugalski različici, ki v obeh primerih uporablja izraz „izjava“, vendar le v prvem primeru s pridevnikom „priznana“ ali „overjena“.

60. Kljub temu ne morem popolnoma spregledati dejstva, da člen 48(2)(a)(ii), druga alinea, Direktive 2004/18 dovoljuje, da se opravljene storitve, ki jih navaja gospodarski subjekt, dokazujejo s potrdilom *kupca*, brez sklicevanja na kakršen koli uradni dokument in vključevanja tretjih oseb. Vendar običajni pomen besede „potrdilo“ brez takega pojasnila ne pomeni nič drugega kot to, da se nekaj pisno potrdi.********** *****

61. Zato moram ugotoviti, da zadevne določbe s samo dobesedno analizo ni mogoče razlagati z zahtevano zanesljivostjo.

2. Sistematična razlaga člena 48(2)(a)(ii), druga alinea, Direktive 2004/18

62. Najprej iz ustaljene sodne prakse Sodišča izhaja, da člen 48 Direktive 2004/18 določa zaprt sistem, ki omejuje načine ocenjevanja in preverjanja, ki jih imajo na voljo naročniki, in s tem *njihove možnosti, da postavljajo zahteve.*********** *****

63. Sodišče je poleg tega pojasnilo, da tudi v odprtem sistemu (kot je sistem iz člena 47(4) Direktive 2004/18 v zvezi z ekonomskim in finančnim položajem kandidatov) možnosti naročnikov niso neomejene in da morajo biti elementi, ki jih je izbral naročnik, „objektivno primerni za to, da je iz njih razvidna ta zmogljivost […], pri čemer pa [se] ne presega [to], kar je za to razumno nujno“ ********** *****.

64. *A fortiori* ne more biti drugače za zahteve iz zaprtega dokaznega sistema iz člena 48 Direktive 2004/18. Zahtevati overjen podpis zasebnega kupca, ki potrjuje, da je gospodarski subjekt, kandidat za javno naročilo, dobavil blago ali opravil storitev, po mojem mnenju presega to, kar je nujno za dokaz tehnične sposobnosti zadevnega subjekta, in je pretirano formalistično v primerjavi s preprosto izjavo gospodarskega subjekta, ki je podredni način dokazovanja, ki ga dovoljuje člen 48(2)(a)(ii), druga alinea, Direktive 2004/18.

65. Če naročnik dvomi v resničnost predloženega dokumenta, lahko po mojem mnenju zahteva še dodatne informacije, ki lahko dokažejo verodostojnost predloženega potrdila. V okviru analize sobesedila namreč ne smemo pozabiti, da člen 45(2)(g) Direktive 2004/18 dovoljuje, da se subjekt izključi iz postopka oddaje naročila, če je „kriv resnih zavajajočih razlag pri dajanju [zahtevanih] informacij“.

66. Nato tudi razvoj veljavnih predpisov govori v prid neformalistični razlagi zahtevanega potrdila.

67. Ideja, ki jo vsebuje člen 48(2)(a)(ii), druga alinea, Direktive 2004/18, je bila prisotna že v Direktivi 92/50, čeprav je besedilo malo drugačno. V skladu s členom 32(2)(b), druga alinea, Direktive 92/50 mora izvedbo storitev, ki jih kot dokaz za tehnično sposobnost navaja gospodarski subjekt, „overiti *naročnik*“ ********** *****.

********** V skladu s slovarjem *Le Petit Robert* (2014), je potrdilo na prvem mestu pravni izraz, ki pomeni „pisno zagotovilo“. V španščini v skladu s spletnim slovarjem Real Academia Española beseda „certificado“ napotuje na izraz „certificación“, ki se lahko opredeli kot dokument, v katerem se zagotavlja resničnost nekega dejstva.

********** Glej v tem smislu sodbo Édukövízig in Hochtief Construction (C-218/11, EU:C:2012:643, točka 28).

********** Sodba Édukövízig in Hochtief Construction (C-218/11, EU:C:2012:643, točka 29).

********** Moj poudarek.

68. Čeprav se pojem „potrdilo“ skriva v glagolu „overiti“, pa je kakršno koli neposeganje s strani tretje institucije še toliko jasnejše, ker je poudarek na delovanju kupca, saj mora *on* potrditi izvedbo storitve.

69. Poleg tega je mogoče ugotoviti, da je v portugalski različici že Direktiva 92/50 uporabljala izraz „declaração“ za oba primera dokazovanja, vendar brez kakršnega koli pridevnika v prvem primeru.

70. Vendar besedilo člena 32(2) Direktive 92/50 v Predlogu direktive Evropskega parlamenta in Sveta o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil blaga, storitev in gradenj (COM(2000) 275 final)********** , ki je postal člen 48(2) Direktive 2004/18, prvotno ni bilo spremenjeno.

71. Šele po vključitvi predlogov sprememb Evropskega parlamenta, ki so se po eni strani nanašali na udeležbo skupin ponudnikov storitev in po drugi strani na skrb za okolje ter zdravje in varnost delavcev, je bilo besedilo člena 48(2)(a)(ii), druga alinea, Direktive 2004/18 zapisano v sedanji obliki.**********

72. Zato se ni mogoče sklicevati na spremembo besedila sporne določbe, saj se razlogi za te spremembe ne navezujejo na nobeno željo zakonodajalca, da bi povečal dokazni formalizem v zvezi s potrdilom kupca, da je gospodarski subjekt opravil storitve.

73. Nasprotno, Direktiva 2014/24/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o javnem naročanju in razveljavitvi Direktive 2004/18********** gre še dlje v smeri zmanjševanja dokaznega formalizma in odpravi sklicevanje na kakršno koli potrdilo kupca.

74. Odslej člen 60(4) te direktive – ki je nadomestil člen 48(2) Direktive 2004/18 – določa le, da se „[d]okazila o tehničnih sposobnostih gospodarskega subjekta […] lahko glede na vrsto, količino ali pomen ter uporabo gradenj, blaga ali storitev predložijo na enega ali več načinov, naštetih v delu II Priloge XII“.

75. V skladu s točko (a)(ii) v delu II Priloge XII k Direktivi 2014/24 je dokazilo o tehnični sposobnosti gospodarskega subjekta „seznam najpomembnejših dobav blaga ali opravljenih storitev v zadnjih treh letih, skupaj z zadevnimi zneski, datumi in javnimi ali zasebnimi prejemniki. Zaradi zagotovitve ustrezne ravni konkurence lahko javni naročniki po potrebi navedejo, da bodo upoštevana dokazila o zadevnih dobavah blaga ali opravljenih storitvah izpred več kot treh let.“ Nujnost, da mora navedeni seznam spremljati potrdilo kupca, je torej izginila.

76. Čeprav se Direktiva 2014/24 ne uporablja za postopek v glavni stvari, pa je ta nova direktiva, ki razveljavlja Direktivo 2004/18, koristna zato, ker kaže sedanjo voljo zakonodajalca Unije. Zato nam lahko pomaga pri iskanju sedanjega pomena podobne prejšnje določbe, seveda pod pogojem, da ne gremo *contra legem*.

77. V obravnavanem primeru menim, da ni v nasprotju z besedilom veljavne določbe, da direktivi 92/50 in 2014/24 potrjujeta stalno željo zakonodajalca Unije, da dokazil o tehnični sposobnosti gospodarskega subjekta ne spremlja poseben formalizem.

78. Z drugimi besedami, člen 48(2)(a)(ii), druga alinea, Direktive 2004/18 glede na sobesedilo in z zgodovinskega vidika ne zahteva nič drugega kot zagotovilo ali potrditev kupca, da je opravljena storitev, ki jo navaja gospodarski subjekt, da bi pridobil javno naročilo, skladna z resničnostjo.

********** UL 2001, C 29 E, str. 11. Glej člen 49(3) navedenega predloga direktive.

********** Glej spremenjeni Predlog direktive Evropskega parlamenta in Sveta o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil blaga, storitev in gradenj (COM(2002) 236 final), UL 2002, C 203 E, str. 210, zlasti str. 223 in 224.

********** UL L 94, str. 65.

3. Teleološka razlaga člena 48(2)(a)(ii), druga alinea, Direktive 2004/18

79. Nazadnje je taka razlaga skladna tudi s ciljem Direktive 2004/18, ki je spodbujati prosti pretok blaga, svobodo ustanavljanja in svobodo opravljanja storitev ter splošneje odpirati javna naročila konkurenci. **********

80. Zato menim, da je pogoj za sprejemljivost potrdila kupca, da ga mora overiti notar, odvetnik ali drug pristojni subjekt, v nasprotju s tem ciljem.

81. Taka zahteva bi namreč lahko nekatere morebitne kandidate, ki bi se pri izpolnjevanju tega dodatnega pogoja soočili s praktičnimi težavami (na primer zaradi rokov, določenih v obvestilu o naročilu), odvrnila od predložitve ponudbe.

4. Predlog v zvezi s tretjim vprašanjem za predhodno odločanje

82. Skratka, menim, da razlaga sobesedila in teleološka razlaga člena 48(2)(a)(ii), druga alinea, Direktive 2004/18 potrjujeta običajni pomen besede „potrdilo“ iz te določbe in da beseda „reconhecida“, dodana v portugalski različici, ne sme imeti posebnih posledic.

83. Sobesedilo člena 48(2)(a)(ii), druga alinea, Direktive 2004/18 in njegov razvoj ter teleološka razlaga podpirajo razlago, v skladu s katero beseda „potrdilo“ ali izraz „overjena izjava“ v portugalski različici ne zahtevata nobenih posebnih formalnosti.

84. Zato menim, da člen 48(2)(a)(ii), druga alinea, Direktive 2004/18 nasprotuje uporabi pravil, ki jih določi naročnik in v skladu s katerimi mora podpis na potrdilu zasebnega kupca overiti notar, odvetnik ali drug pristojni subjekt, pri čemer je posledica neizpolnitve te zahteve lahko izključitev iz postopka oddaje javnega naročila.

VI – **Predlog**

85. Na podlagi navedenega Sodišču predlagam, naj na vprašanja za predhodno odločanje, ki jih je predložilo Tribunal Central Administrativo Sul (osrednje upravno sodišče, jug), odgovori:

1. Člen 48(2)(a)(ii), druga alinea, Direktive 2004/18/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 31. marca 2004 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil gradenj, blaga in storitev je treba razlagati tako, da lahko, če ni bil prenesen v nacionalno pravo, posameznikom podeli pravice, na katere se lahko sklicujejo v sporih proti naročnikom pred nacionalnimi sodišči, če zadevni naročnik ustreza pojmu države v smislu sodne prakse Sodišča.

2. Člen 48(2)(a)(ii), druga alinea, Direktive 2004/18 ne nasprotuje uporabi pravil, ki jih določi naročnik in ki gospodarskemu subjektu omogočajo, da svoje tehnične sposobnosti dokaže z izjavo, ki jo podpiše sam, le če dokaže, da potrdila zasebnega kupca ne more pridobiti ali da bi bilo to zelo težavno.

3. Člen 48(2)(a)(ii), druga alinea, Direktive 2004/18 nasprotuje uporabi pravil, ki jih določi naročnik in v skladu s katerimi mora podpis na potrdilu zasebnega kupca overiti notar, odvetnik ali drug pristojni subjekt, pri čemer je posledica neizpolnitve te zahteve lahko izključitev iz postopka oddaje javnega naročila.

********** Glej uvodno izjavo 2 Direktive 2004/18.