Zbirka odločb sodne prakse

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA
MANUELA CAMPOSA SÁNCHEZ-BORDONE,
predstavljeni 22. novembra 2017 [1]

Zadeva C-531/16

Šiaulių regiono atliekų tvarkymo centras,
„Ecoservice projektai“ UAB, prej „Specializuotas transportas“ UAB
ob udeležbi
„VSA Vilnius“ UAB,
„Švarinta“ UAB,
„Specialus autotransportas“ UAB,
„Ecoservice“ UAB

(Predlog za sprejetje predhodne odločbe,
ki ga je vložilo Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (vrhovno sodišče, Litva))

„Predlog za sprejetje predhodne odločbe – Direktiva 2004/18/ES – Postopki za oddajo javnih naročil gradenj, blaga in storitev – Enako obravnavanje – Preglednost – Učinkovita konkurenca med ponudniki – Povezave med ponudniki, ki v istem postopku predložijo samostojne ponudbe – Dolžnost obvestitve, ki jo imajo povezani ponudniki – Obveznosti naročnika in nacionalnega sodnika“

1. Ko dva ali več ponudnikov, ki so med seboj nekako povezani, v postopkih oddaje javnih naročil predloži ponudbe, se lahko pojavi dvom, da ravnajo usklajeno (ali celo na podlagi omejevalnega sporazuma) ter s tem okrnjujejo preglednost in spoštovanje drugih pravil ali načel prava Unije, ki morajo biti v takih postopkih spoštovana.

2. To je vsebinski okvir vprašanj za predhodno odločanje, ki jih je Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (vrhovno sodišče, Litva) postavilo ob presojanju položaja, v katerem sta si dve hčerinski družbi tretje družbe prizadevali – med drugimi – pridobiti naročilo v zvezi z zbiranjem in prevozom odpadkov v eni izmed občin zadevne države.

3. Predložitveno sodišče želi s svojimi vprašanji v končni fazi izvedeti to, ali so ti ponudniki obvezani – tudi, če to ni zahtevano s posebno zakonodajno določbo – naročnika obvestiti o razmerjih, ki jih povezujejo, in to, kako mora ravnati ta naročnik, ko ugotovi obstoj takih razmerij.

4. Sodišče bo na podlagi vprašanj za predhodno odločanje torej lahko dopolnilo svojo sodno prakso o načelih enakega obravnavanja in preglednosti v postopkih, ki so urejeni z Direktivo 2004/18/ES, [2] ko udeleženci v teh postopkih pripadajo isti skupini podjetij.

1 Jezik izvirnika: španščina.

2 Direktiva Evropskega parlamenta in Sveta z dne 31. marca 2004 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil gradenj, blaga in storitev (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 6, zvezek 7, str. 132).

I. Pravni okvir

A. Pravo Unije

1. Direktiva 2004/18

5. V uvodni izjavi 46 te direktive je navedeno:

„Naročila je treba oddati na podlagi objektivnih meril, ki zagotovijo skladnost z načeli transparentnosti, nediskriminacije in enakopravnosti med ponudniki in ki jamčijo ocenjevanje ponudb v razmerah učinkovite konkurence. […]“

6. Člen 2 določa:

„Naročniki morajo obravnavati gospodarske subjekte enakopravno in nediskriminacijsko ter delovati transparentno.“

7. Člen 45(2) določa:

„Vsak gospodarski subjekt je lahko izključen iz postopka oddaje naročila, če:

(a) je bodisi v stečaju bodisi v postopku likvidacije, kadar z njegovimi posli upravlja sodišče, se je začel postopek z upniki, je opustil poslovno dejavnost ali je v kateri koli podobnem položaju, ki izhaja iz sorodnega postopka po nacionalnih zakonih ali predpisih;

(b) je bodisi subjekt v postopku za objavo stečaja, naloga za prisilno likvidacijo ali sodne izvedbe ali dogovora z upniki bodisi v drugih podobnih postopkih po nacionalnih zakonih ali predpisih;

(c) je bil s pravnomočno sodbo v skladu s pravnimi predpisi zadevne države obsojen za prestopek v zvezi z njegovim poklicnim ravnanjem;

(d) je bil spoznan za krivega zaradi hude poklicne napake, ki je bilo [bila] dokazano [dokazana] s sredstvi, ki jih naročniki lahko utemeljijo;

(e) ni izpolnjeval obveznosti v zvezi s plačili prispevkov za socialno varnost v skladu z zakonskimi določbami države, kjer ima sedež, ali določbami države naročnika;

(f) ni izpolnjeval obveznosti v zvezi s plačili davkov v skladu z zakonskimi določbami države, kjer ima sedež, ali določbami države naročnika;

(g) je kriv resnih [zavajajočih] razlag pri dajanju informacij, zahtevanih v skladu s tem poglavjem [oddelkom], ali teh informacij ni zagotovil.“

2. Direktiva 89/665/EGS[3]

8. Člen 1(1), tretji pododstavek, določa:

„Države članice sprejmejo potrebne ukrepe, da se v zvezi z javnimi naročili s področja uporabe Direktive 2004/18/ES zagotovi učinkovita in zlasti čim hitrejša revizija odločitev, ki so jih sprejeli naročniki, skladno s pogoji, določenimi v členih 2 do 2f te direktive, na podlagi obrazložitve, da so takšne odločitve kršile zakonodajo Skupnosti na področju javnih naročil ali nacionalne predpise o izvajanju te zakonodaje."

9. Člen 2(1)(b) določa:

„1. Države članice zagotovijo, da sprejeti ukrepi v zvezi z revizijskimi postopki, določenimi v členu 1, vključujejo zagotovitev pooblastil, da:

[…]

(b) se razveljavi ali zagotovi razveljavitev protizakonito sprejetih odločitev, vključno z odpravo diskriminatornih tehničnih, ekonomskih ali finančnih specifikacij v razpisu, razpisni dokumentaciji ali v katerih koli drugih dokumentih, ki se nanašajo na postopek oddaje javnega naročila".

B. Nacionalno pravo

1. Lietuvos Respublikos viešųjų pirkimų įstatymas (zakon Republike Litve o javnem naročanju)[4]

10. Člen 3(1) določa:

„Naročnik zagotovi, da se v postopkih javnega naročanja in oddaje naročil spoštujejo načela enake obravnave, nediskriminacije, vzajemnega priznavanja, sorazmernosti in preglednosti."

2. Lietuvos Respublikos konkurencijos įstatymas (zakon Republike Litve o konkurenci)[5]

11. Člen 3(14) določa:

„‚Skupina povezanih gospodarskih subjektov' pomeni dva ali več gospodarskih subjektov, za katere se – če med njimi obstaja razmerje vzajemnega nadzora ali lastništva in se med seboj lahko usklajujejo – za namene izračuna bruto dohodka in tržnega deleža šteje, da tvorijo en sam gospodarski subjekt. Razen če se dokaže nasprotno, se šteje, da skupino povezanih gospodarskih subjektov tvori vsak zadevni gospodarski subjekt in

[…]

2. gospodarski subjekti, ki so upravljani skupaj z njim ali ki si z njim delijo upravno službo ali katerih nadzorni svet, upravni odbor ali drug organ upravljanja ali nadzora vsaj v polovici sestavljajo isti člani kot pri zadevnem gospodarskem subjektu;

3 Direktiva Sveta z dne 21. decembra 1989 o usklajevanju zakonov in drugih predpisov o uporabi revizijskih postopkov oddaje javnih naročil za preskrbo in javnih naročil za gradnje (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 6, zvezek 1, str. 246), kakor je bila spremenjena z Direktivo 2007/66/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 11. decembra 2007 o spremembi direktiv Sveta 89/665/EGS in 92/13/EGS glede izboljšanja učinkovitosti revizijskih postopkov oddaje javnih naročil (UL 2007, L 335, str. 31).

4 Zakon z dne 13. avgusta 1996 (Žin., 1996, št. 84-2000).

5 Zakon z dne 23. marca 1999 (Žin., 1999, št. 30-856).

3. gospodarski subjekti, v katerih ima zadevni gospodarski subjekt vsaj tretjino kapitala ali tretjino vseh glasovalnih pravic ali ki morajo z njim usklajevati svoje gospodarske odločitve, pred njim odgovarjajo za izvedbo svojih obveznosti v razmerju do tretjih, morajo nanj prenesti vse svoje dohodke ali njihov del ali so ga pooblastili, da uporabi vsaj tretjino njihovih sredstev;

[…]“.

12. Člen 5(1) določa:

„1. Prepovedani in nični od sklenitve so dogovori, katerih namen je omejiti konkurenco ali s katerimi se ta omejuje ali bi se lahko omejevala, zlasti:

(1) dogovori, s katerimi se neposredno ali posredno določijo cena nekega blaga ali drugi kupni ali prodajni pogoji;

[…]“.

II. Dejansko stanje

13. Viešoji įstaiga Šiaulių regiono atliekų tvarkymo centras (center za ravnanje z odpadki regije Šiauliai, Litva; v nadaljevanju: center za ravnanje z odpadki) je 9. julija 2015 začel postopek oddaje javnega naročila za izvajanje občinskih storitev zbiranja in prevoza odpadkov v občini Šiauliai.

14. Glede na podatke, ki so razvidni iz predložitvenega sklepa, je bilo v obvestilu o javnem naročilu prepovedano, da ponudniki predložijo variante svojih ponudb. [6]

15. Štirje ponudniki so oddali vsak svojo ponudbo:

A) Specialus autotransportas UAB (v nadaljevanju: ponudnik A);

B) Specializuotas transportas UAB (v nadaljevanju: ponudnik B);

C) Ekonovus UAB;

D) poslovna skupina VSA Vilnius UAB (v nadaljevanju: VSA Vilnius) in Švarinta UAB;

16. Ponudnika A in B sta hčerinski družbi družbe Ecoservice UAB (v nadaljevanju: Ecoservice). [7]

17. Ponudnik B je k svoji ponudbi [8] na lastno pobudo priložil častno izjavo, da v postopku oddaje javnega naročila sodeluje samostojno in neodvisno od drugih gospodarskih subjektov, ki bi bili lahko z njim povezani, ter center za ravnanje z odpadki pozval, naj vse druge osebe obravnava kot konkurente. Poleg tega se je zavezal, da bo na zahtevo predložil seznam gospodarskih subjektov, ki so z njim povezani.

6 V pisnih stališčih ponudnika B (točka 34) je navedena točka 39 razpisne dokumentacije, v kateri je določena ta prepoved.

7 V skladu s predložitvenim sklepom (točka 10 francoske različice) ima matična družba v lasti 100 % oziroma 98,12 % deležev v ponudnikih A oziroma B, katerih upravna odbora sta sestavljena iz istih oseb.

8 V njej je ponudnik B navedel podizvajalca, ki je prav tako hčerinska družba družbe Ecoservice in v katerega upravnem odboru so iste fizične osebe, ki sestavljajo upravna odbora ponudnikov A in B.

18. Center za ravnanje z odpadki je zavrnil ponudbo ponudnika A, ker ni izpolnjevala enega od pogojev razpisa;[9] navedeni ponudnik te odločitve ni izpodbijal.[10]

19. Naročilo je bilo nazadnje oddano ponudniku B.

20. Družba VSA Vilnius je vložila pritožbo, s katero je zatrjevala, da ponudbi ponudnikov A in B nista bili ustrezno ocenjeni in da sta bili kršeni načeli preglednosti in enakosti pred zakonom.

21. Ker je bila njena pritožba zavrnjena, je družba VSA Vilnius vložila tožbo,[11] ki ji je bilo v bistvenem ugodeno s sodbo Šiaulių apygardos teismas (okrožno sodišče v Šiauliaiju, Litva) z dne 18. januarja 2016, ki je bila potrjena s sklepom Lietuvos apeliacinis teismas (pritožbeno sodišče, Litva) z dne 5. aprila 2016.

22. Center za ravnanje z odpadki in ponudnik B sta vložila kasacijsko pritožbo pri Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (vrhovno sodišče), ki je vložilo ta predlog za sprejetje predhodne odločbe.

III. Vprašanja za predhodno odločanje

23. Vprašanja se glasijo tako:

„1. Ali je treba prosto gibanje oseb in prosti pretok storitev iz členov 45 PDEU oziroma 56 PDEU, načeli enakopravnosti ponudnikov in preglednosti iz člena 2 Direktive 2004/18 ter načelo svobodne in poštene konkurence med gospodarskimi subjekti, ki izhaja iz navedenih načel (skupaj ali posamično, vendar ne zgolj omejeno na te določbe), razumeti in razlagati tako, da pomenijo:

> če so se povezani ponudniki, katerih gospodarske, upravljavske, finančne ali druge povezave lahko vzbudijo dvom o njihovi neodvisnosti in varstvu zaupnih informacij in/ali jim lahko zagotovijo (morebitni) pogoj za prednost pred drugimi ponudniki, odločili oddati ločene (neodvisne) ponudbe v istem postopku javnega naročanja, da morajo v vsakem primeru razkriti te medsebojne povezave naročniku, tudi če ta od njih tega posamično ne zahteva, ne glede na to, ali je z nacionalnimi pravnimi pravili o javnem naročanju določeno, da taka dolžnost dejansko obstaja?

2. Če je odgovor na prvo vprašanje:

   (a) pritrdilen (kar pomeni, da morajo ponudniki v vsakem primeru naročniku razkriti svoje povezave), ali okoliščina, da ta dolžnost v takem primeru ni bila izpolnjena ali ni bila izpolnjena pravilno, zadostuje, da naročnik meni oziroma revizijski organ (sodišče) razsodi, da povezani ponudniki, ki so oddali ločene ponudbe v istem postopku javnega naročanja, v tem postopku sodelujejo, ne da bi si dejansko konkurirali (in si konkurirajo le navidezno)?

   (b) nikalen (kar pomeni, da ponudniki nimajo dodatne dolžnosti – ki ni določena v zakonodaji ali razpisnih pogojih – razkriti svoje povezave), ali mora tveganje, ki ga pomeni sodelovanje povezanih gospodarskih subjektov, in tveganje posledic, ki iz tega izhajajo, nositi naročnik, če ta v razpisni dokumentaciji ni navedel, da imajo ponudniki tako dolžnost razkritja?

9 Konkretno zato, ker ni bila izpolnjena zahteva, da se za izvajanje storitve uporabijo posebna vozila, katerih motorji ustrezajo vsaj standardu Euro 5.

10 Vendar je ponudnik A pozneje, ko je sodišče prve stopnje ugodilo tožbi, ki jo je vložil neodvisni ponudnik, zoper to sodbo vložil pritožbo.

11 Trdila je, da je treba ponudnika A in B kot hčerinski družbi družbe Ecoservice šteti za povezani podjetji v smislu člena 3(14) zakona o konkurenci in da bi se morali njuni ponudbi šteti za alternativni. Trdila je še, da ti družbi v postopku oddaje naročila nista sodelovali pod pogoji učinkovite konkurence in da je med njima prišlo do nezakonitega dogovarjanja. Ker je bila na podlagi razpisnih pogojev oddaja variant prepovedana, je utemeljevala, da bi se morali ponudbi A in B zavrniti.

3. Neodvisno od odgovora na prvo vprašanje in ob upoštevanju sodbe Sodišča z dne 12. marca 2015, eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166), ali je treba pravne določbe iz prvega vprašanja ter člen 1(1), tretji pododstavek, Direktive 89/665 in člen 2(1)(b) te direktive (skupaj ali posamično, vendar ne zgolj omejeno na te določbe) razumeti in razlagati tako, da pomenijo:

   (a) da se mora naročnik – če med postopkom javnega naročanja na kakršen koli način izve, da med nekaterimi ponudniki obstajajo znatne zveze (povezave) – neodvisno od svoje presoje tega dejstva in/ali ostalih okoliščin (na primer formalna in vsebinska različnost ponudb, ki so jih oddali ponudniki, javna zaveza ponudnika, da bo pošteno konkuriral drugim ponudnikom, itd.) posamično obrniti na povezane ponudnike in od njih zahtevati, da pojasnijo, ali in kako je njihov osebni položaj združljiv s svobodno in pošteno konkurenco med ponudniki?

   (b) če naročnik ima tako dolžnost, pa ne ravna v skladu z njo, ali obstaja zadostna podlaga, da sodišče razglasi ravnanje naročnika za nezakonito, ker ni zagotovil postopkovne preglednosti in objektivnosti ter ker ni zahteval dokazov od tožeče stranke ali ker ni na lastno pobudo sprejel sklepa o možnem vplivu, ki ga lahko ima ta osebni položaj povezanih oseb na izid razpisnega postopka?

4. Ali je treba pravne določbe iz tretjega vprašanja in člen 101(1) PDEU (skupaj ali posamično, vendar ne zgolj omejeno na te določbe) ob upoštevanju sodb Sodišča z dne 12. marca 2015, eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166), z dne 21. januarja 2016, Eturas in drugi (C-74/14, EU:C:2016:42) in z dne 21. julija 2016, VM Remonts in drugi (C-542/14, EU:C:2016:578), razumeti in razlagati tako, da pomenijo, da:

   (a) je – če je ponudnik (tožeča stranka) ugotovil, da je bila zavrnjena ponudba z najnižjo ceno, ki jo je oddal eden od dveh povezanih ponudnikov v postopku javnega naročanja (ponudnik A), in da je uspel drugi ponudnik (ponudnik B), in ob upoštevanju drugih okoliščin, povezanih s tema ponudnikoma in njunim sodelovanjem v razpisnem postopku (dejstvo, da imata ponudnika A in B isti upravni odbor; dejstvo, da imata isto matično družbo, ki v razpisnem postopku ni sodelovala; dejstvo, da ponudnika A in B nista razkrila svojih povezav naročniku in nista ločeno ponudila dodatnih pojasnil o teh povezavah, med drugim tudi zato, ker se o njih ni spraševalo; dejstvo, da je ponudnik A v ponudbi podal neskladne informacije o skladnosti predlaganih prevoznih sredstev (smetarskih vozil) z razpisnim pogojem EURO 5; dejstvo, da ta ponudnik, ki je oddal ponudbo z najnižjo ceno, ki je bila zavrnjena zaradi ugotovljenih vsebovanih nepravilnosti, sprva ni izpodbijal naročnikove odločitve, pozneje pa je vložil pritožbo zoper sodbo sodišča prve stopnje, v kateri je med drugim [izpodbijal] zakonitost zavrnitve svoje ponudbe, itd.), in če v zvezi z vsemi temi okoliščinami naročnik ni ukrepal – ta informacija sama po sebi dovolj za podlago za zahtevek, naslovljen na revizijski organ, naj ta organ ravnanje naročnika šteje za nezakonito, ker zadnji ni zagotovil postopkovne preglednosti in objektivnosti ter poleg tega od tožeče stranke ni zahteval predložitve konkretnih dokazov, da ponudnika A in B ravnata nepošteno?

   (b) ponudnika A in B naročniku nista dokazala, da dejansko in pošteno sodelujeta v postopku javnega naročanja, zgolj zato, ker je ponudnik B na lastno pobudo predložil izjavo o dejanskem sodelovanju, ker je ponudnik B upošteval standarde kakovosti upravljanja za sodelovanje v postopkih javnega naročanja in ker poleg tega ponudbi, ki sta ju oddala ta ponudnika, nista bili formalno in vsebinsko enaki?

5. Ali je mogoče ravnanje medsebojno povezanih gospodarskih subjektov (ki sta oba hčerinski družbi iste družbe), ki ločeno sodelujeta v istem razpisnem postopku, katerega vrednost dosega vrednost za mednarodne konkurenčne razpise, če sedež naročnika, ki je objavil razpisni postopek, ter kraj, kjer je treba opraviti storitve, ni zelo oddaljen od druge države članice (Republike Latvije), načeloma

presojati na podlagi določbe člena 101 PDEU in sodne prakse Sodišča, s katero je razlagana ta določba – med drugim ob upoštevanju tega, da je eden od teh gospodarskih subjektov na lastno pobudo podal izjavo, da bo konkuriral pošteno?“

IV. Postopek pred Sodiščem in stališča strank

24. Predlog za sprejetje predhodne odločbe je sodno tajništvo Sodišča prejelo 18. oktobra 2016.

25. Pisna stališča so predložili center za ravnanje z odpadki, družbi VSA Vilnius in Ecoservice projektai UAB (prej ponudnik B), litovska in češka vlada ter Komisija. Presojeno je bilo, da izvedba obravnave ni nujna.

26. Center za ravnanje z odpadki se ni opredelil glede vsakega od petih vprašanj predložitvenega sodišča, temveč je le navedel, da je vedel o povezavah med ponudniki, ker so bile te javno znane, in da pri sprejemanju odločitev v tem primeru nikoli ni bil zaveden v zmoto.

27. Center za ravnanje z odpadki meni, da povezava med ponudniki sama po sebi še ne pomeni neobstoja konkurence med njimi in da je bila v obravnavanem primeru podana vrsta objektivnih elementov, na podlagi katerih je lahko sklepal, da si ponudniki med seboj konkurirajo.

28. Vse stranke razen družbe VSA Vilnius predlagajo, naj se na prvo vprašanje odgovori nikalno. Trdijo, če strnem, da v skladu s Pogodbo o delovanju Evropske unije in Direktivo 2004/18 ni prepovedano niti to, da ponudbe predložijo povezana podjetja, niti to, da en ponudnik predloži več ponudb. V zakonodaji Unije prav tako ni določen noben postopek, po katerem bi gospodarske subjekte obvestili o identiteti drugih ponudnikov, da bi lahko preverili morebitne povezave med njimi in na to okoliščino opozorili naročnika. Načel preglednosti, enakega obravnavanja in nediskriminacije naj ne bi bilo mogoče razlagati tako, da so ponudniki obvezani na lastno pobudo razkriti medsebojne povezave, kar pa ne vpliva na to, da morajo predložiti podatke, ki jih od njih lahko zahteva naročnik.

29. Družba VSA Vilnius pa predlaga, naj se na prvo vprašanje odgovori pritrdilno, zaradi česar nato obravnava prvo podvprašanje, postavljeno v okviru drugega vprašanja. Meni, da bi bilo nesorazmerno, če ponudniki ne bi mogli ovreči domneve usklajenega ravnanja, ki temelji na dejstvu, da niso razkrili medsebojnih povezav. Vendar naj bi bilo njihovo pasivnost ali predložitev pomanjkljivih podatkov o tem ob upoštevanju drugih indicev ali dopolnilnih dokazov mogoče razlagati tako, da dokazujejo protikonkurenčno ravnanje.

30. Družba Ecoservice projektai in litovska vlada se v zvezi z drugim podvprašanjem, postavljenim v okviru drugega vprašanja, nagibata k pritrdilnemu odgovoru in poudarjata obveznost naročnika, da zagotovi vsebinsko in ne zgolj formalno spoštovanje načel iz člena 2 Direktive 2004/18.

31. Družba VSA Vilnius trdi, da naročnik tveganje udeležbe povezanih ponudnikov v postopku javnega naročanja nosi le v primeru, če – čeprav o obstoju te povezave izve iz drugih virov – ne sprejme ukrepov za preverjanje okoliščin udeležbe teh ponudnikov v postopku.

32. Komisija meni, da naročnik ponudniku ne more preprečiti sodelovanja v postopku, če ne uspe dokazati, da je ta storil hudo kršitev poklicnih pravil.

33. Stranke so tretje, četrto in peto vprašanje preučile skupaj.

34. Družba Ecoservice projektai trdi, da mora naročnik od ponudnikov podatke zahtevati le, če ima razloge za sum, da si v postopku, v katerem sodelujejo, ne konkurirajo, pri čemer naj okoliščine, omenjene v četrtem vprašanju, ne bi bile zadostne za ugotovitev, da je ravnanje naročnika nezakonito. Meni, da na podlagi člena 101 PDEU ni mogoče utemeljiti preverjanja ravnanj povezanih ponudnikov, ki se postopka udeležujejo ločeno.

35. Družba VSA Vilnius je izrazila nasprotno stališče. Trdi zlasti, da imajo v skladu s sodno prakso Sodišča naročniki pri izvajanju načel, ki morajo biti spoštovana v javnem naročanju, aktivno vlogo. V tej obveznosti naj bi bila vsebovana dolžnost, da se povezane ponudnike izpraša o tem, kako se udeležujejo postopka, saj bi v nasprotnem primeru dokazno breme v zvezi z njihovim nelojalnim ravnanjem neupravičeno nosili preostali ponudniki. Meni, da nosijo obveznost dokazati dejanski obstoj učinkovite konkurence povezani ponudniki, kar pa ne posega v obveznost naročnika, da od njih zahteva, naj razjasnijo morebitne dvome v zvezi z naravo svoje udeležbe v postopku.

36. Litovska vlada meni, da mora naročnik dejavno ugotavljati, ali postopek poteka pregledno, v primeru povezanih ponudnikov pa preveriti, ali ta povezanost vpliva na vsebino njihovih ponudb. Če so podani objektivni elementi, zaradi katerih bi bila lahko preglednost postopka dvomljiva, naj bi moral naročnik preučiti vse upoštevne okoliščine in po potrebi od strank zahtevati podatke.

37. Ta vlada poleg tega meni, da bi bilo ravnanje naročnika, ki ne sprejme ukrepov za zagotovitev preglednosti, nezakonito v dveh primerih: če je vedel ali bi lahko vedel, da bi se postopka lahko udeležila povezana ponudnika, pa vseeno ni sprejel ukrepov za zagotovitev samostojnosti njunih ponudb, in če kljub sprejetju teh ukrepov pozneje ugotovi, da njegov poseg ni bil zadosten.

38. Litovska vlada nazadnje trdi, da je iz okoliščin spora v glavni stvari razvidno, da povezani ponudniki tvorijo „gospodarsko enoto“, tako da se člen 101 PDEU ne uporabi.

39. Češka vlada meni, da ponudnikov iz postopka ni mogoče izključiti zgolj na podlagi obstoja povezav med njimi. Odločilno je, ali lahko povezave vplivajo na izid postopka, zaradi česar bi moral naročnik preučiti poseben položaj ponudnikov. Ker je varstvo konkurence v okviru javnega naročanja zagotovljeno s sekundarnim pravom, se ni treba sklicevati na člen 101 PDEU.

40. Komisija trdi, da med podatki, ki jih lahko v skladu z Direktivo 2004/18 naročnik zahteva od ponudnikov, ni izjave o njihovih povezavah z drugimi ponudniki, čeprav je naročnik zavezan preveriti, ali so podani razlogi za izključitev. Meni, da sodna praksa Sodišča, na katero se predložitveno sodišče sklicuje v svojem tretjem in četrtem vprašanju, ni upoštevna za odgovor na postavljena vprašanja.

41. Komisija meni, da se člen 101 PDEU ne uporabi niti za sporazume ali usklajena ravnanja med matično družbo in njeno hčerinsko družbo ali med hčerinskimi družbami iste skupine niti za matično družbo, ki ima odločilen vpliv na svoje hčerinske družbe. V okoliščinah tega spora naj bi ponudnika A in B tvorila – o čemer sicer dokončno presodi predložitveno sodišče – gospodarsko enoto, zaradi česar naj bi bila uporaba navedene določbe izključena.

V. Presoja

42. Vprašanja Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (vrhovno sodišče) je tematsko mogoče razdeliti tako, kot sem navedel že na začetku teh sklepnih predlogov:

– po eni strani (prvo in drugo vprašanje) je treba razjasniti, ali morajo medsebojno povezani ponudniki, ki predložijo ločene ponudbe, to okoliščino v vsakem primeru razkriti naročniku, in če da, kakšne so posledice, če tega ne storijo;

– po drugi strani (tretje, četrto in peto vprašanje) pa je treba pojasniti, kako mora ravnati naročnik – in eventualno sodišče, ki razsoja o njegovih dejanjih – v primeru, če ve za obstoj pomembnih povezav med nekaterimi ponudniki.

A. Obveznost ponudnikov, da naročniku sporočijo svojo povezanost z drugimi ponudniki (prvo in drugo vprašanje)

43. Predložitveno sodišče želi izvedeti, prvič, ali morajo medsebojno povezani ponudniki, ki sodelujejo v postopku oddaje javnega naročila, o tej okoliščini naročnika obvestiti, „tudi če ta od njih tega posamično ne zahteva [in] ne glede na to, ali je z nacionalnimi pravnimi pravili o javnem naročanju določeno, da taka dolžnost dejansko obstaja?“ [12]

44. Implicitna predpostavka tega vprašanja – in na splošno stališč strank – je seveda to, da ni mogoče kratko malo prepovedati, da medsebojno povezani ponudniki v takem postopku predložijo vsak svojo ponudbo. Tako je ugotovilo Sodišče v sodbi Assitur [13] in ta predpostavka ni sporna.

45. Izhajajoč iz te premise je razvidno, da obveznost obvestiti o teh povezavah v Direktivi 2004/18 (pa tudi v litovskem zakonu o javnem naročanju) ni določena, glede česar so si stranke prav tako enotne.

46. Le družba VSA Vilnius zagovarja, da ta obveznost posredno ali implicitno izhaja iz potrebe po ovržbi domneve, da je zaradi povezav med ponudniki, katerih posledica je njihova nesamostojnost, lahko ogrožena preglednost postopka oddaje naročila in izkrivljena konkurenca.

47. V tej utemeljitvi družbe VSA Vilnius je že na prvi pogled razvidna šibka točka, saj je Sodišče ugotovilo, da ravno „načeli preglednosti in enakega obravnavanja, ki veljata za vse postopke oddaje javnega naročila, zahtevata, da so vsebinski in postopkovni pogoji, ki se nanašajo na sodelovanje v postopku oddaje javnega naročila, vnaprej jasno opredeljeni in javno objavljeni, zlasti obveznosti ponudnikov, zato da se ti lahko natančno seznanijo z omejitvami postopka in se lahko prepričajo, da za vse konkurente veljajo enake zahteve“. [14]

48. Preizkusa preglednosti, na katerega se sklicuje Sodišče, ne bi opravila *dolžnost* (domnevna obveznost razkriti povezave z drugimi družbami), ki ni navedena v razpisni dokumentaciji, ni določena v nacionalnem zakonu in ni vsebovana v Direktivi 2004/18. Odgovor na prvo vprašanje bi torej moral biti, da povezani ponudniki niso obvezani naročnika obvestiti o razmerjih, na podlagi katerih so povezani, če to ni izrecno določeno v zakonodaji (Unije ali države članice).

49. Ali je mogoče trditi – kakor preudarja družba VSA Vilnius [15] – da ta obveznost, čeprav ni izrecna, izhaja iz sodne prakse Sodišča na področju javnega naročanja?

50. Menim, da ne, saj je Sodišče v tej sodni praksi ugotovilo, da imajo lahko podjetja, ki so člani skupin družb, „pri oblikovanju svoje trgovske politike in gospodarskih dejavnosti določeno stopnjo neodvisnosti, in sicer zlasti glede udeležbe pri javnih razpisih“, in da lahko „povezave med podjetji urejajo posebne določbe – na primer v okviru pogodbe – na podlagi katerih sta pri pripravi ponudb, ki [se] predložijo v okviru istega javnega razpisa, zagotovljeni neodvisnost in zaupnost.“ [16]

12 Prvo vprašanje, drugi odstavek, *in fine*.

13 Sodba z dne 19. maja 2009 (C-538/07, EU:C:2009:317, točka 28): „[V] nasprotju z učinkovito uporabo prava Skupnosti [bi bilo], če bi se podjetja, ki so med seboj povezana, sistematično izključevala iz udeležbe pri istih postopkih oddaje javnega naročila. Taka rešitev bi povzročila znatno zmanjšanje konkurenčnosti na ravni Skupnosti.“

14 Sodba z dne 2. junija 2016, Pizzo (C-27/15, EU:C:2016:404, točka 37).

15 Točka 18 njenih pisnih stališč.

16 Sodba z dne 19. maja 2009, Assitur (C-538/07, EU:C:2009:317, točka 31).

51. Iz teh navedb je po mojem mnenju mogoče izpeljati, da povezanim podjetjem, kadar menijo, da so njihove ponudbe samostojne, o svojih povezavah z drugimi družbami ni nujno treba obvestiti naročnika, če k temu niso zavezana na podlagi izrecne določbe.

52. Še več, če bi se – hipotetično – dopustil pristop družbe VSA Vilnius, ta obveznost ne bi bila posledica tega, da je v razpisni dokumentaciji navedena „*jasno* opredeljena zahteva“, kakor zahteva Sodišče. V takem primeru bi šlo za dolžnost, ki bi bila lažje ali težje izpeljiva iz razlage prava Unije in katere obstoja se gospodarski subjekti torej na splošno opravičljivo lahko ne bi zavedali.[17]

53. Vprašanja bi se bilo morda mogoče lotiti z drugega vidika, saj je razvidno, da je bilo v razpisni dokumentaciji izrecno[18] prepovedano, da isti ponudnik predloži alternativne ponudbe ali „variante“.[19]

54. Ali bi bilo na podlagi te prepovedi mogoče sklepati, da bi morala ponudnika A in B naročnika obvestiti o medsebojnih povezavah? Še več, ali bi morala dokazati, da sta obe ponudbi kljub povezanosti med družbama samostojni in se ne moreta šteti za alternativni?[20]

55. Ta razpisni pogoj pravzaprav temelji na členu 24(2) Direktive 2004/18, ki se uporablja za javna naročila storitev in v skladu s katerim morajo „[n]aročniki […] navesti v javnem razpisu, ali dovoljujejo predložitev variant ali ne: predložitev variant ni dovoljena brez te navedbe“.[21] Mogoče je torej izhajati iz tega, da so alternativne ponudbe ali variante načeloma[22] izključene, če jih naročnik v okviru nekaterih naročil ne dopusti.

56. Vendar bi se težko strinjal s tem, da je iz prepovedi predložitve variant – ne glede na to, ali je ta v razpisni dokumentaciji določena (kot je podano v obravnavanem primeru) ali ne – mogoče izpeljati implicitno dolžnost povezanih ponudnikov, da o svojih povezavah z drugimi družbami nujno obvestijo naročnika.

57. Na podlagi te prepovedi bi morali povezani ponudniki kvečjemu izjaviti, da njihova ponudba ni zgolj varianta ponudbe drugega konkurenta ali alternativa njej. Ne bi šlo torej za izpolnitev splošne obveznosti obvestitve o statusu povezanih podjetij, saj taka obveznost v pravu Unije ni določena. Z Direktivo 2004/18 sodelovanje povezanih gospodarskih subjektov v istem postopku javnega naročanja ni prepovedano načeloma, temveč le v primeru obstoja „dejanskega tveganja, da bi se pojavile prakse, ki bi lahko ogrozile preglednost in izkrivljale konkurenco med ponudniki“.[23]

58. V skladu s temi preudarki bi morali na podlagi določila iz razpisne dokumentacije o prepovedi variant ponudniki zgolj v teh izjemnih primerih naročnika obvestiti o razmerjih, na podlagi katerih so povezani, da bi se izognilo temu tveganju.

59. Vendar je iz te razlage Direktive 2004/18 mogoče izpeljati le malo praktičnih posledic za rešitev obravnavanega spora, in sicer iz dveh razlogov.

17 Na merilo razumno obveščenega in običajno skrbnega ponudnika se je Sodišče sklicevalo na primer v sodbi z dne 4. decembra 2003, EVN in Wienstrom (C-448/01, EU:C:2003:651, točka 57).

18 Glej točko 14 teh sklepnih predlogov. Predložitveno sodišče to prepoved omenja v točki 18 predložitvenega sklepa (francoske različice tega dokumenta).

19 O alternativnih ponudbah ali variantah glej med drugim Arrowsmith, S.: *The Law of Public Utilities Procurement*, zv. 1, Sweet & Maxwell, London, 3. izdaja, 2014, od 7-246 do 7-251.

20 V skladu s Sánchez Graells, A.: *Public Procurement and the EU Competition Rules*, Hart, Oxford, 2. izdaja, 2015, str. 341, naj bi bilo osnovno pravilo na tem področju to, da je prepovedano, da en subjekt predloži več ponudb. Nasledek tega pravila bi bilo to, da se ta prepoved nanaša na subjekte, ki so člani iste skupine.

21 V skladu z odstavkom 1 istega člena se lahko variante predložijo le, če je merilo za oddajo ekonomsko najugodnejša ponudba.

22 Glej Arrowsmith, S.: *The Law of Public Utilities Procurement*, *op. cit.* 7-247.

23 Sodba z dne 19. maja 2009, Assitur (C-538/07, EU:C:2009:317, točka 30).

60. Prvič, ponudnik B je v častni izjavi, ki jo je predložil na lastno pobudo, zagotovil, da bo v postopku sodeloval samostojno in neodvisno od katerih koli drugih gospodarskih subjektov, ki bi bili lahko z njim povezani, in center za ravnanje z odpadki prosil, naj preostale ponudnike obravnava kot konkurente. To, da se v tej izjavi ni izrecno skliceval na ponudnika A, za namene te presoje ni upoštevno, saj je bila, kot navaja center za ravnanje z odpadki,[24] povezava med obema družbama javno (splošno) znana. Po mojem mnenju je pomembno to, da je mogoče sklepati, da je skušal ponudnik B s tem, da je javno zatrdil samostojnost svoje ponudbe, upoštevati razpisni pogoj, v skladu s katerim je bila izključena predložitev alternativnih ponudb.

61. Drugič, namen obvestitve centra za ravnanje z odpadki bi bil ta, da bi se ga opozorilo na družbene povezave med ponudnikoma, da bi lahko pazljiveje preučil njuni ponudbi in odkril morebitna usklajena ravnanja. Če pa – kot sem že navedel – sam center za ravnanje z odpadki priznava, da je v tem primeru o teh povezavah vedel, ker so bile splošno znane, in je brez težav ugotovil, da si ponudnika s ponudbama (ki sta bili vsebinsko drugačni) dejansko konkurirata,[25] je bilo obvestilo odveč.

62. Če odmislimo te konkretne okoliščine, ki so tesno povezane z dejanskim stanjem, bi bila po mojem mnenju taka razlaga Direktive za to, kar je pomembno v tem okviru, nekoliko zapletena, in sicer do te mere, da ne bi bila več skladna z jasnostjo, ki se v sodni praksi Sodišča zahteva pri opredelitvi vsebinskih in formalnih pogojev za sodelovanje v postopkih javnega naročanja.[26]

63. Zato predlagam, naj se na prvo vprašanje za predhodno odločanje odgovori, da je treba člena 45 PDEU in 56 PDEU ter člen 2 Direktive 2004/18 razlagati tako, da če ne obstaja izrecna zakonska določba ali posebno določilo v dokumentaciji, v kateri je urejen postopek, povezani ponudniki, ki predložijo ločene ponudbe, naročnika niso zavezani obvestiti o svojih medsebojnih povezavah.

64. Odgovor na drugo vprašanje je mogoče izpeljati iz odgovora na prvo. V takem primeru (neobstoj izrecne zakonske določbe ali posebnega določila v dokumentaciji, v kateri je urejen postopek oddaje javnega naročila) je naročnik ta, ki mora, kot ugotavlja predložitveno sodišče, nositi „tveganje, ki ga pomeni sodelovanje povezanih gospodarskih subjektov, in tveganje posledic, ki iz tega izhajajo“.

65. Sicer pa bi bilo po mojem mnenju namesto tega, da naročnik *nosi tveganje*, ustrezneje govoriti o tem, da ima obveznost zagotoviti enako obravnavanje ponudnikov in preglednost postopka. Ob izpolnjevanju te dolžnosti mora zagotoviti, da zaradi sodelovanja povezanih ponudnikov drugi ponudniki niso v slabšem položaju in da zato ne pride do izkrivljanja konkurence, ki mora biti vzpostavljena med vsemi ponudniki. To pa je bilo, kot navaja samo predložitveno sodišče, v tem primeru zagotovljeno.

B. Obveznosti naročnika v primeru povezanosti ponudnikov (tretje, četrto in peto vprašanje)

66. Strinjam se s Komisijo, da je na tretje, četrto in peto vprašanje mogoče odgovoriti skupaj, čeprav preoblikovanje teh vprašanj, ki ga predlagam, ne ustreza povsem njenemu.[27]

67. Menim, da želi s temi vprašanji predložitveno sodišče izvedeti, ali mora v okoliščinah, kakršne so te iz spora v glavni stvari, naročnik od povezanih ponudnikov zahtevati, da dokažejo, da njihov položaj ni v nasprotju z načelom konkurence. Dvomi tudi o tem, ali bi bila nedejavnost naročnika zadosten razlog za ugotovitev, da je bilo njegovo ravnanje v postopku nezakonito.

24 Drugi odstavek njegovih pisnih stališč.

25 Četrti odstavek njegovih pisnih stališč.

26 Znova napotujem na sodbo z dne 2. junija 2016, Pizzo (C-27/15, EU:C:2016:404, točka 37).

27 Komisija predlaga, naj se ta tri vprašanja preoblikujejo tako, da „skuša nacionalno sodišče ugotoviti, ali se člen 101 PDEU uporabi za to zadevo in ali je treba člen 101 PDEU (če se uporabi) ter določbe Direktiv 89/665/ES in 2004/18/ES in sodno prakso, zlasti to iz sodb eVigilo, Eturas in VM Remonts, razlagati tako, da mora v primeru zadeve, o kateri razsoja nacionalno sodišče, naročnik dalje preučevati obstoj povezav med ponudnikoma“ (točka 42 pisnih stališč Komisije).

68. Kot sem že navedel, nesporno ni le to, da sta bila ponudnika A in B medsebojno povezana pravna subjekta, temveč tudi to, da je center za ravnanje z odpadki menil, da je ta povezava javno znana (kar je bil razlog za to, da se mu ni zdelo potrebno od njiju zahtevati izjavo o tem).

69. Še več, zdi se, da vse kaže na to, da ponudnika A in B tvorita gospodarsko enoto, ker sta hčerinski družbi iste matične družbe, in sicer v okoliščinah, na podlagi katerih je mogoče sklepati, da ta nanju odločilno vpliva.[28] Če je tako, to zadostuje – kot je ugotovila večina strank tega postopka – za sklep, da se člen 101 PDEU v tej zadevi ne uporabi.

70. Iz sodne prakse Sodišča namreč jasno izhaja, da se ta člen ne uporabi, če sporazume ali ravnanja, ki so z njim prepovedani, izvedejo podjetja, ki tvorijo gospodarsko enoto.[29]

71. Konkurenca, ki se skuša zaščititi na področju postopkov javnega naročanja, ni toliko ta (splošna) med neodvisnimi gospodarskimi subjekti na notranjem trgu, kot ta (bolj specifična), ki mora biti vzpostavljena v okviru postopkov oddaje javnih naročil.[30] S tega vidika je pravzaprav pomembna samostojnost in *dejanska* različnost ponudb (zaradi katerih bo naročnik lahko izbral to, ki je za javne interese najugodnejša), ne glede na to, ali so v postopku udeleženi gospodarski subjekti neodvisni ali medsebojno povezani. Zato je, kot navaja češka vlada,[31] podlago za zaščito konkurence v postopkih javnega naročanja treba iskati zlasti v sekundarnem pravu; v tem primeru je to Direktiva 2004/18.[32]

72. Neuporaba člena 101 PDEU za obravnavano zadevo pa ne pomeni, da sodna praksa, na katero se v tretjem in četrtem vprašanju za predhodno odločanje sklicuje predložitveno sodišče, ni upoštevna.

73. Sodišče je namreč v zadevi eVigilo[33] – čeprav se je ta nanašala na nasprotje interesov med naročnikom in strokovnjaki, ki so ocenjevali predložene ponudbe – sprejelo načelno ugotovitev, ki jo je mogoče uporabiti za obravnavano zadevo. Ugotovilo je, da mora naročnik v primeru objektivnih dokazov, ki izkazujejo dvom o pristranskosti strokovnjaka, „presoditi vse upoštevne okoliščine, ki so vodile k sprejetju odločitve o oddaji naročila, da se preprečijo, odkrijejo in odpravijo nasprotja interesov, vključno s tem, da bi se, če bi bilo treba, od strank zahtevale posamezne informacije in dokazi“.[34]

74. Sodišče opozarja, da je ta zahteva posledica „aktivne vloge“, ki jo ima pri izvajanju načel oddaje javnih naročil naročnik prav zaradi dolžnosti gospodarske subjekte obravnavati enakopravno in delovati transparentno, kot se zahteva s členom 2 Direktive 2004/18.[35] Ta dolžnost – poudarja Sodišče – pomeni „samo bistvo direktiv v zvezi s postopki oddaje javnih naročil (glej sodbo Michaniki [z dne 16. decembra 2008], C-213/07, EU:C:2008:731, točka 45)“.[36]

28 Glej med drugimi sodbo z dne 16. junija 2016, Evonik Degussa in AlzChem/Komisija (C-155/14 P, EU:C:2016:446, točka 28).

29 V tem smislu glej sodbi z dne 4. maja 1989, Bodson (30/87, EU:C:1988:225, točka 19), in z dne 11. aprila 1989, Saeed Flugreisen in Silver Line Reisebüro (66/86, EU:C:1989:140, točka 35).

30 Logično je, da lahko do usklajevalnih ravnanj pride tudi med nepovezanimi podjetji, katerih namen je prav izkrivljanje konkurence v postopkih javnega naročanja in ki se sporazumejo, da ne bodo predložila ponudbe ali da jo bodo predložila pod pogoji, o katerih so se med seboj nezakonito dogovorila.

31 Točka 10 njenih pisnih stališč.

32 Direktiva, v skladu s katero – kot sem že opozoril – načeloma ni prepovedana udeležba povezanih ponudnikov.

33 Sodba z dne 12. marca 2015 (C-538/13, EU:C:2015:166).

34 Sodba z dne 12. marca 2015, eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166, točka 44).

35 *Ibidem*, točka 42.

36 *Ibidem*, točka 43.

75. Sodbi Eturas in drugi [37] ter VM Remonts in drugi [38] se – kot pravilno navaja Komisija [39] – nanašata na dogovarjanje o cenah med neodvisnimi podjetji in na odgovornost ponudnika za dejanja neodvisnega izvajalca, ki je zanj opravljal storitve. Kljub temu bi bile nekatere ugotovitve iz teh sodb v zvezi z dokazovanjem tajnih dogovarjanj v tej zadevi lahko uporabne.

76. V prvi je denimo navedeno, da se „v skladu z načelom učinkovitosti dokaz o kršitvi konkurenčnega prava Unije zagotovi ne le z neposrednimi dokazi, ampak tudi z indici, če so ti objektivni in skladni“. [40] V drugi pa Sodišče ugotavlja, da „pravila v zvezi s presojo dokazov in zahtevanim dokaznim standardom […] spadajo v okvir procesne avtonomije držav članic,“ [41] če to področje ni urejeno s predpisi Unije.

77. Če se ta sodna praksa prenese na okoliščine, ki so predmet presoje v postopku v glavni stvari, potem bo, če naročnik opazi, da v postopku sodelujejo povezani subjekti, „aktivna vloga“, ki naj bi jo privzel kot ta, ki mora zagotoviti učinkovito konkurenco med ponudniki, običajno pomenila to, da se bo prepričal o samostojnosti njihovih ponudb. [42]

78. Ta previdnostni ukrep bi bil skratka zgolj eden od ukrepov za to, da se „presodi[jo] vse upoštevne okoliščine, […] da se preprečijo, odkrijejo in odpravijo nasprotja interesov, vključno s tem, da bi se, če bi bilo treba, od strank zahtevale posamezne informacije in dokazi“. [43]

79. Vendar naročniku v primerih, kakršen je obravnavani, povezanih subjektov ni treba pozvati, naj – kot se v predloženem vprašanju izrazi predložitveno sodišče – „pojasnijo, ali in kako je njihov osebni položaj združljiv s svobodno in pošteno konkurenco med ponudniki“. Zahteva, naj stranke po potrebi predložijo „posamezne informacije in dokaz[e]“ bi bila seveda lahko upoštevna, če naročnik na podlagi informacij in dokazov, s katerimi razpolaga, ne bi mogel presoditi tveganja, da ponudbe niso samostojne in se z njimi izkrivlja konkurenca.

80. Pomembno torej ni toliko to, da se naročnik obrne na povezane ponudnike in od njih zahteva podatke glede njihovih medsebojnih razmerij ter poizve o njihovem stališču glede spoštovanja načela konkurence med ponudniki. Odločilno je zlasti to, da lahko naročnik izključi, da sočasno sodelovanje teh povezanih subjektov v postopku pomeni nevarnost za konkurenco. To lahko seveda ugotovi tako, da od njih zahteva te podatke ali to stališče, vendar tudi tako, da upošteva podatke, ki jih že ima na razpolago, torej ne da bi se moral obrniti na ponudnike.

81. Sodišče je v sodni praksi prav tako ugotovilo, da „odgovor na vprašanje, ali je sporno razmerje odvisnosti vplivalo na vsebino ponudb, ki sta ju zadevni podjetji predložili v okviru istega postopka oddaje javnega naročila, zahteva preizkus in presojo dejstev, ki jo mora opraviti organ, pristojen za oddajo javnega naročila“. [44]

37 Sodba z dne 21. januarja 2016 (C-74/14, EU:C:2016:42).

38 Sodba z dne 21. julija 2016 (C-542/14, EU:C:2016:578).

39 Točki 46 in 47 njenih pisnih stališč.

40 Sodba z dne 21. januarja 2016, Eturas in drugi (C-74/14, EU:C:2016:42, točka 37).

41 Sodba z dne 21. julija 2016, VM Remonts in drugi (C-542/14, EU:C:2016:578, točka 21).

42 Zaradi različnosti ponudb bi se moral povečati konkurenčni pritisk med ponudniki, tako da bi bila vsaka od njih dejansko „izpodbojna“ (če uporabim izraz s področja konkurenčnega prava) s strani preostalih, naročilo pa bi se dodelilo ponudniku, ki bi si zaradi svojih prednosti to zaslužil.

43 Sodba z dne 12. marca 2015, eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166, točka 44).

44 Sodba z dne 19. maja 2009, Assitur (C-538/07, EU:C:2009:317, točka 32).

82. Kot je v pisnih stališčih navedel center za ravnanje z odpadki, je lahko na podlagi preizkusa in presoje dejstev, ki jo je opravil, ugotovil, da je glede na to, da je o povezavi med ponudnikoma A in B vedel, ker je bila splošno znana, lahko izključil, da si njuni ponudbi ne bi bili konkurenčni, in sicer na podlagi teh objektivnih elementov:

– iz dejstva, da je eden od povezanih ponudnikov na lastno pobudo izjavil, da je njegova ponudba neodvisna, je razvidno „lojalno ravnanje, ki je skladno z določbami“ nacionalne zakonodaje;

– ponudbi povezanih ponudnikov sta bili različni tako po obliki kot po vsebini;

– ponudba ponudnika A je bila zavrnjena „povsem neodvisno od njegove volje, to je, na podlagi odločitve naročnika“. [45]

83. Center za ravnanje z odpadki je na podlagi podatkov, s katerimi je razpolagal, presodil, da ni nevarnosti izkrivljanja konkurence med ponudnikoma A in B. Dodal je, da bi, če bi opazil, da „vedenje ponudnikov kaže na to, da ne želita pridobiti naročila“, to „lahko pomenilo indic, zaradi katerega bi raziskal povezave med njima in njuno vedenje med postopkom oddaje naročila eventualno štel za usklajeno ravnanje“. [46]

84. Mogoče je sicer razpravljati o tem, ali so podatki, ki jih je imel center za ravnanje z odpadki, zadostna podlaga za izključitev morebitne nevarnosti za obstoj konkurence med ponudniki; vendar gre pri tem za presojo, ki jo v vsakem primeru opravi center in ki je pozneje lahko predmet nadzora nacionalnega sodišča, ki mora na podlagi pravnega sredstva preizkusiti njegove odločitve.

85. Menim, da se Sodišču ni treba opredeliti glede večje ali manjše dokazne vrednosti, ki jo je treba pripisati indicem, ki jih predložitveno sodišče našteva v točkah (a) in (b) četrtega vprašanja. Pri tem gre za presojo v zvezi z dejanskimi okoliščinami in vrednotenjem dokaznega gradiva, pridobljenega v postopku, ki jo v skladu s pravili zdravorazumske presoje in ob uporabi nacionalnih določb v zvezi z dokazovanjem opravi izključno predložitveno sodišče. [47]

86. Če se torej vrnem k vprašanju, ali je naročnik zavezan, da se brez izjeme obrne – kakor je bilo opisano – na povezane subjekte, menim, da je treba nanj odgovoriti nikalno, in sicer tako na splošno kot v okviru tega konkretnega primera. Vse je odvisno od zadostnosti ali nezadostnosti zbranega dokaznega gradiva in torej od objektivne utemeljenosti naročnikove odločitve, ki je povezanim ponudnikom dopustil udeležbo v postopku, o čemer pa mora v končni fazi presoditi sodišče.

VI. Predlog

87. Glede na navedeno Sodišču predlagam, naj Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (vrhovno sodišče, Litva) odgovori tako:

Člena 45 PDEU in 56 PDEU ter člen 2 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 v okoliščinah, kakršne so podane v sporu v glavni stvari:

1. Povezani ponudniki, ki predložijo ločene ponudbe v istem postopku, niso nujno zavezani naročnika obvestiti o medsebojnih povezavah, če se to ne zahteva z izrecno zakonsko določbo ali posebnim določilom v dokumentaciji, v kateri so urejeni pogoji oddaje javnega naročila storitev.

45 Četrti odstavek pisnih stališč centra za ravnanje z odpadki.

46 Šesti odstavek pisnih stališč naročnika. V tem odstavku dodaja, da usklajena ravnanja niso mogoča le med povezanimi subjekti, temveč tudi med temi, ki si formalno konkurirajo, dejansko pa sklepajo sporazume, ki so v skladu s konkurenčnim pravom prepovedani.

47 Napotujem na sodbo z dne 21. julija 2016, VM Remonts in drugi (C-542/14, EU:C:2016:578), navedeno v točki 76.

2. Naročnik mora od teh ponudnikov zahtevati podatke, za katere meni, da so potrebni, če ima glede na elemente presoje, podane v zadevnem postopku, dvome glede nevarnosti, da bo zaradi njihove sočasne udeležbe okrnjena preglednost in izkrivljena konkurenca med temi, ki se potegujejo za pridobitev naročila za opravljanje storitve.