Zbirka odločb sodne prakse

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNE PRAVOBRANILKE
ELEANOR SHARPSTON,
predstavljeni 1. decembra 2016 [1]

Zadeva C-298/15

UAB „Borta“
(Predlog za sprejetje predhodne odločbe,

ki ga je vložilo Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (litovsko vrhovno sodišče))

„Javna naročila — Merila za ugotavljanje usposobljenosti — Zahteva, da uspešni ponudnik sam opravi ‚glavno delo‘ — Dokazovanje strokovne usposobljenosti — Ponudba, ki jo da skupina gospodarskih subjektov — Zahteva, da je prispevek vsakega partnerja sorazmeren z njegovim prispevkom pri dokazovanju strokovne usposobljenosti — Postopek oddaje javnega naročila — Sprememba razpisnih specifikacij med postopkom — Načeli enakega obravnavanja in preglednosti“

1. Ta predlog za sprejetje prehodne odločbe Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (litovsko vrhovno sodišče) se nanaša na razpisno specifikacijo za oddajo javnega naročila gradenj za zgraditev nabrežja v pristanišču Klaipėda (Litva). Zadevna specifikacija vsebuje določbe, ki veljajo za ponudbe, ki jih predložijo partnerji pri skupnih dejavnostih. Z njimi je zahtevano, da vsak partner *izvede* del naročila, ki ustreza njegovemu prispevku k doseganju skupnih strokovnih izkušenj v fazi *oddaje* javnega naročila. Predložitveno sodišče dvomi, ali je taka zahteva združljiva s pravili o združevanju strokovne usposobljenosti na podlagi prava Unije o javnem naročanju. Ker je bila sporna specifikacija objavljena šele več tednov po objavi javnega razpisa, želi predložitveno sodišče pridobiti tudi usmeritve o tem, ali (in če, v katerih okoliščinah) lahko naročnik spremeni razpisne specifikacije med postopkom oddaje javnega naročila. Na lastno pobudo prav tako postavlja vprašanje, ali pravo Unije o javnem naročanju nasprotuje določbi litovskega zakona, s katero je v okviru javnih naročil gradenj prepovedana oddaja „glavnih del“ podizvajalcem.

2. Takoj na začetku se pojavijo težave v zvezi s pristojnostjo Sodišča za odgovor na ta vprašanja. Predložitveno sodišče izraža dvome v kontekstu Direktive 2004/17/ES [2]. Vendar ni sporno, da ocenjena vrednost spornega javnega naročila ne dosega upoštevnega praga in se zato ta direktiva v postopku v glavni stvari ne uporablja. Ali se ta direktiva neposredno in brezpogojno uporablja za naročilo na podlagi litovskega zakona? Če je tako, je v skladu z ustaljeno sodno prakso Sodišče pristojno za razlago upoštevnih določb te direktive. Podredno, če pri spornem naročilu obstaja jasen čezmejni interes, veljajo za oddajo temeljna pravila in splošna načela PDEU (predvsem načela o prostem pretoku iz členov 49 in 56 PDEU) in je torej dolžnost Sodišča, da na tej podlagi poda koristne napotke predložitvenemu sodišču.

1 — Jezik izvirnika: angleščina.

2 — Direktiva Evropskega parlamenta in Sveta z dne 31. marca 2004 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil naročnikov v vodnem, energetskem in transportnem sektorju ter sektorju poštnih storitev (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 6, zvezek 7, str. 19). Upoštevna različica te direktive je tista, ki je bila nazadnje spremenjena z Uredbo Komisije (EU) št. 1336/2013 z dne 13. decembra 2013 (UL 2013, L 335, str. 17).

Pravno ozadje

Pravo Unije

3. V uvodni izjavi 9 Direktive 2004/17 je navedeno:

„Da bi zagotovili odprtje konkurence za javna naročila, ki jih oddajo naročniki v vodnem, energetskem in transportnem sektorju ter sektorju poštnih storitev, je priporočljivo pripraviti določbe za usklajevanje naročil nad določeno vrednostjo na ravni Skupnosti. Tako usklajevanje temelji na zahtevah, ki izhajajo iz členov 14, 28 in 49 Pogodbe ES in iz člena 97 Pogodbe Euratom, kot so načelo enake obravnave in načelo nediskriminacije kot njegov poseben izraz, načelo vzajemnega priznavanja, načelo sorazmernosti in načelo preglednosti. Glede na naravo sektorjev, na katere vpliva tako sodelovanje, bi morali hkrati z varovanjem uporabe teh načel vzpostaviti okvir za premišljeno poslovno prakso in zagotoviti kar največjo prilagodljivost.

[…]“

4. V uvodni izjavi 43 je navedeno, da je za to, da bi spodbudili sodelovanje malih in srednje velikih podjetij na trgu javnih naročil, priporočljivo vključiti določbe o podizvajalcih.

5. Člen 10 določa, da „naročniki obravnavajo gospodarske subjekte enakopravno in brez diskriminacije ter poslujejo pregledno“.

6. Člen 11(2) določa:

„Ponudbo lahko predloži ali se prijavi kot kandidat tudi skupina gospodarskih subjektov. Naročnik od take skupine ne sme zahtevati, da zaradi predložitve ponudbe ali prijave za sodelovanje prevzame kako posebno pravno obliko, vendar pa se od izbrane skupine lahko to zahteva, potem ko ji je bilo naročilo oddano, če je takšna sprememba potrebna za uspešno izvedbo naročila.“

7. Člen 37 („Podizvajalci“) določa:

„Naročnik lahko v razpisni dokumentaciji zahteva, ali pa to od njega zahteva država članica, da ponudnik v svoji ponudbi navede vsak del naročila, ki ga namerava oddati v podizvajanje tretji osebi, ter vse predlagane podizvajalce. Ta navedba ne sme vplivati na vprašanje osnovne odgovornosti gospodarskega subjekta.“

8. Člen 38 („Pogoji za izvedbo naročil“) se glasi:

„Naročniki lahko določijo posebne pogoje v zvezi z izvajanjem naročila, če so ti pogoji v skladu z zakonodajo [Unije] in so navedeni v obvestilu, ki se uporablja kot sredstvo za objavo javnega razpisa, ali v specifikacijah. Pogoji, ki urejajo izvedbo naročila, se lahko nanašajo zlasti na družbene in okoljske vidike.“

9. Člen 53 („Sistemi ugotavljanja usposobljenosti“) med drugim določa:

„1. Naročniki, ki tako želijo, lahko vzpostavijo in vodijo sistem ugotavljanja usposobljenosti gospodarskih subjektov.

[…]

2. Sistem iz odstavka 1 lahko obsega različne stopnje ugotavljanja usposobljenosti.

Sistem naročnik vodi na podlagi objektivnih meril in pravil za ugotavljanje usposobljenosti, ki jih določi.

[…]

5. Če merila in pravila za ugotavljanje usposobljenosti iz odstavka 2 vključujejo zahteve glede tehnične in/ali strokovne sposobnosti gospodarskega subjekta, se lahko ta subjekt po potrebi sklicuje na sposobnost drugih subjektov, ne glede na pravno naravo povezave z njimi. V tem primeru mora naročniku predložiti dokazilo, da bo imel na voljo potrebna sredstva v celotnem obdobju veljavnosti sistema ugotavljanja usposobljenosti, na primer s predložitvijo izjave navedenih subjektov, da bodo gospodarskemu subjektu dali na voljo potrebna sredstva.

Pod enakimi pogoji se lahko skupina gospodarskih subjektov iz člena 11 sklicuje na sposobnost članov skupine ali drugih subjektov.

[…]“

Litovsko pravo

10. V členu 2(29) Lietuvos Respublikos Viešųjų pirkimų įstatymas (zakon Republike Litve o javnih naročilih, v nadaljevanju: zakon o javnih naročilih) je izvajalec v splošnem opredeljen kot gospodarski subjekt, fizična ali pravna oseba zasebnega ali javnega prava, druga organizacija ali njena podružnica ali skupina takih oseb, ki je sposoben ponuditi ali ponuja blago, storitve ali realizacijo gradenj.

11. V skladu s členom 24(5) zakona o javnih naročilih se lahko v razpisni dokumentaciji od kandidata ali ponudnika zahteva, da v ponudbi opredeli morebitne predlagane podizvajalce, poleg tega pa se od kandidata ali ponudnika lahko zahteva navedba deleža naročila, ki ga namerava dati podizvajalcem v podizvajanje. Vendar mora, če so k izvajanju naročil gradenj povabljeni podizvajalci, glavno delo, kot ga je opredelil naročnik, opraviti izvajalec.

12. V skladu s členom 27(4) zakona o javnih naročilih lahko naročnik na lastno pobudo kadar koli pred rokom za oddajo ponudb pojasni razpisno dokumentacijo.

13. Člen 32(3) zakona o javnih naročilih določa, da se lahko izvajalec, kadar je to potrebno v posebnih okoliščinah razpisa, sklicuje na usposobljenost drugih gospodarskih subjektov ne glede na naravo svojega pravnega razmerja z njimi. V tem primeru mora izvajalec naročniku dokazati, da mu bodo ta sredstva na voljo za izvedbo naročila. Pod istimi pogoji se lahko skupina gospodarskih subjektov sklicuje na usposobljenost članov skupine ali drugih gospodarskih subjektov.

Dejansko stanje, postopek in vprašanja za predhodno odločanje

14. Družba VĮ Klaipėdos valstybinio jūrų uosto direkcija (uprava državnega pristanišča Klaipėda, v nadaljevanju: pristaniška uprava), litovsko državno podjetje, je 2. aprila 2014 objavila javni razpis z naslovom „Gradbena dela v povezavi z ‚obnovo nabrežij št. 67 in št. 68: faza I‘“. Ta javni razpis je bil 5. aprila 2014 objavljen tudi v *Uradnem listu Evropske unije*.[3]

15. V točki 3.2.1 razpisne dokumentacije je bila vključena ta zahteva: „Izvajalčev povprečen letni obseg dela, povezanega z glavnimi gradbenimi in instalacijskimi deli (gradnja ali obnova pristaniškega obrežja) v zadnjih petih letih ali v obdobju od datuma registracije izvajalca (če izvajalec posluje manj kot pet let), mora ustrezati vsaj vrednosti 5.000.000 LTL (1.448.100,09 EUR) brez DDV.“

3 — UL 2014/S 68-117458.

16. S točko 4.2.3 razpisnih specifikacij je bilo zahtevano, da se morajo v vsaki ponudbi „podrobno opredeliti zaveze partnerjev, ki poslujejo na podlagi sporazuma o skupnih dejavnostih, v zvezi z izvajanjem naročila, skupaj z deležem teh zavez, in se mora navesti, da ta razdelitev obsega storitev velja samo za partnerje in ne ustvarja nobenih obveznosti za stranko (naročnika)“.

17. V prvotni različici točke 4.3 razpisne dokumentacije je bilo določeno:

„Če ponudbo oddajo izvajalci, ki poslujejo na podlagi sporazuma o skupnih dejavnostih, mora zahteve iz [točke 3.2.1] izpolnjevati vsaj en partner, ki sodeluje v skupnih dejavnostih, ali vsi partnerji, ki poslujejo na podlagi sporazuma o skupnih dejavnostih, skupaj. […] V skladu s členom 24(5) [zakona o javnih naročilih] [pristaniška uprava] navaja, da je glavno delo zajeto v točki 1.2.8 gradbenega razdelka popisa del, zato mora to delo izvesti izvajalec sam.“ [4]

18. Pristaniška uprava je 24. aprila 2014 na lastno pobudo prvič spremenila točko 4.3 razpisne dokumentacije. V tej novi različici, ki je bila objavljena v *Uradnem listu Evropske unije*, je bilo med drugim določeno, da če ponudbo oddajo izvajalci, ki poslujejo na podlagi sporazuma o skupnih dejavnostih, mora vsak partner, ki sodeluje v skupnih dejavnostih, izpolnjevati vsaj 50 % zahteve iz točke 3.2.1. Zaradi te spremembe je pristaniška uprava podaljšala rok za oddajo ponudb.

19. UAB Borta, družba z omejeno odgovornostjo litovskega prava, je 3. maja 2014 vložila pritožbo pri pristaniški upravi. Zato je pristaniška uprava 9. maja 2014 drugič spremenila točko 4.3 razpisne dokumentacije. [5] V novi (končni) različici te točke je bilo določeno:

„Če ponudbo oddajo izvajalci, ki poslujejo na podlagi sporazuma o skupnih dejavnostih, mora zahteve iz točk 3.2.1 […] izpolnjevati vsaj en partner, ki sodeluje v skupnih dejavnostih, ali vsi partnerji, ki poslujejo na podlagi sporazuma o skupnih dejavnostih, skupaj. Partnerjev prispevek (obseg opravljenega dela) na podlagi sporazuma o skupnih dejavnostih mora biti sorazmeren z njegovim prispevkom k uresničevanju zahteve iz točke 3.2.1 […] in z obsegom dela, ki ga bo dejansko izvedel, če bo ponudba uspešna (izvedba naročila).[[6]] […] V skladu s členom 24(5) [zakona o javnih naročilih] [pristaniška uprava] navaja, da je glavno delo zajeto v točki 1.2.8 gradbenega razdelka popisa del, zato mora to delo izvesti izvajalec sam.“

20. Zaradi te zadnje spremembe, ki je bila objavljena v *Uradnem listu Evropske unije*, je bil rok za oddajo ponudb podaljšan še drugič in določen za 12. junij 2014.

21. Družba Borta je 12. junija 2014 oddala ponudbo, v kateri je ponudila izvedbo teh gradenj za približno 4.761.460 EUR v protivrednosti v LTL. To je bila najdražja ponudba. [7]

22. Družba Borta pa je pri pristaniški upravi izpodbijala zadnjo različico točke 4.3. razpisne dokumentacije in po zavrnitvi pritožbe vložila tožbo pri Klaipėdos apygardos teismas (okrožno sodišče v Klaipėdi). To sodišče je 18. avgusta 2014 to tožbo zavrnilo. Družba Borta se je zoper to odločbo pritožila pri Lietuvos apeliacinis teismas (litovsko pritožbeno sodišče), ki je pritožbo 13. novembra 2014 zavrnilo. Obe sodišči sta v bistvu menili, da so izpodbijane razpisne zahteve upravičene glede na naravo predmeta pogodbe in njegov pomen za javni interes ter da solidarna odgovornost partnerjev v skupnih dejavnostih v odnosu do pristaniške uprave sama po sebi ne zagotavlja uspešne izvedbe javnega naročila. Prav tako sta zavrnili trditev, da so zaporedne spremembe razpisne dokumentacije nezakonite, saj je bila pristaniška uprava s členom 27(4) zakona o javnih naročilih izrecno upravičena za pojasnjevanje te dokumentacije.

4 — Predložitveno sodišče pojasnjuje, da to glavno delo med drugim obsega zgraditev žlebičaste jeklene stene, podprte s pozicijskimi nosilci.

5 — Hkrati je naročnik na lastno pobudo delno preoblikoval točko 4.2.3 razpisne dokumentacije. Vendar ta sprememba razpisne dokumentacije v postopku v glavni stvari ni sporna.

6 — To zadnjo zahtevo bom imenovala „zahteva po ustreznosti“. „Obseg dela“ se očitno meri v denarju.

7 — Ponudba uspešnega ponudnika je znašala približno 3.168.400 EUR v protivrednosti v LTL.

23. Družba Borta je zoper odločbo Lietuvos apeliacinis teismas (litovsko pritožbeno sodišče) vložila revizijo pri Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (litovsko vrhovno sodišče), ki je prekinilo postopek in predlagalo sprejetje predhodne odločbe o teh vprašanjih:

„1. Ali je treba določbe členov 37, 38, 53 in 54 Direktive 2004/17 razumeti in razlagati, skupaj ali ločeno (vendar brez omejitve na te določbe), tako, da:

(a) nasprotujejo nacionalni ureditvi, v skladu s katero mora v primeru, da so k izvajanju javnega naročila gradenj povabljeni podizvajalci, glavno delo, kot ga je opredelil naročnik, izvesti izvajalec?[8]

(b) nasprotujejo shemi, določeni v razpisni dokumentaciji, za kumuliranje strokovne usposobljenosti izvajalcev, kot je ta, ki jo je naročnik opredelil v sporni razpisni zahtevi, na podlagi katere mora delež, ki predstavlja strokovno usposobljenost upoštevnega gospodarskega subjekta (partnerja pri skupnih dejavnostih), ustrezati deležu specifičnega dela, ki ga bo dejansko izvedel v okviru javnega naročila?

2. Ali je treba določbe členov 10, 46 in 47 Direktive 2004/17 razumeti in razlagati, skupaj ali ločeno (vendar brez omejevanja na te določbe), tako, da:

(a) načeli enakega obravnavanja izvajalcev in preglednosti nista kršeni v primeru, da naročnik:

— v razpisni dokumentaciji vnaprej določi splošno možnost kumuliranja strokovne usposobljenosti izvajalcev, vendar ne opredeli sheme za izvajanje te možnosti;

— naknadno med postopkom oddaje javnega naročila podrobneje opredeli zahteve za oceno usposobljenosti izvajalcev, tako da opredeli nekatere omejitve glede kumuliranja strokovne usposobljenosti izvajalcev;

— zaradi te podrobnejše opredelitve vsebine zahtev glede usposobljenosti podaljša rok za oddajo ponudb in to podaljšanje objavi v *Uradnem listu Evropske unije*?

(b) omejitve kumuliranja usposobljenosti izvajalcev ni treba jasno navesti vnaprej, če je zaradi posebne narave naročnikovih dejavnosti in posebnih značilnosti javnega naročila taka omejitev predvidljiva in upravičena?“

24. Pisna stališča so predložili pristaniška uprava, litovska vlada in Evropska komisija. Iste stranke in družba Borta so na obravnavi 1. junija 2016 podale ustne navedbe.

8 — V predložitveni odločbi je navedeno, da je to sodišče postavilo to vprašanje „na lastno pobudo“ zaradi varstva javnega interesa.

Presoja

Uvodna pojasnila

25. Litovska vlada je na obravnavi navedla, da je bilo s členom 24(5) zakona o javnih naročilih pred iztekom roka, določenega za prenos Direktive 2014/25/EU[9], preneseno novo pravilo o podizvajalcih iz člena 79(3) te direktive in da bi moralo zato Sodišče presojati ta predlog za sprejetje predhodne odločbe zgolj z vidika te direktive.[10] Pristaniška uprava je zastopala podobno stališče. Komisija pa je, nasprotno, trdila, da Direktive 2014/25 ni mogoče upoštevati. Prvič, člen 24(5) zakona o javnih naročilih je bil sprejet pred sprejetjem te direktive. Drugič, Litva ni obvestila Komisije o ukrepih za prenos Direktive 2014/25 v litovsko pravo.

26. V skladu z ustaljeno sodno prakso je treba načeloma uporabiti tisto direktivo, ki je bila veljavna takrat, ko je naročnik izbral vrsto postopka, ki ga bo uporabil, in dokončno odgovoril na vprašanje, ali je treba opraviti predhodno povabilo k oddaji ponudb za oddajo javnega naročila. Kadar pa se rok za prenos direktive, nasprotno, izteče po tem datumu, se ta direktiva *ne* more uporabiti.[11]

27. Direktiva 2004/17 je bila z učinkom od 18. aprila 2016 razveljavljena z Direktivo 2014/25. Zato se za zadevo v glavni stvari, v kateri je bil 2. aprila 2014 objavljen javni razpis, ne uporablja. Kot je v zvezi z Direktivo 2014/24 pred kratkim razsodilo Sodišče, bi uporaba te direktive pred iztekom roka za njen prenos ne le državam članicam, ampak tudi naročnikom in gospodarskim subjektom onemogočila, da bi imeli dovolj časa za prilagoditev novim določbam, ki jih ta direktiva uvaja.[12] Menim, da bi bilo tako ravnanje v nasprotju z načelom pravne varnosti.[13] Isto velja po analogiji za Direktivo 2014/25.

28. Dalje, ni sporno, da je vrednost zadevnega naročila (ki jo je nedvomno mogoče oceniti glede na najdražjo predloženo ponudbo, torej 4.761.459,72 EUR v protivrednosti v LTL) pod pragom 5.186.000 EUR, ki je bil v času dejanskega stanja v členu 16(b) Direktive 2004/17 določen za naročila gradenj. Kot ugotavlja predložitveno sodišče, torej sporno javno naročilo ne spada na področje uporabe Direktive 2004/17.

29. Vendar predložitveno sodišče navaja, da je Sodišče pristojno za odgovor na postavljena vprašanja. Prvič, pristaniška uprava je s tem, da je razpis in nadaljnje spremembe razpisne dokumentacije objavila v *Uradnem listu Evropske unije*, povsem jasno izrazila namero, da naj ima javni razpis mednarodni obseg. To je potrjeno z dejstvom, da sta ponudbo predložili dve družbi, ki nista iz Litve. Predložitveno sodišče v bistvu tudi navaja, da se je litovski zakonodajalec s tem, da je prenesel Direktivo 2004/17 v zakon o javnih naročilih, odločil, da se bodo nekatera pravila iz te direktive uporabljala za postopke za oddajo javnih naročil, ki ne spadajo v področje uporabe navedene direktive.

9 — Direktiva Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o javnem naročanju naročnikov, ki opravljajo dejavnosti v vodnem, energetskem in prometnem sektorju ter sektorju poštnih storitev ter o razveljavitvi Direktive 2004/17/ES (UL 2014, L 94, str. 243). V skladu s to določbo „[lahko naročniki] v zvezi z javnimi naročili gradenj, javnimi naročili storitev in javnimi naročili blaga, ki vključujejo namestitvena in inštalacijska dela, zahtevajo, da nekatere ključne naloge opravi neposredno ponudnik sam ali sodelujoči v tej skupini, če ponudbo predloži skupina gospodarskih subjektov v skladu s členom 37(2)“. Podobno pravilo je določeno v členu 63(2) Direktive 2014/24/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o javnem naročanju in razveljavitvi Direktive 2004/18/ES (UL 2014, L 94, str. 65).

10 — Iz pisnega stališča litovske vlade je razvidno, da v času dejanskega stanja Direktiva 2014/25 še ni bila v celoti prenesena v litovsko pravo.

11 — Sodbi z dne 10. julija 2014, Impresa Pizzarotti (C-213/13, EU:C:2014:2067, točka 31 in navedena sodna praksa), in z dne 7. aprila 2016, Partner Apelski Dariusz (C-324/14, EU:C:2016:214, točka 83).

12 — Sodba z dne 7. aprila 2016, Partner Apelski Dariusz, (C-324/14, EU:C:2016:214, točka 86).

13 — Glej po analogiji sodbo z dne 15. oktobra 2009, Hochtief in Linde-Kca-Dresden (C-138/08, EU:C:2009:627, točka 29 in navedena sodna praksa). Glej tudi sodbo z dne 5. oktobra 2000, Komisija/Francija (C-337/98, EU:C:2000:543, točka 40).

30. Litovska vlada je na obravnavi dodala, da je z litovskim pravom od naročnikov zahtevano, da se morajo pri organizaciji postopka oddaje naročila, katerega ocenjena vrednost je pod zadevnim pragom, odločiti za vrsto postopka. Lahko se odločijo bodisi za poenostavljeni postopek, ki je za taka naročila predpisan v nacionalnem pravu, bodisi za postopek za javna naročila nad upoštevnim pragom. V tem zadnjem primeru in ob uporabi zakonodaje Unije, veljavne v času dejanskega stanja, bi za naročnika postale zavezujoče – odvisno od predmeta javnega naročila – določbe Direktive 2004/17 ali Direktive 2004/18/ES. [14] Tudi nacionalna sodišča bi jih bila dolžna uporabljati.

31. V nekaterih okoliščinah povsem notranji značaj položaja ni ovira za to, da Sodišče ne bi odgovorilo na vprašanje, predloženo v skladu s členom 267 PDEU. [15] Tako je zlasti v primeru, v katerem nacionalno pravo predložitvenemu sodišču nalaga, da državljanu države članice, ki ji sodišče pripada, da enake pravice, kot bi jih imel državljan druge države članice v skladu s pravom Unije v enakem položaju, ali v primeru, v katerem se vprašanje za predhodno odločanje nanaša na določbe prava Unije, na katere se sklicuje nacionalno pravo države članice pri oblikovanju pravil, ki se uporabljajo za položaj v tej državi članici, ki je povsem notranje narave. [16]

32. V zvezi s tem zadnjim položajem se pristojnost Sodišča razteza na vprašanja, ki se nanašajo na določbe prava Unije, ko je dejansko stanje v postopku v glavni stvari zunaj področja uporabe prava Unije, vendar se te določbe *neposredno* in *brezpogojno* uporabljajo na podlagi nacionalnega prava, da bi se zagotovilo enako obravnavanje teh položajev in položajev, za katere se uporablja pravo Unije. [17] Gotovo je namreč v interesu Unije, da se zaradi izognitve prihodnjim različnim razlagam določbe ali pojmi, prevzeti iz prava Unije, razlagajo enako, kadar se nacionalna zakonodaja za rešitve, ki se uporabljajo za položaje, za katere se ne uporablja zadevni akt Unije, uskladi z rešitvami, ki jih vsebuje ta akt, da bi se zagotovilo enako obravnavanje povsem notranjih položajev in položajev, za katere velja pravo Unije, ne glede na pogoje, pod katerimi se določbe ali pojmi, prevzeti iz prava Unije, uporabljajo. [18]

33. Vendar v obravnavani zadevi ni dovolj natančnih znakov, ki bi kazali, da se navedene določbe prava Unije „neposredno in brezpogojno uporabljajo na podlagi nacionalnega prava“ zaradi zagotovitve, da za te položaje in položaje, za katere se uporablja pravo Unije, veljajo ista pravila. [19] Zlasti nista ne predložitveno sodišče ne litovska vlada Sodišču izpostavila nobene konkretne določbe litovskega prava, zaradi katere bi se Direktiva 2004/17 neposredno in brezpogojno uporabljala za javna naročila z vrednostjo pod upoštevnim pragom iz člena 16 te direktive. [20] Zato ugotavljam, da Sodišče v okoliščinah obravnavanega postopka ni pristojno za razlago Direktive 2004/17.

34. S predloženimi vprašanji se želi doseči razlaga zgolj Direktive 2004/17. Vendar lahko Sodišče, da bi podalo koristen odgovor nacionalnemu sodišču, ki mu je postavilo vprašanje, šteje za potrebno, da preuči pravila prava Unije, ki jih nacionalno sodišče v predlogu za sprejetje prehodne odločbe ni omenilo. [21]

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

15 — Glej med drugim sklep z dne 3. julija 2014, Tudoran (C-92/14, EU:C:2014:2051, točka 38).

16 — Glej med drugim sklepa z dne 3. julija 2014, Tudoran (C-92/14, EU:C:2014:2051, točka 39 in navedena sodna praksa), in z dne 12. maja 2016, Security Service in drugi (od C-692/15 do C-694/15, EU:C:2016:344, točka 27).

17 — Sodbi z dne 22. decembra 2008, Les Vergers du Vieux Tauves (C-48/07, EU:C:2008:758, točka 21 in navedena sodna praksa), in z dne 18. decembra 2014, Generali-Providencia Biztosító (C-470/13, EU:C:2014:2469, točka 23).

18 — Sodba z dne 7. novembra 2013, Romeo (C-313/12, EU:C:2013:718, točka 22 in navedena sodna praksa).

19 — Glej med drugim sodbo z dne 18. oktobra 2012, Nolan (C-583/10, EU:C:2012:638, točka 51). Sodišče se je v sodbi z dne 14. januarja 2016, Ostas celtnieks (C-234/14, EU:C:2016:6, točke od 19 do 21), strinjalo, da bo razlagalo Direktivo 2004/18 ob upoštevanju, med drugim, navedbe latvijske vlade, da se latvijski zakon o javnih naročilih gradenj uporablja za javna naročila gradenj, katerih vrednost je nižja od praga, določenega v Direktivi 2004/18. Vendar je Sodišče sprejelo svojo pristojnost za odgovor na predloženo vprašanje le „ob pridržku preverjanj, ki jih mora izvesti predložitveno sodišče“.

20 — Glej po analogiji sodbo z dne 18. decembra 2014, Generali-Providencia Biztosító (C-470/13, EU:C:2014:2469, točka 25).

21 — Glej med drugim sodbi z dne 10. oktobra 2013, Swm Costruzioni 2 in Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, točka 24 in navedena sodna praksa), in z dne 16. aprila 2015, Enterprise Focused Solutions (C-278/14, EU:C:2015:228, točka 17 in navedena sodna praksa).

35. Zato je treba ugotoviti, ali je Sodišče pristojno za odgovor na predložena vprašanja na podlagi splošnih načel PDEU, zlasti načel enakega obravnavanja in prepovedi diskriminacije zaradi državljanstva ter posledične obveznosti preglednosti. To v skladu z ustaljeno sodno prakso predpostavlja, da za zadevno javno naročilo obstaja očiten čezmejni interes, zlasti glede na njegovo velikost in kraj izvedbe.[22] Obstoj takega čezmejnega interesa je treba presojati na podlagi vseh upoštevnih meril, kot so ekonomska velikost naročila, kraj, kjer se bo to naročilo izvajalo, ali njegove tehnične značilnosti, ob upoštevanju posebnosti zadevnega naročila.[23]

36. Sodišče je že razsodilo, da je mogoče obstoj čezmejnega interesa ugotoviti med drugim na podlagi visokega zneska zadevnega naročila v povezavi s krajem izvajanja ali tehničnimi značilnostmi naročila.[24] Tako je lahko za javno naročilo gradenj podan čezmejni interes zaradi njegove ocenjene vrednosti v povezavi s tehnično zahtevnostjo ali dejstvom, da bo gradnja opravljena na kraju, ki bo verjetno pritegnil interes tujih subjektov.[25]

37. Sodišče včasih nacionalnemu sodišču prepusti, da ugotovi obstoj čezmejnega interesa.[26] Vendar je v obravnavani zadevi dovolj elementov, ki Sodišču omogočajo sklep, da pri spornem javnem naročilu dejansko obstaja tak čezmejni interes. Prvič, ocenjena vrednost javnega naročila je visoka.[27] Poleg tega je obmorsko pristanišče Klaipėda eno od večjih pristanišč ob Baltskem morju. Gradnja obrežja pristanišča, kot je predvidena s spornim postopkom oddaje javnega naročila, poleg tega zahteva visoko tehnično usposobljenost, za katero se lahko šteje, da jo poseduje le omejeno število podjetij. Nazadnje, da je javno naročilo privlačno za tuje subjekte, je potrjeno z dejstvom, da sta ponudbi oddali dve podjetji, ki nista iz Litve,[28] enemu od njiju pa je bilo naročilo na koncu oddano.

38. Predložena vprašanja je zato treba presojati ob upoštevanju splošnih načel enakega obravnavanja in preglednosti iz členov 49 PDEU in 56 PDEU, ki ju je treba spoštovati pri oddaji javnih naročil.[29] Ker se člena 49 PDEU in 56 PDEU uporabljata za naročilo, kakršno je sporno v postopku v glavni stvari, mora pristaniška uprava upoštevati prepoved diskriminacije zaradi državljanstva in obveznost preglednosti, določeni v teh členih.[30]

Omejitev oddaje del v podizvajanje iz člena 24(5) zakona o javnih naročilih (točka (a) prvega vprašanja)

39. S točko (a) prvega vprašanja predložitveno sodišče sprašuje, ali pravo Unije nasprotuje določbi, kakršna je člen 24(5) zakona o javnih naročilih, s katero je zahtevano, da pri javnih naročilih gradenj ponudnik sam izvede „glavno delo“, kot ga opredeli naročnik.

22 — Glej med drugim sodbe z dne 19. decembra 2012, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce in drugi (C-159/11, EU:C:2012:817, točka 23); z dne 10. julija 2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici (C-358/12, EU:C:2014:2063, točka 24), in z dne 18. decembra 2014, Generali-Providencia Biztosító (C-470/13, EU:C:2014:2469, točka 27).

23 — Glej nazadnje sodbo z dne 14. julija 2016, Promoimpresa in drugi (C-458/14 in C-67/15, EU:C:2016:558, točka 66 in navedena sodna praksa). Glej tudi moje sklepne predloge, predstavljene v zadevi Komisija/Finska, C-195/04, EU:C:2007:28, točka 55.

24 — Sodba z dne 16. aprila 2015, SC Enterprise Focused Solutions (C-278/14, EU:C:2015:228, točka 20).

25 — Glej sodbi z dne 15. maja 2008, SECAP in Santorso (C-147/06 in C-148/06, EU:C:2008:277, točka 24), in z dne 17. novembra 2015, RegioPost (C-115/14, EU:C:2015:760, točka 51).

26 — Glej med drugim sodbi z dne 23. decembra 2009, Serrantoni in Consorzio stabile edili (C-376/08, EU:C:2009:808, točka 25), in z dne 14. novembra 2013, Belgacom (C-221/12, EU:C:2013:736, točka 30 in navedena sodna praksa).

27 — Glej po analogiji sodbo z dne 16. aprila 2015, SC Enterprise Focused Solutions (C-278/14, EU:C:2015:228, točka 20).

28 — Glej sodbi z dne 15. maja 2008, SECAP in Santorso (C-147/06 in C-148/06, EU:C:2008:277, točka 24), in z dne 17. novembra 2015, RegioPost (C-115/14, EU:C:2015:760, točka 51).

29 — Glej med drugim sodbi z dne 13. novembra 2007, Komisija/Irska (C-507/03, EU:C:2007:676, točka 26), in z dne 10. julija 2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici (C-358/12, EU:C:2014:2063, točka 27). Sodišče je večkrat razsodilo, da je namen usklajevanja postopkov za oddajo javnih naročil na ravni Unije odstraniti ovire za prosti pretok storitev in proizvodov ter tako zavarovati interese gospodarskih subjektov s sedežem v državi članici, ki želijo naročnikom s sedežem v drugi državi članici ponuditi blago ali storitve (glej na primer sodbe z dne 3. oktobra 2000, University of Cambridge, C-380/98, EU:C:2000:529, točka 16; z dne 18. oktobra 2001, SIAC Construction, C-19/00, EU:C:2001:553, točka 32, in z dne 24. januarja 2008, Lianakis in drugi, C-532/06, EU:C:2008:40, točka 39).

30 — Glej po analogiji sodbo z dne 18. decembra 2014, Generali-Providencia Biztosító (C-470/13, EU:C:2014:2469, točka 32).

40. Družba Borta v reviziji pred predložitvenim sodiščem ni izpodbijala zakonitosti te omejitve oddaje del v podizvajanje. To sodišče je vprašanje postavilo „na lastno pobudo“ v javnem interesu. Res namreč ni takoj razvidno, ali gre pri dejanskem stanju v postopku v glavni stvari za oddajo del podizvajalcem. Ponudba, oddana v okviru pogodbe o partnerstvu, lahko pomeni, da bodo, če bo ta ponudba uspešna, postali vsi partnerji stranke javnega naročila z naročnikom. Tak položaj ne zajema oddaje del podizvajalcem, do česar pride le, če naročilo (celotno ali njegov del) izvedejo stranke, ki nimajo zveze z naročilom.[31] Nasprotno pa bi pogodba o skupnem partnerstvu obsegala oddajo del podizvajalcem, če bi le eden od teh partnerjev formalno nastopal kot ponudnik, vsi od njih pa bi izvajali naročilo, ali če bi ustanovili skupno podjetje, ki bi postalo podpisnik pogodbe namesto samih partnerjev. O ponudbi, ki jo je predložila družba Borta, so na voljo le omejeni podatki, in ni naloga Sodišča ugotavljati, ali je ta ponudba dejansko ali morebiti obsegala oddajo del podizvajalcem.

41. V skladu z ustaljeno sodno prakso Sodišče ne more obravnavati vprašanja, ki ga je postavilo nacionalno sodišče, če je očitno, da razlaga ali presoja veljavnosti pravila prava Unije, za katero je zaprosilo nacionalno sodišče, ni v nobeni zvezi z dejanskim stanjem ali predmetom spora o glavni stvari.[32] Vendar v obravnavani zadevi ne gre za tak primer. Člen 4.3 razpisne dokumentacije, ki je bistvo spora v postopku v glavni stvari, se izrecno sklicuje na člen 24(5) zakona o javnih naročilih. Glede na to se ne zdi, da točka (a) prvega vprašanja ni v nobeni zvezi z dejanskim stanjem in predmetom tega spora, zato je to vprašanje dopustno.[33]

42. Zdaj bom obravnavala vsebino zadeve.

43. V skladu z ustaljeno sodno prakso člena 49 in 56 PDEU nasprotujeta vsakemu nacionalnemu ukrepu, ki bi – tudi če se uporabi brez razlikovanja glede na državljanstvo – lahko oviral ali zmanjšal privlačnost izvrševanja svobode ustanavljanja in opravljanja storitev s strani državljanov Unije, ki je zagotovljena s tema določbama.[34]

44. Glede javnih naročil ter svobode ustanavljanja in svobode opravljanja storitev si Evropska unija prizadeva vzpostaviti čim večjo konkurenco ponudnikov v javnih razpisih, tudi če se ne uporabljajo direktive o javnem naročanju.[35] To je v interesu samega naročnika, ki bo tako imel večjo izbiro glede najugodnejše ponudbe in ponudbe, ki je najbolj prilagojena njegovim potrebam.[36] Tako je ena od glavnih funkcij načela enakega obravnavanja ponudnikov in njegovega korelata, tj. zahteve po preglednosti, zagotoviti prosti pretok storitev in odprtje za neizkrivljeno konkurenco v vseh državah članicah.[37]

45. Oddaja del podizvajalcem prispeva k tem ciljem, saj lahko spodbudi mala in srednje velika podjetja k sodelovanju na trgu javnih naročil in s tem povečuje število potencialnih kandidatov za oddajo javnih naročil.[38]

31 — V zvezi s tem razlikovanjem glej sklepne predloge generalnega pravobranilca N. Jääskinena v zadevi Partner Apelski Dariusz (C-324/14, EU:C:2015:558, točka 22).

32 — Glej med drugim sodbo z dne 12. maja 2011, Runevič-Vardyn in Wardyn (C-391/09, EU:C:2011:291, točka 33).

33 — Glej po analogiji sodbo z dne 12. maja 2011, Runevič-Vardyn in Wardyn (C-391/09, EU:C:2011:291, točka 34).

34 — Sodbi z dne 23. decembra 2009, Serrantoni in Consorzio stabile edili (C-376/08, EU:C:2009:808, točka 41), in z dne 10. julija 2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici (C-358/12, EU:C:2014:2063, točka 28 in navedena sodna praksa).

35 — Glej sodbe z dne 23. decembra 2009, CoNISMa (C-305/08, EU:C:2009:807, točka 37); z dne 10. julija 2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici (C-358/12, EU:C:2014:2063, točka 29), in z dne 11. decembra 2014, Azienda sanitaria locale n. 5 „Spezzino“ in drugi (C-113/13, EU:C:2014:2440, točka 51 in navedena sodna praksa).

36 — Sodba z dne 23. decembra 2009, CoNISMa (C-305/08, EU:C:2009:807, točka 37 in navedena sodna praksa).

37 — Sodba z dne 10. oktobra 2013, Manova (C-336/12, EU:C:2013:647, točka 28).

38 — Glej po analogiji sodbi z dne 10. oktobra 2013, Swm Costruzioni 2 in Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, točka 34), in z dne 14. januarja 2016, Ostas celtnieks (C-234/14, EU:C:2016:6, točka 24). Glej tudi moje sklepne predloge, predstavljene v zadevi Wrocław – Miasto na prawach powiatu (C-406/14, EU:C:2015:761, točka 30).

46. V obravnavani zadevi je z določbo, kot je člen 24(5) zakona o javnih naročilih, povsem jasno omejena možnost podjetij s sedežem v drugih državah članicah za izvrševanje svojih pravic iz členov 49 PDEU in 56 PDEU, ker jim onemogoča, če oddajo ponudbo za javno naročilo, da podizvajalcem oddajo celotno „glavno delo“, kot ga je opredelil naročnik, ali njegov del oziroma da predlagajo lastne službe kot podizvajalce za ta del naročila. Komisija pravilno navaja, da sta s členom 24(5) zakona o javnih naročilih torej omejeni svoboda opravljanja storitev in svoboda ustanavljanja.

47. Vendar je mogoče tako omejitev upravičiti, če uresničuje legitimen cilj v splošnem interesu, če je primerna za njegovo uresničitev in če ne prekorači okvirov, ki so potrebni za doseganje tega cilja.[39]

48. Litovska vlada pojasnjuje, da je bila sporna omejitev oddaje del podizvajalcem uvedena, da bi se naročnikom olajšala zaščita njihovih interesov in da bi se zagotovila pravilna izvedba del, oddanih v podizvajanje. Omejitev je bila usmerjena zlasti na ureditev pogostega položaja, v katerem so gospodarski subjekti sodelovali v razpisnih postopkih z namenom, da bodo – če bodo uspešni – večino javnega naročila oddali v podizvajanje. Pogosto je bil rezultat tega slabša kakovost del ali težave pri njihovi izvedbi. Litovska vlada poleg tega trdi, da je člen 24(5) zakona o javnih naročilih v skladu s skupnim stališčem, ki je bilo o podobnih vprašanjih doseženo v Svetu in katerega posledica je bilo med drugim pravilo, ki ga zdaj vsebuje člen 79(3) Direktive 2014/25.[40] Pristaniška uprava je na obravnavi v bistvu navedla, da je imela upravičen interes za zagotovitev, da bo gradnja, kot je ta iz postopka v glavni stvari, ki je za nacionalno varnost strateškega pomena, pravilno izvedena.

49. Legitimno je, da skuša naročnik zagotoviti, da je javno naročilo gradenj učinkovito in pravilno izvedeno.[41] To je pomembno zlasti, kadar se zadevne gradnje štejejo za potrebne za varovanje nacionalne varnosti, ki v skladu s členom 4(2) PEU spada med temeljne funkcije države, ki jih mora spoštovati Evropska unija.[42] Tako je mogoče od ponudnika zahtevati predložitev dokaza, da ima dejansko na voljo sredstva subjektov ali podjetij, na katera se sklicuje in ki niso v njegovi lasti, so pa potrebna za izvedbo naročila.[43] Zato sme naročnik prepovedati, da se pritegnejo podizvajalci, katerih usposobljenosti ni bilo mogoče preveriti med pregledom ponudb, in izbiro pogodbenika za izvedbo bistvenih delov naročila.[44]

50. Vendar omejitev svobode opravljanja storitev in svobode ustanavljanja, ki izhaja iz člena 24(5) zakona o javnih naročilih, ni sorazmerna s tem ciljem.

51. Prvič, ta omejitev se uporabi, tudi če med postopkom oddaje javnega naročila naročnik dejansko lahko preveri tehnično in strokovno usposobljenost podizvajalcev. Alternativa taki omejitvi bi lahko bila, na primer, zahteva, da glavni ponudnik ob oddaji ponudbe navede podizvajalce in dokaže, da bo dejansko imel na voljo sredstva teh podizvajalcev, ki so potrebna za izvedbo naročila, in da so ti podizvajalci primerni za izvedbo nalog, ki jim jih namerava zaupati.

39 — Glej med drugim sodbi z dne 27. oktobra 2005, Contse in drugi (C-234/03, EU:C:2005:644, točka 25), in z dne 10. julija 2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici (C-358/12, EU:C:2014:2063, točka 31). V zvezi z načelom sorazmernosti, ki se uporablja kot splošno načelo prava Unije v okviru postopkov oddaje javnega naročila, ki ne spadajo na področje uporabe Direktive 2004/17 ali Direktive 2004/18, glej tudi sodbo z dne 22. oktobra 2015, Impresa Edilux in SICEF (C-425/14, EU:C:2015:721, točka 29).

40 — Direktiva 2004/17 ne vsebuje pravila, podobnega tej določbi.

41 — Glej po analogiji sodbo z dne 14. julija 2016, Wrocław – Miasto na prawach powiatu (C-406/14, EU:C:2016:562, točka 34 in navedena sodna praksa). Glej tudi moje sklepne predloge v tej zadevi (EU:C:2015:761, točka 32 in navedena sodna praksa).

42 — Ali je mogoče s premisleki o nacionalni varnosti upravičiti omejitev načel iz Pogodbe, ki so upoštevna v obravnavanem postopku, je drugo vprašanje, ki ga tu ni treba obravnavati.

43 — Glej po analogiji sodbo z dne 7. aprila 2016, Partner Apelski Dariusz (C-324/14, EU:C:2016:214, točka 37 in navedena sodna praksa).

44 — Glej po analogiji sodbi z dne 18. marca 2004, Siemens in ARGE Telekom (C-314/01, EU:C:2004:159, točka 45), in z dne 14. julija 2016, Wrocław – Miasto na prawach powiatu (C-406/14, EU:C:2016:562, točka 34).

52. Drugič, člen 24(5) zakona o javnih naročilih je tudi *preveč tog* in *preveč nedoločen*, da bi prestal test sorazmernosti. Čeprav se zdi, da lahko naročniki pri vsakem javnem naročilu prilagodijo opredelitev tega, kaj je „glavno delo“, je omejitev oddaje del podizvajalcem, ki izhaja iz te določbe, še posebej široko opredeljena. Uporablja se ne glede na predmet javnega naročila gradenj in je za naročnike zavezujoča, ko oddajo kakršno koli javno naročilo gradenj, čeprav menijo, da sploh ni očitnega razloga za naložitev take omejitve.

53. Kot navaja Komisija, se omejitev oddaje del podizvajalcem iz člena 24(5) zakona o javnih naročilih v tem pogledu razlikuje od člena 79(3) Direktive 2014/25. S slednjo določbo je naročniku zgolj *omogočeno*, da med drugim zahteva, da nekatere *ključne* naloge opravi neposredno ponudnik sam. Naročniki lahko tako presodijo, ali je taka omejitev glede na okoliščine primerna. Iz tega je razvidno, da tudi če bi se štelo, kot navaja litovska vlada, da je s členom 24(5) zakona o javnih naročilih v litovsko pravo prenesen člen 79(3) Direktive 2014/25,[45] ta prenos ne bi bil pravilen.

54. Zato menim, da v primeru, da gre za javno naročilo, ki ne spada na področje uporabe Direktive 2004/17 ali Direktive 2004/18, vendar pa zanj obstaja očiten čezmejni interes, prepoved diskriminacije na podlagi državljanstva in obveznost preglednosti, ki izhajata iz členov 49 PDEU in 56 PDEU, nasprotujeta nacionalnemu pravilu, kot je to iz člena 24(5) zakona o javnih naročilih, na podlagi katerega mora ponudnik sam opraviti „glavno delo“, kot ga je opredelil naročnik, in tega dela naročila ne more oddati v podizvajanje.

Zakonitost točke 4.3 razpisne dokumentacije (točka (b) prvega vprašanja)

55. S točko (b) prvega vprašanja se poraja vprašanje, ali je s pravom Unije prepovedana razpisna dokumentacija, s katero je zahtevano, da mora, če partnerji predlagajo kumuliranje svoje strokovne usposobljenosti z oddajo skupne ponudbe, obstajati aritmetično ujemanje med delom naročila, ki ga opravi vsak od partnerjev v okviru skupne dejavnosti, in njegovim prispevkom k izpolnitvi pogoja glede strokovnih izkušenj.

56. V zadevi, ki jo obravnava nacionalno sodišče, se točka 4.3 razpisne dokumentacije nanaša na oddajo javnega naročila. To določilo je treba razumeti skupaj s točko 4.2.3 razpisne dokumentacije, s katero je zahtevano, da so v ponudbah, ki jih oddajo partnerji pri skupnih dejavnostih, navedene zaveze (glede gradenj ali storitev), ki jih bo opravil vsak od njih, in odstotni delež teh zavez. Naročnik lahko tako pri pregledu ponudb in izbiri zmagovalne ponudbe preveri, da bo vsak partner odgovoren za del gradnje ali storitev, ki ustrezajo njegovemu prispevku k zahtevi glede strokovnih izkušenj v točki 3.2.1 razpisne dokumentacije.

57. Načela, ki sem jih navedla zgoraj v zvezi z oddajo del podizvajalcem, so enako upoštevna pri partnerjih pri skupnih dejavnostih, ki združujejo svojo usposobljenost.[46]

58. Kot sama razumem, lahko zahteva, kot je ta iz točke 4.3 razpisne dokumentacije, omeji prožnost partnerjev pri skupnih dejavnostih. Ne le da vpliva na to, kako se dogovorijo za delitev odgovornosti ob predložitvi skupne ponudbe, ampak tudi preprečuje, da bi spremenili delež posameznega partnerja v okviru naročila gradenj v poznejši fazi, če jim bo naročilo oddano.

45 — Glej točko 25 zgoraj.

46 — Glej točke od 43 do 45, 47 in 49 teh sklepnih predlogov.

59. Tako lahko zahteva iz točke 4.3 razpisne dokumentacije odvračilno vpliva na gospodarske subjekte s sedežem v drugih državah članicah. Vplivala bo na subjekte, ki želijo imeti sedež v zadevni državi članici z ustanovitvijo stalnega konzorcija, po možnosti oblikovanega iz nacionalnih in tujih družb. Prav tako bo vplivala na subjekte, ki želijo ponujati svoje storitve tako, da bi se pridružili takim že obstoječim konzorcijem zaradi lažjega sodelovanja v postopkih oddaje javnih naročil, ki jih objavijo naročniki v tej državi članici.[47] Taka zahteva torej pomeni omejitev v smislu členov 49 in 56 PDEU.

60. Pristaniška uprava in litovska vlada v bistvu navajata, da se skuša s točko 4.3 razpisne dokumentacije zgolj zagotoviti, da je vsak partner pri skupnih dejavnostih strokovno usposobljen za opravo tistega dela javnega naročila gradenj, za katerega bo odgovoren.

61. Navedla sem že, da je lahko s ciljem zagotavljanja pravilne izvedbe javnega naročila upravičena (nediskriminatorna) omejitev svobode opravljanja storitev in svobode ustanavljanja.[48] Partnerji, ki poslujejo na podlagi sporazuma o skupnih dejavnostih, lahko *skupno* izpolnijo pogoj(e) v zvezi s strokovno usposobljenostjo (vključno s strokovnimi izkušnjami), ki jih določi naročnik, ko oddajo ponudbo. Vendar to ne zagotavlja, da bodo potem vsakemu partnerju dejansko zaupane tiste konkretne naloge, za katere je bila njegova strokovna usposobljenost preverjena pred oddajo naročila. Člena 49 in 56 PDEU zato načeloma ne nasprotujeta temu, da naročnik zahteva, da se v ponudbah, ki so oddane v okviru sporazuma o skupnih dejavnostih, opredeli, kako bodo različne naloge razdeljene med partnerje, da preveri usposobljenost vsakega partnerja za opravo nalog, za katere bo odgovoren, in da nadzoruje, da po oddaji naročila vsak partner pravilno izvede tiste naloge, za katere je bila izkazana njegova strokovna usposobljenost.[49]

62. Vendar točka 4.3 razpisne dokumentacije, ki je tu sporna, ni primerna za dosego tega cilja.

63. S to točko je zahtevano, da obstaja aritmetično ujemanje med prispevkom vsakega partnerja k izpolnitvi zahtev glede strokovnih izkušenj iz točke 3.2.1 in „obsegom“ (ali denarno vrednostjo) nalog, ki jih posamezni partner dejansko opravi, ko izvaja naročilo.

64. Komisija je pravilno navedla, da ta zahteva *ni povezana* s *konkretno gradnjo ali konkretnimi storitvami*, ki so potrebne za pravilno izvedbo spornega javnega naročila. Na primer, vsak partner v sporazumu o skupnih dejavnostih mora biti spodoben dokazati, da je pridobil izkušnje za gradnjo ali obnovo pristaniškega obrežja v zadnjih petih letih. Skupaj torej partnerji izpolnjujejo zahtevo glede strokovnih izkušenj iz točke 3.2.1 razpisne dokumentacije. Vendar je verjetno vsak od njih specializiran za drug vidik gradnje pristaniškega obrežja, kot na primer čiščenje pristaniškega dna, polaganje temeljev, gradnjo žlebičaste jeklene stene ali dobavo in vgradnjo opreme za pristaniško obrežje. Zahteva iz točke 4.3 ne preprečuje, da posamezni partner izvede konkretne naloge, za katere dejansko nima takih izkušenj (čeprav lahko te naloge, aritmetično gledano, ustrezajo njegovemu prispevku z izpolnjevanju zahteve iz točke 3.2.1 razpisne dokumentacije in torej izpolnjujejo zahteve iz točke 4.3).

65. Zato menim, da s ciljem zagotovitve dobre izvedbe javnega naročila v položaju, kot je ta v postopku v glavni stvari, ni mogoče upravičiti omejitve svobode opravljanja storitev in svobode ustanavljanja, ki izhaja iz točke 4.3 razpisne dokumentacije. To velja toliko bolj, ker so lahko celo naloge, ki pomenijo majhen delež skupne vrednosti naročila, bistvene za njegovo dobro izvedbo.[50]

47 — Glej po analogiji sodbo z dne 23. decembra 2009, Serrantoni in Consorzio stabile edili (C-376/08, EU:C:2009:808, točka 42).

48 — Glej točko 49 teh sklepnih predlogov.

49 — Temeljni namen je enak kot pri oddaji del v podizvajanje. Glej točko 49 teh sklepnih predlogov in sodno prakso, ki je po analogiji navedena v opombah od 43 do 44.

50 — Na primer vodotesni preizkus infrastrukture.

66. Pristaniška uprava trdi, da skladnost z načeloma enakega obravnavanja ponudnikov in preglednosti zahteva, da je lahko le strokovna usposobljenost, ki bo dejansko uporabljena za izvedbo javnega naročila, upoštevana pri presoji strokovne usposobljenosti partnerjev pri skupnih dejavnostih.

67. Čeprav so ti cilji legitimni,[51] taka trditev ne more uspeti. Pristaniška uprava je na obravnavi kot odgovor na vprašanje Sodišča pojasnila, da z razpisno dokumentacijo partnerjem v sporazumu o skupnih dejavnostih – enako kot ostalim ponudnikom – ni bilo preprečeno, da oddajo izvedbo naročila gradenj podizvajalcem (razen „glavnega dela“), in da v tem primeru ob oddaji skupne ponudbe *ni* bilo treba prijaviti strokovnih izkušenj podizvajalcev. Zato v nasprotju s trditvami pristaniške uprave razpisna dokumentacija v postopku v glavni stvari dejansko ni zagotovila, da bi bila strokovna usposobljenost, za katero so partnerji ob oddaji skupne ponudbe navedli, da jo imajo in ki jo je naročnik preveril, dejansko uporabljena za izvedbo spornega javnega naročila gradenj.

68. Zato ugotavljam, da v okviru javnega naročila, katerega vrednost je sicer pod pragom iz Direktive 2004/17 ali Direktive 2004/18, vendar zanj obstaja očiten čezmejni interes, prepoved diskriminacije na podlagi državljanstva in obveznost preglednosti, ki izhajata iz členov 49 in 56 PDEU, nasprotujeta razpisnemu pogoju, kot je točka 4.3 sporne razpisne dokumentacije, s katerim je zahtevano, da mora, če partnerji ponudijo kumuliranje svoje strokovne usposobljenosti z oddajo skupne ponudbe, obstajati aritmetično ujemanje med deležem naročila, ki ga opravi vsak partner pri skupnih dejavnostih, in njegovim prispevkom k izpolnitvi pogoja glede strokovnih izkušenj.

Zakonitost sprememb točke 4.3 razpisne dokumentacije med postopkom oddaje javnega naročila (drugo vprašanje)

69. Ali načeli enakega obravnavanja in prepovedi diskriminacije na podlagi državljanstva, ki izhajata iz členov 49 in 56 PDEU, nasprotujeta temu, da pristaniška uprava spremeni točko 4.3 razpisne dokumentacije?

70. Sodna praksa Sodišča o razlagi člena 2 Direktive 2004/18 daje uporabne napotke za odgovor na to vprašanje. V skladu s to določbo „[morajo n]aročniki […] obravnavati gospodarske subjekte enakopravno in nediskriminacijsko ter delovati transparentno“. Ta določba torej temelji na načelih enakega obravnavanja in prepovedi diskriminacije ter obveznosti preglednosti, ki izhajajo iz PDEU.[52]

71. Tako je Sodišče razsodilo, da načelo enakega obravnavanja in zahteva po preglednosti, ki izhaja iz tega načela, zahtevata, da so predmet in merila za oddajo naročil jasno določeni ob začetku postopka oddaje.[53] Enako obravnavanje zahteva, da imajo vsi ponudniki pri postavljanju pogojev svojih ponudb enake možnosti. To pomeni, da za ponudbe vseh konkurentov veljajo enaki pogoji.[54] Dalje, namen zahteve po preglednosti je zagotoviti neobstoj tveganja favoriziranja in samovolje naročnika. To pomeni, da morajo biti vse določbe in pogoji postopka oddaje javnega naročila v obvestilu o javnem naročilu ali razpisni dokumentaciji jasno, natančno in nedvoumno določeni, tako da lahko, prvič, vsi povprečno usposobljeni in običajno skrbni ponudniki natančno razumejo njihov pomen in jih lahko enako razlagajo ter, drugič, naročnik dejansko preveri, ali ponudbe izpolnjujejo merila, ki veljajo za zadevno naročilo.[55]

51 — Glej v tem smislu sodbi z dne 23. decembra 2009, Serrantoni in Consorzio stabile edili (C-376/08, EU:C:2009:808, točki 31 in 32 ter navedena sodna praksa), in z dne 22. oktobra 2015, Impresa Edilux in SICEF (C-425/14, EU:C:2015:721, točka 36).

52 — Sodba z dne 7. septembra 2016, Finn Frogne (C-549/14, EU:C:2016:634, točka 34).

53 — Sodbi z dne 10. decembra 2009, Komisija/Francija (C-299/08, EU:C:2009:769, točka 41), in z dne 10. maja 2012, Komisija/Nizozemska (C-368/10, EU:C:2012:284, točka 56).

54 — Sodba z dne 6. novembra 2014, Cartiera dell'Adda (C-42/13, EU:C:2014:2345, točka 44).

55 — Glej med drugim sodbo z dne 6. novembra 2014, Cartiera dell'Adda (C-42/13, EU:C:2014:2345, točka 44 in navedena sodna praksa); glej tudi sodbo z dne 10. maja 2012, Komisija/Nizozemska (C-368/10, EU:C:2012:284, točka 88).

72. Zato naročnik ne sme niti s popravki spreminjati obsega bistvenih pogojev razpisa, kot so bili navedeni v razpisni dokumentaciji, na katere so se zainteresirani gospodarski subjekti legitimno oprli ob sprejetju odločitve, da pripravijo ponudbo ali da se odpovejo postopku oddaje zadevnega naročila. [56]

73. Ista načela se uporabljajo, kadar za javno naročilo, za katero ne velja Direktiva 2004/18, obstaja očiten čezmejni interes. V sodbi Enterprise Focused Solutions [57] je Sodišče razsodilo, da naročnik po objavi obvestila o javnem naročilu ne sme spremeniti tehnične specifikacije v zvezi z elementom naročila, saj bi s tem kršil načeli enakega obravnavanja in prepovedi diskriminacije ter obveznost preglednosti. [58] To je v skladu z drugimi sodbami, v katerih je Sodišče jasno navedlo, da načelo enakega obravnavanja in zahteva po preglednosti praviloma nasprotujeta spremembam ponudbe, potem ko je bila predložena, bodisi na pobudo naročnika bodisi na pobudo zadevnega ponudnika, razen če se s spremembo popravi očitna materialna napaka ali pojasni podrobnost iz ponudbe. [59]

74. V obravnavani zadevi je pristaniška uprava ta načela kršila, ker je dvakrat spremenila točko 4.3 razpisne dokumentacije.

75. Prvič, kot navaja Komisija, teh sprememb ni mogoče šteti za manjša pojasnila k tej točki ali za popravke pisne napake. S prvotno različico točke 4.3 je bilo jasno dovoljeno, da lahko zahtevo glede strokovne usposobljenosti iz točke 3.2.1 razpisne dokumentacije izpolni vsaj en partner, ki sodeluje v skupnih dejavnostih, *ali* vsi partnerji skupaj. Z dvema spremembama (24. aprila 2014 in 9. maja 2014) so bile uvedene omejitve glede izkazovanja strokovne usposobljenosti v primeru partnerstva. Te omejitve očitno niso bile del prvotne različice te točke. Nasprotno, z njimi je bilo spremenjeno bistvo točke 4.3 razpisne dokumentacije, na katero so se zainteresirani subjekti legitimno oprli ob sprejetju odločitve, da pripravijo ponudbo ali da se odpovejo sodelovanju v postopku oddaje naročila. Zato se ne strinjam z navedbo pristaniške uprave, da bi lahko razumno obveščeni ponudniki pričakovali zadevne spremembe.

76. Poleg tega pristaniška uprava ni navedla nobene objektivne utemeljitve, da bi razložila, zakaj je po objavi prvotnega javnega razpisa dvakrat bistveno spremenila točko 4.3 razpisne dokumentacije. Čeprav mora na koncu to preveriti predložitveno sodišče kot edino sodišče, ki odloča o dejstvih, nič v dokumentaciji, ki je na voljo Sodišču, ne kaže, da so bile te spremembe nujne, ker bi se po objavi javnega razpisa bistveno spremenile okoliščine za oddajo ali izvedbo zadevnega javnega naročila.

77. Zamisliti si je mogoče okoliščine, v katerih lahko pride do take bistvene spremembe in v katerih bi se naročnik znašel pred dilemo, da bodisi od začetka ponovi razpisni postopek ali pa spremeni razpisno dokumentacijo. Ena ali druga rešitev bi pomenila neugodnosti v smislu nepotrebnih stroškov za tiste, ki že sodelujejo v prvotnem postopku razpisa; pojavili bi se tudi resni problemi glede tveganja zlorabe ali manipulacije, potrebe po preglednosti in enakosti obravnavanja med (potencialnimi) ponudniki in (morebitnim) povračilom (dela) nepotrebnih stroškov. Na srečo Sodišču v tej zadevi ni treba odločati o nobenem od teh občutljivih vprašanj in se jim ne nameravam dalje posvečati.

78. V okoliščinah obravnavane zadeve zaključujem, da prepoved diskriminacije na podlagi državljanstva in obveznost preglednosti, ki izhajata iz členov 49 in 56 PDEU, nasprotujeta spremembam razpisne dokumentacije, kakršne so sporne v postopku v glavni stvari, s katerimi so uvedene omejitve glede izkazovanja strokovne usposobljenosti partnerjev pri skupnih dejavnostih, ki očitno niso bile vsebovane v prvotni različici dokumentacije.

56 — Sodba z dne 10. maja 2012, Komisija/Nizozemska (C-368/10, EU:C:2012:284, točka 55).

57 — Sodba z dne 16. aprila 2015, Enterprise Focused Solutions (C-278/14, EU:C:2015:228).

58 — Sodba z dne 16. aprila 2015, Enterprise Focused Solutions (C-278/14, EU:C:2015:228, točka 29).

59 — Glej med drugim sodbo z dne 10. oktobra 2013, Manova (C-336/12, EU:C:2013:647, točki 31 in 32).

79. Tega sklepa ne omaja dejstvo, da je do sprememb prišlo, preden je bila oddana katera od ponudb, ali dejstvo, da je pristaniška uprava objavila spremembe v *Uradnem listu Evropske unije* in podaljšala rok za oddajo ponudb. Kot sem pojasnila, sta zaporedni spremembi točke 4.3 razpisne dokumentacije s strani pristaniške uprave vsebovali bistveno spremembo pogojev, pod katerimi lahko oddajo ponudbo partnerji pri skupnih dejavnostih, ne da bi za to bila podana objektiva utemeljitev. [60]

80. Nazadnje, poudarjam, da ponujena analiza izhaja iz konkretnih okoliščin v postopku v glavni stvari. Zato nikakor ne prejudicira, kako bi se načeli enakega obravnavanja in prepovedi diskriminacije ter obveznost preglednosti, ki izhajajo iz PDEU, uporabili v drugačnih okoliščinah.

Predlog

81. Glede na navedeno menim, da bi moralo Sodišče na vprašanja Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (litovsko vrhovno sodišče) odgovoriti:

1. V okviru javnega naročila, ki ni predmet Direktive 2004/17/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 31. marca 2004 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil naročnikov v vodnem, energetskem in transportnem sektorju ter sektorju poštnih storitev ali Direktive 2004/18/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 31. marca 2004 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil gradenj, blaga in storitev, vendar pa zanj obstaja očiten čezmejni interes, prepoved diskriminacije na podlagi državljanstva in obveznost preglednosti, ki izhajata iz členov 49 in 56 PDEU, nasprotujeta nacionalnemu pravilu, kot je to iz člena 24(5) Lietuvos Respublikos Viešųjų pirkimų įstatymas (zakon o javnih naročilih), na podlagi katerega mora ponudnik sam opraviti „glavno delo“, kot ga je opredelil naročnik, in tega dela naročila ne more oddati v podizvajanje.

2. V istih okoliščinah prepoved diskriminacije na podlagi državljanstva in obveznost preglednosti, ki izhajata iz členov 49 in 56 PDEU, nasprotujeta razpisnemu pogoju, kot je točka 4.3 razpisne dokumentacije, ki je sporna v postopku v glavni stvari, s katerim je zahtevano, da mora, če partnerji predlagajo kumuliranje svoje strokovne usposobljenosti z oddajo skupne ponudbe, obstajati aritmetično ujemanje med deležem naročila, ki ga opravi vsak od partnerjev v okviru skupne dejavnosti, in njegovim prispevkom k izpolnitvi pogoja glede strokovnih izkušenj.

3. Prepoved diskriminacije na podlagi državljanstva in obveznost preglednosti, ki izhajata iz členov 49 in 56 PDEU, nasprotujeta spremembam razpisne dokumentacije, kakršne so sporne v postopku v glavni stvari, s katerimi so brez objektivne utemeljitve uvedene omejitve glede izkazovanja strokovne usposobljenosti partnerjev pri skupnih dejavnostih, ki očitno niso bile vsebovane v prvotni različici dokumentacije.

60 — Glej točki 75 in 76 zgoraj.