GENERALINIO ADVOKATO
NIILO JÄÄSKINEN IŠVADA,
pateikta 2015 m. rugsėjo 8 d.[1]

Byla C-324/14

PARTNER Apelski Dariusz
prieš
Zarząd Oczyszczania Miasta

(Krajowa Izba Odwoławcza (Lenkija) pateiktas prašymas priimti prejudicinį sprendimą)

„Viešojo pirkimo sutartis — Direktyva 2004/18/EB — Direktyva 2004/18/EB — 48 straipsnio 3 dalis — Ūkio subjekto techniniai ir profesiniai pajėgumai — Konkurso dalyvių rėmimasis „atitinkamais atvejais“ kitų subjektų pajėgumais — Konkurso dalyvių ir kitų subjektų santykių pobūdis — Kitų subjektų pajėgumų naudojimo forma ir laipsnis — Skelbime apie pirkimą privaloma informacija — Direktyvos 2014/24/EB aktualumas aiškinant Direktyvą 2004/18/EB“

I – **Įvadas**

1. Šis *Krajowa Izba Odwoławcza* (nacionalinė apeliacijų komisija) pateiktas prašymas priimti prejudicinį sprendimą susijęs su dviem teisiniais klausimais, kurie yra svarbūs viešųjų pirkimų teisės srityje, ir trečiuoju platesnio pobūdžio klausimu, susijusiu su tuo, kiek direktyva, kuri atitinkamu laikotarpiu dar nėra įsigaliojusi *ratione temporis* ir kurios perkėlimo laikotarpis dar nėra pasibaigęs, gali būti vadovaujamasi aiškinant direktyvą, kurią ji pakeis.

2. Ginčas šioje byloje kilo dėl to, kad *Zarząd Oczyszczania Miasta* (savivaldybės valymo tarnyba, toliau vadinama „perkančiąja organizacija“), kuri yra Varšuvos organizacinis vienetas, subjektui *PARTNER Dariusz Apelski* (toliau – PARTNER) neleido dalyvauti viešojo pirkimo procedūroje dėl mechaninio Varšuvos gatvių valymo, nes nebuvo įsitikinusi, jog PARTNER tinkamai vykdys sutartį dėl to, kad jo pasiūlymo dalį sudarė paslaugos, kurias būtų teikęs trečiasis asmuo, veikiantis kitame gana tolimame Lenkijos mieste.

3. Pirmojoje *Krajowa Izba Odwoławcza* pateiktoje klausimų grupėje Teisingumo Teismo iš esmės (jeigu ne išimtinai) klausiama apie įrodymus, kurių reikalaujama iš ūkio subjekto, kai jis remiasi „kitų subjektų pajėgumais“ dėl konkrečios sutarties pagal 2004 m. kovo 31 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyvos 2004/18/EB dėl viešųjų darbų, prekių ir paslaugų pirkimo sutarčių sudarymo tvarkos derinimo 48 straipsnio 3 dalį[2]. Šiais klausimais taip pat siekiama išaiškinti skelbimo apie pirkimą turinį ir pasiūlymo paaiškinimus. Antroje klausimų grupėje teiraujamasi apie aplinkybes, kuriomis perkančiosios organizacijos jau užbaigtas elektroninis aukcionas būtų pripažintas negaliojančiu dėl pirkimo procedūros pažeidimų.

1 — Originalo kalba: anglų.

2 — OL L 134, 2004, p. 114; 2004 m. specialusis leidimas lietuvių k., 11 sk., 10 t., p. 45.

4. Galiausiai paskutiniuoju klausimu Teisingumo Teismo teiraujamasi, ar aiškinant Direktyvos 2004/18/EB nuostatas nagrinėjamoms problemoms spręsti galima vadovautis 2014 m. vasario 26 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyva 2014/24/ES dėl viešųjų pirkimų, kuria panaikinama Direktyva 2004/18/EB[3], nors tuo metu, kai buvo paskelbta apie sutarties sudarymo procedūras, Direktyva 2014/24/ES dar nebuvo įsigaliojusi.

II – **Teisinis pagrindas**

A – *Direktyva 2004/18/EB*

5. Direktyvos 2004/18/EB 2 straipsnyje „Sutarčių sudarymo principai“ nustatyta, kad „[p]erkančiosios organizacijos ūkio subjektams taiko vienodas sąlygas, jų nediskriminuoja ir veikia skaidriai“.

6. Direktyvos 2004/18 EB 44 straipsnyje „Dalyvių tinkamumo įvertinimas, jų atranka ir sutarčių sudarymas“ nustatyta:

„1. Sutartys sudaromos remiantis kriterijais, apibrėžtais 53 ir 55 straipsniuose, atsižvelgiant į 24 straipsnį, perkančiajai organizacijai patikrinus ūkio subjektų, neatmestų remiantis 45 ir 46 straipsniais, tinkamumą remiantis ekonominiais ir finansiniais kriterijais, profesinėmis ir techninėmis žiniomis arba sugebėjimais, apibrėžtais 47–52 straipsniuose, ir, jei reikia, taikant nediskriminacines taisykles ir kriterijus, nurodytus 3 dalyje.

2. Perkančiosios organizacijos gali nustatyti minimalius pajėgumo reikalavimus kandidatams ir dalyviams 47 ir 48 straipsniuose nustatyta tvarka.

Informacijos, nurodytos 47 ir 48 straipsniuose, apimtis, taip pat ir konkrečiai sutarčiai nustatyti minimalūs pajėgumo reikalavimai turi būti susiję ir proporcingi sutarties dalykui.

Šie būtiniausi reikalavimai nurodomi pranešime apie pirkimą.

<…>“

7. Direktyvos 2004/18/EB 48 straipsnyje „Techniniai ir (arba) profesiniai pajėgumai“ nurodyta, kad:

„1. Ūkio subjektų techniniai ir (arba) profesiniai pajėgumai įvertinami ir patikrinami 2 ir 3 dalyje nustatyta tvarka.

2. Ūkio subjektų techniniai pajėgumai gali būti patikrinti vienu arba daugiau toliau išvardytų būdų, atsižvelgiant į darbų, prekių arba paslaugų pobūdį, kiekį ar svarbą bei paskirtį:

a) i) <…>

ii) svarbiausių prekių arba pagrindinių paslaugų per pastaruosius trejus metus sąrašas, kartu nurodant sumas, datas ir gavėjus – tiek viešuosius, tiek privačius asmenis.

<…>

3 — OL L 94, 2014, p. 65.

3. Tam tikrais atvejais ūkio subjektas konkrečios sutarties atveju gali remtis kitų ūkio subjektų pajėgumais, nepriklausomai nuo to, kokio teisinio pobūdžio būtų jo ryšiai su jais. Šiuo atveju ūkio subjektas privalo įrodyti perkančiajai organizacijai, kad, vykdant sutartį, tie ištekliai jam bus prieinami, pateikdamas, pavyzdžiui, tų ūkio subjektų įsipareigojimą jam suteikti būtinus išteklius.

<…>“

8. Direktyvos 2004/18/EB 51 straipsnyje „Papildoma dokumentacija ir informacija“ numatyta, kad „[p]erkančioji organizacija gali prašyti ūkio subjektų papildyti arba paaiškinti sertifikatus ir dokumentus, pateiktus pagal 45–50 straipsnius“.

9. Direktyvos 2004/18/EB 54 straipsnyje „Elektroninių aukcionų taikymas“ numatyta:

„1. Valstybės narės gali numatyti, kad perkančiosios organizacijos gali taikyti elektroninius aukcionus.

<…>“

4. Prieš pradėdamos elektroninį aukcioną, perkančiosios organizacijos atlieka išsamų pradinį pasiūlymų įvertinimą pagal nustatytą atrankos kriterijų arba kriterijus ir jų numatytus lyginamuosius svorius.

Visi dalyviai, kurie yra pateikę priimtinus pasiūlymus, vienu metu elektroninėmis priemonėmis kviečiami pateikti naujas kainas ir (arba) naujas vertes; <…>

<…>

8. Uždariusios elektroninį aukcioną, perkančiosios organizacijos sudaro sutartį 53 straipsnyje nustatyta tvarka, remdamosi elektroninio aukciono rezultatais.

Perkančiosios organizacijos privalo deramai naudotis elektroniniu aukcionu ir jo netaikyti tokiu būdu, kad būtų užkirstas kelias konkurencijai, ji būtų apribota ar iškraipyta arba kad būtų pakeistas sutarties objektas, kaip skelbiant konkursą buvo apibrėžta skelbime apie pirkimą ir specifikacijose.“

B – *Direktyva 2014/24/ES*

10. Direktyvos 2014/24/ES 63 straipsnyje „Rėmimasis kitų subjektų pajėgumu“ nustatyta:

„1. Pagal 58 straipsnio 3 dalį nustatytų kriterijų, susijusių su ekonomine ir finansine būkle, ir pagal 58 straipsnio 4 dalį nustatytų kriterijų, susijusių su techniniu ir profesiniu pajėgumu, atžvilgiu ekonominės veiklos vykdytojas atitinkamais atvejais dėl konkrečios sutarties gali remtis kitų subjektų pajėgumu, nepriklausomai nuo ryšių su jais teisinio pobūdžio. Tačiau kriterijų, susijusių su išsilavinimu ir profesinėmis kvalifikacijomis, kaip nustatyta XII priedo II dalies f punkte, arba su atitinkama profesine patirtimi, atžvilgiu ekonominės veiklos vykdytojai gali remtis kitų subjektų pajėgumu tik tuo atveju, kai pastarieji atliks tuos darbus ar teiks tas paslaugas, kuriems reikalaujama šių pajėgumų. Kai ekonominės veiklos vykdytojas pageidauja remtis kitų subjektų pajėgumu, jis perkančiajai organizacijai turi įrodyti, pavyzdžiui, pateikdamas šių subjektų tuo tikslu patvirtintą įsipareigojimą, kad jis turės reikiamus išteklius.

<…>

2. Darbų pirkimo sutarčių, paslaugų pirkimo sutarčių ir įrengimo ar montavimo operacijų pagal prekių pirkimo sutartį atveju perkančiosios organizacijos gali reikalauti, kad tam tikras esmines užduotis tiesiogiai atliktų pats konkurso dalyvis <...>“

11. Direktyvos 2014/24/ES 90 straipsnio „Perkėlimo į nacionalinę teisę ir pereinamojo laikotarpio nuostatos“ 1 dalyje numatyta, kad „valstybės narės užtikrina, kad įsigaliotų įstatymai ir kiti teisės aktai, būtini, kad šios direktyvos būtų laikomasi, ne vėliau kaip 2016 m. balandžio 18 d. Jos nedelsdamos pateikia Komisijai tų teisės aktų nuostatų tekstą“. Pagal 93 straipsnį direktyva 2014/24/ES įsigaliojo dvidešimtą dieną po jos paskelbimo Oficialiajame leidinyje, tai yra, 2014 m. kovo 28 d.

III – **Faktinės aplinkybės, procesas ir prejudiciniai klausimai**

12. Perkančioji organizacija vykdė viešojo pirkimo procedūrą „Dėl kompleksinio mechaninio Varšuvos miesto gatvių važiuojamosios dalies valymo 2014–2017 m. žiemos ir vasaros sezonu – I etapas“. Apie konkursą buvo paskelbta 2013 m. gruodžio 24 d. *Europos Sąjungos oficialiajame leidinyje*, nes pirkimo vertė viršijo ES ribines vertes. Perkančioji organizacija padalijo pirkimo dalyką į aštuonias dalis, apimančias konkrečius Varšuvos rajonus, ir leido pateikti dalinius pasiūlymus, neapribodama dalių, pagal kurias ūkio subjektas gali pateikti pasiūlymą, skaičiaus. Buvo vykdomas atviras konkursas (neribotas konkursas), kuriame buvo numatyta surengti elektroninį aukcioną.

13. Valymas žiemą – tai žiemą susidarančio plikledžio prevencija ir pašalinimas, barstant ir valant gatvių, priskiriamų prie valstybinių, vaivadijų, apskričių ir savivaldybių kelių, važiuojamąją dalį, kuria važinėja miesto visuomeninis transportas. Valymas vasarą – tai kelio važiuojamosios dalies šlavimas ir plovimas. Pagal pirkimo sąlygų specifikacijas ūkio subjektai privalėjo įrodyti, kad per pastaruosius trejus metus iki pasiūlymo pateikimo termino pabaigos, o jeigu veiklos vykdymo laikotarpis yra trumpesnis, tai per tą laikotarpį jie teikė ar teikia paslaugą ar paslaugas, kurias sudaro gatvių važiuojamosios dalies priežiūra žiemą, o bendra atliktų darbų vertė yra ne mažesnė kaip 1 000 000 PLN.

14. Perkančioji organizacija nurodė, kad, siekdama įvertinti, ar tenkinama ši sąlyga, ji atsižvelgs tik į paslaugas, kurias teikiant plikledžio prevencijai ar likvidavimui žiemą buvo taikoma drėkinimo technologija [4]. Perkančioji organizacija taip pat nurodė, kad jeigu pasiūlymas pateikiamas dėl daugiau negu vienos pirkimo dalies, ūkio subjektas privalo atitinkamai būti vykdęs didesnės vertės darbus, t. y. 1 000 000 PLN padauginus iš pirkimo dalių, dėl kurių jis pateikia pasiūlymą, skaičiaus. Taigi ūkio subjektas, pateikęs pasiūlymą dėl aštuonių dalių, turėjo įrodyti, kad yra suteikęs bent 8 000 000 PLN vertės paslaugas [5].

15. Prie pasiūlymo pridėtame paslaugų sąraše PARTNER nurodė 14 paslaugų, iš jų 12 rodė jo paties patirtį, o likusios dvi – *PUM Sp. z o.o.* (toliau – PUM), kurios buveinė yra Grudziondze (mieste, kuris nuo Varšuvos nutolęs maždaug 227 km) ir kurios, kaip kito subjekto, pajėgumais rėmėsi PARTNER. Prie pasiūlymo PARTNER pridėjo PUM įsipareigojimą „suteikti būtinus išteklius“, iš kurio matyti suteiktų išteklių panaudojimo būdas: konsultavimo paslaugos, apimančios, be kita ko, ūkio subjekto darbuotojų mokymus, ūkio subjekto konsultavimą, įskaitant pagalbą sprendžiant problemas, galinčias kilti vykdant sutartį.

16. Perkančiajai organizacijai 2014 m. kovo 11 d. informavus PARTNER, kad, jos vertinimu, jis neturėjo reikiamų galimybių sutarčiai vykdyti, PARTNER 2014 m. kovo 18 d. atsakė, kad jeigu perkančioji organizacija pripažintų nurodytą patirtį nepakankama, į likusią jo patirtį turi būti atsižvelgta tokia tvarka: V, I, II, III, VIII, IV, VII, VI dalys. Šiuo klausimu jis tvirtino, kad jeigu ūkio subjektas pateikia pasiūlymą pagal kelias dalis, pasiūlymas gali būti vertinamas atskirai dėl kiekvienos dalies. Todėl galimas neleidimas ūkio subjektui dalyvauti konkurse ir jo pasiūlymo atmetimas turi būti taikomas ne visam pirkimui, o tik konkrečioms jo dalims, dėl kurių ūkio subjektas netenkina sąlygų.

4 — Tai yra, naudojant natrio chloridą arba natrio chlorido ir kalcio chlorido mišinį, kuris barstant sudrėkinamas sūrymu.

5 — Nutartyje dėl prašymo priimti prejudicinį sprendimą teigiama, kad per nacionalinio teismo posėdį perkančioji organizacija nurodė, kad šios sąlygos tenkinimą vertino susumuodama visų nurodytų ir priimtinų paslaugų vertę ir padalydama ją iš 1 000 000 ir taip gaudama dalių, kurių sąlygą ūkio subjektas tenkino, skaičių.

17. Perkančioji organizacija neatsižvelgė į dalinę PARTNER patirtį ir neleido jam dalyvauti konkurse pagal kiekvieną pirkimo dalį, remdamasi Viešųjų pirkimų įstatymo (*Ustawa PZP*)[6] 24 straipsnio 2 dalies 4 punktu, nes PARTNER neįrodė, kad tenkina dalyvavimo konkurse sąlygas. Perkančioji organizacija įvertino, kad, atsižvelgiant į darbų specifiką, miesto topografijos išmanymą, reikalaujamas laiko normas siekiant įvykdyti apibrėžtus priežiūros žiemą standartus ir kt., jei PUM asmeniškai nedalyvautų vykdant sutartį, jis negalėtų tinkamai įvykdyti iš viešojo pirkimo kylančio įpareigojimo. Paskui perkančioji organizacija surengė elektroninį aukcioną, kuriame PARTNER nebuvo pakviestas dalyvauti.

18. Nacionalinei apeliacinei komisijai (*Krajowa Izba Odwoławcza*) pateiktame skunde PARTNER tvirtino, kad perkančioji organizacija netinkamai nagrinėjo ir vertino konkurso pasiūlymus. Jis teigė, jog pirkimo sąlygų specifikacijoje perkančioji organizacija nenurodė, kad atitinkamų žinių ir patirties sąlygos tenkinimas priklauso nuo subjekto, suteikusio žinių ir patirties PARTNER, asmeninio dalyvavimo vykdant sutartį ir kad patirtis turi būti susijusi su konkrečiomis topografinėmis žiniomis.

19. Krajowa Izba Odwoławcza pagal SESV 267 straipsnį Europos Sąjungos Teisingumo Teismui pateikė šiuos klausimus:

„1. Ar <...> Direktyvos 2004/18/EB <...> 48 straipsnio 3 dalį kartu su 2 straipsniu galima aiškinti taip, kad „atitinkamais atvejais“, kai ūkio subjektas gali remtis kitų subjektų pajėgumais, reikia laikyti kiekvieną atvejį, kai šis ūkio subjektas neturi perkančiosios organizacijos reikalaujamos kvalifikacijos ir pageidauja remtis tokiais kitų subjektų pajėgumais? Ar nurodymą, kad ūkio subjektas gali remtis kitų subjektų ištekliais tik „atitinkamais atvejais“, reikia pripažinti ribojimu, rodančiu, kad vertinant ūkio subjektus per viešojo pirkimo sutarties sudarymo procedūrą rėmimasis kitų subjektų pajėgumais yra tik išimtis, o ne taisyklė?

2. Ar Direktyvos 2004/18/EB 48 straipsnio 3 dalį kartu su 2 straipsniu galima aiškinti taip, kad ūkio subjekto rėmimasis kitų subjektų pajėgumais, kiek tai susiję su jų žiniomis ir patirtimi, „nepriklausomai nuo to, kokio teisinio pobūdžio būtų jo ryšiai su jais“, ir šių subjektų „išteklių prieinamumas“ reiškia, kad, vykdydamas sutartį, ūkio subjektas neturi turėti su šiais subjektais jokių santykių arba turėti labai laisvus ir neapibrėžtus santykius, t. y. gali vykdyti sutartį savarankiškai (kitam subjektui nedalyvaujant) arba tokį dalyvavimą gali sudaryti „patarimai“, „konsultacijos“, „mokymai“ ir pan.? Ar vis dėlto 48 straipsnio 3 dalį reikia aiškinti taip, kad subjektas, kurio pajėgumais remiasi ūkio subjektas, privalo iš tikrųjų pats asmeniškai įvykdyti užsakymą tiek, kiek buvo deklaruojami jo pajėgumai?

3. Ar Direktyvos 2004/18/EB 48 straipsnio 3 dalį kartu su 2 straipsniu galima aiškinti taip, kad ūkio subjektas, kuris turi patirties, tačiau ji yra mažesnė nei norėtų įrodyti perkančiajai organizacijai (pavyzdžiui, jeigu jos nepakanka pasiūlymui pagal visas užsakymo dalis pateikti), gali papildomai remtis kitų subjektų pajėgumais, siekdamas pagerinti savo padėtį konkurse?

4. Ar Direktyvos 2004/18/EB 48 straipsnio 3 dalį kartu su 2 straipsniu galima aiškinti taip, kad perkančioji organizacija skelbime apie pirkimą arba sutarties sąlygų specifikacijoje gali (arba netgi privalo) nurodyti sąlygas, kurioms esant ūkio subjektas gali remtis kitų subjektų pajėgumais, pavyzdžiui, kaip kitas subjektas turi dalyvauti vykdant sutartį, kaip galima sujungti ūkio subjekto ir kito subjekto pajėgumus, ar kitas subjektas solidariai su ūkio subjektu bus atsakingas už tinkamą sutarties įvykdymą tiek, kiek ūkio subjektas rėmėsi jo pajėgumais?

6 — Viešųjų pirkimų įstatymo (*Ustawa Prawo zamówień publicznych* (suvestinė redakcija, 2013 m. *Dziennik Ustaw*, poz. 907) 24 straipsnio 2 dalies 4 punktas: „Per sutarties sudarymo procedūrą taip pat neleidžiama dalyvauti ūkio subjektams, kurie: <...> neįrodė, kad tenkina dalyvavimo konkurse sąlygas <...>“.

5. Ar Direktyvos 2004/18 2 straipsnyje išreikštas vienodo požiūrio ir ūkio subjektų nediskriminavimo principas leidžia taip remtis kito subjekto pajėgumais, apie kuriuos kalbama 48 straipsnio 3 dalyje, kad bus bendrai vertinami dviejų ar daugiau subjektų, neturinčių pajėgumų, kiek tai susiję su perkančiosios organizacijos reikalaujamomis žiniomis ir patirtimi, pajėgumai?

6. Ar Direktyvos 2004/18/EB 2 straipsnyje išreikštas vienodo požiūrio ir ūkio subjektų nediskriminavimo principas leidžia aiškinti Direktyvos 2004/18/EB 44 straipsnį ir 48 straipsnio 3 dalį taip, kad perkančiosios organizacijos nustatytos dalyvavimo konkurse sąlygos gali būti tenkinamos tik formaliai, kad būtų galima dalyvauti konkurse, ir neatsižvelgiant į tikrąją ūkio subjekto kvalifikaciją?

7. Ar Direktyvos 2004/18/EB 2 straipsnyje išreikštas vienodo požiūrio ir ūkio subjektų nediskriminavimo principas tuo atveju, kai galima pateikti pasiūlymą tik dėl dalies pirkimo, leidžia ūkio subjektui po pasiūlymų pateikimo, pvz., siekiant papildyti ar paaiškinti dokumentus, pareikšti, prie kurios pirkimo dalies reikėtų priskirti jo nurodytus išteklius, turinčius įrodyti, kad yra tenkinama dalyvavimo konkurse sąlyga?

8. Ar Direktyvos 2004/18/EB 2 straipsnyje išreikštas vienodo požiūrio ir ūkio subjektų nediskriminavimo principas ir skaidrumo principas leidžia pripažinti įvykusį aukcioną negaliojančiu ir pakartotinai surengti elektroninį aukcioną, jeigu jis surengtas iš esmės neteisingai, pavyzdžiui, į jį buvo pakviesti ne visi ūkio subjektai, pateikę tinkamus pasiūlymus?

9. Ar Direktyvos 2004/18/EB 2 straipsnyje išreikštas vienodo požiūrio ir ūkio subjektų nediskriminavimo principas ir skaidrumo principas leidžia sudaryti sutartį su ūkio subjektu, kurio pasiūlymas pasirinktas įvykus tokiam aukcionui, tačiau jo pakartotinai nesurengus, jeigu negalima nustatyti, ar pašalinto ūkio subjekto dalyvavimas būtų pakeitęs aukciono rezultatą?

10. Ar aiškinant Direktyvos 2004/18/EB nuostatas kaip aiškinimo sąlyga galima remtis <...> Direktyvos 2014/24/ES dėl viešųjų pirkimų, kuria panaikinama Direktyva 2004/18/EB, nuostatų ir preambulės turiniu, nors dar nesibaigė šios direktyvos perkėlimo terminas, kiek joje išaiškinami kai kurie Sąjungos teisės aktų leidėjo teiginiai ir ketinimai ir kiek ji neprieštarauja Direktyvos 2004/18/EB nuostatoms?“

20. Rašytines pastabas pateikė PARTNER, *Remondis sp.z o.o.*, *MR Road Service sp. Z o.o.* ir į pagrindinę bylą įstojusios šalys, Ispanijos, Latvijos ir Lenkijos vyriausybės bei Komisija. Visos šalys, išskyrus Latvijos vyriausybę, dalyvavo 2015 m. gegužės 7 d. surengtame teismo posėdyje. Jame dalyvavo ir perkančioji organizacija, nors ji nebuvo pateikusi rašytinių pastabų.

IV – **Analizė**

A – *Klausimai, susiję su rėmimusi kito ūkio subjekto techniniais ir profesiniais pajėgumais (1, 2, 3, 5 ir 6 klausimai)*

21. Šiais klausimais, kuriuos nagrinėsiu kartu, nacionalinis prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas iš esmės prašo išaiškinti aplinkybes, kurioms esant konkurso dalyvis konkretaus viešojo pirkimo atveju gali remtis kitų subjektų techniniais ir (arba) profesiniais pajėgumais, tame viešajame pirkime pateikdamas pasiūlymą. Ši galimybė numatyta Direktyvos 2004/18/EB 48 straipsnio 3 dalyje. Mano nuomone, šie klausimai yra iš esmės susiję su trimis problemomis: 1) konkurso dalyvio teise remtis išorės pajėgumais, kad įvykdytų viešojo pirkimo reikalavimus, susijusius su techniniais ir

(arba) profesiniais pajėgumais; 2) rėmimosi trečiosios šalies pajėgumais realumu; ir 3) ar šie pajėgumai gali būti perduodami, tai yra, ar juos galima pasitelkti atsižvelgiant į atitinkamos sutarties pobūdį ir tikslą. Savaime suprantama, kad atsakant į visus klausimus yra svarbus 2 straipsnis, kuriame įtvirtintas bendras nediskriminavimo ir skaidrumo principas.

22. Pirmiausia reikėtų pabrėžti skirtumą tarp Direktyvos 2004/18/EB 48 straipsnio 3 dalyje numatyto rėmimosi kitų subjektų pajėgumais ir jos 25 straipsnyje numatytos subrangos. Kaip nurodyta Ispanijos rašytinėse pastabose, šios teisinės nuostatos skiriasi dviem požiūriais. Tuo atveju, kai remiamasi trečiosios šalies pajėgumais, jie su konkurso dalyvio pajėgumais turi būti sujungti prieš sudarant viešojo pirkimo sutartį, o subranga sudaroma vykdant sutartį. Antra, subrangai taikomi apribojimai, kurie netaikomi remiantis trečiosios šalies pajėgumais [7].

1. Ūkio subjekto teisė remtis išorės pajėgumais

23. Dėl Direktyvos 2004/18/EB 48 straipsnio 3 dalyje esančios sąvokos „atitinkamais atvejais“ pažymėtina, kad ji iš esmės neapriboja aplinkybių, kuriomis ūkio subjektas gali pasitelkti trečiosios šalies išteklius, teikdamas pasiūlymą viešajam pirkimui.

24. Bylos *Swm Costruzioni 2 and Mannocchi Luigino* (C-94/12, EU:C:2013:130) išvadoje atkreipiau dėmesį, kad iš Direktyvos 2004/18/EB 48 straipsnio 3 dalies formuluotės matyti, kad ūkio subjektai turi teisę pasirinkti tokį atrankos kriterijų atitikimo būdą, jeigu jie gali įrodyti, kad iš tiesų turi galimybę naudotis kitų ūkio subjektų ištekliais, reikalingais atitinkamai sutarčiai įvykdyti [8]. Toks aiškinimas labiausiai atitinka tikslą atverti viešųjų pirkimų rinką kuo didesnei konkurencijai ir skatinti juose dalyvauti mažas ir vidutines įmones.

25. Be to, Sprendime *Holst Italia* (C-176/98, EU:C:1999:593) Teisingumo Teismo buvo konstatuota ir vėliau Direktyvos 2004/18/EB 48 straipsnio 3 dalyje patvirtinta, kad ūkio subjekto ir trečiojo asmens arba asmenų, kuriuos jis siekia pasitelkti, teisinių santykių pobūdis yra nesvarbus [9].

26. Taigi, atsižvelgiant į Teisingumo Teismo praktiką, iš esmės negalima prieštarauti tam, kad konkurso dalyvis, siekdamas pagerinti savo padėtį per viešąjį pirkimą, remtųsi ir kitų subjektų pajėgumais. Tačiau tam taikomi apribojimai, kuriuos aptarsiu toliau. Kaip pažymėta Komisijos rašytinėse pastabose, svarbu tai, kad konkurso dalyviui kitų subjektų pajėgumai *iš tikrųjų bus prieinami*, siekiant tinkamai vykdyti sutartį. Šio „prieinamumo“ nebūtina įrodyti konkrečia teisine forma.

2. Konkurso dalyvio rėmimosi trečiosios šalies pajėgumais realumas

27. Nepaisant pirmesniuose punktuose išdėstytos nuomonės, konkurso dalyviai, kurie remiasi kitų subjektų pajėgumais, perkančiajai organizacijai turi pareigą įrodyti, kad tie pajėgumai jiems faktiškai yra prieinami [10]. Šiuo požiūriu Direktyvos 2004/18/EB 48 straipsnio 3 dalį geriausia būtų aiškinti kaip nustatančią reikalavimą pateikti įrodymų ir suteikiančią teisę juos vertinti perkančiajai organizacijai. Remiantis Direktyvos 2004/18/EB 44 straipsnio 1 dalimi, būtent perkančioji organizacija turi patikrinti

7 — Direktyvos 2004/18/EB 25 straipsnyje numatyta, kad pirkimo dokumentuose perkančioji organizacija gali paprašyti arba valstybė narė gali reikalauti paprašyti dalyvio savo pasiūlyme nurodyti sutarties dalį, kurią jis ketina subrangos sutartimi pavesti įvykdyti tretiesiems asmenims, ir numatomus subrangovus. Be to, šioje nuostatoje teigiama, kad tai neturi daryti įtakos pagrindinio ūkio subjekto atsakomybei.

8 — Ten pat, 24 punktas. Taip pat žr. Sprendimo *Siemens ir ARGE Telekom* (C-314/01, EU:C:2004:159) 46 punktą; sprendimus *Ballast Nedam Groep* (C-389/92, EU:C:1994:133) ir *Ballast Nedam Groep* (C-5/97, EU:C:1997:636).

9 — Generalinio advokato N. Jääskinen išvados byloje *Swm Costruzioni ir Mannocchi Luigino* (C-94/12, EU:C:2013:130) 22 punktas. Ši pozicija paremta išvadomis, Teisingumo Teismo suformuluotomis sprendimuose *Ballast Nedam Groep* (C-5/97, EU:C:1997:636) ir *Ballast Nedam Groep* (C-389/92, EU:C:1994:133), kuriuose nagrinėti teisiniai santykiai buvo susiję su tos pačios grupės bendrovėmis. Žr. išvados 20–22 punktus.

10 — Žr. mano Išvados byloje *Swm Costruzioni 2 ir Mannocchi Luigino* (C-94/12, EU:C:2013:130) 23 punktą.

kandidatų arba konkurso dalyvių tinkamumą pagal kriterijus, nustatytus Direktyvos 2004/18/EB 47–52 straipsniuose [11]. Kitaip tariant, kaip teismo posėdyje pabrėžė perkančioji organizacija ir Lenkija, perkančioji organizacija privalo užtikrinti, kad viešąjį pirkimą laimėjęs konkurso dalyvis iš tiesų būtų pajėgus tinkamai vykdyti sutartį.

28. Direktyvos 2004/18/EB nuostatomis, susijusiomis su trečiųjų šalių dalyvavimu viešuosiuose pirkimuose, siekiama išvengti, kad galimybė sudaryti viešojo pirkimo sutartį nebūtų suteikta įmonėms, kurios neturi reikiamų išteklių vykdyti sutartį. Taigi, remiantis Direktyvos 2004/18/EB 48 straipsnio 3 dalimi, perkančioji organizacija, atsižvelgdama į jai tenkančias pareigas, negali vertinti konkurso dalyvių pateiktų įrodymų vien formaliai. Kitaip tariant, konkurso dalyviai negali remtis trečiųjų šalių pajėgumais, jeigu tai daroma tik todėl, kad būtų formaliai patenkinti skelbime apie pirkimą nustatyti minimalūs pajėgumo reikalavimai.

3. Galimybė perduoti techninius ir (arba) profesinius pajėgumus

29. Sprendime *Swm Costruzioni 2 ir Mannocchi Luigino* (C-94/12, EU:C:2013:646) Teisingumo Teismas išaiškino, kad Direktyvos 2004/18/EB 47 straipsnio 2 dalis ir 48 straipsnio 3 dalis kartu su jos 44 straipsnio 2 dalimi neleidžia taikyti bendros taisyklės, pagal kurią ūkio subjektams, dalyvaujantiems per viešojo darbų pirkimo procedūrą, yra draudžiama remtis kelių įmonių pajėgumais dėl tos pačios kvalifikacijos kategorijos. Tačiau buvo pridurta, kad „yra tokių darbų, kuriems dėl jų išskirtinumo reikalingi tam tikri pajėgumai, kurių neįmanoma pasiekti susumavus mažesnius kelių ūkio subjektų pajėgumus“ ir „tokiu atveju perkančioji organizacija pagrįstai gali reikalauti, kad minimalius atitinkamo pajėgumo reikalavimus atitiktų vienas ūkio subjektas“ [12].

30. Taigi, šiuo atveju pagrindinė problema yra ta, ar skelbime apie sutarties sudarymą nurodyti techniniai ir profesiniai pajėgumai gali būti perduodami. Jeigu ne, PARTNER neatitiktų konkurso dalyviui keliamų kvalifikacinių reikalavimų.

31. Galimybė perduoti techninius pajėgumus susijusi su klausimu, ar technologijos arba praktinė patirtis vieno ūkio subjekto gali būti pagrįstai perduota kitam, pavyzdžiui, konsultacijomis ir teikiant patarimus. Rašytinėse šalių pastabose taip pat yra pastabų, susijusių su klausimu, ar skirtingų subjektų pajėgumus apskritai galima sujungti, o tai, mano nuomone, atspindi ES teisės aktų leidėjo požiūrį, išreikštą Direktyvos 2004/14/ES 48 straipsnyje. Tačiau pagrindinėje byloje ginčas susijęs su tuo, ar PUM techniniai pajėgumai gali būti perduoti PARTNER, kai pati PUM tiesiogiai nedalyvauja vykdant sutartį, o ne paprasčiausiai su tuo, ar panašiais pajėgumais galima papildyti PARTNER jau turimus pajėgumus.

32. Daug ką lemia aplinkybės ir sutarties pobūdis bei objektas. Kai kuriuos pajėgumus galima perduoti. Tarkime, viešųjų sveikatos paslaugų teikėjas sudaro viešojo pirkimo sutartį dėl konkrečios žmonių grupės patikros dėl tam tikros vėžio formos naudojant standartinę technologiją. Sakykime, viešojo pirkimo sąlygose nustatyta, kad neaiškiais atvejais patikros išvados turi būti patvirtintos tam tikros aukščiausio lygio profesinės kvalifikacijos specialisto. Tokiu atveju konkurso dalyvis pagrįstai reikiamoms konsultacijoms galėtų pasitelkti trečiąją šalį. Tačiau jeigu sutartis būtų susijusi su patikra, naudojant naują nestandartinę metodiką, perkančioji organizacija galėtų pagrįstai reikalauti, kad atitinkamus pajėgumus turėtų pats konkurso dalyvis. Tokiu atveju kyla faktinių viešojo pirkimo sutarties sudarymo aplinkybių vertinimo klausimas.

33. Kaip jau minėta, būtina atsižvelgti į kiekvienos sutarties pobūdį ir poreikį, kurį siekiama patenkinti. Tai turi įvertinti nacionalinis teismas.

11 — Sprendimo *Swm Costruzioni 2 ir Mannocchi Luigino* (C-94/12, EU:C:2013:646) 26 punktas. Taip pat žr. Sprendimo *Holst Italia* (C-176/98, EU:C:1999:593) 28 punktą.

12 — Sprendimo *Swm Costruzioni 2 ir Mannocchi Luigino* (C-94/12, EU:C:2013:646) 35 punktas.

34. Ar perkančioji organizacija gali reikalauti, kad vykdant sutartį tiesiogiai dalyvautų trečioji šalis, kaip vienintelio įrodymo, kad reikiami pajėgumai bus prieinami atitinkamam konkurso dalyviui, taip pat vertintina atsižvelgiant į kiekvieną atskirą atvejį. Visa tai lemia sutarties pobūdis ir tikslas. Mano nuomone, nesunku įsivaizduoti situacijas, kai užsakymas techniškai yra toks sudėtingas, kad jį vykdyti turi trečioji šalis, turinti atitinkamą ekspertinę kvalifikaciją, jeigu jos pajėgumais yra remiamasi, ir ji turi ne tik teikti patarimus ir konsultacijas, kai prisiimtus įsipareigojimus vykdo pats konkurso dalyvis.

4. Tarpinė išvada

35. Remiantis pateiktais argumentais, į 1, 2, 3, 5 ir 6 klausimus galima atsakyti taip: Direktyvos 2004/18/EB 44 straipsnis ir 48 straipsnio 3 dalis kartu su jos 2 straipsniu aiškintini taip, kad sąvoka „atitinkamais atvejais“ iš esmės neriboja aplinkybių, kuriomis ūkio subjektas gali remtis kitų subjektų pajėgumais, siekdamas įrodyti perkančiajai organizacijai savo techninius ir (arba) profesinius pajėgumus, būtinus vykdyti tam tikrą viešojo pirkimo sutartį. Ūkio subjekto ir trečiosios šalies teisinių santykių pobūdis nėra svarbus, tačiau šis subjektas perkančiajai organizacijai turi įrodyti, kad jam iš tiesų yra prieinami visi sutarties sąlygoms įvykdyti būtini ištekliai. Be to, konkurso dalyvis gali remtis kitų subjektų pajėgumais siekdamas įrodyti savo techninius ir (arba) profesinius pajėgumus, kiek tai neviršija apribojimų, kylančių iš sutarties, kurią būtina vykdyti, pobūdžio ir tikslo.

B – *Skelbimas apie pirkimą, sutarties sąlygų specifikacija ir solidarioji atsakomybė (4 klausimas)*

36. 4 klausime iš esmės siekiama išsiaiškinti, ar perkančioji organizacija skelbime apie pirkimą arba sutarties sąlygų specifikacijoje gali (arba netgi privalo) nustatyti taisykles, pagal kurias konkurso dalyviai gali remtis kitų subjektų pajėgumais. Tai yra, klausiama, ar perkančioji organizacija gali nustatyti, kaip konkurso dalyvis turi dalyvauti vykdant sutartį, kaip galima sujungti atitinkamo konkurso dalyvio ir kitų subjektų pajėgumus, ar tas kitas subjektas solidariai su konkurso dalyviu bus atsakingas už tinkamą sutarties įvykdymą tiek, kiek konkurso dalyvis rėmėsi jo pajėgumais?

37. Ispanija savo rašytinėse pastabose teigia, kad skelbime apie pirkimą arba sutarties sąlygų specifikacijoje turi būti nustatytos taisyklės, pagal kurias konkurso dalyvis gali remtis kitų subjektų pajėgumais, tačiau šie reikalavimai turi būti proporcingi ir tiesiogiai susiję su atitinkamos sutarties objektu. Rašytinėse Lenkijos pastabose taip pat pateikiami panašūs argumentai.

38. Mano nuomone, teisinga yra Komisijos palaikoma pozicija. Ji savo rašytinėse pastabose atkreipia dėmesį, jog dėl to, kad konkurso dalyviai turi teisę remtis trečiųjų šalių pajėgumais, perkančiosios organizacijos negali nustatyti jokių konkrečių sąlygų, kurios trukdytų šia teise pasinaudoti. Teisę spręsti, kaip šiais pajėgumais naudosis, turi pats konkurso dalyvis. Komisija pagrįstai patikslino, kad perkančiajai organizacijai praktiškai gali būti neįmanoma iš anksto nustatyti specifikacijas, kokiais būdais gali būti pasitelkti kitų pajėgumai; ji iš anksto negali numatyti visų galimų rėmimosi kitų subjektų pajėgumais scenarijų. Tačiau savaime suprantama, kad neturi būti kriterijų, nustatytų Sprendime *Swm 2 costruzione* ir susijusių su situacijomis, kai negalima remtis kitų subjektų pajėgumais.

39. Atsakant į šį klausimą svarbūs Teisingumo Teismo suformuluoti bendrieji principai, susiję su skelbimais apie pirkimą arba specifikacijomis, ir *skaidrumo principas*. Primintina, kad skaidrumo pareiga siekiama užtikrinti, kad nebūtų perkančiosios organizacijos savivalės rizikos [13], o vienodo požiūrio principas ir skaidrumo pareiga draudžia perkančiajai organizacijai atmesti pasiūlymą, kuris atitinka skelbimo apie konkursą reikalavimus, remiantis sutarties specifikacijoje nenumatytais

13 — Sprendimo *SC Enterprise Focused Solutions* (C-278/14, EU:C:2015:228) 26 punktas ir jame nurodyta teismo praktika.

motyvais [14]. Taip pat pažymėtina, kad Direktyvos 2004/18/EB 23 straipsnio 2 dalyje nustatyta, kad techninės specifikacijos „turi sudaryti vienodas sąlygas visiems dalyviams, neturi sukurti nepateisinamų kliūčių viešųjų pirkimų atvėrimui konkurencijai“, o pagal 23 straipsnio 3 dalies c punktą techniniai reikalavimai gali apimti rezultato reikalavimus.

40. Mano nuomone, susidarius Sprendime *Swm Costruzioni 2 ir Mannocchi Luigino* (C-94/12, EU:C:2013:646, 35 punkte) nurodytoms aplinkybėms ir perkančiajai organizacijai kaip *viešųjų pirkimų sutarties sudarymo procedūros sąlygą* nustačius, kad atitinkamus minimalius pajėgumo reikalavimus turi tenkinti vienas ūkio subjektas, apie tai turi būti pranešta iš anksto skelbime apie pirkimą ir (arba) sutarties sąlygų specifikacijoje. Tokiomis aplinkybėmis nėra Direktyvos 2004/18/EB 48 straipsnio 3 dalyje numatytos galimybės remtis trečiosios šalies pajėgumais. Tai būtų vienintelis būdas užtikrinti skaidrumo pareigą vertinant kandidatų tinkamumą, nes priešingu atveju potencialūs dalyviai nebūtų informuoti apie visus privalomus ir besąlyginius reikalavimus, susijusius su minimaliais pajėgumais [15].

41. Tačiau tai nėra tas pats, kaip įvertinimas, ar trečiosios šalies pajėgumais besiremiantis dalyvis *iš tiesų* atitinka techninių ir profesinių pajėgumų, kurių reikalaujama skelbime apie pirkimą, reikalavimus. Tai gali būti nustatyta tik remiantis pasiūlymais ir juos palyginant su skelbime apie pirkimą bei konkurso specifikacijose nustatytais tinkamumo reikalavimais, atsižvelgiant į aptariant 1, 2, 3, 5 ir 6 klausimus apibūdintus kriterijus.

42. Dėl solidariosios atsakomybės Komisija, grįsdama savo argumentus dėl solidariosios atsakomybės taikymo, savo rašytinėse pastabose rėmėsi Direktyvos 2014/24/ES 63 straipsnio 1 dalies trečia pastraipa. PARTNER ir Ispanija, priešingai, tvirtina, kad solidarioji atsakomybė nėra galima atsižvelgiant į tai, kad už sutarties vykdymą atsakingas tik viešojo pirkimo procedūros dalyvis, o ne trečioji šalis, kurios pajėgumais buvo remtasi.

43. Dėl atsakyme į 10 klausimą išdėstytų motyvų manau, kad, taikant Direktyvą 2004/18/EB, Direktyvoje 2014/24/ES nustatytos besąlyginės taisyklės negali būti taikomos, jeigu jų nėra Direktyvoje 2004/18/EB arba jeigu joje nustatytos išsamesnės normos arba reikalavimai negu atitinkamose Direktyvos 2004/18/EB nuostatose. Taigi, solidariosios atsakomybės taikymas nėra galimas, kol nesibaigs Direktyvos 2014/24/ES perkėlimo laikotarpis.

44. Dėl šių priežasčių Teisingumo Teismas į 4 klausimą turėtų atsakyti, kad Direktyvos 2004/18/EB 48 straipsnio 3 dalis kartu su jos 2 straipsniu aiškintina taip: skelbime apie pirkimą arba sutarties sąlygų specifikacijose perkančioji organizacija turi apibūdinti visas sąlygas, kurioms esant negalima remtis Direktyvos 2004/18/EB 48 straipsnio 3 dalimi siekiant įrodyti atitiktį reikalavimams, susijusiems su minimaliais pajėgumais. Tačiau skelbime apie pirkimą arba specifikacijose perkančioji organizacija negali nustatyti specialių sąlygų arba taisyklių, susijusių su tuo, ar konkurso dalyviai gali remtis kitų subjektų pajėgumais ir kaip jie tai gali daryti.

14 — Ten pat, 28 punktas.

15 — Pagal analogiją žr. Teisingumo Teismo praktiką dėl sutarčių sudarymo kriterijų, pavyzdžiui, Sprendimo *Komisija / Prancūzija* (C-299/08, EU:C:2009:769) 41 punktą, kuriame Teisingumo Teismas konstatavo, kad „tiek vienodo požiūrio principas, tiek iš jo kylanti skaidrumo pareiga reikalauja, kad būtų aiškiai apibrėžti kiekvienos sutarties dalykas ir *jos sudarymo kriterijai*“ (išskirta mano). Taip pat žr. Sprendimą *ATI EAC e Viaggi di Maio ir kt.* (C-331/04, EU:C:2005:718), kurio 32 punkte nustatyti apribojimai dėl tam tikros svarbos suteikimo sutarties skyrimo kriterijaus elementams, ir Sprendimo *Universale-Bau ir kt.* (C-470/99, EU:C:2002:746) 100 punktą, kuriame pripažinta, kad perkančioji organizacija skelbime apie pirkimą arba konkurso dokumentuose turėjo nustatyti taisykles, pagal kurias buvo nustatoma kandidatų, kurie bus pakviesti tekti pasiūlymus, atrankos kriterijų svarba.

C – *Pasiūlymo paaiškinimas (7 klausimas)*

45. 7 klausime iš esmės aiškinamasi, kokia gali būti perkančiosios organizacijos ir dalyvio dialogo apimtis, pavyzdžiui, papildant ar paaiškinant dokumentus jau pateikus pasiūlymą, kai pasiūlymus galima teikti dėl atskirų pirkimo dalių. Tuo klausimu primenu, kad pagal Direktyvos 2004/18/EB 51 straipsnį perkančioji organizacija gali prašyti ūkio subjektų papildyti arba paaiškinti sertifikatus ir dokumentus, pateiktus pagal 45–50 straipsnius.

46. Mano nuomone, Teismas į šį klausimą gali atsakyti trumpai. Teismas jau yra pripažinęs, kad perkančiosios organizacijos derybos su vienais ar kitais dalyviais nėra galimos. Perkančioji organizacija, prieš atmesdama, jos vertinimu, netikslius ir specifikacijų techninių reikalavimų neatitinkančius pasiūlymus, negali reikalauti jų paaiškinti [16].

47. Pateikus pasiūlymą, jis nebegali būti keičiamas nei dalyvio, nei perkančiosios organizacijos iniciatyva [17]. Išimtiniais atvejais perkančioji organizacija gali reikalauti patikslinti detales, pavyzdžiui, tik paaiškinti arba ištaisyti akivaizdžias klaidas, neprašydama ir neleisdama pakeisti pasiūlymo [18].

48. Mano nuomone, ir, priešingai, nei savo rašytinėse pastabose teigia PARTNER ir Ispanija, informacijos apie pasiūlymo dalių eiliškumą pateikimas po to, kai pasiūlymas jau pateiktas, yra ne patikslinimas, o esminis pasiūlymo keitimas. Jį priėmus, būtų pažeisti sąžiningos konkurencijos principai. Ir tai nepatenka į išimtinių aplinkybių, kurioms esant galima teikti pasiūlymų paaiškinimus, apimtį.

49. Taigi, mano nuomone, į 7 klausimą atsakytina, kad tais atvejais, kai galima pateikti pasiūlymą dėl atskirų pirkimo dalių, Direktyvos 2004/18/EB 2 straipsnyje įtvirtintas vienodo požiūrio ir ūkio subjektų nediskriminavimo principas neleidžia jam po pasiūlymų pateikimo nurodyti, prie kurios pirkimo dalies reikėtų priskirti jo nurodytus išteklius, turinčius įrodyti, kad yra tenkinamos dalyvavimo konkurse sąlygos.

D – *Elektroninio aukciono pažeidimai (8 ir 9 klausimai)*

50. 8 ir 9 klausimai susiję su pasekmėmis, kurių sudarant sutartį gali turėti tai, kad elektroniniame aukcione neleidžiama dalyvauti visiems tinkamiems konkurso dalyviams.

51. Šiuo klausimu pirmiausia atkreiptinas dėmesys, kad pagal Direktyvos 2004/18/EB 54 straipsnio 4 dalies antrą pastraipą „[v]isi dalyviai, kurie yra pateikę priimtinus pasiūlymus, vienu metu elektroninėmis priemonėmis kviečiami pateikti naujas kainas ir (arba) naujas vertes“. Šios direktyvos 54 straipsnio 8 dalyje elektroninius aukcionus draudžiama taikyti tokiu būdu, kad, *inter alia*, būtų užkirstas kelias konkurencijai arba ji būtų iškraipyta. Taip pat atkreipiu dėmesį, kad nacionalinis teismas nekelia klausimo dėl teisių gynimo priemonių, kuriomis ūkio subjektai gali naudotis neteisingai surengto elektroninio aukciono atveju [19], o aiškinasi esant tokiai situacijai pagal Direktyvos 2004/18/EB perkančiajai organizacijai priklausančias pareigas.

16 — Sprendimo *SAG ELV Slovensko ir kt.* (C-599/10, EU:C:2012:191) 36 ir 37 punktai. Primenu, kad Direktyvoje 2004/18/EB yra nuostatos dėl konkurencinio dialogo ypač sudėtingų sutarčių atveju (29 straipsnis) ir derybų procedūros (30 straipsnis), tačiau jos nėra svarbios nagrinėjamoje byloje.

17 — Žr. Sprendimą *Manova* (C-336/12, EU:C:2013:647), kurio 31 punkte Teisingumo Teismas konstatavo, kad „pagal vienodo požiūrio principą ir laikantis skaidrumo pareigos viešojo pirkimo sutarčių sudarymo procedūroje draudžiamos bet kokios perkančiosios organizacijos ir konkurso dalyvio derybos, o tai reiškia, kad pateikus pasiūlymą jo iš principo keisti negalima, neatsižvelgiant į tai, ar tai daroma perkančiosios organizacijos, ar konkurso dalyvio iniciatyva. Tai reiškia, kad perkančioji organizacija negali prašyti paaiškinimų iš konkurso dalyvio, kurio pasiūlymą ji laiko netiksliu ar neatitinkančiu techninių specifikacijų“.

18 — Sprendimo *SAG ELV Slovensko ir kt.* (C-599/10, EU:C:2012:191) 40 ir 41 punktai. Taip pat žr. Sprendimo *Manova* (C-336/12, EU:C:2013:647) 32 punktą.

19 — Tai numatyta Direktyvoje 89/665/EEB (OL L 395, 1989, p. 33; 2004 m. specialusis leidimas lietuvių k., 6 sk., 1 t., p. 246), iš dalies pakeistoje Europos Parlamento ir Tarybos direktyva 2007/66/EB, iš dalies keičiančia Tarybos direktyvas 89/665/EEB ir 92/13/EEB dėl viešųjų sutarčių suteikimo peržiūros procedūrų veiksmingumo didinimo (OL L 335, 2007, p. 31).

52. Mano nuomone, jeigu tinkamas dalyvis, atitinkantis skelbime apie pirkimą ir techninėse specifikacijose nustatytus kriterijus, pagal Direktyvos 2004/18/EB 54 straipsnio 4 dalį turėjo būti pakviestas dalyvauti elektroniniame aukcione, tačiau tai nebuvo padaryta, remiantis Direktyvos 2004/18/EB 2 straipsnyje įtvirtintu vienodo požiūrio ir ūkio subjektų nediskriminavimo reikalavimu, šis aukcionas turi būti surengtas pakartotinai. Tai taikoma neatsižvelgiant į tai, ar ūkio subjekto dalyvavimas būtų pakeitęs aukciono rezultatą, ar ne [20]. Tai reiškia, kad viešojo pirkimo sutartis negali būti sudaryta remiantis neteisėtais ar netinkamai surengtais tokio pobūdžio elektroniniais aukcionais.

53. Dėl to į 8 ir 9 klausimus siūlau atsakyti taip, kad pagal Direktyvos 2004/18/EB 2 straipsnį elektroninį aukcioną reikalaujama pripažinti negaliojančiu ir surengti pakartotinai, jeigu dalyvavimo viešojo pirkimo konkurse reikalavimus atitikęs kandidatas nebuvo pakviestas jame dalyvauti.

E – *Ar aiškinant Direktyvą 2004/18/EB gali būti atsižvelgiama į Direktyvą 2004/18/ES? (10 klausimas)*

54. Prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs nacionalinis teismas 10 klausime teiraujasi, ar aiškinant Direktyvos 2004/18/EB nuostatas galima vadovautis Direktyvos 2014/24/ES nuostatų ir preambulės turiniu, nors dar nesibaigė šios direktyvos perkėlimo terminas tiek, kiek joje išaiškinami kai kurie Sąjungos teisės aktų leidėjo teiginiai ir ketinimai ir kiek ji neprieštarauja Direktyvos 2004/18/EB nuostatoms.

55. Šis klausimas susijęs su tuo, kad Direktyvos 2014/24/ES 63 straipsnio 1 dalyje „Rėmimasis kitų subjektų pajėgumu“ numatytos tokiais atvejais taikomos taisyklės, kurios yra išsamesnės negu Direktyvoje 2004/18/EB numatytos taisyklės. Direktyvos 2014/24/ES 63 straipsnio 1 dalyje, kaip ir Direktyvos 2004/18/EB 48 straipsnio 3 dalyje, nustatyta, kad subjektų ryšių „teisinis pobūdis“ nėra svarbus. Tačiau Direktyvos 2014/24/ES 63 straipsnio 1 dalyje papildomai numatyta, kad tais atvejais, kai atitinkamam ūkio subjektui būtinas atitinkamas „išsilavinimas ir profesinės kvalifikacijos“ arba „profesinė patirtis“, jis kitų subjektų pajėgumu gali remtis tik tuo atveju, kai pastarieji atliks tuos darbus ar teiks tas paslaugas, kuriems reikalaujama šių pajėgumų. Šios direktyvos 63 straipsnio 2 dalyje taip pat nustatyta, kad perkančiosios organizacijos gali reikalauti, kad tam tikras esmines užduotis tiesiogiai atliktų pats konkurso dalyvis.

56. Pirmiausia pažymėtina, kad nacionaliniam teismui iškilusi problema susijusi su *dviejų ES teisės aktų* sąveika. Dėl to Teisingumo Teismo praktika, susijusi su valstybių narių įsipareigojimais per direktyvai perkelti nustatytą laikotarpį [21] dėl nacionalinės teisės aiškinimo tuo laikotarpiu [22], nėra aktuali.

57. Taip pat primenu, kad Teisingumo Teismas neseniai nusprendė, kad, esant tokioms aplinkybėms, kai Direktyva 2014/24/ES įsigaliojo po nagrinėjamoje pagrindinėje byloje įvykusių įvykių, tam ginčui ji negali būti taikoma [23]. Tai atitinka ankstesnes teismo išvadas, susijusias su Direktyvos 93/37/EEB dėl viešojo darbų pirkimo sutarčių sudarymo tvarkos derinimo [24] ir Direktyvos 2004/18/EB pereinamuoju laikotarpiu. Byloje, susijusioje su pasiūlymu, kuris per viešojo pirkimo procedūrą buvo atmestas nepasibaigus Direktyvos 2004/18/EB perkėlimo laikotarpiui, Teisingumo Teismas konstatavo, kad „pagrindinei bylai taikytinos teisės nustatymas kaip atskaitos datą pasirenkant sprendimo sudaryti sutartį priėmimo dieną prieštarautų teisinio saugumo principui“ [25]. Todėl buvo pripažinta, kad

20 — PARTNER teismo posėdyje tvirtino, kad nebuvo pakviesta dalyvauti elektroniniame aukcione dėl viešojo pirkimo sutarties sudarymo.

21 — Pvz., žr. neseniai paskelbtos generalinės advokatės E. Sharpston išvados byloje *bpost* (C-340/13, EU:C:2014:2302) 29 punktą, kuriame cituojamas Sprendimo *Inter-Environnement Wallonie* (C-129/96, EU:C:1997:628) 45 punktas; Sprendimo *ATRAL* (C-14/02, EU:C:2003:265) 58 punktą ir Sprendimo *Nomarchiaki Aftodioikisi Aitoloakarnanias ir kt.* (C-43/10, EU:C:2012:560) 57 punktą.

22 — Ten pat, cituojant Sprendimo *Adeneler ir kt.* (C-212/04, EU:C:2006:443) 122 ir 123 punktus.

23 — Sprendimo *Ambisig* (C-601/13, EU:C:2015:204) 24 punktas.

24 — OL L 199, 1993, p. 54; 2004 m. specialusis leidimas lietuvių k., 6 sk., 2 t., p. 163.

25 — Sprendimo *Hochtief ir Linde-Kca-Dresden* (C-138/08, EU:C:2009:627) 29 punktas.

„Direktyva 2004/18/EB netaikytina perkančiosios organizacijos sprendimui, priimtam per viešojo darbų pirkimo procedūrą prieš pasibaigiant šios Direktyvos perkėlimo terminui“ [26]. Tačiau šioje byloje nacionalinis teismas ne prašo išsamiai išaiškinti konkrečių senosios ir naujosios direktyvų nuostatų santykio, bet pateikti bendrus orientyrus.

58. Tačiau Teisingumo Teismas, aiškindamas Direktyvą 2004/18/EB, bent vieną kartą rėmėsi Direktyvos 2014/24/ES preambule ir nuostatomis, nors ir nepaaiškino priežasties [27].

59. Mano nuomone, dviejų vienas po kito įsigaliojusių ES teisės aktų santykis turi būti aiškinamas tinkamai atsižvelgiant į teisės aktų leidėjo ketinimus. Deja, 10 klausimo formuluotė jo išspręsti nepadeda, nes šiuo požiūriu nėra aišku, ar nuoroda į „kai kuriuos Sąjungos teisės aktų leidėjo teiginius ir ketinimus“ susijusi su teiginiais ir ketinimais atsižvelgiant į Direktyvą 2014/24/ES, ar į Direktyvą 2004/18/EB.

60. Man akivaizdu, kad Direktyva 2014/24/ES negalima paaiškinti teisės aktų leidėjo ketinimų dėl Direktyvos 2004/18/EB. Tačiau pagal Direktyvos 2014/24/ES preambulę galima preziumuoti, kad tam tikromis jos nuostatomis teisės aktų leidėjas siekė kodifikuoti jurisprudenciją, kur ši direktyva buvo taikyta. Tokiais atvejais nedraudžiama į vėlesnę direktyvą atsižvelgti aiškinant ankstesnę direktyvą. Kita vertus, jeigu teisės aktų leidėjas siekė nukrypti nuo Direktyvos 2004/18/EB nuostatų arba esamos jurisprudencijos, aiškinant pirmesnę direktyvą negali būti vadovaujamasi naująja direktyva.

61. Vis dėlto nacionalinis prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas mini išlygą. 10 klausimas netiesiogiai leidžia manyti, kad į Direktyvą 2014/24/ES atsižvelgti bus draudžiama, jeigu ji „prieštarauja Direktyvai 2004/18/EB“. Tai išplaukia iš teisinio tikrumo principo, draudžiantį atgaline data taikyti teisės aktą, kuris nėra taikytinas *ratione temporis* [28] .

62. Šiame klausime svarbiausios Direktyvos 2014/24/ES nuostatos, kurios patikslina Direktyvą 2004/18/EB arba Teisingumo Teismo sprendimus, kuriuose tos nuostatos taikomos, kai tarp šių teisės aktų nėra loginių prieštaravimų: senesnėje Direktyvoje nagrinėjamas klausimas nereguliuojamas arba reguliuojamas neišsamiai.

63. Mano nuomone, teisinio tikrumo principas reiškia, kad besąlyginės Direktyva 2014/24/ES paremtos taisyklės arba sąlygos negali būti taikomos kaip Direktyvos 2004/18/EB „aiškinimas“ per viešųjų pirkimų procedūras dalyvaujančių ūkio subjektų nenaudai. Tačiau jeigu teisės aktų leidėjas atitinkamomis Direktyvos 2014/24/ES nuostatomis siekė didesnio esamų teisės aktų ir teismo praktikos suderinimo, o ne jį nutraukti, tomis nuostatomis kaip aiškinimo sąlyga galima remtis aiškinant Direktyvą 2004/18/EB.

26 — Ten pat, 30 punktas. Be to, pridurtina, kad šis požiūris atitinka poziciją, suformuluotą Teisingumo Teismo sprendimo *Monsees* (C-350/97, EU:C:1999:242) 27 punkte ir Sprendimo *Komisija / Prancūzija* (C-337/98, EU:C:2000:543) 38–39 punktuose.

27 — Sprendimo *Generali-Providencia Biztosító* (C-470/13, EU:C:2014:2469) 37 punktas. Taip pat atkreipiu dėmesį, kad generalinė advokatė J. Kokott, grįsdama Direktyvos 93/37/EEB dėl viešojo darbų pirkimo sutarčių sudarymo tvarkos derinimo (OL L 199, 1993, p. 54; 2004 m. specialusis leidimas lietuvių k., 6 sk., 2 t., p. 163) aiškinimą, savo išvados, kurią pateikė byloje *Auroux ir kt.* (C-220/05, EU:C:2006:410), 50 punkte rėmėsi Direktyvos 2004/18/EB nuostata, nors ji dar nebuvo aktuali *ratione temporis*. Sprendimo *Auroux ir kt.* (C-220/05, EU:C:2007:31) 61 punkte Teisingumo Teismas pažymėjo, kad ta Direktyvos 2004/18/EB nuostata „*ratione temporis* netaikoma faktinėms pagrindinės bylos aplinkybėms“. Taip pat žr. generalinio advokato N. Wahl išvados byloje *Azienda Sanitaria Locale Nr. 5 „Spezzino“ ir kt.* (C-113/13, EU:C:2014:291) 40 punktą ir Teisingumo Teismo sprendimą, kad Direktyva 2014/24/ES neaktuali, Sprendimo *Azienda Sanitaria Locale Nr. 5 „Spezzino“ ir kt.* (C-113/13, EU:C:2014:2440) 8 punkte.

28 — Šiuo atveju atkreiptinas dėmesys į klasikinę Teisingumo Teismo formuluotę, pateiktą Sprendimo *Fédesa ir kt.* (C-331/88, EU:C:1990:391) 45 punkte: „Teisinio saugumo principas iš esmės draudžia nustatyti, kad Bendrijos teisės aktas pradeda galioti anksčiau, nei buvo paskelbtas. Kitaip gali būti tais išimtiniais atvejais, kai to reikalauja siekiamas tikslas ir yra tinkamai atsižvelgiama į suinteresuotųjų asmenų teisėtus lūkesčius“. Tokių grįžtamosios galios prielaidų šioje byloje nėra.

64. Dėl šių priežasčių siūlau į 10 klausimą atsakyti taip, kad aiškinant Direktyvos 2004/18/EB nuostatas galima vadovautis Direktyvos 2014/24/ES nuostatų ir preambulės turiniu, nors dar nesibaigė šios direktyvos perkėlimo terminas, tiek, kiek joje kodifikuojama arba patikslinama teismo praktika taikant Direktyvą 2004/18/EB, tačiau jeigu tai neprieštarauja Direktyvos 2004/18/EB nuostatoms ir nenustatomos besąlyginės taisyklės ar sąlygos ūkio subjektų nenaudai

V – **Išvada**

65. Dėl nurodytų priežasčių siūlau Teisingumo Teismui pateikti tokius atsakymus į *Krajowa Izba Odwoławcza* klausimus:

1, 2, 3, 5 ir 6 klausimai

Europos Parlamento ir Tarybos direktyvos 2004/18/EB dėl viešojo darbų, prekių ir paslaugų pirkimo sutarčių sudarymo tvarkos derinimo 44 straipsnis ir 48 straipsnio 3 dalis kartu su jos 2 straipsniu aiškintini taip, kad sąvoka „atitinkamais atvejais“ iš esmės neriboja aplinkybių, kuriomis ūkio subjektas gali remtis kitų subjektų pajėgumais, siekdamas įrodyti perkančiajai organizacijai savo techninius ir (arba) profesinius pajėgumus, būtinus vykdyti tam tikrą viešojo pirkimo sutartį. Ūkio subjekto ir trečiosios šalies teisinių santykių pobūdis yra nesvarbus, tačiau ūkio subjektas perkančiajai organizacijai turi įrodyti, kad jam iš tiesų yra prieinami visi sutarties sąlygoms įvykdyti būtini ištekliai. Konkurso dalyvis gali remtis kitų subjektų pajėgumais siekdamas įrodyti savo techninius ir (arba) profesinius pajėgumus, kiek tai neviršija apribojimų, kylančių iš sutarties, kurią būtina vykdyti, pobūdžio ir tikslo.

4 klausimas

Direktyvos 2004/18/EB 48 straipsnio 3 dalis kartu su jos 2 straipsniu aiškintina taip, kad skelbime apie pirkimą arba sutarties sąlygų specifikacijose perkančioji organizacija turi apibūdinti visas sąlygas, kurioms esant negalima remtis Direktyvos 2004/18/EB 48 straipsnio 3 dalimi siekiant įrodyti atitiktį reikalavimams, susijusiems su minimaliais pajėgumais. Tačiau skelbime apie pirkimą arba specifikacijose perkančioji organizacija negali nustatyti specialių sąlygų arba taisyklių, susijusių su tuo, ar konkurso dalyviai gali remtis kitų subjektų pajėgumais ir kaip jie tai gali daryti.

7 klausimas

Tais atvejais, kai galima pateikti pasiūlymą dėl atskirų pirkimo dalių, Direktyvos 2004/18/EB 2 straipsnyje įtvirtintas vienodo požiūrio ir ūkio subjektų nediskriminavimo principas neleidžia jam po pasiūlymų pateikimo nurodyti, prie kurios pirkimo dalies reikėtų priskirti jo nurodytus išteklius, turinčius įrodyti, kad tenkinamos dalyvavimo konkurse sąlygos.

8 ir 9 klausimai

Pagal Direktyvos 2004/18/EB 2 straipsnį elektroninį aukcioną reikalaujama pripažinti negaliojančiu ir surengti pakartotinai, jeigu dalyvavimo viešojo pirkimo konkurse reikalavimus atitikęs kandidatas nebuvo pakviestas jame dalyvauti.

10 klausimas

Direktyva 2014/24/ES galima vadovautis aiškinant Direktyvą 2004/18/EB, nepaisant to, kad dar nesibaigė Direktyvos 2014/24/ES perkėlimo laikotarpis, tačiau tik tiek, kiek joje kodifikuojama arba patikslinama teismo praktika taikant Direktyvą 2004/18/EB, ir tik jeigu atitinkamos Direktyvos 2014/24/ES nuostatos neprieštarauja Direktyvai 2004/18/EB ir nenustatomos privalomos taisyklės ar sąlygos ūkio subjektų nenaudai.