Zbirka odločb sodne prakse

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA
NIILA JÄÄSKINENA,
predstavljeni 8. septembra 2015 [1]

Zadeva C-324/14

PARTNER Apelski Dariusz
proti
Zarząd Oczyszczania Miasta(Predlog za sprejetje predhodne odločbe,

ki ga je vložilo Krajowa Izba Odwoławcza (Poljska))

„Javno naročilo — Direktiva 2004/18/ES — Člen 48(3) — Tehnološka in poklicna zmogljivost gospodarskega subjekta — Sklicevanje ponudnikov na zmogljivosti drugih subjektov, ‚če je primerno' — Narava povezav med ponudnikom in temi drugimi subjekti — Oblika in stopnja uporabe zmogljivosti drugih subjektov — Podrobnosti, ki se zahtevajo v razpisu za oddajo naročila — Upoštevnost Direktive 2014/24/EU za razlago Direktive 2004/18"

I – **Uvod**

1. Ta predlog Krajowa Izba Odwoławcza (nacionalna revizijska komisija) za sprejetje predhodne odločbe se nanaša na pravni vprašanji, ki sta upoštevni na področju prava javnega naročanja, in vprašanje, ki se nanaša na širše vprašanje obsega, v katerem je mogoče direktivo, ki v upoštevnem obdobju *ratione temporis* še ni začela veljati in katere rok za prenos še ni potekel, uporabiti kot pomoč pri razlagi direktive, ki jo bo nadomestila.

2. Vsebinsko je Zarząd Oczyszczania Miasta (uprava za mestno komunalo, v nadaljevanju: naročnik), organizacijska enota glavnega mesta Varšave, iz postopka za oddajo javnega naročila za mehansko čiščenje cest glavnega mesta Varšave izločila podjetje PARTNER Dariusz Apelski (v nadaljevanju: PARTNER). To je storila zato, ker ni bil prepričana, da bo podjetje PARTNER ustrezno izvedlo naročilo, ker je del njegove ponudbe zajemal storitve, ki naj bi jih opravila tretja oseba iz drugega, sorazmerno oddaljenega poljskega mesta.

3. Krajowa Izba Odwoławcza v prvi skupini vprašanj, ki jih je predložilo, Sodišče v bistvu – če ne celo izključno – sprašuje, kateri dokaz se zahteva od gospodarskega subjekta, kadar se pri posameznem naročilu sklicuje na „zmogljivosti drugih subjektov" v skladu s členom 48(3) Direktive 2004/18/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 31. marca 2004 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil gradenj, blaga in storitev. [2] Ta vprašanja zajemajo vprašanja v zvezi z vsebino razpisa za oddajo naročila in pojasnjevanjem ponudbe. Z drugo skupino vprašanj se sprašuje, v katerih okoliščinah se elektronska dražba, ki jo je naročnik že izvedel, razveljavi zaradi nepravilnosti v postopku naročanja.

1 — Jezik izvirnika: angleščina.

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

4. Nazadnje, z zadnjim vprašanjem se Sodišče sprašuje, ali je mogoče Direktivo 2014/24/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o javnem naročanju in razveljavitvi Direktive 2004/18/ES[3] uporabiti kot vodilo za razlago Direktive 2004/18 za rešitev obravnavanega problema, čeprav Direktiva 2014/24 na datum objave postopka za oddajo naročila še ni začela veljati.

II – **Pravni okvir**

A – *Direktiva 2004/18*

5. Člen 2 Direktive 2004/18, naslovljen „Načela za oddajo naročil“, določa, da morajo „[n]aročniki […] obravnavati gospodarske subjekte enakopravno in nediskriminacijsko ter delovati transparentno.“

6. Člen 44 Direktive 2004/18, naslovljen „Preverjanje sposobnosti in izbor udeležencev ter oddajanje naročil“, določa:

„1. Naročila se morajo oddati na podlagi meril za ocenjevanje iz členov 53 in 55, upoštevajoč člen 24, potem ko naročniki preverijo sposobnost gospodarskih subjektov, ki niso izključeni po členih 45 in 46, v skladu s pogoji za udeležbo glede na gospodarski in finančni položaj, strokovno in tehnično znanje ali sposobnost iz členov 47 do 52 ter, kjer je to primerno, v skladu z nediskriminacijskimi pravili in kriteriji iz odstavka 3.

2. Naročniki lahko od kandidatov in ponudnikov zahtevajo minimalno stopnjo usposobljenosti v skladu s členi 47 in 48.

Količina informacij iz členov 47 in 48 ter zahtevane minimalne stopnje usposobljenosti za posamezno naročilo morajo biti povezane in sorazmerne s predmetom naročila.

Te minimalne stopnje se navedejo v razpisu za oddajo naročila.

[…].“

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

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

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

(a) (i) […]

(ii) s seznamom najpomembnejših dobav blaga ali opravljenih storitev v zadnjih treh letih, skupaj z zadevnimi zneski, datumi in javnimi ali zasebnimi prejemniki.

[…].

3 — UL L 94, str. 65.

3. Gospodarski subjekt se lahko, če je to primerno in v zvezi s posameznim naročilom, sklicuje na zmogljivosti drugih subjektov, ne glede na pravno naravo povezave z njimi. V tem primeru mora naročniku predložiti dokazilo, da bo imel na voljo potrebna sredstva za izvedbo naročila, na primer s predstavitvijo obveznosti navedenih subjektov, da gospodarskemu subjektu dajo na voljo potrebna sredstva.

[…].“

8. Člen 51 Direktive 2004/18, naslovljen „Dodatni dokumenti in informacije“, določa, da lahko „[n]aročnik […] zahteva od gospodarskih subjektov, da predložijo dodatke k potrdilom, ki se zahtevajo v skladu s členoma 45 in 50.“

9. Člen 54 Direktive 2004/18, naslovljen „Uporaba elektronskih dražb“, določa:

„1. Države članice lahko določijo možnost, da naročniki uporabljajo elektronske dražbe.

[…].

4. Pred začetkom postopka elektronske dražbe morajo naročniki opraviti začetno ocenjevanje ponudb v skladu z merilom/merili za ocenjevanje in z utežmi, ki so za njih določene.

Vsi ponudniki, ki so predložili dopustne ponudbe, se po elektronski poti hkrati povabijo k predložitvi novih cen in/ali novih vrednosti; […]

[…]

8. Po zaključku elektronske dražbe morajo naročniki oddati naročilo v skladu s členom 53 na podlagi izidov elektronske dražbe.

Naročniki ne smejo uporabljati elektronske dražbe nepravilno ali na tak način, da ovirajo, omejujejo ali izkrivljajo konkurenco ali spreminjajo predmet naročila, kakor je določen v javnem razpisu in opredeljen v razpisni dokumentaciji.“

B – *Direktiva 2014/24*

10. Člen 63 Direktive 2014/24, naslovljen „Uporaba zmogljivosti drugih subjektov“, določa:

„1. Glede pogojev v zvezi z ekonomskim in finančnim položajem iz člena 58(3) ter pogojev v zvezi s tehnično in strokovno sposobnostjo iz člena 58(4) lahko gospodarski subjekt po potrebi za posamezno naročilo uporabi zmogljivosti drugih subjektov, ne glede na pravno razmerje med njim in temi subjekti. Glede pogojev v zvezi z izobrazbo in strokovno usposobljenostjo iz točke (f) dela XII Priloge II ali ustreznimi poklicnimi izkušnjami pa lahko gospodarski subjekti uporabijo zmogljivosti drugih subjektov le, če bodo ti izvajali gradnje ali storitve, za katere se zahtevajo te zmogljivosti. Če želi gospodarski subjekt uporabljati zmogljivosti drugih subjektov, javnemu naročniku dokaže, da bo imel na voljo potrebna sredstva, na primer s predložitvijo zagotovil teh subjektov v ta namen.

[…]

2. Javni naročniki lahko v zvezi z javnimi naročili gradenj, javnimi naročili storitev in javnimi naročili blaga, ki vključujejo namestitvena ali inštalacijska dela, zahtevajo, da nekatere ključne naloge opravi neposredno ponudnik sam […].“

11. Člen 90(1) Direktive 2014/24, naslovljen „Prenos in prehodne določbe“, določa, da „[d]ržave članice uveljavijo zakone in druge predpise, potrebne za uskladitev s to direktivo, najpozneje do 18. aprila 2016. Komisiji nemudoma sporočijo besedilo navedenih ukrepov.“ Direktiva 2014/24 je v skladu s členom 93 začela veljati dvajseti dan po objavi v Uradnem listu Evropske unije 28. marca 2014.

III – **Dejansko stanje, postopek in vprašanja za predhodno odločanje**

12. Naročnik je izvedel postopek za oddajo javnega naročila za „celovito mehansko čiščenje cest glavnega mesta Varšave pozimi in poleti v obdobju od 2014 do 2017 – Etapa I“. Postopek je bil objavljen v Uradnem listu Evropske unije z dne 24. decembra 2013, saj je vrednost naročila prekoračila pragove Unije. Naročnik je predmet naročila razdelil na 8 delov, ki so zajemali določene mestne četrti Varšave, in dopustil predložitev delnih ponudb, pri čemer število delov, za katere je lahko gospodarski subjekt predložil ponudbo, ni bilo omejeno. Postopek je bil izveden kot odprti postopek (neomejeni postopek oddaje naročila), za katerega je bila predvidena izvedba elektronske dražbe.

13. Čiščenje pozimi obsega preprečevanje in odstranjevanje poledice s posipanjem in pluženjem cest, ki spadajo pod kategorije mestnih cest, vojvodskih cest, okrožnih cest in občinskih cest, po katerih se odvija mestni javni promet. Čiščenje poleti zajema pometanje in mokro čiščenje ulic. Glede na razpisno dokumentacijo so morali gospodarski subjekti dokazati, da so v zadnjih 3 letih pred potekom roka za predložitev ponudb oziroma, če je bilo trajanje opravljanja dejavnosti krajše, v zadevnem času izvedli ali izvajali zimsko čiščenje ulic, pri čemer je vrednost naročila presegala 1.000.000 PLN.

14. Naročnik je opozoril na to, da se pri oceni, ali je ta pogoj izpolnjen, upoštevajo samo take storitve, pri katerih je bil uporabljen tako imenovan postopek z vlažno soljo za preprečevanje in odstranjevanje poledice.[4] Naročnik je opozoril tudi na to, da morajo gospodarski subjekti, če predložijo ponudbe za več kot en del naročila, izvedbo zadevnih storitev dokazati z ustrezno višjo vrednostjo naročila, to pomeni 1.000.000 PLN, pomnoženo s številom delov naročila, za katere predložijo ponudbo. Torej je moral gospodarski subjekt, ki je predložil ponudbe za 8 delov naročila, dokazati, da je izvedel zadevne storitve v vrednosti vsaj 8.000.000 PLN.[5]

15. Podjetje PARTNER je na seznamu storitev, ki je bil priložen njegovi ponudbi, navedlo štirinajst storitev, pri dvanajstih se je sklicevalo na lastne izkušnje, pri dveh pa na izkušnje družbe PUM Sp. z o.o. (v nadaljevanju: PUM) s sedežem v Grudziądzu (približno 227 kilometrov od Varšave) kot drugega subjekta, na katerega sredstva se podjetje PARTNER sklicuje. Podjetje PARTNER je svoji ponudbi priložilo zavezo družbe PUM, „da bo dala na voljo potrebna sredstva“. Iz zaveze je razviden način uporabe virov, danih na voljo, in sicer svetovalne storitve, med njimi, med drugim, usposabljanje delavcev gospodarskega subjekta, posvetovalne storitve, namenjene gospodarskemu subjektu, med njimi podpora pri reševanju težav, do katerih bi lahko prišlo med izvedbo naročila.

16. Potem ko je naročnik 11. marca 2014 obvestil podjetje PARTNER o svojem mnenju, da gospodarski subjekt nima potrebnih sredstev za izvedbo naročila, je podjetje PARTNER 18. marca 2014 odgovorilo, da bi naročnik, če bi navedene izkušnje obravnaval kot nezadostne, moral upoštevati njegove ostale izkušnje v naslednjem vrstnem redu: deli V, I, II, III, VIII, IV, VII, VI. Pri tem je navedlo, da če gospodarski subjekt predloži ponudbo za več delov naročila, se lahko to ponudbo obravnava ločeno za vsakega od teh delov. Zato morebitna izločitev gospodarskega subjekta in zavrnitev njegove ponudbe ne bi smela veljati za celotno naročilo, temveč samo za posamezne dele, za katere gospodarski subjekt ni izpolnil pogojev.

4 — To je z uporabo natrijevega klorida ali mešanice natrijevega klorida in kalcijevega klorida, ki se med posipanjem navlaži in postane solna raztopina.

5 — V predlogu za sprejetje predhodne odločbe je navedeno, da je naročnik na ustni obravnavi pred nacionalnim sodiščem pojasnil, da je ocenil izpolnjevanje tega pogoja tako, da je vrednost vseh navedenih in priznanih naročil seštel in nato delil z 1.000.000, s čimer je ugotovil število delov naročila, za katere je posamezni gospodarski subjekt izpolnil zadevni pogoj.

17. Naročnik ni upošteval niti delnih izkušenj podjetja PARTNER in ga je izločil iz postopka v skladu s členom 24(2), točka 4, zakona o javnih naročilih (Ustawa PZP)[6] zaradi manjkajočih dokazov o izpolnjevanju pogojev za sodelovanje v postopku. Naročnik je ugotovil, da ob upoštevanju posebnosti del, ki jih je treba opraviti, potrebnih znanj topografije mesta, zahtevanih časovnih normativov za doseganje določenega standarda za zimsko vzdrževanje cest itd. pravilna izpolnitev obveznosti, ki izhaja iz izvedenega postopka, ni mogoča brez osebnega sodelovanja družbe PUM pri izvedbi. Nato je naročnik organiziral elektronsko dražbo, k sodelovanju na kateri podjetje PARTNER ni bilo povabljeno.

18. Podjetje PARTNER je v pritožbi, vloženi pri Krajowa Izba Odwoławcza, naročniku očitalo napačen preizkus in ocenitev ponudbe. Navedlo je, da naročnik v razpisni dokumentaciji ni navedel, da je mogoče pogoj v zvezi z znanjem in izkušnjami izpolniti, če subjekt, ki je podjetju PARTNER dal na voljo znanje in izkušnje, osebno sodeluje pri izvedbi naročila, in da morajo izkušnje obsegati konkretna topografska znanja.

19. Krajowa Izba Odwoławcza je v skladu s členom 267 PDEU Sodišču v predhodno odločanje predložilo ta vprašanja:

„1. Ali je treba člen 48(3) v povezavi s členom 2 Direktive 2004/18[…] razlagati tako, da je s tem, da je tam določeno, da se lahko gospodarski subjekt, ‚če je to primerno', sklicuje na zmogljivosti drugih subjektov, mišljen vsak primer, v katerem posamezen gospodarski subjekt ni usposobljen tako, kot zahteva naročnik, in se želi sklicevati na zmogljivosti drugih podjetij? Ali pa je treba napotek, da se lahko gospodarski subjekt, ‚če je to primerno', sklicuje na zmogljivosti drugih subjektov, obravnavati kot omejitev v tem smislu, da je tako sklicevanje v okviru dokazovanja usposobljenosti gospodarskega subjekta v postopku oddaje naročila dopustno samo izjemoma in ne kot pravilo?

2. Ali je treba člen 48(3) v povezavi s členom 2 Direktive 2004/18 razlagati tako, da sklicevanje gospodarskega subjekta na zmogljivosti drugih podjetij, ‚ne glede na pravno naravo povezave z njimi', in to, da ‚bo imel na voljo potrebna sredstva' teh podjetij, pomeni, da gospodarskemu subjektu pri izvedbi naročila ni treba imeti nobenih ali pa ima lahko zgolj ohlapne in nedoločne povezave s temi podjetji, drugače povedano, da lahko naročilo izvede samostojno (brez sodelovanja drugih podjetij) oziroma da se med drugim ‚svetovanje', ‚posvetovanje' in ‚usposabljanje' lahko šteje za tako sodelovanje? Ali pa je treba člen 48(3) Direktive 2004/18 razlagati tako, da mora podjetje, na katerega zmogljivosti se sklicuje gospodarski subjekt, dejansko in osebno izvesti naročilo v obsegu, v katerem so bile njegove zmogljivosti navedene?

3. Ali je treba člen 48(3) v povezavi s členom 2 Direktive 2004/18 razlagati tako, da se lahko gospodarski subjekt, ki sicer ima svoje izkušnje, čeprav v manjšem obsegu, kot bi jih predstavil naročniku (na primer ne zadostujejo, da bi lahko oddal ponudbo za izvedbo celotnega naročila), dodatno sklicuje na zmogljivosti drugih podjetij, da bi izboljšal svoje možnosti v postopku oddaje naročila?

4. Ali je treba člen 48(3) v povezavi s členom 2 Direktive 2004/18 razlagati tako, da lahko naročnik v razpisu za oddajo naročila ali v razpisni dokumentaciji določi načela (ali jih celo mora določiti), v skladu s katerimi se lahko gospodarski subjekt sklicuje na zmogljivosti drugih podjetij, na primer kako mora drugo podjetje sodelovati pri izvedbi naročila, kako so lahko usposobljenosti gospodarskega subjekta in drugega podjetja povezane, ali drugo podjetje solidarno odgovarja skupaj z gospodarskim subjektom za pravilno izvedbo naročila v obsegu, v katerem se gospodarski subjekt sklicuje na zmogljivosti drugega podjetja?

6 — Ustawa Prawo zamówień publicznych (zakon o javnih naročilih) (prečiščeno besedilo, Dziennik Ustaw iz leta 2013, poglavje 907). Člen 24(2), točka 4, določa: „Iz postopka oddaje naročila se izključijo tudi gospodarski subjekti, ki: […] niso dokazali, da izpolnjujejo pogoje za sodelovanje v postopku."

5. Ali načelo enakopravnega in nediskriminatornega obravnavanja gospodarskih subjektov, določeno v členu 2 Direktive 2004/18, dopušča sklicevanje na zmogljivosti drugega podjetja v skladu s členom 48(3) Direktive, v okviru katerega so združene zmogljivosti dveh ali več podjetij, ki z vidika znanja in izkušenj nimajo zmogljivosti, ki jih zahteva naročnik?

6. Ali torej načelo enakopravnega in nediskriminatornega obravnavanja gospodarskih subjektov, določeno v členu 2 Direktive 2004/18, dopušča razlago členov 44 in 48(3) Direktive 2004/18 v tem smislu, da morajo biti pogoji za sodelovanje v postopku oddaje naročila, ki jih naročnik določi za sodelovanje v navedenem postopku, izpolnjeni le formalno, ne glede na dejansko usposobljenost gospodarskega subjekta?

7. Ali načelo enakopravnega in nediskriminatornega obravnavanja gospodarskih subjektov, določeno v členu 2 Direktive 2004/18, dopušča, da gospodarski subjekt, če je predložitev ponudbe za en del naročila dopustna, po oddaji ponudbe, na primer v okviru dopolnitve ali pojasnila dokazil, navede, na kateri del naročila se nanašajo zmogljivosti, navedene kot dokaz o izpolnjevanju pogojev za sodelovanje v postopku?

8. Ali načelo enakopravnega in nediskriminatornega obravnavanja gospodarskih subjektov, določeno v členu 2 Direktive 2004/18, ter načelo transparentnosti dopuščata, da se izvedena dražba razveljavi in se ponovi elektronska dražba, če v bistvu ni bila izvedena pravilno, ker na primer niso bili vsi gospodarski subjekti, ki so predložili dopustne ponudbe, povabljeni k sodelovanju?

9. Ali načelo enakopravnega in nediskriminatornega obravnavanja gospodarskih subjektov, določeno v členu 2 Direktive 2004/18, ter načelo transparentnosti dopuščata, da se naročilo odda gospodarskemu subjektu, katerega ponudba je bila uspešna na taki dražbi, ne da bi se dražba ponovila, če ni mogoče ugotoviti, ali bi sodelovanje neupoštevanih gospodarskih subjektov spremenilo izid dražbe?

10. Ali je mogoče pri razlagi določb Direktive 2004/18 uporabiti vsebino določb in uvodnih izjav Direktive 2014/24 – čeprav se rok za njen prenos še ni iztekel – kot vodilo za razlago, če pojasni določene domneve in namene zakonodajalca Unije in ni v nasprotju z določbami Direktive 2004/18?“

20. Pisna stališča so predložili podjetje PARTNER, družbi Remondis sp. z o.o. in MR Road Service sp. Z o.o., intervenientki v postopku v glavni stvari, španska, latvijska in poljska vlada ter Komisija. Vsi razen latvijske vlade so se udeležili obravnave 7. maja 2015, poleg njih pa še naročnik, čeprav ni predložil pisnih stališč.

IV – **Analiza**

A – *Vprašanja v zvezi s sklicevanjem na tehnične in poklicne zmogljivosti drugega gospodarskega subjekta (prvo, drugo, tretje, peto in šesto vprašanje)*

21. V skladu s temi vprašanji, ki jih bom obravnaval skupaj, nacionalno predložitveno sodišče v bistvu sprašuje za usmeritev v okoliščinah, v katerih se lahko ponudnik za posamezno naročilo sklicuje na zmogljivosti drugih subjektov v zvezi s tehnično in/ali poklicno sposobnostjo, kadar predloži ponudbo za posamezno naročilo. Ta možnost je določena v členu 48(3) Direktive 2004/18. Menim, da ta vprašanja zajemajo tri probleme. To so (1) upravičenost ponudnika, da se sklicuje na zunanje zmogljivosti za izpolnitev zahtev naročila v zvezi s tehnično in/ali poklicno sposobnostjo, (2) dejanska razpoložljivost zmogljivosti tretjih oseb in (3) ali so take zmogljivosti prenosljive, tako da se je nanje mogoče sklicevati glede na naravo in cilj zadevnega naročila. Seveda je člen 2, ki vsebuje splošno načelo nediskriminacije in preglednosti, upošteven pri odgovoru na vsa vprašanja.

22. Uvodoma je koristno opozoriti na razliko med sklicevanjem na zmogljivosti drugih subjektov po členu 48(3) Direktive 2004/18 in oddajo naročil podizvajalcem po njenem členu 25. Kot je v pisnih stališčih opozorila Španija, se ti dve pravni ureditvi razlikujeta v dveh vidikih. Pri sklicevanju na zmogljivosti tretjih oseb se te združijo z zmogljivostmi ponudnika pred oddajo naročila, medtem ko se oddaja naročil podizvajalcem sklene ob izvedbi naročila. Drugič, oddaja naročil podizvajalcem je pogojena z omejitvami, ki se ne uporabljajo za sklicevanje na zmogljivosti tretjih oseb.[7]

1. Upravičenost gospodarskega subjekta, da se sklicuje na zunanje zmogljivosti

23. Kar zadeva besedno zvezo „če je to primerno“ v členu 48(3) Direktive 2004/18, to ne nalaga nobene vsebinske omejitve glede okoliščin, v katerih se lahko gospodarski subjekt sklicuje na vire tretje osebe pri oddaji ponudbe za javno naročilo.

24. V sklepnih predlogih v zadevi Swm Costruzioni 2 in Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:130) sem opozoril, da iz besedila člena 48(3) Direktive 2004/18 izhaja, da je gospodarskim subjektom priznana pravica, da izberejo tak način izpolnitve pogojev za udeležbo, če lahko dokažejo, da so jim sredstva drugih subjektov, ki so potrebna za izvedbo naročila, dejansko na voljo.[8] Ta razlaga je najbolj v skladu s ciljem odpiranja javnih naročil najširši možni konkurenci in spodbujanja dostopa do njih za majhna in srednje velika podjetja.

25. Poleg tega je Sodišče v sodbi Holst Italia (C-176/98, EU:C:1999:593) – pozneje je bilo to potrjeno v členu 48(3) Direktive 2004/18 – razsodilo, da ni upoštevna pravna narava povezav med gospodarskim subjektom in tretjim subjektom ali subjekti, na katere se želi sklicevati.[9]

26. Ob upoštevanju sodne prakse Sodišča torej načeloma ne more biti nobenega ugovora zoper to, da se ponudnik dodatno sklicuje na zmogljivosti drugih subjektov, da izboljša svoj položaj v postopku oddaje naročila. Vendar so pri tem omejitve, ki jih bom obravnaval v nadaljevanju. Kot je navedeno v pisnih stališčih Komisije, je pomembno to, da ponudnik *dejansko ima na voljo* zmogljivosti drugih subjektov, da lahko ustrezno izvede naročilo. Ni potrebno, da je to „razpolaganje“ v posebni pravni obliki.

2. Dejanska razpoložljivost zmogljivosti tretje osebe, na katere se sklicuje ponudnik

27. Ponudniki, ki se sklicujejo na sredstva drugih, morajo ne glede na zgoraj navedeno dokazati, da so jim ta dejansko na voljo.[10] S tega vidika je mogoče člen 48(3) Direktive 2004/18 najbolje razumeti tako, da nalaga dokazno zahtevo, presoja tega dokaza pa je prepuščena naročniku. V skladu s členom 44(1) Direktive 2004/18 naročniki preverijo sposobnost kandidatov in ponudnikov v skladu z merili iz členov od 47 do 52 Direktive 2004/18.[11] Drugače povedano, kot sta na obravnavi poudarila naročnik in Poljska, mora naročnik zagotoviti, da uspešni ponudnik lahko dejansko ustrezno izvede naročilo.

7 — Člen 25 Direktive 2004/18 določa, da naročnik lahko v razpisni dokumentaciji zahteva oziroma država članica lahko od njega zahteva, da obveže ponudnika, da v svoji ponudbi navede vsak del naročila, ki ga morebiti namerava dati v podizvajanje tretji osebi, ter vse predlagane podizvajalce. Določba še določa, da to ne sme posegati v vprašanje osnovne odgovornosti gospodarskega subjekta.

8 — Prav tam, odstavek 24. Glej med drugim tudi sodbe Siemens in ARGE Telekom (C-314/01, EU:C:2004:159, točka 46), Ballast Nedam Groep (C-389/92, EU:C:1994:133) in Ballast Nedam Groep (C-5/97, EU:C:1997:636).

9 — Sklepni predlogi generalnega pravobranilca N. Jääskinena v zadevi Swm Costruzioni in Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:130, točka 22). To stališče nadgrajuje ugotovitve Sodišča v sodbah Ballast Nedam Groep (C-5/97, EU:C:1997:636) in Ballast Nedam Groep (C-389/92, EU:C:1994:133), v katerih so se zadevna pravna razmerja nanašala na podjetja v isti skupini. Glej točke od 22 do 22 navedenih sklepnih predlogov.

10 — Glej moje sklepne predloge v zadevi Swm Costruzioni 2 in Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:130, točka 23).

11 — Sodba Swm Costruzioni 2 in Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, točka 26). Podobno glej sodbo Holst Italia (C-176/98, EU:C:1999:593, točka 28).

28. Cilj določb Direktive 2004/18 v zvezi s sodelovanjem tretjih oseb pri izvajanju javnih naročil je preprečiti položaj, v katerem bi bilo podjetje upravičeno do možnosti oddaje naročila, čeprav nima potrebnih sredstev za izvedbo naročila. Člen 48(3) Direktive 2004/18 zato prepoveduje naročniku, da bi zgolj formalno pristopil k dokazu ponudnika, ker je zavezan z določenimi obveznostmi. Drugače povedano, ni sprejemljivo, da bi se ponudniki sklicevali na zmogljivosti tretjih oseb, če bi to počeli zgolj zaradi formalnega izpolnjevanja minimalnih pogojev glede zmogljivosti iz razpisa za oddajo javnega naročila.

3. Prenosljivost tehnoloških in/ali poklicnih sposobnosti

29. Sodišče je v sodbi Swm Costruzioni 2 in Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646) člena 47(2) in 48(3) Direktive 2004/18 v povezavi s členom 44(2) Direktive 2004/18 razlagalo tako, da nasprotujeta splošnemu pravilu, ki gospodarskim subjektom, ki sodelujejo v postopku oddaje javnega naročila gradenj, prepoveduje sklicevanje na zmogljivosti več podjetij za isto kategorijo usposobljenosti. Vendar je Sodišče ugotovilo tudi, „da [lahko] obstajajo gradnje, ki so specifične in zahtevajo določeno sposobnost, ki je ni mogoče doseči s kumuliranjem manjših sposobnost več subjektov,“ in da bi „[v] takem primeru […] lahko naročnik […] utemeljeno zahteval, da minimalno stopnjo zadevne sposobnosti doseže en sam gospodarski subjekt“. [12]

30. Vendar pa je problem v tej zadevi to, ali so zmogljivosti v zvezi s tehnološko in poklicno sposobnostjo, določeni v razpisu za oddajo javnega naročila, prenosljive. Če niso, podjetje PARTNER ne more biti obravnavano kot ponudnik.

31. Prenosljivost tehnoloških zmogljivosti se nanaša na vprašanje, ali je mogoče tehnologijo ali know-how dejansko prenesti z enega gospodarskega subjekta na drugega, na primer s posvetovanjem ali svetovanjem. V pisnih stališčih strank so tudi vprašanja, ki se bolj nanašajo na to, ali je take zmogljivosti različnih subjektov nasploh mogoče dodajati, kar je po mojem mnenju pristop, ki ga je ubral zakonodajalec Unije v členu 48 Direktive 2004/18. Vendar se dejanski spor v postopku v glavni stvari nanaša na vprašanje, ali je bila tehnološka sposobnost družbe PUM prenosljiva na podjetje PARTNER, ne da bi prvonavedeni gospodarski subjekt sam neposredno sodeloval pri izvedbi naročila. Spor se ne nanaša zgolj na dodajanje podobnih zmogljivosti, kot so tiste, ki jih podjetje PARTNER že ima.

32. Veliko je odvisno od dejanskega stanja ter narave in predmeta naročila. Obstajajo zmogljivosti, ki so prenosljive. Predstavljajmo si naročilo ponudnika javnih zdravstvenih storitev v zvezi s presejalnim testiranjem za določene oblike raka z uporabo standardne tehnologije pri določeni skupini ljudi. Predstavljajmo si tudi, da je v razpisnih pogojih navedeno, da mora nejasne izvide potrditi specialist z določeno višjo poklicno usposobljenostjo. V takih okoliščinah ne bi smelo biti nobenega razloga, da se ponudnik ne bi smel sklicevati na tretjo osebo, ki naj bi zagotovila ustrezno posvetovanje. Če bi se naročilo nanašalo na presejalne teste z uporabo nove in nestandardne metodologije, pa bi naročnik lahko razumno zahteval, da mora ponudnik sam imeti upoštevno zmogljivost. Vprašanje je torej, kakšne so dejanske okoliščine oddaje naročila.

33. Kot sem torej že omenil, je treba upoštevati naravo vsakega naročila in potrebo, ki jo je treba zadovoljiti. O tem vprašanju mora presoditi nacionalno sodišče.

12 — Sodba Swm Costruzioni 2 in Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, točka 35).

34. Vprašanje, o katerem je treba prav tako presoditi v vsakem posamičnem primeru, je tudi to, ali lahko naročnik zahteva sodelovanje tretjega subjekta pri izvedbi naročila kot edino sredstvo za dokazovanje, da so upoštevne zmogljivosti na voljo zadevnemu ponudniku. Vse je odvisno od narave in cilja naročila. Menim, da si je lahko predstavljati primere, v katerih bi bila zadevna zaveza tako tehnično zahtevna, da bi jo morala izvesti tretja oseba z ustreznim znanjem, če se nekdo sklicuje na njene zmogljivosti, ne pa na podlagi svetovanja takega subjekta, upoštevno zavezo pa bi ponudnik sam izvedel.

4. Vmesni sklep

35. Na podlagi zgoraj navedenih ugotovitev je mogoče na prvo, drugo, tretje, peto in šesto vprašanje odgovoriti, da je treba člena 44 in 48(3) Direktive 2004/18 v povezavi s členom 2 navedene direktive razlagati tako, da besedna zveza „če je to primerno“ ne nalaga nobene vsebinske omejitve glede okoliščin, v katerih se lahko gospodarski subjekt sklicuje na zmogljivosti drugih subjektov zaradi dokazovanja naročniku, da bo imel zahtevano tehnološko in/ali poklicno sposobnost za izvedbo določenega javnega naročila. Pravna narava povezave med gospodarskim subjektom in tretjo osebo ni upoštevna, vendar mora biti gospodarski subjekt sposoben dokazati, da dejansko ima na voljo vsa sredstva za izvedbo naročila. Ponudnik se lahko sklicuje na zmogljivosti drugih subjektov zaradi dokazovanja njegove tehnološke in/ali poklicne sposobnosti, ob omejitvah, ki izhajajo iz narave in cilja naročila, katerega izvedba se zahteva.

B – *Razpis za oddajo naročila, razpisna dokumentacija in solidarna odgovornost (četrto vprašanje)*

36. S četrtim vprašanjem se v bistvu sprašuje, ali lahko naročnik v razpisu za oddajo naročila ali v razpisni dokumentaciji določi pravila (ali jih celo mora določiti), v skladu s katerimi se lahko ponudnik sklicuje na zmogljivosti drugih subjektov. Natančneje, ali lahko naročnik določi, kako mora ponudnik sodelovati pri izvedbi naročila, kako so lahko zmogljivosti ponudnika in drugih subjektov povezane, ali drugi subjekt solidarno odgovarja skupaj s ponudnikom za pravilno izvedbo naročila v obsegu, v katerem se ponudnik sklicuje na njegove zmogljivosti.

37. Španija je v svojih pisnih stališčih navedla, da bi bilo treba v razpisu za oddajo naročila ali razpisni dokumentaciji določiti pravila, v skladu s katerimi se lahko ponudnik sklicuje na zmogljivosti drugih subjektov, če so te zahteve sorazmerne in neposredno povezane s predmetom zadevne pogodbe. Tudi pisna stališča Poljske vsebujejo utemeljitve v tem smislu.

38. Vendar menim, da je pravilno stališče tisto, ki ga zagovarja Komisija. Zadnjenavedena v svojih pisnih stališčih navaja, da se ponudniki lahko sklicujejo na zmogljivosti tretjih subjektov, zato naročniki ne smejo nalagati nobenih izrecnih pogojev, ki bi to pravico omejevali. Ponudnik lahko določi, kako bo dostopal do teh zmogljivosti. Komisija pravilno dodaja, da je lahko za naročnika iz praktičnih razlogov nemogoče vnaprej predpisati načine, na katere se je mogoče sklicevati na zmogljivosti drugih, ne more vnaprej predvideti vse možnih scenarijev za uporabo zmogljivosti drugih. To je seveda pogojeno z odsotnostjo meril, kot so določena v sodni praksi iz sodbe Swm 2 costruzione v zvezi s položaji, v katerih je tako sklicevanje izključeno.

39. Za to vprašanje so upoštevna splošna načela, ki jih je Sodišče razvilo v zvezi z razpisom za oddajo naročila in razpisno dokumentacijo, in *načelo preglednosti*. Opozarjam, da je namen zahteve po preglednosti zagotoviti neobstoj tveganja samovolje naročnika,[13] in da načelo enakega obravnavanja in obveznost preglednosti prepovedujeta naročniku, da zavrne ponudbo, ki izpolnjuje zahteve naročila iz

13 — Sodba SC Enterprise Focused Solutions (C-278/14, EU:C:2015:228, točka 26 in navedena sodna praksa).

razlogov, ki niso navedeni v razpisni dokumentaciji.[14] Ugotavljam tudi, da člen 23(2) Direktive 2004/18 določa, da morajo tehnične specifikacije „omogočati enakopraven dostop vsem ponudnikom in ne smejo ustvarjati neupravičenih ovir za odpiranje javnih naročil konkurenci," v skladu s členom 23(3)(c) pa lahko tehnične specifikacije zajemajo izvedbene zahteve.

40. Menim, da če so izpolnjeni posebni pogoji, določeni v sodbi Swm Costruzioni 2 in Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, točka 35), in naročnik kot *pogoj za postopek o oddaji naročila* zahteva, da minimalno raven zadevnih zmogljivosti doseže samo en gospodarski subjekt, potem mora to navesti prej bodisi v razpisu za oddajo naročila in/ali v razpisni dokumentaciji. V takih okoliščinah je možnost sklicevanja na zmogljivosti tretjih oseb iz člena 48(3) Direktive 2004/18 izključena. To se zdi edini način za usklajenost z obveznostjo transparentnosti pri preizkusu ustreznosti kandidatov, ker sicer potencialni ponudniki ne bi bili obveščeni o vseh obveznih in brezpogojnih zahtevah v zvezi z minimalnimi zmogljivostmi.[15]

41. To pa je drugačno vprašanje od presoje, ali ponudnik, ki se sklicuje na zmogljivosti tretjih oseb, *dejansko* izpolnjuje pogoje za tehnološko in/ali poklicno sposobnost, ki se zahteva v razpisu za oddajo naročila. To je mogoče preizkusiti samo na podlagi ponudb, ko se primerjajo z zahtevami po sposobnosti iz razpisa za oddajo naročila in razpisno dokumentacijo v skladu z merili, ki so bila opisana zgoraj v okviru prvega, drugega, tretjega, petega in šestega vprašanja.

42. Nazadnje, v zvezi s solidarno odgovornostjo se je Komisija v svojih pisnih stališčih v podporo trditvi v njen prid opirala na člen 63(1), tretji pododstavek, Direktive 2014/24. Podjetje PARTNER in Španija pa na drugi strani trdita, da naložitev solidarne odgovornosti ni možna, ker je za izvedbo naročila odgovoren samo ponudnik, ki je sodeloval v postopku naročanja, in ne tretja oseba, na zmogljivosti katere se sklicuje.

43. Iz razlogov, ki jih bom navedel pri odgovoru na deseto vprašanje, iz Direktive 2014/24 pri uporabi Direktive 2004/18 ni mogoče izpeljati nobenih brezpogojnih pravil, kadar jih bodisi v Direktivi 2004/18 ni bodisi nalagajo podrobnejša pravila ali zahteve kot njene ustrezajoče določbe. Zato bi morala biti solidarna odgovornost izključena pred potekom roka za prenos Direktive 2014/24.

44. Iz teh razlogov bi moralo Sodišče na četrto vprašanje odgovoriti, da je treba člen 48(3) Direktive 2004/18 v povezavi z njenim členom 2 razlagati tako, da mora naročnik v razpisu za oddajo naročila ali v razpisni dokumentaciji določiti vsak pogoj, ki prepoveduje sklicevanje na člen 48(3) Direktive 2004/18 zaradi dokazovanja izpolnjevanja zahtev v zvezi z minimalnimi zmogljivostmi. Drugače naročnik v razpisu za oddajo naročila niti v razpisni dokumentaciji ne sme določiti izrecnih pogojev ali pravil v zvezi s tem, ali in kako se lahko ponudniki sklicujejo na zmogljivosti drugih subjektov.

14 — Prav tam, točka 28.

15 — Glej po analogiji sodno prakso o merilih za oddajo naročil, na primer sodbo Komisija/Francija (C-299/08, EU:C:2009:769, točka 41), v kateri je Sodišče razsodilo, da „tako načelo enakega obravnavanja kot obveznost transparentnega delovanja, ki iz njega izhaja, zahtevata jasno opredelitev cilja vsakega naročila in *meril za njegovo oddajo*" (poudarek dodan). Glej tudi sodbo ATI EAC e Viaggi di Maio in drugi (C-331/04, EU:C:2005:718), s katero so bile v točki 32 določene omejitve v zvezi z dodeljevanjem določene pomembnosti določenim podelementom meril za oddajo, in sodbo Universale-Bau in drugi (C-470/99, EU:C:2002:746, točka 100), po kateri je moral naročnik v razpisu za oddajo naročila ali razpisni dokumentaciji navesti pravila za dodeljevanje pomembnosti merilom za izbiro kandidatov, ki bi bili povabljeni k oddaji ponudb.

C – *Pojasnjevanje ponudb (sedmo vprašanje)*

45. S sedmim vprašanjem se v bistvu sprašuje, v kolikšnem obsegu lahko poteka dialog med naročnikom in ponudnikom, na primer v okviru dopolnjevanja ali pojasnjevanja dokumentov po predložitvi ponudb, kadar je možno ponudbo predložiti v več delih. V zvezi s tem opozarjam, da lahko naročnik v skladu s členom 51 Direktive 2004/18 zahteva od gospodarskih subjektov, da predložijo dodatke ali pojasnila k potrdilom in dokumentom, ki se zahtevajo v skladu z njenima členoma 45 in 50.

46. Menim, da lahko Sodišče na to vprašanje odgovori na kratko. Sodišče je že izključilo kakršno koli pogajanje med naročnikom in katerim koli ponudnikom. Naročniki pred zavrnitvijo ponudb ne smejo zahtevati pojasnil v zvezi s ponudbami, za katere menijo, da niso natančne ali v skladu s tehničnimi specifikacijami iz razpisne dokumentacije. [16]

47. Ko je ponudba predložena, je ni mogoče spremeniti niti na pobudo ponudnika niti na pobudo naročnika. [17] Zadnjenavedeni lahko izjemoma zahteva pojasnitev podrobnosti, kot je zgolj pojasnilo ali popravek očitnih materialnih napak, ne da bi predlagal ali sprejel kakršno koli spremembo ponudbe. [18]

48. Menim, da obveščanje v zvezi s prednostnim vrstnim redom delov naročila po predložitvi ponudb ni zgolj pojasnilo, ampak je vsebinska sprememba ponudbe. Sprejetje tega bi pomenilo kršitev načel poštene konkurence. To ne spada med izjemne okoliščine, v katerih je pojasnjevanje ponudb dopustno.

49. Zato menim, da bi bilo treba na sedmo vprašanje odgovoriti, da načelo enakega in nediskriminatornega obravnavanja gospodarskih subjektov iz člena 2 Direktive 2004/18, kadar je ponudbo dopustno oddati za več delov, ne dovoljuje, da bi gospodarski subjekt po oddaji ponudb navedel, kateremu delu je treba pripisati sredstva, ki jih je navedel kot dokaz, da so pogoji za sodelovanje v postopku izpolnjeni.

D – *Nepravilnosti pri elektronski dražbi (osmo in deveto vprašanje)*

50. Osmo in deveto vprašanje se nanašata na posledice, ki sledijo pri oddaji naročila, kadar ni bilo vsem sprejemljivim ponudnikom dovoljeno sodelovati pri elektronski dražbi.

51. V zvezi s tem uvodoma opozarjam na to, da so v skladu s členom 54(4), drugi pododstavek, Direktive 2004/18 „[v]si ponudniki, ki so predložili sprejemljive ponudbe, […] istočasno povabljeni z elektronskimi sredstvi, da predložijo nove cene in/ali nove vrednosti“. Člen 54(8) Direktive 2004/18 prepoveduje uporabo elektronskih dražb med drugim tako, da ovirajo ali izkrivljajo konkurenco. Poleg tega ugotavljam, da nacionalno sodišče ne sprašuje po pravnih sredstvih, ki so gospodarskim subjektom na voljo v zvezi z nepravilno elektronsko dražbo, [19] ampak po obveznostih naročnika v skladu z Direktivo 2004/18 v takem položaju.

16 — Sodba SAG ELV Slovensko in drugi (C-599/10, EU:C:2012:191, točki 36 in 37). Opozarjam, da v Direktivi 2004/18 obstajajo določbe o konkurenčnem dialogu v zvezi z nekaterimi zapletenimi naročili (člen 29) in postopkih s pogajanji (člen 30). Vendar te določbe niso upoštevne za obravnavano zadevo.

17 — Glej sodbo Manova (C-336/12, EU:C:2013:647), v kateri je Sodišče v točki 31 razsodilo, da „[n]ačelo enakega obravnavanja in zahteva po preglednosti nasprotujeta kakršnim koli pogajanjem med naročnikom in ponudnikom v okviru postopka oddaje javnih naročil, kar pomeni, da predložene ponudbe načeloma ni več mogoče spreminjati niti na pobudo naročnika niti na pobudo ponudnika. Iz tega izhaja, da naročnik od ponudnika, katerega ponudba po njegovi oceni ni natančna ali skladna s tehničnimi specifikacijami iz razpisne dokumentacije, ne more zahtevati pojasnil“.

18 — Sodba SAG ELV Slovensko in drugi (C-599/10, EU:C:2012:191, točki 40 in 41). Glej tudi sodbo Manova (C-336/12, EU:C:2013:647, točka 32).

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

52. Menim, da če bi bilo treba sprejemljivega ponudnika, ki izpolnjuje pogoje iz razpisa za oddajo naročila in tehničnih specifikacijah, v skladu s členom 54(4) 2004/18 povabiti k sodelovanju na elektronski dražbi, pa ni bil, potem iz zahteve po enakem in nediskriminatornem obravnavanju v skladu s členom 2 Direktive 2004/18 sledi, da bi bilo treba dražbo ponoviti. To velja ne glede na to, ali bi njegovo sodelovanje spremenilo izid dražbe.[20] To pomeni, da naročila ni mogoče oddati na podlagi takih nezakonitih ali nepravilnih elektronskih dražb.

53. Zato predlagam, naj se na osmo in deveto vprašanje odgovori, da člen 2 Direktive 2004/18 zahteva razveljavitev elektronske dražbe, če na elektronsko dražbo ni bil povabljen kandidat, ki izpolnjuje merila za sodelovanje pri oddaji naročila.

E – *Ali je mogoče Direktivo 2014/24 upoštevati pri razlagi Direktive 2004/18? (deseto vprašanje)*

54. Nacionalno predložitveno sodišče z desetim vprašanjem v bistvu sprašuje, ali je mogoče uporabiti vsebino določb in uvodnih izjav Direktive 2014/24 – čeprav se rok za njen prenos še ni iztekel – kot vodilo za razlago Direktive 2004/18 v delu, v katerem se s to pojasnjujejo določene domneve in nameni zakonodajalca Evropske unije in ni v nasprotju z Direktivo 2004/18.

55. To vprašanje je povezano z dejstvom, da člen 63(1) Direktive 2014/24, naslovljen „Uporaba zmogljivosti drugih subjektov“, določa pravila, ki se uporabljajo za ta položaj in so podrobnejša kot tista v Direktivi 2004/18. Člen 63(1) Direktive 2014/24 tako kot člen 48(3) Direktive 2004/18 določa, da „pravno razmerje“ med subjekti ni upoštevno. Vendar člen 63(1) Direktive 2014/24 dodaja, da lahko zadevni subjekt, kadar je odvisen od „izobrazbe in strokovne usposobljenosti“ ali „poklicnih izkušenj“, uporabi zmogljivosti drugih subjektov, le če bodo ti izvajali gradnje ali storitve, za katere se zahtevajo te zmogljivosti. Poleg tega člen 63(2) Direktive 2014/24 določa, da lahko naročniki zahtevajo, da ponudnik nekatere ključne naloge neposredno sam opravi.

56. Uvodoma ugotavljam, da se problem, ki ga obravnava nacionalno sodišče, nanaša na razmerje *med dvema zakonodajnima aktoma Unije*. Zato sodna praksa v zvezi z obveznostmi držav članic med rokom za prenos določene direktive[21] za razlago nacionalnega prava v tem roku[22] ni upoštevna.

57. Poleg tega opozarjam, da je Sodišče nedavno razsodilo, da v okoliščinah, v katerih je Direktiva 2014/24/EU začela veljati po tem, ko so se zgodila dejstva v postopku v glavni stvari, te ni mogoče uporabiti v tem sporu.[23] To je v skladu s tem, kar je predhodno razsodilo v okviru prehodnega obdobja med Direktivo Sveta 93/37/EGS z dne 14. junija 1993 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil za gradnje[24] in Direktivo 2004/18. Sodišče je v zadevi, v kateri je bila ponudba izključena iz postopka oddaje naročila pred datumom poteka roka za prenos Direktive 2004/18, razsodilo, da bi bilo „v nasprotju z načelom pravne varnosti, če bi se pravo, ki ga je treba uporabiti v zadevi v glavni stvari, določilo glede na datum oddaje javnega naročila“.[25] Zato je razsodilo, da se „Direktiva 2004/18 ne uporablja za odločitev, ki jo je sprejel naročnik v postopku za oddajo javnega naročila za gradnje pred iztekom roka za prenos te direktive“.[26] Vendar nacionalno sodišče v obravnavanem primeru ne sprašuje o podrobnejšem razmerju med posameznimi določbami stare in nove direktive, ampak prosi samo za splošno usmeritev.

20 — Podjetje PARTNER je na obravnavi izjavilo, da ni bilo povabljeno k sodelovanju na elektronski dražbi za oddajo zadevnega naročila.

21 — Glej na primer nedavne sklepne predloge generalne pravobranilke E. Sharpston v zadevi bpost (C-340/13, EU:C:2014:2302, točka 29), v katerih se sklicuje na sodbo Inter-Environnement Wallonie (C-129/96, EU:C:1997:628, točka 45); sodbo ATRAL (C-14/02, EU:C:2003:265, točka 58), in sodbo Nomarchiaki Aftodioikisi Aitoloakarnanias in drugi (C-43/10, EU:C:2012:560, točka 57).

22 — Prav tam, kjer se sklicuje na sodbo Adeneler in drugi (C-212/04, EU:C:2006:443, točki 122 in 123).

23 — Sodba Ambisig (C-601/13, EU:C:2015:204, točka 24).

24 — UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 6, zvezek 2, str. 163.

25 — Sodba Hochtief in Linde-Kca-Dresden (C-138/08, EU:C:2009:627, točka 29).

26 — Prav tam, točka 30. Dodajam, da je ta pristop v skladu s pristopom Sodišča v sodbah Monsees (C-350/97, EU:C:1999:242, točka 27) in Komisija/Francija (C-337/98, EU:C:2000:543, točke od 38 do 39).

58. Vendar se je Sodišče pri razlagi Direktive 2004/18 vsaj enkrat že oprlo tako na uvodno izjavo kot določbo Direktive 2014/24. Ni pa pojasnilo, zakaj je to storilo.[27]

59. Menim, da je treba razmerje med dvema zaporednima zakonodajnima aktoma Unije v smislu razlage obravnavati z ustreznim upoštevanjem namena zakonodajalca. Vendar besedilo desetega vprašanja pri tem ni v pomoč, ker ni jasno, ali so „določene domneve in namen[i] zakonodajalca [Evropske] [u]nije“ tisti iz okvira Direktive 2014/24 ali Direktive 2004/18.

60. Zdi se mi očitno, da se z Direktivo 2014/24 ne more pojasniti zakonodajnega namena Direktive 2004/18. Lahko pa iz preambule in določb Direktive 2014/24 izhaja, da je bil zakonodajni namen v zvezi z nekaterimi od njenih določb kodifikacija obstoječe sodne prakse, v kateri je bila Direktiva 2004/18 uporabljena. V takem primeru ni ovire za upoštevanje zadnjenavedene direktive pri razlagi prvonavedene. Na drugi strani pa nova direktiva, če je bil zakonodajni namen odstopiti od določb Direktive 2004/18 ali obstoječe sodne prakse, ne more biti vodilo pri razlagi prejšnje.

61. Na drugi strani pa nacionalno predložitveno sodišče omenja pridržek. V desetem vprašanju je premisa, da Direktive 2014/24 ni mogoče upoštevati, če je „v nasprotju z Direktivo 2004/18“. To seveda izhaja iz načela pravne varnosti, ki prepoveduje retroaktivno uporabo akta, ki se ne uporablja *ratione temporis*.[28]

62. Bistvo vprašanja pa so določbe Direktive 2014/24, ki dopolnjujejo Direktivo 2004/18 ali sodno prakso v delu, v katerem se ta uporablja, kadar ni nobenega logičnega nasprotja med aktoma in Direktiva 2004/18 v zvezi s tem ne določa ničesar ali je nenatančna.

63. Menim, da iz načela pravne varnosti izhaja, da brezpogojnih pravil ali pogojev, ki temeljijo na Direktivi 2014/24, ni mogoče uporabiti za „razlago“ Direktive 2004/18 v škodo gospodarskih subjektov, ki sodelujejo v postopkih oddaje naročil. Če pa je zakonodajni namen upoštevnih določb Direktive 2014/24 nadaljnja harmonizacija obstoječe zakonodaje in sodne prakse, ne pa njena prekinitev, potem pa ni ovire za njihovo uporabo kot vodilo za razlago Direktive 2004/18.

64. Iz teh razlogov predlagam, naj se na deseto vprašanje odgovori, da je mogoče pri razlagi določb Direktive 2004/18 uporabiti vsebino določb in uvodnih izjav Direktive 2014/24 – čeprav se rok za njen prenos še ni iztekel – kot vodilo za razlago v delu, v katerem se z njo kodificira sodna praksa, s katero se uporablja Direktiva 2004/18, ali se jo z njo podrobno dopolnjuje, ni pa v nasprotju z Direktivo 2004/18 niti ne določa brezpogojnih pravil ali pogojev v škodo gospodarskih subjektov.

V – **Predlog**

65. Iz teh razlogov Sodišču predlagam, naj na vprašanja Krajowa Izba Odwoławcza za predhodno odločanje odgovori:

Prvo, drugo, tretje, peto in šesto vprašanje

27 — Sodba Generali-Providencia Biztosító (C-470/13, EU:C:2014:2469, točka 37). Ugotavljam tudi, da se je generalna pravobranilka J. Kokott v njenih sklepnih predlogih v zadevi Auroux in drugi (C-220/05, EU:C:2006:410, točka 50) sklicevala na določbo Direktive 2004/18, da bi potrdila razlago Direktive 93/37 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil za gradnje (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 6, zvezek 2, str. 163), čeprav prvonavedena še ni bila upoštevna *ratione temporis*. Vendar je Sodišče v točki 61 sodbe Auroux in drugi (C-220/05, EU:C:2007:31) navedlo, da zadevna določba Direktive 2004/18/ES „ne velja *ratione temporis* za postopek v glavni stvari.“ Glej tudi ugotovitev v sklepnih predlogih generalnega pravobranilca N. Wahla v zadevi ASL n.5 in drugi (C-113/13, EU:C:2014:291, točka 40) in izključitev upoštevnosti Direktive 2014/24/EU od Sodišča v točki 8 sodbe San Lorenzo in Croce Verde Cogema (C-113/13, EU:C:2014:2440).

28 — V zvezi s tem opozarjam na klasično stališče Sodišča iz sodbe Fédesa in drugi (C-331/88, EU:C:1990:391, točka 45), v kateri je razsodilo, da „čeprav načelo pravne varnosti praviloma nasprotuje temu, da bi akt Skupnosti začel veljati pred objavo, je lahko izjemoma drugače, če to zahteva cilj, ki ga je treba doseči, in če se ustrezno upoštevajo upravičena pričakovanja zainteresiranih oseb.“ Ti potrebni pogoji za retroaktivnost v obravnavani zadevi niso izpolnjeni.

Člena 44 in 48(3) Direktive 2004/18 v povezavi s členom 2 navedene direktive je treba razlagati tako, da besedna zveza „če je to primerno“ ne nalaga nobene vsebinske omejitve glede okoliščin, v katerih se lahko gospodarski subjekt sklicuje na zmogljivosti drugih subjektov zaradi dokazovanja naročniku, da bo imel zahtevano tehnološko in/ali poklicno sposobnost za izvedbo določenega javnega naročila. Pravna narava povezave med gospodarskim subjektom in tretjo osebo ni upoštevna, vendar mora biti gospodarski subjekt sposoben dokazati, da dejansko ima na voljo vsa sredstva za izvedbo naročila. Ponudnik se lahko sklicuje na zmogljivosti drugih subjektov zaradi dokazovanja njegove tehnološke in/ali poklicne sposobnosti, ob omejitvah, ki izhajajo iz narave in cilja naročila, katerega izvedba se zahteva.

Četrto vprašanje

Člen 48(3) Direktive 2004/18 v povezavi z njenim členom 2 je treba razlagati tako, da mora naročnik v razpisu za oddajo naročila ali v razpisni dokumentaciji določiti vsak pogoj, ki prepoveduje sklicevanje na člen 48(3) Direktive 2004/18 zaradi dokazovanja izpolnjevanja zahtev v zvezi z minimalnimi zmogljivostmi. Drugače naročnik v razpisu za oddajo naročila niti v razpisni dokumentaciji ne sme določiti izrecnih pogojev ali pravil v zvezi s tem, ali in kako se lahko ponudniki sklicujejo na zmogljivosti drugih subjektov.

Sedmo vprašanje

Kadar je ponudbo dopustno oddati za več delov, načelo enakega in nediskriminatornega obravnavanja gospodarskih subjektov iz člena 2 Direktive 2004/18 ne dovoljuje, da bi gospodarski subjekt po oddaji ponudb navedel, kateremu delu je treba pripisati sredstva, ki jih je navedel kot dokaz, da so pogoji za sodelovanje v postopku izpolnjeni.

Osmo in deveto vprašanje

Člen 2 Direktive 2004/18 zahteva razveljavitev elektronske dražbe, če na elektronsko dražbo ni bil povabljen kandidat, ki izpolnjuje merila za sodelovanje pri oddaji naročila.

Deseto vprašanje

Za razlago določb Direktive 2004/18 je mogoče uporabiti Direktivo 2014/24/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o javnem naročanju in razveljavitvi Direktive 2004/18/ES – čeprav se rok za njen prenos še ni iztekel – kot vodilo za razlago, vendar samo v delu, v katerem se z njo kodificira sodna praksa, v kateri je bila uporabljena Direktiva 2004/18, ali se jo z njo podrobno dopolnjuje in upoštevne določbe Direktive 2014/24 niso niti v nasprotju z Direktivo 2004/18 niti ne določajo zavezujočih pravil ali pogojev v škodo gospodarskih subjektov.